

# Beschwerdeentscheid

vom 9. Juni 2005

Es wirken mit: Silvio Arioli, Heidi Schelbert, Francesco Brentani, Richter  
Said Huber, juristischer Sekretär

In Sachen

**Telekurs Multipay AG**, Hertistrasse 27, 8304 Wallisellen  
(Beschwerdeführerin)  
vertreten durch (...)  
(Verwaltungsbeschwerde vom 24. Januar 2003)

gegen

**Wettbewerbskommission**, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern  
(Vorinstanz)  
(Verfügung vom 18. November 2002)

betreffend

## **Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung**

### hat sich ergeben:

- A. Die Telekurs Multipay AG (vormals: Telekurs Europay AG bzw. Telekurs Europay [Switzerland] SA) offeriert Händlern und Dienstleistungserbringern, welche über das Kreditkartennetz von Eurocard/Mastercard und VISA Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr wünschen, Kreditkarten-Annahmeverträge (Akzeptanzverträge). Für diese Tätigkeit (als sog. "Acquirer") verfügt die Telekurs Multipay AG für die Eurocard/Mastercard über eine entsprechende Lizenz der Europay International SA (Waterloo, Belgien). Für das VISA-Acquiring-Geschäft ist sie seit der Übernahme dieses Geschäftszweiges von der UBS Card Center AG im Mai 2003 lizenziert.

Im Unterschied zum "Issuinggeschäft", bei welchem die Kreditkartengesellschaften (oder von diesen lizenzierte Unternehmen) die von ihnen herausgegebenen Kreditkarten an Private abgeben und mit diesen in Rechtsbeziehungen stehen, sind die Acquirer im Akzeptanzgeschäft bestrebt, mittels Annahmeverträge möglichst viele Verkaufsstellen in eines (oder mehrere) der fünf in der Schweiz betriebenen Kreditkartensysteme (Eurocard/Mastercard, VISA, American Express [AMEX], Diners oder JCB) einzubinden, um Inhabern von Kreditkarten das bargeldlose Bezahlen von Einkäufen (etc.) zu ermöglichen. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der hier zu Lande verwendeten Kreditkarten-Annahmeverträge verspricht der Acquirer dem Verkäufer die Vergütung des vom Kreditkarteninhaber geschuldeten Betrages, sofern bestimmte Sicherheitsvorkehrungen eingehalten sind. Im Gegenzug verpflichtet sich der Verkäufer zur Bezahlung einer Kreditkartenkommission (berechnet als Prozentsatz des Transaktionsbetrages). Ferner enthalten praktisch alle Kreditkarten-Annahmeverträge ein Preisdifferenzierungsverbot (sog. *no discrimination rule*, nachfolgend: NDR-Klausel ["Barverkaufsklausel"]), welches dem Verkäufer untersagt, vom Kunden je nach Zahlungsmittel unterschiedliche Preise zu verlangen. Insofern darf jener weder die Kreditkartenkommission auf den Karteninhaber überwälzen (sog. *surcharging*) noch einen Preisnachlass gewähren, falls der Kunde ein anderes Zahlungsmittel als die Kreditkarte verwenden will. Des Weiteren verbietet die NDR-Klausel eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Kreditkartensystemen.

Das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft wird in der Schweiz heute neben der Telekurs Multipay AG von weiteren Unternehmen betrieben: Swissscard AECS AG für die American Express Card (AMEX-Card); Cornèr Banca SA für VISA-Card und Eurocard/Mastercard; Diners Club (Schweiz) AG für die Diners-Card; JCB International Co. Ltd. (mit Sitz in Japan und Filiale in Genf) für die JCB-Card; UBS Card Center AG für VISA-Purchasing-Kreditkarten. Nachdem im Laufe der letzten Jahre die von einigen Kreditkartengesellschaften statuierten länderexklusiven Lizenzierungssysteme weggefallen sind, bieten in der Schweiz auch Unternehmen mit Sitz im Ausland (sog. *cross border acquirer*) Kreditkarten-Annahmeverträge für VISA- und Eurocard/Mastercard-Kreditkarten an.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 14. Oktober 1998 eine Vorabklärung zum inländischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, insbesondere zur Frage, ob die (von den Händlern/Dienstleistungserbringern zu tragenden) Kreditkartenkommissionen sowie die NDR-Klauseln in den Kreditkarten-Annahmeverträgen rechtmässig seien.

Am 10. September 1999 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gegen die Telekurs Multipay AG, die Cornèr Banca SA, die Diners Club (Schweiz) AG, die Swisscard AECS AG sowie die UBS Card Center AG. Gegenstand dieser Untersuchung war, ob die NDR-Klausel der Kreditkarten-Annahmeverträge eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Verhaltensweise eines oder mehrerer marktbeherrschender Unternehmen darstelle (Untersuchungsverfahren 32-0117).

Das Sekretariat legte der Telekurs Multipay AG sowie den übrigen Parteien am 4. April 2001 einen ersten Verfügungsentwurf vor. Hierzu liess sich die Telekurs Multipay AG am 3. Juli 2001 vernehmen. Gestützt auf die Stellungnahmen der Parteien beauftragte die Wettbewerbskommission am 6. August 2001 das Sekretariat, den Sachverhalt hinsichtlich des grenzüberschreitenden Akzeptanzgeschäfts (*cross border acquiring*) zu ergänzen.

Im Anschluss an die weiteren Erhebungen legte das Sekretariat am 15. August 2002 den von der Untersuchung betroffenen Unternehmen einen überarbeiteten (zweiten) Verfügungsantrag vor und lud sie ein, sich zu den gegenüber dem ersten Verfügungsantrag abgeänderten Textstellen zu äussern. Die Telekurs Multipay AG reichte ihre Stellungnahme am 7. Oktober 2002 ein.

Nach Abschluss der Untersuchung erliess die Wettbewerbskommission am 18. November 2002 folgende Verfügung (publiziert in: RPW 2003/1, S. 106 ff.):

- "1. Es wird festgestellt, dass die Acquirer Cornèr Banca SA, Telekurs Europay AG, Swisscard AECS AG sowie UBS Card Center AG in der Schweiz im Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft) eine kollektive marktbeherrschende Stellung einnehmen.
2. Es wird festgestellt, dass das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels (NDR-Klausel) eine unangemessene Geschäftsbedingung darstellt, welche von den Acquirer gegenüber den Händlern erzwungen wird. Dieses Verhalten lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, weshalb die Acquirer ihre kollektive marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG missbrauchen.
3. Den Acquirer wird untersagt, das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden Händlerverträgen durchzusetzen, in neuen Verträgen als Vertragsbestimmung einzuführen oder anderweitig von den Händlern zu erzwingen.
4. Die Acquirer werden hiermit verpflichtet, die Händler, mit denen sie einen Kreditkarten-Annahmevertrag eingegangen sind, über das Durchsetzungsverbot

betreffend die NDR-Klausel gemäss Ziffer 3 dieses Verfügungsdispositives innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils zu informieren.

5. Die Acquirer werden zudem verpflichtet, spätestens innerhalb eines Monats nach Ablauf der in Ziffer 4 dieses Verfügungsdispositives erwähnten Frist die Wettbewerbskommission über die Umsetzung dieser Auflage schriftlich zu orientieren.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 308'275.80, bestehend aus einer Gebühr von CHF 303'720.- und Auslagen von CHF 4'555.80, werden den Adressanten der Verfügung gemäss Dispositiv Ziffer 1 zu gleichen Teilen, d. h. je CHF 77'068.95, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
8. Das Verfahren gegen Diners Club (Schweiz) AG wird eingestellt." (...)

Zur Begründung hielt die Wettbewerbskommission fest, das rechtliche Gehör der Parteien sei nicht verletzt worden. Insbesondere sei der vorliegende Entscheid nachvollziehbar begründet. Die Fristen zum Einreichen der Stellungnahmen seien praxisgemäss angesetzt und auf Gesuch hin auch verlängert worden. Bei der Qualifizierung von Geschäftsgeheimnissen sei sehr wohl eine Interessenabwägung vorgenommen worden; einzig in die dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Daten habe nicht Einsicht genommen werden können. Die auf Grund des ersten Verfügungsantrags verlangten Sachverhaltsergänzungen zum grenzüberschreitenden Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft wie auch die übrigen Vorbringen seien im zweiten Verfügungsantrag berücksichtigt worden. Aus prozessökonomischen Gründen habe die zweite Stellungnahme auf die abgeänderten Stellen des neuen Verfügungsantrags beschränkt werden müssen. Des Weiteren sei die Untersuchungsmaxime nicht verletzt worden, da die vorgenommenen Sachverhaltsermittlungen ausreichten und die Entscheidungsgrundlagen keinesfalls veraltet seien. Die vielfach geforderte erneute Überprüfung der bisherigen Erhebungen am Schluss der Untersuchung sei kaum praktikabel und aus Gründen der Prozessökonomie nicht vertretbar.

Die Wettbewerbskommission erwog weiter, die Telekurs Multipay AG, die Cornèr Banca SA, die Swisscard AECS AG sowie die UBS Card Center AG würden vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst, da sie zusammen einen über die gewöhnliche Marktmacht hinaus gehenden Einfluss ausüben könnten. Demgegenüber fielen die Diners Club (Schweiz) AG und die JCB International Co. Ltd. angesichts ihrer marginalen Marktanteile nicht unter den gesetzlichen Anwendungsbereich. Vorliegend bestünden auch keine vorbehaltenen Vorschriften: Die im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) und der dazugehörenden Verordnung (PBV, SR 942.211) statuierte Pflicht zur Preisbekanntgabe stehe einer Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels nicht entgegen.

In materieller Hinsicht führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, die Prüfung der Frage, ob die NDR-Klausel kartellrechtlich zulässig sei, setze die Feststel-

lung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der betroffenen Parteien voraus, was von der Abgrenzung des (sachlich und örtlich) relevanten Marktes abhängt:

Der sachlich relevante Markt umfasse alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks von der Marktgegenseite als substituierbar angesehen werden. Als Nachfrager (Marktgegenseite) der von den Acquirern angebotenen Dienstleistung des "Zugangs zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" träten die Händler auf, welche in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen vertreiben. Da die Händlernachfrage auch von den Wünschen der Kunden hinsichtlich geeigneter Zahlungsmöglichkeiten abhängt, sei die Substituierbarkeit (insbes. betreffend den Verwendungszweck) auch aus deren Sicht zu beantworten.

Der Kreditkarten-Zahlungsverkehr beziehungsweise die Eigenschaften von Kreditkarten liessen sich wie folgt charakterisieren: Die weltweit als Zahlungsmittel akzeptierten Kreditkarten dienen der Erfüllung von Geldschulden durch die Hingabe eines "Geldsurrogates" und ermöglichen so den bargeldlosen Zahlungsverkehr. Beteiligt seien immer mehrere Parteien: der Kreditkartenherausgeber (Issuer), der Kreditkarteninhaber, der Händler und der Acquirer, sofern er nicht mit dem Issuer identisch sei. Für den (elektronisch oder manuell ermöglichten) Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr habe der Händler dem Acquirer eine individuell (nach Branche, Grösse, Umsatz oder Transaktionsart) festgelegte Kommission und (bei elektronischer Datenübermittlung mittels EFTPOS [*electronic fund transfer at point of sale*], IET [*internet electronic transaction*], SET [*secure electronic transaction*]) zusätzlich eine Kommunikationsgebühr zu entrichten. Mit Blick auf den Verwendungszweck des Zuganges zum Kreditkarten-Zahlungsverkehrs seien diejenigen Leistungen, welche der Kunde vom Issuer erhalte, von denjenigen zu unterscheiden, welche der Acquirer dem Händler gewähre: Mit Abschluss eines Annahmevertrages übernehme der Händler für das entsprechende Kreditkartensystem eine Vertriebsfunktion, indem er seinen Kunden die Nutzung der Dienstleistungen ermögliche, welche diesen vom Issuer im Kreditkarten-Vertrag versprochen worden seien (d. h. Garantie der Annahme der Kreditkarte als Zahlungsmittel ungeachtet des Herausgabeortes; aufgeschobene Fälligkeit der Zahlschuld im Sinne eines zinslosen Darlehens, indem der Issuer den mittels Kreditkarte beglichene Betrag dem Karteninhaber nicht sofort belaste; Möglichkeit verzinslicher Kreditgewährung ["revolvierender Kredit"]; Nutzung von zusätzlichen Dienstleistungen [sog. *goodies*, wie z. B. Qualiflyer-Miles, Reiseunfallversicherung, Reiseannullierungskostenversicherung, Entfallen der Gebühr bei Erreichen bestimmter Umsatzlimiten etc.]). Der Annahmevertrag sehe für den Händler folgende Leistungen des Acquirers vor: zentrale Abrechnung und Auszahlung (nationales und internationales Clearing) ungeachtet des Herausgabeortes der verwendeten Kreditkarte; Zahlungsgarantie unter Übernahme des Debitorenrisikos und der Inkassokosten (bei Beachtung aller Sicherheitsvorkehrungen); Reduktion der mit dem kostenträchtigen Bargeldhandling verbundenen Risiken (Verlust, Diebstahl, Zinsverlust); Eröffnung neuer Vertriebskanäle (insbes. für Distanzverkäufe "via Internet oder Telefon"); Lieferung betriebswirtschaftlich wichtiger statistischer Infor-

mationen sowie finanzielle Leistungen für die Durchführung von Werbekampagnen für Kreditkarten. Diese Merkmale zeigten indessen, dass sich der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr aus der Sicht der Marktgegenseite (Händler) und deren Kunden nicht durch andere Zahlungsverkehrssysteme substituieren lasse:

Bargeld sei als ein den Händler von Gesetzes wegen zur Annahme verpflichtendes Zahlungsmittel grundsätzlich nur landesintern einsetzbar. Bei Barzahlung gehe die entstandene Verbindlichkeit sogleich unter und der Händler erhalte einen sofort investierbaren Gegenwert für das verkaufte Gut, wobei - anders als im Kreditkartenzahlungsverkehr - weder der Händler noch seine Kunden spezifische Leistungen (Dienstleistungen bzw. *goodies* etc.) erhielten. Da eine vollständige Substituierbarkeit den gegenseitigen Austausch erfordere, müsse nicht nur die Zahlung mittels Kreditkarte durch Bargeld, sondern umgekehrt auch die Bargeldzahlung durch eine Zahlung mittels Kreditkarten austauschbar sein. Dies sei aber nicht der Fall, zumal der Bargeldverkehr nicht dieselben Eigenschaften und Verwendungszwecke wie der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr aufweise.

Das Post- und Bankengiro dienten als bargeldlose Zahlungsverkehrsmittel der Begleichung von in Rechnung gestellten Schulden mittels Geldüberweisungen in Buchform (Giralgeld). Ähnlich wie bei Kreditkartenzahlungen erhalte der Kunde in der Regel einen dreissigtägigen Fälligkeitsschub. Im Unterschied zu Zahlungen mittels Kreditkarten erwachse den Parteien des Post- und Bankengiroverkehrs zusätzlicher Aufwand (Käufer: Zahlungsauftrag oder Schaltereinzahlung; Verkäufer: Rechnungsstellung und Inkassokontrolle), wobei der Verkäufer das Debitorenrisiko sowie allfällige Inkassokosten selber tragen müsse. Da der Post- und Bankengiroverkehr kein weltweit akzeptiertes Zahlungsmittel sei, fehle eine wesentliche Substitutionseigenschaft.

Debitkarten (wie z. B. ec-Karte, Postcard, M-CARD) eröffneten - ähnlich wie Kreditkarten - im Rahmen eines Mehrparteienverhältnisses ebenfalls Zugang zu einem bargeldlosen, manuell oder elektronisch betriebenen Zahlungssystem (ohne dass dem Händler aber wegen der Gebundenheit des Systems an den Verkaufspunkt weitere Vertriebskanäle wie Internet oder Telefon offen stünden). Die (in der Schweiz herausgegebenen, ohne Maestro-Funktion ausgestatteten) Debitkarten könnten im Ausland nur zum Geldbezug an Automaten eingesetzt werden, nicht aber zum Güterkauf. Der Händler habe bei der Postcard lediglich fixe Bearbeitungsgebühren, bei den durch die Telekurs Multipay AG vermittelten Maestro-Debitkarten transaktionskostenabhängige Kommissionen und bei der M-CARD zur Zeit keine Gebühren zu bezahlen. Im Unterschied zu Kreditkarten werde das Kundenkonto gleichentags (oder innerhalb von zwei Tagen) belastet, weshalb die Kreditfunktion entfalle, wenn nicht eine Konto-Überzugslimite vereinbart sei. Andere kreditkartentypische Leistungen (wie z. B. *goodies*) entfielen. Ein Verzicht von Händlern auf Debitkarten (zu Gunsten des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr) würde zu erheblichen Einnahmeausfällen führen. Aus Sicht der Marktgegen-

seite und deren Kunden sei der Anschluss an das Kreditkartensystem nicht durch den Zugang zum Debitkartenzahlungsverkehr substituierbar.

Die hierzulande gegenwärtig wenig verbreiteten Wertkarten (*prepaid-cards* mit CASH-Funktion), in deren Chip der Geldbetrag elektronisch geladen sei ("elektronisches Portemonnaie"), liessen sich nur im Inland und einzig für Beträge bis maximal Fr. 300.- einsetzen. Da das Lesegerät den geschuldeten Kaufbetrag direkt vom Guthaben im Chip abbuche, ohne dass dem Händler auch hier wegen der Systemgebundenheit weitere Vertriebskanäle offen stünden, sei mit der Wertkarte grundsätzlich keine Kreditfunktion verbunden. Aus Sicht der Marktgegenseite und deren Kunden sei der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht durch den Zahlungsverkehr mittels Wertkarte substituierbar.

Während in der Schweiz das bargeldlose Zahlen mittels Check (als auf Sicht zahlbaren Anweisung in Wertpapierform) wirtschaftlich bedeutungslos sei und sich der Kreditkartenzahlungsverkehr auch nicht durch den Checkzahlungsverkehr substituieren lasse, seien die mit Zahlungsfunktion ausgestatteten Kundenkarten lediglich bei einem Händler oder allenfalls in einem Verbund mehrerer Händler einsetzbar, wobei das Zahlungsverfahren entweder Rechnungsstellung oder automatische Belastung (mittels Lastschriftverfahren oder Belastungsauftragsdienst) vorsehen könne. Auf Grund der eng begrenzten Verwendbarkeit sei eine Substitution des Zuganges zum Kreditkartenzahlungsverkehr ausgeschlossen.

Aus diesen Überlegungen wie auch aus Folien der Telekurs Multipay AG folge, dass der Anschluss an den Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte nicht im Wettbewerb mit anderen Zahlungssystemen stehe. Aus der Sicht der Händler würden sich "die Anschlüsse an verschiedene Zahlungssysteme" jeweils ergänzen, da die Händler mit dem Anschluss an ein bestimmtes bargeldloses Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreichen könnten. Für den Grossteil des Handels sei der Anschluss an ein Kreditkartensystem aus Konkurrenzgründen unerlässlich. Der Einwand, wonach der Markt aus der Sicht der Konsumenten abzugrenzen sei und daher alle Zahlungsmittel umfasse, verkenne, dass nicht die Kunden Marktgegenseite der Parteien in der Untersuchung seien, sondern die Händler, welche ihren Kunden den Zugang zu einem oder mehreren Zahlungsverkehrssystemen anböten. Dass angesichts der Funktionalität und des Verwendungszweckes auch die Sicht der Konsumenten zu berücksichtigen sei, schade nichts, vielmehr werde dadurch dem Netzwerkcharakter eines Kreditkartensystems Rechnung getragen. Unbehelflich sei auch der Umstand, dass bisher Händler wie Migros, Denner und Media Markt auf den Zugang zum Kreditkartensystem verzichtet hätten. Fehl gehe schliesslich das Argument der UBS Card Center AG, wonach gerade wegen der "Auswirkungen des Preisdifferenzierungsverbots auf andere Zahlungsmittel" diese ebenfalls zu berücksichtigen wären. Denn wie später noch darzulegen sei, sei es missbräuchlich, dass der Händler seine Preisgestaltungsfreiheit auch in Bezug auf Kreditkartentransaktionen verliere. Sachlich relevant sei somit der Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr.

Der räumlich relevante Markt, das heisst das Gebiet, in welchem die Marktgegenstände die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfrage oder anbieten, umfasse die Schweiz. Denn der überwiegende Teil der schweizerischen Händler frage den "Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" innerhalb der Schweiz nach. Daran ändere auch die weltweite Liberalisierung der Lizenzierungssysteme nichts, da nach wie vor der weitaus grösste Teil der Händler mit Sitz in der Schweiz von der grenzüberschreitenden Öffnung des Acquiringgeschäfts nicht profitieren könne. Denn nur dreizehn der befragten Unternehmen hätten einen Vertrag mit einem ausländischen Acquirer ausgewiesen. Nach wie vor bleibe die vor kurzem aufgehobene Gebietsexklusivität von erheblicher Bedeutung. Eine kurzfristige Ausweitung auf den europäischen oder sogar weltweiten Markt könne im heutigen Zeitpunkt ausgeschlossen werden. Die zukünftigen Entwicklungen auf dem sachlich relevanten Markt seien für die Bestimmung des räumlichen Marktes nicht zu berücksichtigen, da dieser hier weder saisonal noch von kurzfristigem Bestand sei.

Des Weiteren prüfte die Wettbewerbskommission im Lichte der bei Fusionskontrollverfahren entwickelten Kriterien, ob die Telekurs Multipay AG, die Swisscard AECS AG, die Cornèr Banca SA und die UBS Card Center AG als Acquirer auf Grund der Marktstrukturen je das Marktverhalten ihrer Konkurrentinnen antizipierten (d. h. dementsprechend gleich reagierten) und insofern auf dem relevanten Markt durch ein strukturbedingtes, "natürliches" Parallelverhalten (sog. "stillschweigende Kollusion" [= *tacit collusion* im Gegensatz zu bewusster und gewollter Konzertierung]) eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen:

Zur Frage der Marktkonzentration führte die Wettbewerbskommission aus, je weniger Teilnehmer sich auf dem sachlich relevanten Markt konkurrenzieren, desto grösser sei das Risiko, dass bestimmte Wettbewerbsparameter Gegenstand expliziter oder stillschweigender Kollusion würden. Denn dadurch würden gegenseitige Kontrollen erleichtert und ein Unterlaufen (sog. *cheating*) erschwert. In der Schweiz betrieben im Wesentlichen nur die besagten vier Unternehmen das Akzeptanzgeschäft für die weltweit führenden Kreditkartensysteme, wobei die Acquirer für die Diners- und JCB-Kreditkarten als "Nischenplayer" unbedeutend seien. Insofern sei die Marktkonzentration gross und der relevante Markt oligopolistisch strukturiert, auch wenn die Cornèr Banca SA inzwischen das Acquiring für Eurocard/Mastercard übernommen habe. Zwar sei im Interesse des *cross border acquiring* die in gewissen Lizenzen vorgesehene Gebietsexklusivität vor kurzem teilweise aufgehoben worden (für Eurocard/Mastercard 1999/2000; für VISA "seit ein paar Jahren"; bei der AMEX-Card bestehe faktisch noch Gebietsexklusivität). Trotzdem seien nur wenige ausländische Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig geworden. Das grenzüberschreitende Akzeptanzgeschäft habe keinen wesentlichen Einfluss auf die aktuelle Konkurrenzsituation in der Schweiz, zumal es sich nur an wenige Unternehmen international tätiger Konzerne oder an schweizerische Händler mit Verkaufsstellen im Ausland richte. Die in der Schweiz aktiven

ausländischen Acquirer vermöchten daher weder als potentielle noch als aktuelle Wettbewerber die vier grossen Acquirer zu disziplinieren.

Des Weiteren verfügten diese Acquirer für die in der Schweiz umsatzstärksten Kreditkarten (Eurocard/Mastercard, VISA-Card, AMEX-Card) über einen Marktanteil von zusammen 98 Prozent, wobei die einzelnen Anteile asymmetrisch verteilt seien. Die Marktanteile seien während den letzten Jahren (1996 - 06/2000) stabil geblieben, was darauf schliessen lasse, dass zwischen den vier besagten Acquirern kein Verdrängungswettbewerb stattgefunden habe. Der Umstand, dass die Diners Club (Schweiz) AG, die JCB International Company sowie die ausländischen Acquirer (mit Ausnahme der Royal Bank of Scotland) als Konkurrenten ebenfalls eine NDR-Klausel in ihren Annahmeverträgen führten, zeige, dass sich jene der Vorgehensweise der vier grossen Acquirer anschliessen.

Ferner sei der Grad an Markttransparenz ein wichtiges Indiz zur Bestimmung der kollektiven Marktbeherrschung. Mit steigender Transparenz werde ein paralleles Verhalten der Marktteilnehmer umso wahrscheinlicher. Die CS Group sei an drei und die UBS AG an zwei der vier grossen Acquirern finanziell beteiligt (die Swisscard AECS AG sei ein Joint Venture der American Express Travel Related Services Company Inc. und der CS Group; das Aktienkapital der Cornè Banca SA werde zu 27 Prozent von der CS Group gehalten; an der Telekurs Multipay AG seien die CS Group wie auch die UBS AG beteiligt und an der UBS Card Center AG sei die UBS AG beteiligt). Neben den Kapitalverflechtungen bestünden auch personelle Verflechtungen, indem in den Verwaltungsräten der Swisscard AECS AG, der Cornè Banca SA und der Telekurs Multipay AG je auch Vertreter der CS Group und der UBS AG Einsitz genommen hätten. Zudem basierten die nicht-exklusiven VISA-Lizenzen der Cornè Banca SA und der UBS Card Center AG auf dem gleichen Regelwerk. Diese Umstände seien geeignet, den Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Acquirern zu fördern, was das Risiko von konvergentem Marktverhalten erhöhe. Auf Grund der finanziellen und persönlichen Verflechtungen über die kontrollierenden Muttergesellschaften CS Group und UBS AG sei unter den vier besagten Acquirern die Möglichkeit des Informationsaustauschs und damit der Markttransparenz gegeben.

Im Unterschied zu wachsenden Märkten, wo Neuzutritte wahrscheinlich seien und die Wettbewerber deshalb die Marktentwicklung nicht antizipieren könnten, begünstige ein stabiles und transparentes Umfeld natürliches Parallelverhalten. Die Prüfung der Marktstabilität umfasse zwei Gesichtspunkte: den Entwicklungsstand des betreffenden Marktes (Marktphase) sowie die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Möglichkeiten des Marktzugangs (potentieller Wettbewerb). Vorliegend sei das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft bereits von der Entwicklungs- in die Reifephase übergetreten, was sich am stabilisierten Wachstum der Anzahl der von den Acquirern betreuten Händlern ablesen lasse (1996: 260 116; 1997: 273 092; 1998: 277 230; 1999: 294 615; 06/2000: 290 294), auch wenn das bei ihnen erzielte Transaktionsvolumen noch weiter zunehmen könne. Dieser Übertritt in die Reife-

phase begünstige natürliches Parallelverhalten, da in diesem Stadium Marktanteile naturgemäss nur noch zu Lasten von Konkurrenten gewonnen werden könnten. Des Weiteren bestünden erhebliche Markteintrittsschranken: die Lancierung einer neuen, international einsetzbaren Kreditkarte durch einen neuen Anbieter sei unwahrscheinlich. Angesichts der strengen Auflagen in den Kreditkartenregelwerken sei auch der Auftritt eines weiteren schweizerischen Acquirers kaum wahrscheinlich. Schliesslich werde der Eintritt bestehender ausländischer Acquirer in den inländischen Markt durch hohe Hürden erschwert (hohe Terminalumprogrammierungskosten, erhöhte Kommunikationskosten, erhöhte Kosten für den Auslandszahlungsverkehr, "Probleme betreffend das Zahlungsrisiko", Sprachprobleme etc.). Auch schätzten die befragten ausländischen Acquirer ihren Marktanteil in zwei bis drei Jahren auf weniger als ein Prozent. Somit sei angesichts des geringen potentiellen Wettbewerbs die Gefahr eines möglichen Markteintritts neuer Konkurrenten, welche die Stabilität der Kollusion beeinträchtigen könnten, gering.

Als weitere die kollektive Marktbeherrschung stabilisierende Faktoren bestünden zwischen den vier Acquirern Interessen-, Produkte- und Kostensymmetrien. Die vier Acquirer strebten mit ähnlicher Zielsetzung eine langfristige Marktpräsenz an. Angesichts der Reifephase des Marktes wären sie nur in der Lage, Marktanteile zu Lasten von Mitkonkurrenten zu gewinnen. Da sie bei einer Prognose künftiger Entwicklungen davon ausgehen müssten, dass auch inskünftig das Verhalten der Konkurrenten ihre Gewinne beeinflussen werde, bestehe ein substantielles Interesse an einem natürlichem Parallelverhalten. Die Analyse der Entwicklung der Marktanteile habe gezeigt, dass in den letzten vier Jahren zwischen den Acquirern kein Konkurrenzkampf stattgefunden habe. Auch inskünftig sei ein solcher auszuschliessen, da die Acquirer ähnliche Ziele verfolgten und teilweise von den gleichen Muttergesellschaften beherrscht würden. Des Weiteren würde ein Parallelverhalten auch durch eine starke Homogenität der angebotenen Güter erleichtert, weil sich die Anbieter auf wenige Wettbewerbsparameter beschränken könnten. Die hier zu Diskussion stehenden Dienstleistungen seien insofern stark homogen, als den Händlern unter Übernahme des Debitorenrisikos ein zusätzliches Zahlungssystem sowie weitere Dienstleistungen (Statistiken, Werbemassnahmen etc.) angeboten werden. Für die Acquirer sei es angesichts der weitgehend identischen Dienstleistungen einfach, ihre Marktaktivitäten gleichförmig zu gestalten. Da in den letzten Jahren die Kommissionen wie auch die Marktanteile bei den homogenen Produkten beständig geblieben seien, bestehe kein Indiz für aggressives Verhalten unter den Wettbewerbern. Dies erlaube den Schluss auf Kostensymmetrie im Sinne ähnlicher Kostenstruktur der vier Acquirer.

Eine starke Stellung der Marktgegenseite würde die Wahrscheinlichkeit von Kollusionen reduzieren, da die Abnehmer den Wettbewerb unter den Anbietern spielen lassen könnten, was zur Destabilisierung allfälliger Absprachen oder eines Parallelverhaltens beitrüge. Indessen hänge die Stärke dieser Stellung von der Marktstruktur ab: Je grösser die Anzahl Abnehmer sei, desto weniger hätten diese die Möglichkeit, eine Kollusion oder ein Parallelverhalten zu destabilisieren. Die hier in

eine Vielzahl kleiner Abnehmer aufgesplitterte, wenig konzentrierte Marktgegen-  
seite vermöge das Parallelverhalten der Acquirer eher zu stabilisieren als zu ge-  
fährden, zumal die Händler je einzeln über zu wenig Verhandlungsmacht verfüg-  
ten, um auf die Vertragsgestaltung Einfluss nehmen zu können. So seien die Ac-  
quirer nicht bereit, mit Händlervereinigungen zu verhandeln oder Verträge mit  
Händlern abzuschliessen, welche die NDR-Klausel ablehnten. Vielmehr hätte ein  
Verstoss gegen diese Klausel die Vertragsauflösung zur Folge. Hinsichtlich der  
Kommissionen bestehe unter den Acquirern kein Wettbewerb. Zwar bestünden  
zwischen den Acquirern unterschiedliche Kommissionsansätze. Gleichwohl sei die  
absolute Höhe der Kommissionen während der letzten Jahre stabil geblieben. Ins-  
besondere Unternehmen aus Branchen mit viel ausländischer Kundschaft (Tou-  
rismus, Hotellerie etc.) könnten sich einen Verzicht auf den Kreditkartenzahlungs-  
verkehr nicht leisten, da sie sonst mit signifikanten Umsatzeinbussen rechnen  
müssten. Dies betreffe auch ausschliesslich in der Schweiz tätige Händler, welche  
keinen Zugang zu einem ausländischen Acquirer hätten.

Die Preiselastizität erlaube eine Abschätzung des Preisspielraums eines Anbie-  
ters: Je grösser diese Elastizität sei, desto grösser fielen für den Anbieter die  
durch kleine Preisänderungen ausgelösten "Nachfrageeffekte" aus. Deshalb hät-  
ten die Anbieter einen um so grösseren Anreiz, gegen ein Parallelverhalten zu ver-  
stossen, je grösser die Preiselastizität der unternehmensspezifischen Nachfrage  
sei. Umgekehrt verstärke eine geringe Preiselastizität der Nachfrage die Stabilität  
natürlichen Parallelverhaltens. Heute seien die Händler faktisch gezwungen, Zu-  
gänge zu Kreditkartensystemen zu ermöglichen. Preisänderungen hätten geringe  
Auswirkungen auf die Nachfrage. Dass die Kommissionen aller Acquirer in den  
letzten Jahren stabil geblieben seien, weise darauf hin, dass es wegen der beste-  
henden Preiselastizität zu einem beschränkten Wettbewerb unter den Acquirern  
gekommen sei, was das Parallelverhalten wesentlich stabilisiere. Zudem sei in den  
letzten Jahren die Anzahl der betreuten Vertragspartner ausgeschöpft worden.  
Deshalb bestehe für die Acquirer dieser Systeme eine geringe Preiselastizität im  
Sinne der unternehmensindividuellen Nachfrage. Da die NDR-Klausel keine Preis-  
diskriminierung erlaube, blieben dem Konsumenten allfällige Änderungen der  
Kommissionssätze unbekannt, weshalb ihm auch verwehrt sei, das wirtschaftlich  
günstigere Zahlungsmittel auszuwählen.

Gestützt auf diese Analyse kam die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass  
die Telekurs Multipay AG, die Cornèr Banca SA, die Swissscard AECS AG sowie  
die UBS Card Center AG im Sinne eines natürlichen Parallelverhaltens eine kollek-  
tiv marktbeherrschende Stellung einnähmen, zumal sie in der Lage seien, ihr ge-  
genseitiges Verhalten zu antizipieren. Kurz: Angesichts der grösstenteils gegebene  
Markttransparenz, der heute beständigen Marktphase, der vernachlässigbaren  
Gefahr des potentiellen Wettbewerbs und der starken Produktehomogenität Sorge  
die Oligopolstruktur des schweizerischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäfts dafür,  
dass keiner der vier Acquirer einen Anreiz habe, vom Parallelverhalten (insbes.  
hinsichtlich der NDR-Klausel) abzuweichen. Unzutreffend seien die Argumente der

Acquirer, wonach keine Marktzutrittsschranken bestünden und sich der Markt derzeit stark und inskünftig wegen der ausländischen Acquirer noch stärker entwickeln werde. Fehl gehe ferner der Einwand der UBS Card Center AG, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) "die Aufrechterhaltung und Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung" einen Sanktionsmechanismus unter den Oligopolisten zur Verhinderung des Ausscherens voraussetze, was aber hier nicht vorliege. Denn auf Grund der Markttransparenz und der bestehenden Produkte- und Interessensymmetrien wüssten die Acquirer, dass ein Ausscheren eines Konkurrenten zu einer allgemeinen Senkung der - bisher dank kollektiver Marktbeherrschung hoch gehaltenen - Marktkonditionen führen würde. Das Bestehen einer solchen Möglichkeit der Anpassung des Verhaltens durch die anderen Oligopolisten genüge aber bereits im Sinne des erforderlichen Sanktionsmechanismus.

Schliesslich erachtete die Wettbewerbskommission die NDR-Klausel als unangemessene Geschäftsbedingung und insofern als eine kartellgesetzlich unzulässige Verhaltensweise. Aus wirtschaftlichen Gründen seien die Händler auf den Anschluss an ein Kreditkartensystem angewiesen, weshalb ihnen die Acquirer die NDR-Klausel nach dem Grundsatz des *"take it or leave it"* aufzwingen könnten. Diese Klausel schränke die Händler in ihrer Freiheit zur Preisfestsetzung schwerwiegend ein. Ohne wirtschaftliche Begründung würde den Händlern untersagt, ihre Güterpreise nach den ihnen durch den Gebrauch einer bestimmten Kreditkarte entstehenden Kosten zu differenzieren. Die NDR-Klausel schwäche die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern bezüglich der Kommissionen sehr stark ein, da sie die Kommissionen weder offen legen noch auf die Kunden überwälzen dürften. Damit würden die Händler des wichtigsten Druckmittels beraubt, um den Wettbewerb unter den Acquirern spielen zu lassen. Dadurch werde letztlich ein Wettbewerb zwischen den Acquirern und den Händlern hinsichtlich der Höhe von Kommissionen verhindert. Wegen dieses Überwälzungsverbots erhielten die Kreditkartenbenützer keine Signale über die Benützungskosten ihrer Karten. Somit könne der Preis seine Informationsfunktion nur ungenügend wahrnehmen, was zu einer Fehlallokation von Ressourcen führen könne. Seien die Kosten des Kreditkartensystems höher als diejenigen anderer Zahlungssysteme, könne die NDR-Klausel zu einer aus volkswirtschaftlicher Sicht exzessiven Nutzung von Kreditkarten und damit zu einer suboptimalen Ressourcenallokation führen. Die volkswirtschaftlichen Kosten würden dabei entweder vom Händler getragen (Reduktion der eigenen Marge zu Gunsten der Acquirer) oder aber durch Quersubventionierung auf die Verkaufspreise überwälzt. Allerdings seien erzwungene unangemessene Geschäftsbedingungen durch mehrere marktbeherrschende Unternehmen nur dann missbräuchlich, wenn sie sich nicht rechtfertigen liessen (*legitimate business reasons*).

Im vorliegenden Fall lasse sich das Verhalten der vier Acquirer nicht rechtfertigen. So sei die NDR-Klausel nicht notwendig, um das weltweite Kreditkarten-Zahlungssystem aufrecht zu erhalten. Vielmehr habe der Kreditkarten-Zahlungsverkehr auch

in denjenigen europäischen Ländern (Grossbritannien, Dänemark, Schweden und Niederlanden) ungehindert zugelassen, welche die NDR-Klausel bereits vor Jahren verboten hatten. Sodann bringe der Zugang zum Kreditkarten-Zahlungssystem nach den Aussagen der Händler keinen zusätzlichen Nutzen (z. B. Spontankäufe), der eine Vergütung rechtfertigen würde. Während Spontankäufe bei der Lancierung von Kreditkarten eine Rolle gespielt haben mochten, scheine die Möglichkeit mit Kreditkarten zu bezahlen, wegen deren weiten Verbreitung kein entscheidendes Kaufkriterium mehr zu sein. Die NDR-Klausel führe zu einer Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung und dadurch zu einer Schwächung der Verhandlungsmacht der Marktgegenseite mit der Folge, dass der Wettbewerb zwischen den Acquirern und den Händlern über die Kommissionshöhe verhindert werde. An diesem Ergebnis vermöchten auch die Erwägungen der Europäischen Kommission vom 9. August 2001 in Sachen "VISA International" (vgl. ABI. L 293/24 vom 10.11.2001) nichts zu ändern. Die Europäische Kommission habe ihren Negativattest zur NDR-Klausel auf zwei Studien abgestützt, welche die Auswirkungen eines NDR-Verbots auf die Preisgestaltung der Händler untersucht habe. Nach Ansicht der Europäischen Kommission habe die NDR-Klausel keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Händlern zur Folge gehabt und selbst der "Markt für die Anwerbung" (Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr) sei vom Verbot nicht erheblich betroffen worden. Dieser Ansicht könne aber insoweit nicht gefolgt werden, als die Begründung, wonach das Verbot der NDR-Klausel den Wettbewerb zwischen den Acquirern nicht gefördert habe, lediglich eine sachlogische Folge der Erkenntnis des fehlenden Wettbewerbs auf nachgelagerten Märkten darstelle. Dass die Händler ihren Kunden gegenüber die Preise nicht nach Art der Zahlungsmittel offen legen dürften, verunmögliche die Entstehung eines entsprechenden Nachfragedrucks gegenüber den Acquirern. Dadurch könne der notwendige Wettbewerb unter den verschiedenen Kreditkartensystemen gar nicht erst entstehen. Vorliegend gehe es aber nicht um die Auswirkungen auf den allenfalls nachgelagerten Konsumentenmarkt, sondern einzig um den Markt des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr und insofern einzig um den Wettbewerb zwischen den Acquirern. Ob die inländischen Händler nach einem Verbot der NDR-Klausel ihre Preise gegenüber den Kunden überhaupt differenzieren würden, könne offen gelassen werden. Von Bedeutung sei jedenfalls, dass diese Möglichkeit bestehe.

Hinsichtlich der Verfahrenskosten erachtete die Wettbewerbskommission die wirtschaftliche Bedeutung des Falles (1999: in der Schweiz getätigten Kreditkartenumsätze von Fr. 13.2 Mrd.) als genügend für eine 50-prozentige Erhöhung der Grundgebühr.

- B. Gegen diese Verfügung (eröffnet am 10. Dezember 2002) erhob die Telekurs Multipay AG (Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt (...), am 24. Januar 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und stellte folgende Rechtsbegehren:

"Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 sei aufzuheben und die Wettbewerbskommission anzuweisen, das Untersuchungsverfahren vorbehaltlos einzustellen;

eventuell

die Sache sei zur Neubeurteilung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Vorab bemängelt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung verletze ihre Verfahrensrechte sowie den Untersuchungsgrundsatz und zeige nicht auf, welche der komplexen Facetten der NDR-Klausel vom Dispositiv erfasst würden. Die Vorinstanz habe sich nicht rechtsgenügend mit ihren Einwänden - insbesondere zur Abgrenzung des relevanten Marktes und zur angeblichen Missbräuchlichkeit der NDR-Klausel - auseinander gesetzt. Auch sei der rechtserhebliche Sachverhalt unvollständig und teilweise unrichtig festgestellt worden. So werde beispielsweise behauptet, alle Acquirer würden die NDR-Klausel stipulieren, obschon das im Fall der *Royal Bank of Scotland* nicht der Fall sei. Ferner werde die Bedeutung des *cross border acquiring* einseitig auf überholte Mutmassungen ausländischer Acquirer gestützt. Demgegenüber zeigten die am 7. Oktober 2002 unterbreiteten Daten, dass die bisherigen und noch anstehenden Marktbewegungen 0.1 Prozent weit überträfen. Ausserdem habe die Vorinstanz die Folgen des Markteintritts der Cornèr Banca SA beim Eurocard/Mastercard-Acquiring ignoriert. Entgegen den Behauptungen der Vorinstanz seien die Marktanteile der vier grossen Anbieter in der Schweiz während der letzten Jahre nicht stabil geblieben. Allein in den letzten drei Monaten hätten zahlreiche ihrer Kunden (mit hohem Umsatzvolumen) gekündigt, um zu anderen Acquirern zu wechseln. Dies belege den erheblichen Wettbewerbsdruck unter den Acquirern. Der Schluss, wonach sich Kreditkarten nicht durch andere Zahlungsmittel substituieren liessen, gründe auf theoretischen Mutmassungen. Demgegenüber belegten die wenigen einschlägigen Antworten der Händler, dass diese Kreditkarten als mit anderen Zahlungsmitteln substituierbar erachteten. Zudem bestätigten die Studien der HSG wie auch von Pricewaterhouse Coopers die Austauschbarkeit der Zahlungsmittel. Empirischen Daten zufolge bewirke die Aufhebung der NDR-Klausel keine Kostenallokation. Im Sinne einer dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschrift sei zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz in einer Auflage zum Entscheid vom 20. April 1998 (betr. die Fusion UBS/SBV) die Marktstruktur vorgegeben habe. Es sei systemwidrig, ihre Muttergesellschaft, die Telekurs Holding AG als Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken zu zementieren und diesen gleichzeitig vorzuwerfen, ihr Gemeinschaftswerk führe zu kartellrechtlich bedenklicher Markttransparenz. Abgesehen davon weise die Vorinstanz diese gar nicht erst nach.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der sachlich relevante Markt ergebe sich nicht aus einer betriebswirtschaftlichen Analyse der Eigenschaften eines Produktes, sondern er zeige den wettbewerblichen Handlungsspielraum der Marktteilnehmer auf. Insofern seien hier die Produkte und Dienstleistungen zu bestimmen, welche als Ausweichprodukte auf die Kreditkarte einen spürbaren Wettbewerbs-

druck ausübten, ohne dass "gegenseitige" oder "vollwertige" Austauschbarkeit der Substitutionsgüter erforderlich wäre. Zu Unrecht haften die Vorinstanz an einem abstrakt-technischen Vergleich von Produkteigenschaften, ohne das hypothetische Verhalten der massgeblichen Nachfrager zu analysieren. Nach dem dafür entwickelten "*small but significant non-transitory increase in price test*" (SSNIP-Test) umfasse der relevante Markt diejenigen Waren, auf welche eine substantielle Zahl von Konsumenten wechselten, falls sich der Preis des untersuchten Produkts dauerhaft um einen kleinen, aber signifikanten Betrag erhöhte. Vielmehr reiche es aus, dass genügend viele Benützer der betreffenden Kreditkarte (sog. *marginal consumers*) leicht auf andere Zahlungsmittel (insbes. Bargeld) ausweichen könnten, so dass der entsprechende Umsatzverlust den Gewinn aus der Preissteigerung neutralisiere und dadurch Wettbewerbsdruck gegen unabhängiges Verhalten erzeuge. Da der Händler im Normalfall den Einsatz eines etwas weniger vorteilhaften Zahlungsmittels dem Verlust einer zusätzlichen Verkaufstransaktion vorziehe, entscheide meist der Käufer (und nicht der Händler), wie er bezahlen wolle (z. B. mit einer bestimmten Kreditkarte). Insofern sei es falsch, zur Austauschbarkeit von Kreditkarten nur auf die Sicht der Händler abzustellen. Die Vorinstanz ignoriere die gegenseitigen wirtschaftlichen Abhängigkeiten von Händlern, Kunden und Zahlungsmittelsystem und unterstelle eine isolierte Nachfrage der Händler nach dem Kreditkartenzahlungsverkehr. Entgegen der Meinung der Vorinstanz existiere der behauptete selbstständige Markt des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr (mit sich gegenüberstehenden Händlern und Acquirern) gar nicht. Vielmehr stellten Acquirer und Issuer auf einem einheitlichen Markt für Zahlungsmittel gemeinsam ein Zahlungssystem zur Verfügung, das Bargeld substituieren. Diesem Ergebnis entspreche auch die Haltung der Europäischen Kommission, welche im Entscheid "Visa International" zwei Arten von Wettbewerb unterscheidet: 1. den Wettbewerb auf dem System-/Netzmarkt (d. h. zwischen verschiedenen Systemen bzw. anderen Zahlungsmitteln) und 2. den Wettbewerb auf dem nachgelagerten systeminternen Markt. Auch bestätige die Europäische Kommission die gegenseitige Abhängigkeit des Nachfrageverhaltens von Händlern und Konsumenten.

Demgegenüber argumentiere die Vorinstanz widersprüchlich: zuerst definierte sie (ergebnisorientiert, aber ökonomisch unkorrekt) einen engen sachlich relevanten Markt der Kreditkarten, um danach der NDR-Klausel wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu unterstellen, weil diese Klausel Preisdifferenzierungen (je nach Zahlungsmittel) unterbinde, was allerdings Wettbewerb unter den Zahlungsmitteln voraussetze. In der Tat stünden Bargeld, Kredit-, Debit- und andere Zahlkarten sowie der Post- und Bankengiroverkehr im Wettbewerb mit Kreditkarten, weshalb der sachlich relevante Markt auch diese Zahlungsmittel umfasse. Bargeld sei das natürliche Substitut der Kreditkarte. In Bezug auf die Annahmepflicht seien Bargeld (als gesetzliches Zahlungsmittel) und Kreditkarten (als vertraglich mit den Händler vereinbartes Zahlungsmittel) identisch. Selbst die Vorinstanz bestätige, dass bei einer Erhöhung der Kosten für die Kreditkartenbenützung eine genügende Anzahl Konsumenten auf Bargeld wechseln würden. Der rein nationale Bargeldverkehr sei für den allein massgeblichen *marginal consumer* kein Problem. Belanglos für die

Substituierbarkeit seien die zwischen dem Post- und Bankengiroverkehr und den Kreditkarten konstruierten Unterschiede hinsichtlich der Kreditfunktion, dem administrativen Aufwand und dem Debitorenrisiko. Ebenso bedeutungslos seien die dem Händler beim Einsatz von Debitkarten anfallenden Kosten, die sich von denjenigen des Kreditkartengebrauchs unterschieden. Vielmehr sei es erwünscht, dass ein Angebot an austauschbaren Produkten unterschiedlicher Qualität zu verschiedenen Preisen bestehe. Die Antworten der befragten Händler sowie Präjudizien der Vorinstanz und ausländischer Wettbewerbsbehörden bestätigten die Substituierbarkeit der Zahlungsmittel. Auch stimme die Behauptung nicht, dass mit dem Anschluss an ein bestimmtes Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreicht werden könne. Denn heute verfügten praktisch alle Kreditkartenbesitzer über weitere bargeldlose Zahlungsmittel und hätten eh die Möglichkeit mit Bargeld zu bezahlen. Auch wenn die verschiedenen Zahlungsmittel im Schnitt für unterschiedliche Transaktionssummen verwendet würden, genüge bereits ein Abwanderungspotential, das disziplinierend auf die Kreditkartenunternehmen wirke.

Der räumlich relevante Markt umfasse mindestens Europa, da im Sinne des SSNIP-Tests bei einer substantiellen Preiserhöhung eine genügende Anzahl Händler zu ausländischen Acquirern wechseln würde. Die dynamische Marktentwicklung im letzten Jahr beweise, dass keine nennenswerten Hürden einem Vertragsabschluss mit einem *cross border acquirer* entgegenstünden. Eine bedeutende Rolle spielten die bereits vertraglich an *cross border acquirer* gebundenen Unternehmen multinationaler Gruppen (sog. *crown jewel customers*). Ferner liesse es sich mit dem dynamischen Wettbewerbsverständnis des Kartellgesetzes kaum vereinbaren, zukünftige Entwicklungen nicht zu berücksichtigen. Auch die Europäische Kommission habe in ihrem "Visa International"-Entscheid vom 25. Juli 2002 festgehalten, dass insbesondere beim Wettbewerb zwischen einzelnen Systemen der räumliche Markt grösser sein könnte als die nationalen Märkte.

Die Beschwerdeführerin zieht sodann in Zweifel, ob aus ökonomischer Sicht hier das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung zur Prüfung unzulässiger Verhaltensweisen überhaupt anwendbar sei. Abgesehen davon, dass der hier massgebliche Markt für Zahlungsmittel zu geringen Marktanteilen führe, was eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von vornherein ausschliesse, sei die Ermittlung unzulässigen Parallelverhaltens ohnehin schwierig. Stillschweigendes Parallelverhalten ("oligopolistische Interdependenz", "Reaktionsverbundenheit" oder *tacit collusion* genannt) wäre nur anzunehmen, wenn im Ergebnis eine (einer Wettbewerbsabrede entsprechende) längerfristige Verhaltensabstimmung unter den vier Acquirern vorläge, welche sich aus den Marktverhältnissen ergäbe. Insofern müsste jedes Mitglied des marktbeherrschenden Oligopols in der Lage sein, das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung zu bringen, um mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit auf das Verhalten seiner Konkurrenten reagieren zu können. Zudem müsste eine stillschweigende Koordinierung auf Dauer wahrscheinlich sein mit dem Anreiz, nicht vom gemeinsamen Verhalten abzuweichen. Auch wäre nachzuweisen, dass die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potentiellen Konkurrenten aus-

serhalb des herrschenden Oligopols und der Verbraucher das gemeinsame Vorgehen langfristig nicht zu destabilisieren vermöchte. Statt diese oligopolistische Reaktionsverbundenheit nachzuweisen, habe die Vorinstanz formalistisch Strukturmerkmale der Fusionskontrolle geprüft, was aber der herrschenden europäischen Kartellrechtspraxis wie auch vorinstanzlichen Präjudizien widerspreche. Entscheidend sei für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung, ob ein bestimmtes Marktgleichgewicht auch in Zukunft bestehen werde, weil Anreize zu abweichendem Verhalten fehlten oder Vergeltungsmöglichkeiten (bei abweichendem Verhalten) bestünden. Dies sei hier indessen nicht der Fall, wie die jüngsten Verschiebungen des Marktanteils bewiesen. Die Vorinstanz erkläre nirgends, welches Verhalten angeblich gleichförmig sein soll. Grundsätzlich zeigten (abgesehen von einer Ausnahme) alle Acquiring-Verträge Konvergenz nur hinsichtlich der NDR-Klausel. Demgegenüber sprächen die unterschiedlichen Kommissionssätze wie auch das aggressive Auftreten der Cornè Banca SA für Wettbewerb. Ferner sei nicht ersichtlich, inwiefern sich die angeblich kollektiv marktbeherrschenden Acquirern von den anderen unterschieden. Abgesehen davon habe die Vorinstanz die gewählten Kriterien fehlerhaft überprüft:

Zur Frage der Anzahl Marktteilnehmer sei eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von vier oder mehr Unternehmen theoretisch möglich, aber sehr unwahrscheinlich. Die asymmetrische Verteilung der Marktanteile unter den fraglichen vier Acquirern spräche gegen eine marktbeherrschende Stellung. Überdies unterschlage die Vorinstanz die nach der Liberalisierung der Lizenzierungssysteme erfolgten Marktanteilsentwicklungen der beiden letzten Jahre. Markttransparenz bestehe nicht, da zwischen den vier Acquirern kein Informationsaustausch stattfinde und schon gar nicht über die Unternehmensstrategie. Dass die kapitalmässigen und personellen Verflechtungen die behauptete Markttransparenz bewirkten, weise die Vorinstanz nicht nach. Des Weiteren sei der Markt für Zahlungsmittel weder stabil noch gesättigt, sondern wachse vielmehr. Das Transaktionsvolumen bargeldloser Zahlungssysteme werde auch in Zukunft zunehmen. Daneben stünden Innovationen an (z. B. im Bereich des bargeldlosen Zahlens mittels Mobiltelefon). Die Konkurrenz unter den Acquirern erfolge nicht über die NDR-Klausel, sondern vielmehr über die Kommissionen und weitere Dienstleistungen. Die spekulativen Aussagen der Vorinstanz zur potentiellen Konkurrenz basierten lediglich auf zwei knappen Stellungnahmen ausländischer Acquirer. Demgegenüber herrsche bereits heute auf dem schweizerischen Markt grosser Wettbewerbsdruck. Ferner bestünden auch keine nennenswerten Marktzutrittsschranken. Auch eine atomistische Marktgegenseite könne eine erhebliche Nachfragemacht ausüben. Des Weiteren übersehe die Vorinstanz die zwischen den verschiedenen Acquirern bestehenden wesentlichen Unterschiede bezüglich der Ausgangslage (Unternehmensstruktur, Lizenzierungssysteme), der Interessen und der Kosten. Im Laufe der letzten Jahre seien die Kreditkartenkommissionen, welche den Preis und nicht die Kosten des Produkts darstellten, nicht beständig geblieben, weshalb sich daraus zur Stützung der These der kollektiven Marktbeherrschung nichts ableiten lasse. Sodann fehle ein wirksamer Sanktionsmechanismus wie auch die nötige Transparenz, um Verstösse gegen das angeblich oligopolistische Gleichgewicht wirksam bekämpfen zu können. Immer dann wenn Acquirer

von einer erfolgten Preissenkung eines Konkurrenten erführen, seien ihnen unter Umständen wichtige Kunden bereits abgesprungen. Deshalb genüge eine systematische Preissenkung der anderen Acquirer eben nicht, um Marktanteilsgewinne von Preisbrechern zu verhindern.

Ferner sei es nicht missbräuchlich, die NDR-Klausel zu verwenden, da sie sich nicht spürbar wettbewerbswidrig auswirke. Die Vorinstanz halte lediglich fest, die NDR-Klausel könne zu einer Fehlallokation von Ressourcen führen, ohne zu behaupten, dass dies auch tatsächlich der Fall sei. Dabei belegten die von der Vorinstanz zitierten Studien, dass selbst bei einer Aufhebung der NDR-Klausel die Händler ihre Preisgestaltungsfreiheit nicht nutzten. Diese Klausel schränke die Handlungsfreiheit der Händler nicht substantiell ein. Unerklärlich sei, weshalb die Vorinstanz den Befund der Europäischen Kommission im Entscheid "Visa International", wonach sich die Aufhebung dieser Klausel in Schweden und Holland nicht spürbar auf den Markt auswirke, hier nicht ebenfalls für bedeutsam erachte. Immerhin gebe die Vorinstanz implizit zu, dass die angeblich wettbewerbsbeschränkende Wirkung der NDR-Klausel Wettbewerb unter den Zahlungsmitteln (und nicht nur unter Kreditkarten) voraussetze.

Des Weiteren erblickt die Beschwerdeführerin in der NDR-Klausel keine wirtschaftlichen Nachteile für die Händler. Diese seien frei, die Preise ihrer Güter festzulegen und insbesondere die Kreditkartenkommissionen (wie alle anderen Geschäftskosten) in ihre Preiskalkulation einfließen zu lassen. Gewisse Händler hätten auch erklärt, selbst ohne NDR-Klausel wären sie nicht interessiert, entsprechende Zuschläge zu erheben oder Rabatte zu gewähren. Ein Wegfall der NDR-Klausel würde die Händler in Bezug auf die Höhe der Kommissionen indifferent werden lassen, da eine vollumfängliche Überwälzung auf die Konsumenten erlaubt wäre. Das würde die Bereitschaft der Händler schwächen, den Wettbewerb unter den Acquirern spielen zu lassen, was ihre Verhandlungsposition verschlechtern würde. Im Übrigen bedeute die angebliche Erzwingbarkeit der NDR-Klausel nicht auch deren Missbräuchlichkeit, da in einer marktbeherrschenden Stellung alle Klauseln - auch angemessene - durchsetzbar seien. Abgesehen davon sei die NDR-Klausel gerechtfertigt, da sie ein funktionierendes Kreditkartensystem sichere und den Konsumenten schütze. Ohne die Klausel wäre der Karteninhaber der Gefahr ausgesetzt, dem Händler zusätzlich neben der Kreditkartenjahresgebühr einen die Kommission meist übersteigenden Betrag zahlen zu müssen. Dies würde die Preistransparenz zerstören. Zudem schütze die NDR-Klausel vor Trittbrettfahrern. Denn der Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr bringe dem Händler zusätzlichen Nutzen (in Form von Dienstleistungen und einer Umsatzzunahme), der vom Händler zu entschädigen sei.

Betreffend die Verfahrenskosten rügt die Beschwerdeführerin schliesslich, diese seien mangels Verstosses gegen das Kartellgesetz nicht geschuldet. Selbst wenn ein Verstoß zu bejahen wäre, dürfte die Gebühr nicht erhöht und schon gar nicht unter Solidarhaftung auferlegt werden.

- C. Mit Schreiben vom 29. Januar 2003 gab die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Cornè Banca SA, der Swisscard AECS AG, der Diners Club (Schweiz) AG sowie der UBS Card Center AG Kenntnis vom Eingang der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde.

Mit Eingabe vom 12. Februar 2003 beantragt die UBS Card Center AG, vertreten durch die Rechtsanwälte (...), die Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4 seien zu vereinigen und eventualiter seien ihr in den Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2 und FB/2003-4 Parteirechte einzuräumen. Zur Begründung wird angeführt, die vier Verwaltungsbeschwerden richteten sich gegen dieselbe Verfügung und beträfen denselben Sachverhalt sowie gleiche Rechtsfragen. Betreffend die Marktabgrenzung und die Zulässigkeit der NDR-Klausel könne für alle Parteien nur im selben Sinne entschieden werden. Die Notwendigkeit, Geschäftsgeheimnisse abzudecken, spreche nicht gegen eine Verfahrensvereinigung. Ohnehin habe sie angesichts ihrer Parteistellung in den anderen drei Verfahren Anspruch auf Akteneinsicht. In Bezug auf den Eventualantrag stehe sie in einer nahen Beziehung zum Streitgegenstand der drei Verfahren. Da sich die Vorbringen der anderen Beschwerdeführerinnen mittelbar auch auf den Beschwerdeentscheid ihr gegenüber auswirkten, müsse ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, zu den Argumenten der anderen Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen.

Mit Eingabe vom 19. Februar 2003 verlangt die Swisscard AECS AG die Einräumung von Parteirechten in den Verfahren FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4, da sie als Adressatin der angefochtenen Verfügung Parteistellung habe. Denn eine Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung in den Verfahren FB/2003-2, FB/2003-3 und/oder FB/2003-4 könne sich auf ihre Stellung auswirken. Zudem würden sich wohl die anderen Beschwerdeführerinnen in ihren Eingaben auch zu ihrer Stellung auf dem relevanten Markt äussern. Obschon sie bisher keine Kenntnis von den Argumenten der anderen Beschwerdeführerinnen habe, sei auf Grund des bisherigen Verfahrensverlaufs praktisch auszuschliessen, dass sie sich an den anderen Verfahren als Beschwerdegegnerin beteiligen werde. Da sie in diesen Verfahren aus formellen Gründen auch nicht als Beschwerdeführerin zu qualifizieren sei, beantrage sie die Zulassung als Partei "sui generis".

Mit Schreiben vom 21. Februar 2003 beantragt die Vorinstanz unter anderem die Vereinigung der Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4. Ferner sei ihr die Einreichung einer integralen Stellungnahme zu gestatten, da die Beschwerdeschriften der Parteien inhaltlich im Wesentlichen identisch sein dürften. Zur Begründung verweist die Vorinstanz auf die Eingabe der UBS Card Center AG vom 12. Februar 2003.

Mit Eingabe vom 23. April 2003 stellt die Cornè Banca SA folgende Anträge:

- "1. Die Verfahren Nr. FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4 seien unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Cornè Banca SA zu vereinigen.

2. Eventualiter seien der Cornèr Banca SA die Parteirechte in den Verfahren Nr. FB/2003-1, FB/2003-3 und FB/2003-4 einzuräumen."

Zur Begründung des Hauptantrags führt die Cornèr Banca SA aus, die vier Verfahren beträfen dieselbe Verfügung sowie denselben Sachverhalt und würden die gleichen Rechtsfragen aufwerfen. In allen vier Verfahren könne über die Marktabgrenzung, über die angeblich kollektiv marktbeherrschende Stellung sowie gegebenenfalls über die angeblich missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung nur im gleichen Sinne entschieden werden. Eine Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung in den erwähnten drei anderen Verfahren wirke sich damit zwangsweise auch auf dieses Beschwerdeverfahren aus. Die Vereinigung dürfe aber nicht zu einer Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse führen. Die von ihr als Geschäftsgeheimnisse deklarierten Informationen müssten gegenüber den anderen Beschwerdeführerinnen in geeigneter Form unkenntlich gemacht werden. Zum Eventualantrag hält die Cornèr Banca SA fest, zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör müsse ihr in den anderen Verfahren Parteistellung zuerkannt werden. Soweit ihre Geschäftsgeheimnisse gewahrt würden, habe sie nichts gegen eine Einräumung von Parteirechten an die übrigen Beschwerdeführerinnen. Eine allfällige integrale Stellungnahme der Vorinstanz dürfe nicht zu einer mangelhaften Würdigung der Vorbringen der einzelnen Beschwerdeführerinnen führen.

Am 28. April 2003 stellte die Swisscard AECS AG folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei von einer Vereinigung des Beschwerdeverfahrens Nr. FB/2003-1 mit den Beschwerdeverfahren Nr. FB/2003-2, Nr. FB/2003-3 und Nr. FB/2003-4 abgesehen, und es sei das genannte Verfahren gesondert weiterzuführen.
2. Es sei die Vorinstanz zu verpflichten, zur Beschwerde vom 22. Januar 2003 im Beschwerdeverfahren Nr. FB/2003-1 eine gesonderte Stellungnahme einzureichen. (...)"

Die Swisscard AECS AG hebt hervor, das Untersuchungsverfahren habe darunter gelitten, dass die Vorinstanz die vier Acquirer "systematisch über den gleichen Kamm geschoren" habe. Unberücksichtigt geblieben seien nicht nur die fundamentalen Unterschiede in der Marktstellung der Acquirer oder bezüglich der Asymmetrien, sondern auch die teilweise stark voneinander divergierenden Stellungnahmen der anderen Parteien. Damit alle Instanzen ihre Einwände beantworteten, sei das vorliegende Beschwerdeverfahren gesondert zu führen. Im Lichte der bisherigen Erfahrungen bestehe ein erhebliches Risiko, dass kein fairer Prozess gewährleistet sei, wenn die Vorinstanz lediglich eine "integrale Stellungnahme" einreiche.

Mit Schreiben vom 29. April 2003 beantragt die Beschwerdeführerin die Vereinigung der Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4 sowie eventualiter die Einräumung von Parteirechten in den Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2 und FB/2003-3. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf die Eingaben

der UBS Card Center AG vom 12. Februar 2003 sowie der Swisscard AECS AG vom 19. Februar 2003.

- D. Mit Vernehmlassung vom 28. April 2003 beantragt die Vorinstanz sinngemäss Abweisung der Beschwerde.

Als Begründung wird angeführt, die von der angefochtenen Verfügung betroffenen Acquirer verhielten sich parallel, indem alle die NDR-Klauseln in ihren Kreditkarten-Akzeptanzverträgen verwendeten. Die vorherrschenden Marktstrukturen erlaubten ihnen, das Verhalten untereinander im Hinblick auf die Verwendung der NDR-Klausel ohne Absprache zu antizipieren. Die Verhaltensabstimmung werde erreicht, indem kein Wettbewerber als Erster auf die NDR-Klausel verzichte, um das Parallelverhalten aufzugeben. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin erfordere eine kollektive Marktbeherrschung keinen gemeinsam vereinbarten Sanktionsmechanismus. Ein solcher wäre Tatbestandselement einer Wettbewerbsabrede, was hier aber nicht zu prüfen gewesen sei. Vielmehr genüge es, wenn alle vier Acquirer auf Grund gegenseitiger Kontrollmöglichkeiten an einem bestimmten Parallelverhalten (d. h. hier an der Anwendung der NDR-Klausel) festhielten. Andernfalls würden die Mitbewerber wegen der Markttransparenz mit dem ausscherehenden Unternehmen gleichziehen und ebenfalls auf die NDR-Klausel verzichten. Der Diners Club (Schweiz) AG wie auch der JCB International Co. Ltd., welche nicht kollektiv marktbeherrschend seien, gelinge es zusammen mit den ausländischen Acquiren nicht, die gemeinsam starke Marktposition der vier kollektiv marktbeherrschenden Acquiren zu destabilisieren, weshalb sich diese unabhängig von ihren Konkurrenten wie auch von der Marktgegenseite verhalten könnten. Die NDR-Klausel, welche den Händlern aufgezwungen werden könne, sei als Geschäftsbedingung unangemessen, weil sie die Händler in ihrer Preisfestsetzungsfreiheit erheblich einschränke, was wirtschaftlich nachteiliges Verhalten zur Folge habe. Der Entscheid in Sachen "VISA International" erlaube mangels eines vergleichbaren Untersuchungsgegenstandes keine Schlüsse zu Gunsten der Beschwerdeführerin, da die Europäische Kommission ein Freistellungsgesuch hinsichtlich der *operating rules* von VISA Kreditkarten zum Herausgabe- und Akzeptanzgeschäft zu prüfen hatte. Selbst wenn hier die europarechtliche Argumentation zu missbräuchlichen Verhaltensweisen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen zu übernehmen wäre, müsste berücksichtigt werden, dass sich die Europäische Kommission am Hauptziel des EG-Vertrages (Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes) orientierte und auf dem Markt viele Acquirer angetroffen habe. Im Unterschied dazu seien die vier inländischen Acquirer hierzulande nach wie vor in der Lage, wegen "Gebietsbeschränkungen" von ihrer bisherigen kollektiv marktbeherrschenden Stellung zu profitieren. Unrichtig sei im Übrigen die auf zwei Länderstudien gestützte Ansicht der Europäischen Kommission zu den Auswirkungen der NDR-Klausel auf den Wettbewerb zwischen Händlern und Acquiren.

Entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin verbiete das Dispositiv der angefochtenen Verfügung unmissverständlich die weitere Verwendung der NDR-Klausel ("Honorierungsklausel" bzw. *honor all cards rule*). Denn auch die Acquiringverträge der Beschwerdeführerin sähen ein Preisdifferenzierungsverbot vor, welches Wettbewerb zwischen den Kreditkartensystemen sowie zwischen anderen Zahlungssystemen verunmögliche.

Nicht ersichtlich sei, inwiefern sich die Auflage im angerufenen Fusionsentscheid UBS/SBV (mit der Verpflichtung der UBS AG zur weiteren Beteiligung an den Gemeinschaftswerken) auf das vorliegende Verfahren auswirke. Diese Auflage (als konkrete Anordnung) sei keine dem Kartellgesetz vorbehaltene Vorschrift. Denn sie begründe weder eine staatliche Markt- oder Preisordnung, noch werde die UBS AG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit Rechten ausgestattet.

Die Vorinstanz führt weiter aus, sie habe weder das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin noch die Untersuchungsmaxime verletzt. Die weiteren Rügen zur angeblichen Verletzung der Beweisführungs- und Begründungspflicht seien pauschal und zu wenig substantiiert. Das Sekretariat habe bei der Sachverhaltsermittlung den Vorbringen zum Marktzutritt ausländischer Acquirer Rechnung getragen. Die Antworten der nachträglich in die Abklärungen einbezogenen international tätigen Schweizer Unternehmen sowie der ausländischen Acquirer hätten gezeigt, dass nur Händler mit internationalen Verbindungen über die Möglichkeit zum *cross border acquiring* verfügten und sich in naher Zukunft die Marktposition der vier Acquirer (wegen Hürden in den Lizenzierungssystemen) nicht ändern werde. Trotz Bezugnahme auf die in den Jahren 2000 und 2001 erhobenen Daten seien die neusten Entwicklungen berücksichtigt worden. Eine Aktualisierung der bisher erfassten Daten durch eine Nacherhebung wäre unverhältnismässig, nicht notwendig und auch sonst prozessökonomisch unsinnig, da gerade bei grösseren Verfahren die Datenerhebung und -auswertung viel Zeit beanspruche. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kündigungen von Kreditkarten-Annahmeverträgen vermöchten die Beweiswürdigung nicht zu erschüttern, da nicht bewiesen sei, dass neu Verträge mit ausländischen Acquirern abgeschlossen worden seien. Selbst die Beschwerdeführerin räume ein, die Wenigsten, derjenigen die gekündigt hätten, seien zur B+S Card Services gewechselt. Den von der Beschwerdeführerin zitierten Aussagen der Händler könne einzig entnommen werden, dass die Endverbraucher heute gleichzeitig über verschiedene Zahlungsmittel verfügten, was aber "nicht auf eine Substituierbarkeit unter den Zugängen zu den entsprechenden Zahlungsverkehrssystemen" schliessen lasse. Die Antworten der Händler zeigten, dass nicht sie sondern die Verbraucher über den Einsatz der Zahlungsmittel entschieden, was eine Substituierbarkeit auf Stufe der Händler ausschliesse.

Zum sachlich relevanten Markt führt die Vorinstanz aus, die Kreditkartenorganisationen ("Eurocard, Visa, American Express") differenzierten im Drei- wie auch im Vierparteiensystem zwischen zwei Nachfrageseiten: zwischen den Händlern [Acquiring] und den Karteninhabern [Issuing]. Beide Seiten fragten unterschiedliche

Produkte und Dienstleistungen nach. Dies zeige sich am deutlichsten bei Vierparteiensystemen, wo auf beiden Nachfrageseiten rechtlich und wirtschaftlich unterschiedliche Anbieter auf dem Markt auftraten. Die Trennung zwischen Issuing und Acquiring in zwei unterschiedliche Märkte werde auch durch die unterschiedlichen Rahmenbedingungen innerhalb der Lizenzierungssysteme belegt. Ausländische Wettbewerbsbehörden würden teilweise sogar engere Märkte abgrenzen, wie beispielsweise die kanadische Wettbewerbsbehörde, welche je von einzelnen Märkten für das VISA-Card beziehungsweise Mastercard-Acquiring ausgehe. Ungeeignet zur Marktabgrenzung sei der SSNIP-Test, wonach das Verhalten der Nachfrager in Bezug auf Preiserhöhungen bezüglich eines bestimmten Guts beobachtet werde. Dieser Test sei zur Prüfung von Marktbeherrschung irreführend - wie ein US-Fall aus dem Jahre 1956 zeige ("*cellophane fallacy*"). Der SSNIP-Test führe zu allzu weiten Marktabgrenzungen, da marktbeherrschende Unternehmen ihre Preise so hoch angesetzt haben, da jede weitere Preiserhöhung für sie unprofitabel sei, weil viele Kunden andere Güter vorziehen würden. Im Übrigen werde dieser Test durch die NDR-Klausel verunmöglicht, zumal diese keine Überwälzung der Gebühren auf die Kunden erlaube. Auch wenn die Nachfrage der Händler nach dem Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr vom Zahlungsverhalten der Konsumenten beeinflusst werde, taue der Umstand, dass eine Nachfrage von anderen Grössen (wie hier von der Kundennachfrage nach Zahlungsmöglichkeiten) abhängt, nicht als Kriterium für die Marktabgrenzung. Denn Interdependenz sei ein zentrales Phänomen der Wirtschaft und die Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die untragbare Konsequenz, dass letztlich sämtliche Märkte unterschiedlicher Stufen vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher her zu bestimmen wären. Folgendes Beispiel zeige dies: Die Nachfrage nach Autoreifen werde massgeblich durch die Anzahl Autokäufe sowie die Häufigkeit von Autofahrten bestimmt. Niemand würde jedoch die Existenz eines Marktes für Autoreifen bestreiten, nur weil die Nachfrage nach Autoreifen durch die Nachfrage nach Autos und nach Autofahrten beeinflusst werde. Auch der weitere Umstand, dass die Endverbraucher heute gleichzeitig über verschiedene Zahlungsmittel verfügten, erlaube nicht den Schluss "auf eine Substituierbarkeit unter den Zugängen zu den entsprechenden Zahlungsverkehrssystemen". Der wettbewerbliche Handlungsspielraum der Acquirer werde durch die Ausweichmöglichkeiten der Händler als Marktgegenseite bestimmt. Im vorliegenden Fall müsse der sachlich relevante Markt primär aus der Sicht der Händler (als massgeblicher Nachfrageseite) und nicht aus der Sicht der Karteninhaber beurteilt werden. Zwar müsse der Händler die Zahlungsbereitschaft seiner Kunden durch ein vielfältiges Angebot effizienter und für den Kunden kostengünstiger Zahlungsverkehrssysteme befriedigen können. Angesichts der Substituierbarkeit der verschiedenen Zahlungsmittel auf Konsumentenebene seien die vielen Anschlüsse an Zahlungsverkehrssysteme auf Händlerstufe ein ebenso wichtiges Wettbewerbsinstrument wie ein vollständiges Produktsortiment. Der Schluss der Beschwerdeführerin, wonach zumindest international einsetzbare Debitkarten in die Marktabgrenzung eingeschlossen werden müssten, sei falsch, weil er auf der Sicht der falschen Marktgegenseite (Karteninhaber) fusse. Daran ändere auch der Entscheid der EU-Kommission vom 9. August 2001 in Sa-

chen "VISA-International" nichts. Darin werde zwischen einem Wettbewerb unter verschiedenen Zahlungssystemen und einem Wettbewerb unter Finanzinstituten für kartenbezogene Tätigkeiten unterschieden. Indessen fasse die EU-Kommission den Zugang zu den Zahlungsverkehrssystemen (Acquiring) irrtümlich als "kartenbezogene Tätigkeiten" auf. Demgegenüber werde das Acquiring in der angefochtenen Verfügung zutreffend dem ersten Wettbewerbsfeld zugeordnet. Denn ein in sich geschlossenes Netzwerk sei ohne äusseren Zugang gar nicht benutzbar. Der Wettbewerb zwischen solchen Netzwerken finde über den Zugang statt.

Des Weiteren sei auch die geforderte Abgrenzung des räumlich relevanten Markts unzutreffend, da das *cross border acquiring* grundsätzlich nur Händlern mit Auslandsbezug zugänglich sei. Im Ergebnis bestätige die Beschwerdeführerin diese Feststellung mit der Erklärung, dass der Marktzutritt ausländischer Acquirer insbesondere die *crown jewel customers* fokussiere.

Ferner gehe die Auffassung der Beschwerdeführerin fehl, dass eine kollektive Marktbeherrschung eine abgestimmte Verhaltensweise unter den betroffenen Unternehmen erfordere und deshalb eine Wettbewerbsabrede nachzuweisen sei. Vielmehr genüge es, wenn die Unternehmen auf Grund der Marktstruktur das Marktverhalten ihrer Konkurrenten antizipieren könnten. Das festgestellte strukturbedingte Parallelverhalten (d. h. die von allen verwendete NDR-Klausel) sei zumindest ein Indiz für eine besondere Marktstellung der Acquirer. Denn unter "normalen" Wettbewerbsbedingungen könnten die Unternehmen die NDR-Klausel gar nicht durchsetzen und der dadurch bedingte Eingriff in die Preisfestsetzungsfreiheit der nachgelagerten Stufe wäre gar nicht möglich. Für die Schwäche der Marktgegenseite und das Vorhandensein einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der Acquirer spreche die wenig konzentrierte Struktur der Händler sowie das Verhalten der Acquirer, Verhandlungen mit Branchen- und Händlervereinigungen über Rahmenverträge zum Akzeptanzgeschäft abzulehnen und bei Verstössen gegen die NDR-Klausel Kündigungen anzudrohen. Die Feststellung der kollektiv marktbeherrschenden Stellung im relevanten Markt erlaube den Schluss, dass die vier betroffenen Acquirer sich von ihren Konkurrenten sowie von der Marktgegenseite im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten könnten.

Zur Marktkonzentration und zu den Marktanteilen hält die Vorinstanz fest, die Anzahl der auf dem Markt tätigen in- oder ausländischen Acquirer sei grundsätzlich unerheblich, wenn diese wie hier die kollektive Marktbeherrschung nicht zu destabilisieren vermöchten. Im Übrigen müssten neben der Anzahl Marktteilnehmer auch andere Kriterien (wie Marktanteile, Marktphase etc.) ebenso stark gewichtet werden. Entgegen der Beschwerdeführerin erfordere eine kollektive Marktbeherrschung im engen Oligopol nicht eine symmetrische Verteilung der Marktanteile. Genügend sei das Bestehen einer führenden Gruppe ("*leading group*") auf dem relevanten Markt. Dieser gehörten hier zumindest die Beschwerdeführerin und die UBS Card Center AG an. Bezüglich der Markttransparenz bedinge der Nachweis einer kollektiven Marktbeherrschung nicht den Beleg eines aktiven Informationsaustauschs. Nach

dem "Airtours"-Urteil des EuG genüge es bereits, wenn "(...) jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen (...)" könne, um festzustellen, ob alle Oligopolisten einheitlich vorgingen oder nicht. Dass im Rahmen des "Kommissionen-Wettbewerbs" rege Informationen über das Verhalten von Konkurrenten und insbesondere über die Verwendung der NDR-Klausel ausgetauscht würden, stelle selbst die Beschwerdeführerin nicht ernsthaft in Frage. Die Einsitznahme in den Verwaltungsrat entsprechender Konkurrenzgesellschaften (wie z. B. die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin), genüge, um Markttransparenz zu begründen. Unbestrittenermassen schicke die Credit Suisse Group Vertreter in die Verwaltungsräte der Telekurs Holding AG, der Cornèr Banca SA und der Swisscard AECS AG. Massgeblich für die Beurteilung der Marktphase sei das (verlangsamte) Wachstum der Anzahl Händler, die sich dem Kreditkarten-Zahlungsverkehr anschlossen und nicht die Zunahme des Kreditkarten-Transaktionsvolumens, welche vom veränderten Zahlverhalten der Konsumenten bewirkt sein könnte. Das festgestellte Wachstum entspreche nicht mehr dem Marktwachstum in den ersten Jahren, als der kreditkartengestützte Zahlungsverkehr eingeführt worden war. Denn die meisten Händler verfügten heute über einen "Anschluss an den Kreditkartenzahlungsverkehr", der aber mangels Konsum nicht ständig reproduzierbar sei. Bei Verträgen mit *cross border acquirern* bestünden aus Sicht der Händler noch etliche Probleme hinsichtlich der Zugangskonditionen zum schweizerischen Clearingsystem und des Zahlungsrisikos. Zudem erachteten auch die ausländischen Acquirer die Marktzutrittsschranken nach wie vor als hoch, weshalb die potentiellen Wettbewerber kaum in der Lage seien, die kollektive Marktbeherrschung der vier grossen Acquirer zu destabilisieren. Zurzeit seien grundsätzlich nur die international tätigen Händler für *cross border acquirer* interessant. Der Einwand, bestimmte Mitglieder des Schweizer Reisebüroverbandes sowie der Gastrosuisse könnten von den Offerten eines *cross border acquirers* profitieren, sei angesichts der grossen Anzahl national tätiger Händler nicht bedeutungsvoll. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass ein oder wenige Marktteilnehmer Marktdominanz auch benutzen könnten, um (strategische) Marktzutrittsschranken aufzubauen. Angesichts der Interessen-, Produkte- und Kostensymmetrien seien die bisherigen Acquirer daran interessiert, ihr natürliches Parallelverhalten (d. h. die Anwendung der NDR-Klausel) aufrecht zu erhalten. Bereits die finanziellen Verflechtungen der Credit Suisse Group und der UBS AG mit mehreren Acquirern zeigten, dass die vier Acquirer hinsichtlich der NDR-Klausel im Wesentlichen die gleichen Interessen hätten. Fehl gehe auch der Vorwurf betreffend die Gewinnung von Marktanteilen. Die Einführung von Kreditkarten-Netzwerken erfolge nicht auf Kosten von Konkurrenten, was heute anders sei, da die meisten Händler über einen solchen Anschluss verfügten. Die NDR-Klausel verhindere Systemwettbewerb: Mangels "Vergleichbarkeit der Kosten für die Benützung eines Zugangs zu einem Kreditkartenzahlungsverkehrssystem" sei der Karteninhaber nicht in der Lage, sich für das günstigere Zahlungsmittel zu entscheiden. Dem Händler untersage diese Klausel, bei der Festsetzung des Preises dessen Informationsfunktion für die Benützung der einzelnen Zahlungsmittel zu nutzen. Ferner ergebe sich aus den Antworten der befragten Parteien, dass die Kommissionen stabil geblieben seien.

Zum Missbrauchstatbestand hält die Vorinstanz fest, dass von der Beschwerdeführerin postulierte Kriterium der "Spürbarkeit" brauche bei der Frage der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise nicht geprüft zu werden, da sich die Spürbarkeit bereits aus der (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung ergebe. Daher sei nur nachzuweisen, dass die (kollektiv) marktbeherrschenden Unternehmen ihre Marktstellung missbrauchen können, indem sie ein Verhalten an den Tag legen, das unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht möglich wäre. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sei die NDR-Klausel nicht systemnotwendig. Die Studien aus Schweden und Dänemark, welche die EU-Kommission zitiere, zeigten, dass das Verbot der NDR-Klausel keine Systemineffizienz bewirkt habe. Dies gelte auch für Grossbritannien, das ein Verbot schon seit längerer Zeit kenne. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Aspekte zum Konsumentenschutz seien in diesem Kontext unbeachtlich. Falls Händler ihre Preisfestsetzungsfreiheit zu Lasten der Kreditkarteninhaber ausnützen sollten, könnte allenfalls eine mangelnde Wettbewerbssituation auf Stufe der Händler vorliegen, was jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei. Wäre der Händler bei der Festsetzung der Preise frei, könnte er den Wettbewerb unter den bestehenden Kreditkartensystemen verstärken - ohne "take it or leave it"-Dilemma. Die NDR-Klausel (mit dem Verbot des *surcharging*) verhindere eine effiziente Ressourcenverteilung zunächst auf Händlerstufe und anschliessend auch auf Verbraucherstufe, indem letztlich Quersubventionierungen unter den verschiedenen Zahlungsmitteln stattfänden. Abschliessend verwirft die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den Verfahrenskosten.

- E. Mit Verfügung vom 15. Mai 2003 schloss die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Schriftenwechsel vorerst ab.

Mit Eingabe vom 24. Juni 2003 beantragt die Beschwerdeführerin die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Zur Begründung hält sie fest, die Vernehmlassung der Vorinstanz enthalte viele neue Argumente und Behauptungen, die eine Entgegnung erforderlich machten.

Am 1. Juli 2003 forderte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin auf, Geschäftsgeheimnisse in ihren bisherigen Eingaben zu bezeichnen und Umschreibungsvorschläge zu unterbreiten.

Am 18. August 2003 reichte die Beschwerdeführerin die gewünschten Umschreibungsvorschläge für ihre Geschäftsgeheimnisse ein.

Mit Verfügung vom 6. Oktober 2003 räumte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdeführerin in den Beschwerdeverfahren in Sachen Swisscard AECS AG (FB/2003-1), Cornè Banca SA (FB/2003-2) und UBS Card Center AG (FB/2003-3) Akteneinsicht ein und stellte ihr die entsprechenden Verfahrensakten (unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse) zu. Gleichzeitig wurde

der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um zur Beschwerdeantwort der Vorinstanz eine Replik einzureichen, und ihr mitgeteilt, dass über eine allfällige Einräumung weitergehender Parteirechte beziehungsweise über eine Vereinigung der Verfahren FB/2003-1 bis -4 in einem späteren Zeitpunkt entschieden würde.

- F. Nach gewährter Fristerstreckung reichte die Beschwerdeführerin am 12. Januar 2004 eine Beschwerdereplik ein. Darin hält sie an ihren bisherigen Beschwerdeanträgen fest. In Anlehnung an ihre Eingabe vom 29. April 2003 verlangt die Beschwerdeführerin, es sei ihr in alle Akten der Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 Einsicht zu gewähren und Gelegenheit zu geben, zu den Eingaben der drei anderen Beschwerdeführerinnen in den drei anderen Verfahren je einzeln Stellung zu nehmen.

In formeller Hinsicht wiederholt die Beschwerdeführerin ihre Rüge, wonach die Vorinstanz nicht rechtsgenügend auf ihre Argumente eingegangen sei. Die Vorinstanz verletze den Untersuchungsgrundsatz, indem sie die durch die Liberalisierung der Lizenzsysteme ausgelösten bedeutsamen Entwicklungen im Bereich des *cross border acquiring* (insbes. hinsichtlich der Branchenverbände) vernachlässigt und auf eine Aktualisierung des Sachverhalts verzichtet habe. Denn die inländischen Acquirer stünden untereinander sowie mit ausländischen Acquirern in scharfem Wettbewerb. Dies übersehe die Vorinstanz ebenso wie die seit 2001 stattfindenden fundamentalen Umwälzungen des Kreditkartensegmentes des Marktes für Zahlungsmittel. Zu erwähnen seien der verstärkte Markteintritt ausländischer Unternehmen, neuartige Dual- und Multibrandprodukte sowie der aggressive Marktauftritt der Cornèr Banca SA als *dualbrand acquirer*. Die Lizenzsysteme für Mastercard und VISA seien völlig offen, wesentliche Marktzutrittsbarrieren bestünden nicht. Die Beschwerdeführerin weist ferner darauf hin, dass sie anfangs Juni 2003 zusätzlich eine VISA-Acquiring-Lizenz erworben und das VISA-Acquiring-Geschäft der UBS Card Center AG übernommen habe. Trotzdem habe der heftige Wettbewerb in den letzten 18 Monaten zu grossen Kunden- und Umsatzverlusten geführt. Diese Entwicklung habe bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung begonnen. Die Beschwerdeführerin betont, dass Wettbewerb herrsche, zeige der Umstand, dass sich die Cornèr Banca SA im Sommer 2003 bei der Vorinstanz als Opfer eines "Preisdumpings" bezeichnet und vorsorgliche Massnahmen beantragt habe. Angesichts des Wettbewerbs wäre es absurd, kartellrechtswidriges kollusives Parallelverhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung anzunehmen. Bereits deshalb sei die Verwendung der NDR-Klausel nicht kartellrechtswidrig.

Die Vorinstanz grenze den Markt falsch ab, weil sie irrtümlich von der Existenz eines "selbstständigen Wholesale-Markt für Zahlungssysteme" mit sich gegenüberstehenden Händlern und Acquirern ausgehe. Da indes der Kunde die Nachfrage nach Kreditkartendienstleistungen massgeblich bestimme, richte sich die Marktabgrenzung nicht isoliert nach einem hypothetischen Nachfrageverhalten der

Händler. Ein solches gebe es nicht. Falsch sei auch die Feststellung der Vorinstanz, wonach Händler und Kunden unterschiedliche Produkte und Dienstleistungen nachfragten. Zwar gebe es angesichts der Drei- oder Vierparteiverhältnisse zwei verschiedene Nachfragegrössen. Indessen beeinflussten sich diese wegen der bestehenden Verknüpfung gegenseitig. Denn es gehe um eine kombinierte Dienstleistung von Acquirern und Issuern, um Händlern und Konsumenten das bargeldlose Zahlen zu ermöglichen. Dass andere Wettbewerbsbehörden sogar separate Märkte für verschiedene Kreditkartenmarken abgegrenzt hätten, sei bedeutungslos, zumal hier die Abhängigkeit der Nachfrage der Händler und Konsumenten problematisiert sei. Selbst wenn der Kreditkarten-Zahlungsverkehrsmarkt auf eine Marke beschränkt wäre, könnte die geschilderte Abhängigkeit beobachtet werden. Die Vorinstanz anerkenne immerhin die Abhängigkeit der Nachfrage des Händlers von derjenigen des Konsumenten und gehe sogar soweit, die fehlende Austauschbarkeit der Kreditkarten-Zahlungssysteme mit anderen Zahlungsmitteln mit der Existenz der NDR-Klausel zu erklären. Die Vorinstanz erkenne richtig, dass der Verbraucher über den Einsatz des Zahlungsmittels entscheide. Aber gerade deshalb sei die Substituierbarkeit auch aus dessen Sicht zu beurteilen, ohne zur "untragbaren Konsequenz" zu führen, dass alle Märkte unterschiedlicher Stufen vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher her zu bestimmen wären. Vorliegend wirkten Acquirer und Issuer in einer kombinierten Dienstleistung zusammen, um Händlern und Konsumenten als Dienstleistung bargeldloses Bezahlen zu ermöglichen.

Zwei Marktstufen seien zu unterscheiden: (1.) die Stufe der Finanzierungsinstitute (Issuing und Acquiring) und (2.) die Stufe der Abnehmer der Dienstleistung (Händler und Konsumenten). Das habe auch die Europäische Kommission im VISA-Entscheid erkannt, indem diese das Verhältnis Acquirer/Händler keineswegs fälschlicherweise zu den kartenbezogenen Tätigkeiten rechne. Richtig besehen bildeten Händler und Konsumenten eine Einheit, welche als Konsumenten von der Bereitstellung eines bestimmten Zahlungsmittels profitierten. Da letztlich der Konsument die Nachfrage nach Zahlungsmitteln bestimme, seien diese letztlich auch austauschbar. Deshalb sei auch die verengte Marktabgrenzung der Vorinstanz fehlerhaft. Nicht stichhaltig seien die Argumente gegen die Anwendung des SSNIP-Tests. Dessen Tauglichkeit werde durch die NDR-Klausel nicht in Frage gestellt, da es um eine hypothetische Analyse gehe, die auch in der EU allgemein anerkannt sei. Irrelevant sei der Hinweis auf die "*cellophane fallacy doctrine*", da selbst die Vorinstanz nicht behauptete, dass überhöhte Preise verlangt würden.

Des Weiteren umfasse der relevante Markt für Zahlungsmittel mindestens Europa. *Crown jewel customers* seien attraktiv, weil sie ein grosses Umsatzvolumen generierten. Doch seien darunter nicht nur internationale Unternehmen im Sinne der Definition der Vorinstanz zu verstehen. Dazu gehörten auch primär in der Schweiz tätige Unternehmen wie Detailhandelsketten, Warenhäuser, Luxushotels, Kommunikationsgesellschaften (etc.). Ferner stellten *cross border acquirer* nicht nur für international tätige Unternehmen, sondern über Verbandsorganisationen auch für Kleinunternehmen eine Alternative dar.

Abgesehen davon, dass die starken Marktbewegungen es a priori nicht erlaubten, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung anzunehmen, missverstehe die Vorinstanz diese Rechtsfigur. Eine einzelne, von verschiedenen Unternehmen ähnlich verwendete Vertragsklausel (i. c. die NDR-Klausel) erlaube es nicht, auf eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zu schliessen. Insofern sei das Argument zirkulär, wonach die Existenz der NDR-Klausel eine marktbeherrschende Stellung widerspiegeln würde, weil es unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht zu solchen Eingriffen in die Preisfestsetzungsfreiheit käme. Diese Behauptung werde durch den Umstand widerlegt, dass kleine nicht für kollektiv marktbeherrschend erachtete Acquirer diese Klausel ohne Widerstand der Händler in ihren Verträgen führten. Demgegenüber sei für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung die Reaktionsverbundenheit unter den beteiligten Unternehmen konstitutiv. Insofern wäre nachzuweisen gewesen, ob Anreize für die Unternehmen bestünden, sich auch ohne explizite Abrede - sehr wahrscheinlich dauerhaft - auf bestimmte Art zu verhalten. Auch wenn dies keine explizite Sanktionsvereinbarung voraussetze, müsse nach der Rechtsprechung des EuG jedes Mitglied eines Oligopols im Stande sein, das Verhalten der andern Mitbewerber in Erfahrung zu bringen, um mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit auf deren Verhalten reagieren zu können. Diese stillschweigende Koordinierung müsse zudem auf Dauer wahrscheinlich sein. Das setze einen Anreiz ("Abschreckungsmittel") voraus, wettbewerbliches Verhalten als unattraktiv einzuschätzen und daher vom gemeinsamen Verhalten nicht abzuweichen. Zusätzlich wäre nachzuweisen gewesen, dass die voraussichtliche Reaktion der oligopolexternen Konkurrenz und diejenige der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens auf Dauer nicht in Frage stellen. Die Vorinstanz habe keine der drei Kriterien nachgewiesen, sondern nur behauptet, die vier angeblich kollektiv marktbeherrschenden Acquirer könnten sich unabhängig von den verbliebenen Konkurrenten und der Marktgegenseite verhalten. Indessen zeige ihr Verhalten sowie dasjenige der Cornèr Banca SA, dass ein Anreiz zu parallelem Verhalten nicht bestehe, sondern vielmehr Wettbewerb durch "aggressive Konditionengestaltung" und Schaffung neuer Angebote (*dual-branding*). Entsprechendes Datenmaterial sei bereits während der Untersuchung der Vorinstanz angeboten, aber leider ignoriert worden. Dass die NDR-Klausel auch von anderen Acquirern (wie Diners Club [Schweiz] AG etc.) verwendet werde, zeige ihren Charakter als Produktmerkmal.

Abgesehen davon sei auch die "mechanische Abhandlung" der Kriterien zur Bestimmung der angeblichen kollektiv marktbeherrschenden Stellung fehlerhaft:

Eine Grenze für die Maximalzahl kollektiv marktbeherrschender Marktteilnehmer gebe es zwar nicht. Aber mit zunehmender Zahl werde die Wahrscheinlichkeit der kollektiven Marktbeherrschung kleiner, was die Gefahr des Ausschlerens aus dem Oligopol (*cheating*) vergrössere. Markttransparenz liege schon deshalb nicht vor, weil die Gestaltung der Konditionen Aufgabe des Managements und nicht des Verwaltungsrates sei. Einen entsprechenden Informationsfluss gäbe es nicht und werde auch nicht nachgewiesen. Betreffend die Marktphase bemesse sich das Wachstum des bargeldlosen Zahlungsverkehrs einzig nach dem Umsatz, der über bargeldlose

Zahlungsmittel abgewickelt werde. Insofern seien die Acquirer im Wachstumsmarkt der Kreditkarten primär an möglichst hohen Transaktionsvolumen interessiert und nicht allein an einer möglichst hohen Anzahl Händler. Dies zeige, dass der Wettbewerb im Bereich des Zahlungsverkehrs letztlich vom Konsumenten abhängt, der über den Einsatz der Kreditkarten entscheide. Trotz hoher Marktdurchdringung betreffend die Anzahl Händler bestehe nach wie vor heftiger Wettbewerb um umsatzstarke Händler und um den Einsatz bestimmter bargeldloser Zahlungsmittel. Des Weiteren widerlege die Wettbewerbsentwicklungen der letzten 18 Monate die Ansicht der Vorinstanz zur potentiellen Konkurrenz. Die von zwei ausländischen Acquirern behaupteten Marktzutrittsschranken seien nicht näher geprüft worden. Die heute bestehende Asymmetrie der Marktanteile spreche grundsätzlich gegen die Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung unter den betroffenen vier Acquirern. Hinsichtlich der Interessen-, Produkte- oder Kostensymmetrie begnüge sich die Vorinstanz mit dem Hinweis, jedenfalls betreffend die NDR-Klausel hätten die Acquirer gleiche Interessen. Indessen könne eine kollektiv marktbeherrschende Stellung nicht anhand eines Wettbewerbsparameters (d. h. einer einzigen Vertragsklausel) nachgewiesen werden.

Die Vorinstanz unterstelle die Missbräuchlichkeit der NDR-Klausel, ohne wettbewerbswidrige Auswirkungen nachzuweisen. Es werde übersehen, dass ein Verhalten nur missbräuchlich sei, wenn es im Ergebnis zu einem kartellrechtlich unerwünschten Marktergebnis führe. Dass die NDR-Klausel zu einem ineffizienten (d. h. unerwünschten) Marktergebnis führe, habe die Vorinstanz nicht dargelegt. Die NDR-Klausel führe weder zu einem Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den Kreditkartensystemen noch gegenüber anderen Zahlungsverkehrssystemen. Die gegenteilige Aussage der Vorinstanz belege vielmehr, dass Kreditkarten mit anderen Zahlungsmitteln im Wettbewerb stünden. In diesem Zusammenhang beschränke die NDR-Klausel weder die Wahlfreiheit des Händlers, ein Zahlungsmittel grundsätzlich anzunehmen, noch diejenige des Konsumenten, Zahlungsmittel grundsätzlich mit sich zu führen oder im Einzelfall einzusetzen. Insofern sei die NDR-Klausel als Geschäftsbedingung nicht unangemessen, zumal sie den Händler wirtschaftlich nicht benachteilige und jedenfalls dessen Preisfestsetzungsfreiheit nicht beschränke. Denn er bleibe frei, die Verkaufspreise seiner Produkte festzusetzen. Die NDR-Klausel untersage lediglich bei individuellen Transaktionen, Kunden je nach Zahlungsmittel zu diskriminieren. Nach der Logik der Vorinstanz müsste jeder Händler für jedes Zahlungsmittel eine eigene Vollkostenrechnung erstellen und die Verkaufspreise dementsprechend differenzieren, um auf seine Kunden die effektiven Kosten der verwendeten Zahlungsmittel überwälzen zu können. Das hätte insbesondere für Barzahler erhebliche Auswirkungen, da der Bargeldverkehr nicht zu unterschätzende "Handling-Kosten" verursache. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin bestünden hier sehr wohl Parallelen zum VISA-Entscheid der Europäischen Kommission vom 9. August 2001, da es in beiden Fällen um die Frage der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der NDR-Klausel gehe. Dass sich der Entscheid der Europäischen Kommission an der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes orientiere, während die inländischen Acquirer

von der bisherigen Marktstellung durch Gebietseinschränkungen profitiert hätten, sei kein taugliches Gegenargument. Die für die EU ausgesprochene Aufrechterhaltung der NDR-Klausel trage zur Integration des gemeinsamen Binnenmarktes nichts bei. Ohnehin seien die Gebietsbeschränkungen in den Lizenzbestimmungen der grossen Kreditkartensysteme ab 1999 aufgehoben worden, was seither zur Durchdringung des inländischen Marktes mit ausländischen Unternehmen geführt habe. Unter dem Blickwinkel der geographischen Durchdringung unterscheide sich die Europäische Union nicht von der Schweiz.

Die NDR-Klausel sei als klassische Branchenklausel ein Produktmerkmal des Kreditkarten-Zahlungsverkehrs und deshalb sachlich gerechtfertigt. Denn sie schütze den Konsumenten davor, unter dem Vorwand einer verursachergerechten Kostenüberwälzung Opfer einer doppelten Kostenüberwälzung zu werden. Sie schütze auch davor, dass Händler die Kosten, welche dem von ihnen aus dem Kreditkartensystem gezogenen Nutzen entsprechen, auf die Konsumenten zu überwälzen versuchen.

Die in der angefochtenen Verfügung auferlegten Verfahrenskosten hält die Beschwerdeführerin nach wie vor für gesetzwidrig.

- G. Mit Duplik vom 19. April 2004 liess sich die Wettbewerbskommission zur Beschwerdereplik vernehmen. Darin bestätigt sie ihre bisher gestellten Anträge betreffend Abweisung der Beschwerde und Vereinigung der Beschwerdeverfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4.

Vorab hält die Vorinstanz zu den geltend gemachten Umwälzungen auf dem Markt für das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft fest, angesichts der Konzeption des Kartellgesetzes dürften die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten, erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen Sachverhaltsänderungen (wie z. B. der Verkauf des VISA-Akzeptanzgeschäfts durch die UBS Card Center AG sowie deren partiellen Marktaustritt, das wettbewerbsintensivierende Angebot des *dual brand acquiring* durch die Beschwerdeführerin sowie die zunehmende Bedeutung des *cross border acquiring*) nicht berücksichtigt werden. Daher sei für die Prüfung der angefochtenen Verfügung einzig der bis spätestens am 18. November 2002 eingetretene Sachverhalt massgebend. Die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen wären hingegen erst in einem "allfälligen separaten Sanktionsverfahren" zu prüfen. Daher verzichtet die Vorinstanz, in ihrer Duplik auf diese nachträglich eingetretenen Entwicklungen näher einzugehen.

Des Weiteren bestreitet die Vorinstanz, das rechtliche Gehör verletzt zu haben. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe sich nicht mit jeder tatsächlichen Behauptung oder rechtlichen Auffassung auseinander zu setzen, sondern sie dürfe auch implizite Antworten geben, solange die Gesamtheit der Begründung erkennen las-

se, weshalb einem Standpunkt nicht gefolgt worden sei. Unter Umständen sei es auch zulässig, die Begründung im Rechtsmittelverfahren nachzuliefern, auch wenn Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich höheren Ansprüchen zu genügen hätten. Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren habe sich die Beschwerdeführerin zweimal zu den rechtlichen und sachverhaltlichen Fragen äussern können, weshalb eine Aufhebung aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in Frage komme.

Auch den Vorwurf der Verletzung der Untersuchungsmaxime hält die Vorinstanz für unbegründet. Die Argumente der Beschwerdeführerin seien nicht "schlicht und einfach ignoriert" worden. Im Frühsommer 2001 seien die von den Parteien erwähnten ausländischen *cross border acquirer*, internationalen Kreditkartenorganisationen sowie Händler mit Sitz in der Schweiz (insbes. zum *cross border acquiring*) befragt worden. Unklar sei daher, inwiefern die Marktanteile besser hätten abgeklärt werden können. Auf Grund dieser Abklärungen sei der Verfügungsentwurf angepasst worden. Die angefochtene Verfügung bringe klar zum Ausdruck, dass eine gewisse Liberalisierung des *cross border acquiring* erst Ende der 90-er Jahre eingesetzt habe, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität innerhalb der einzelnen Systeme. Nach den Antworten der Beschwerdeführerin seien nur die Händler mit Auslandsbezug Adressaten des *central acquiring*, damit diese in ihrem Wirkungsgebiet mit denselben Konditionen für Mastercard-Transaktionen operieren können. Im Entscheidzeitpunkt sei die *special affiliate acquiring licence* von MasterCard Int. noch gebietsgebunden gewesen, so dass damals die Lizenznehmer ihre Acquiring-Dienstleistungen Händlern in fremden Ländern nicht ohne Autorisierung durch die Lizenzgeberin anbieten durften. Auch die Systeme "VISA und American Express" hätten im Entscheidzeitpunkt trotz Lockerungen Restriktionen gekannt. Insofern habe die Aufhebung der Gebietsexklusivitäten für das *cross border acquiring* im Entscheidzeitpunkt keinen wesentlichen Einfluss auf das Verhalten der vier Verfügungsadressatinnen gehabt. Damals habe es in der Schweiz auch zu wenig ausländische Acquirer gegeben, um die marktbeherrschende Stellung der Verfügungsadressatinnen zu destabilisieren. Dies sei auch kaum eingetreten, als der Schweizer Reisebüroverband im August 2002 seine Mitglieder auf das Angebot der deutschen Firma B+S Card Service GmbH hingewiesen hatte. Vielmehr habe der Schweizer Reisebüroverband damals festgehalten, erst mit der Gewinnung der B+S Card Service GmbH als Vertragspartnerin sei es gelungen, die bisherigen Konditionen der Schweizer Acquirer zu unterbieten. Dies belege, dass unter den bisherigen Acquirern kein Wettbewerb stattgefunden habe. Die erst in jüngster Zeit erfolgten Kündigungen, auf die sich alle Beschwerdeführerinnen in den hängigen Verfahren beriefen, erlaube es, von im Wesentlichen stabilen Kommissionen bis Ende 2002 auszugehen, selbst wenn entsprechendes Beweismaterial nur bis Mitte 2000 reiche. Der Erwerb der MasterCard-Lizenz durch die Cornèr Banca SA habe im Entscheidzeitpunkt keinen massgebenden Einfluss auf die kollektiv marktbeherrschende Stellung der Verfügungsadressatinnen gehabt. Auch der Verweis auf die von der Cornèr Banca SA im Sommer 2003 beantragten vorsorglichen Massnahmen ändere nichts an der Beurteilung. Denn der behauptete Wettbewerb habe unter den Acquirern - wenn überhaupt - erst nach Erlass der an-

gefochtenen Verfügung eingesetzt, weshalb in diesem Verfahren nicht näher darauf einzugehen sei. Aus demselben Grunde unbeachtlich seien die von der Beschwerdeführerin erwähnten angeblichen Rahmenverträge anderer Verbände (Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, Verband der Seilbahnen Schweiz), welche erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung vom 18. November 2002 abgeschlossen worden seien. Dass Gastrosuisse und der Schweizerische Reisebüroverband kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung einen Rahmenvertrag abgeschlossen haben, vermöge die festgestellte kollektive Marktbeherrschung nicht umzustossen. Massgeblich wäre einzig, wie viele Händler von diesem Angebot profitiert hätten, wobei auch das Strukturveränderungspotenzial der übrigen Konkurrenten zu prüfen wäre. Einzig eine Erhöhung der Anzahl kleiner Marktteilnehmer genüge nicht, um die marktbeherrschende Stellung zu destabilisieren.

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes könne aus einer Interdependenz zwischen Issuing- und Acquiringmarkt nicht auf die Existenz nur eines Nachfragemarktes geschlossen werden. Im Gegenteil bestünden separate Märkte, wie die Kreditkartenindustrie zeige: Die Beschwerdeführerin habe Mitte 2000 ihr Issuinggeschäft an diverse Banken und banknahe Institute verkauft und sich im Kerngeschäft auf das Acquiring konzentriert, währenddem andere Unternehmen (wie z. B. die UBS Card Center AG) daraus ausgestiegen seien. Insofern treffe die Behauptung nicht zu, es gebe innerhalb eines Netzwerkmarktes (Kreditkartensystem) keine gesonderten Nachfragemärkte. Der Einwand, Issuer und Acquirer erbrächten eine gemeinsame Dienstleistung, ziele darauf ab, aus einem Netzwerkmarkt künstlich eine "rein vertikale Wertschöpfungskette" zu konstruieren, an deren Ende Händler und Kunden zusammen "kombinierte Dienstleistungen" nachfragen würden. Diese Sicht aber widerspreche der Argumentation in der Beschwerde, wo die Beschwerdeführerin noch eine eigene Nachfrage der Händler nach einem Acquiring-Vertrag ausdrücklich anerkannt habe. Im Netzwerkmarkt hingen die beiden unterschiedlichen Nachfragemärkte voneinander ab. Der vorliegende Netzwerkmarkt habe positive Externalitäten: die Kartenbezüger profitierten von der Verwendung ihrer Kreditkarte, je mehr Händler diese auch akzeptierten - und umgekehrt profitierten die Händler, je mehr Kunden eine solche Karte auch benützten. Trotzdem seien separate Nachfragemärkte zu unterscheiden, da der Händler den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr und der Kunde einen bestimmten Kreditkartentyp nachfrage. Im Übrigen anerkenne die Beschwerdeführerin, dass sich der Wettbewerb auf dem Acquiringmarkt wegen dem Eintritt ausländischer Acquirer verändert habe. Indessen seien keine solche Änderungen auf dem Issuingmarkt bekannt. Wäre die Argumentation der Beschwerdeführerin richtig, müssten sich diese Änderungen auch gegenüber den Karteninhabern ausgewirkt haben, was sicherlich zu verneinen sei.

Dass die hier massgebliche Nachfrage der Händler vom Zahlungsverhalten der Kunden beeinflusst werde und deshalb nicht unabhängig sei, lasse die Marktabgrenzung nicht als falsch erscheinen. Hier interessiere einzig das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft. Die NDR-Klausel verunmögliche einen Produktwettbewerb un-

ter den Kreditkartenmarken, da der Händler dem Kunden möglichst alle Marken offerieren müsse und deshalb die ihm entstehenden Kosten in Verhandlungen nicht als Druckmittel einsetzen könne. Verzichte ein Händler allenfalls auf eine Kreditkartenmarke, spiegle dieses Verhalten nicht Produktwettbewerb wider, sondern den Verzicht auf ein weiteres Komplementärgut. Ein Wettbewerb auf der Acquiringseite sei nur möglich, wenn infolge Wegfalls der NDR-Klausel die Preistransparenz dem Kunden erlaube, das für ihn effizienteste Zahlungsmittel auszuwählen.

Zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung gehe selbst die Europäische Kommission nicht von internationalen, sondern von nationalen Märkten aus. Nach deren Auffassung seien die betreffenden nationalen Märkte im Binnenmarkt der EU auf Grund von vermehrtem grenzüberschreitendem Acquiring daran, über den nationalen Rahmen hinausreichende Merkmale zu entwickeln. Während der Untersuchung (bis zum Verfügungszeitpunkt) hätten sich die ausländischen *cross border acquirer* praktisch nur an Schweizer Händler und Dienstleistungserbringer mit Auslandsbezug gerichtet. Erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung seien die Verträge zwischen *cross border acquirer* und einzelnen Mitgliedern des Reisebüroverbandes, des Hotellerieverbandes sowie von Gastrosuisse geschlossen worden. Dies seien aber neue Tatsachen welche im Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden dürften. Abgesehen davon sei das aktuelle *cross border acquiring* nicht zu überschätzen, da sein Marktanteil gering sei und nach Schätzungen der Cornèr Banca SA zwischen einem und sechs Prozent betrage.

Die kollektive Marktbeherrschung, deren Missbrauch unzulässig sei, ergebe sich aus Marktstrukturen, welche Oligopolisten erlaubten, das Marktverhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren. Dies meine die Beschwerdeführerin offenbar mit "Reaktionsverbundenheit". Eine bewusste Verhaltenskoordination sei dafür nicht notwendig. Die vier Acquirer verhielten sich parallel, indem alle die NDR-Klausel in ihren Akzeptanzverträgen verwendeten. Die vorherrschenden Marktstrukturen (wenige Anbieter, grosse Marktanteile, Marktreifephase, bestehende Markttransparenz, geringe potentielle Konkurrenz, Produkte- und Kostensymmetrie sowie schwache Marktgegenseite) erlaubten ihnen, ohne Absprache das gegenseitige Verhalten in Bezug auf die NDR-Klausel zu antizipieren. Die Verhaltensabstimmung werde erreicht, indem kein Wettbewerber als Erster auf die NDR-Klausel verzichte, um das "natürliche" Parallelverhalten aufzugeben. Das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung werde in der neusten Literatur von Daniel Emch begrüsst, weil Oligopolunternehmen künftig mit einem Einschreiten gegen Wettbewerbsbeschränkungen rechnen müssten, weil nur noch das erfolgte Parallelverhalten, die kollusionsfördernden Strukturmerkmale sowie das missbräuchliche Verhalten zu beweisen seien. Nicht notwendig sei ein aktiver Informationsaustausch, der - wenn er vorliegen sollte - auf eine Wettbewerbsabrede schliessen liesse.

Was die Behauptung der Beschwerdeführerin zur Anzahl Marktteilnehmer anbetrifft, wonach sich eine kollektive Marktbeherrschung zu viert a priori nicht nachweisen lasse, stehe der Entscheid der Europäischen Kommission in Sachen "Price Wa-

terhouse/Coopers & Lybrand" entgegen. Aus der verbindlichen englischen Version werde ersichtlich, dass die Europäische Kommission eine kollektive Marktbeherrschung von zwei, drei oder vier Anbietern als möglich erachte ("*[103] From a general viewpoint, collective dominance involving more than three or four suppliers is unlikely simply because of the complexity of the interrelationships involved... [113] As was explained (paragraph 103), collective dominance involving more than three or four suppliers is too complex and unstable to persist over time.*").

Auch die asymmetrische Verteilung der Marktanteile spreche nicht grundsätzlich gegen das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Die in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Betrachtung der Marktanteile zeige, dass während vielen Jahren kein Wettbewerb stattgefunden habe, nicht einmal zwischen der UBS Card Center AG und der Cornèr Banca SA im Bereich des VISA-Acquiring. Dies belegte die Beständigkeit der Kommissionen während der Beobachtungsperiode. Wettbewerb im Preisverhalten oder in der Handhabung der NDR-Klausel habe nicht stattgefunden. Vielmehr schliesse die NDR-Klausel den Wettbewerb unter den kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen bewusst aus und ein freiwilliger Verzicht eines einzelnen kollektiv marktbeherrschenden Acquirers sei nicht geboten. Im Übrigen sei der Nachweis einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auch gemäss der bisherigen Wettbewerbspraxis (i. S. "Bell AG/SEG Poulets" und "Mobilfunkmarkt") nicht auf eine symmetrische Marktanteilsverteilung abzustützen.

Die Markttransparenz erfordere keinen nachzuweisenden Informationsaustausch, da natürliches Parallelverhalten einzig auf Grund der oligopolen Marktstruktur und sich daraus ergebenden kollusionsfördernden Faktoren entstehe. Die finanziellen und persönlichen Verflechtungen der beiden Grossbanken UBS AG und Credit Suisse Group hätten den Acquirern ermöglicht, das Marktverhalten der "Konkurrenten" zu antizipieren. Auch die Produktesymmetrie sei wesentlich geeignet, die Markttransparenz unter den an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen zu fördern. Die Parteien hätten eingeräumt, dass die Händler gegenüber den Acquirern auf die Konditionen anderer Acquirer hinwiesen, um entsprechende Konditionen auszuhandeln. Diese Marktinformationen ermöglichten Transparenz auf dem Kreditkarten-Akzeptanzmarkt, insbesondere hinsichtlich der gemeinsamen Verwendung der NDR-Klausel.

Ferner sei die Kritik der Beschwerdeführerin zur Marktphase unbegründet. Auch wenn das Transaktionsvolumen des kartengestützten Zahlungsverkehrs in den letzten Jahren zugenommen habe, stehe das der festgestellten Reifephase des Marktes nicht entgegen. Da der Zugang zum Kreditkartenmarkt kein konsumierbares Gut darstelle und die Mehrheit der nachfragenden Händler über einen Zugang zu einem oder mehreren Kreditkartensystemen verfügten, sei die Schlussfolgerung berechtigt gewesen, das Wachstum der Anzahl Händler als relativ stabil zu bezeichnen. Ein Wettbewerb um Marktanteile habe nur noch auf Kosten anderer Konkurrenten erfolgen können. Dass angeblich bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung intensiver Wettbewerb unter den Acquirern geherrscht habe, treffe nicht zu, da zwischen

den vier Acquireern keine wesentlichen Marktanteilsveränderungen eingetreten seien. Dies zeige, dass der Händler wegen der Einschränkung seiner Preisfestsetzungsfreiheit den Wettbewerb unter den Acquireern nicht spielen lassen könne.

Entgegen der Beschwerdeführerin sei nie behauptet worden, die kollektiv marktbeherrschende Stellung der vier Acquirer belege, dass keine potentielle Konkurrenz vorhanden sei. Nach eingehender Prüfung dieser Frage habe von einer geringen Gefahr des Marktzutritts neuer Konkurrenten mit Destabilisierungspotenzial ausgegangen werden dürfen. Die *Royal Bank of Scotland* habe erklärt, die dominierende Stellung der inländischen Acquirer sei eine wesentliche Hürde für den Marktzutritt potentieller Konkurrenz.

Des Weiteren dürften die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Erfordernis von "Abschreckungsmitteln" insbesondere für die prospektiven Analysen bei Fusionskontrollen zutreffend sein. Demgegenüber gelte eine andere Sichtweise bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung. Entscheidend sei im Entscheidzeitpunkt nicht die Frage nach vorliegenden Sanktionsmechanismen, welche zukunftsgerichtet kollektive Marktbeherrschung dauern lassen sollen, sondern ob die bestehende oligopolistische Marktstruktur und die weiteren Faktoren ein kollusives Verhalten bisher ermöglicht hätten. Ein Sanktionsmechanismus wäre notwendig, wenn ein Ausscheren aus der kollektiven Marktbeherrschung für das Unternehmen profitabel wäre, indem es den Gewinn kurzfristig steigern könnte. Dies treffe jedoch bei der NDR-Klausel nicht zu. Mit einem allfälligen Ausscheren würde der Acquirer vielmehr riskieren, seinen Händlern ein Druckmittel für das Aushandeln der Kommissionen zu geben und allenfalls seine Position (im Unterschied zu den an der NDR-Klausel Festhaltenden) schwächen. Liege hier ein "natürliches" Parallelverhalten vor, sei ein von den Marktbeherrschern geschaffener Sanktionsmechanismus überflüssig, da für den potentiell Ausscherenden Gewinnaussichten fehlten.

Nicht überzeugend sei der Versuch der Beschwerdeführerin, die NDR-Klausel als Produktmerkmal und nicht als Ausfluss eines bestimmten Marktverhaltens darzustellen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass wirksamer Wettbewerb die Innovationen und die Entwicklung von Produktmerkmalen fördere. Der Logik des wettbewerblichen Verhaltens entspreche es, dass Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung ihr Verhalten den Marktleadern anpassten, zumal dies ihnen nütze. Denn die NDR-Klausel schliesse den Wettbewerb zwischen den Acquireern auf dem sachlich relevanten Markt wie auch den Substitutionswettbewerb zwischen den verschiedenen Zahlungsverkehrssystemen aus. Ebenso wenig sei die NDR-Klausel ein Charakteristikum des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr. Selbst die Europäische Kommission anerkenne, dass für die Verbraucher eine Differenzierung zwischen Kredit- und Debitkarten hinreichend wichtig sein könne, weshalb auf Stufe Endverbraucher separate Produktmärkte vorliegen könnten.

Ferner müssten in Staaten mit Verbot der NDR-Klausel die Kreditkartensysteme zusammengebrochen sein und nicht mehr funktionieren. Indessen sei das Gegenteil der Fall, weshalb die NDR-Klausel kein Produktmerkmal sei.

Immerhin anerkenne die Beschwerdeführerin, dass die NDR-Klausel ein Wettbewerbsparameter sei. Entgegen der Beschwerdeführerin müsse sich wettbewerbs-schädliches Verhalten nicht auf das ganze Marktverhalten beziehen; es genüge bereits, wenn ein Wettbewerbsparameter beschränkt werde, wie hier durch eine gemeinsam verwendete Preisgestaltungsbestimmung.

Es sei zwar zutreffend, dass letztlich der Händler den Endverkaufspreis für ein Gut festlegen könne. Indessen schliesse die NDR-Klausel eine Differenzierung dieses Preises nach Art des Zahlungsmittels aus. Die angefochtene Verfügung verlange vom Händler nicht vollständige Preistransparenz bezüglich seiner Produkte. Vielmehr gehe es darum, dem Händler die volle Preisfestsetzungsfreiheit in die Hand zu geben, unabhängig davon, ob er diese umsetzt. Ohne NDR-Klausel habe der Händler mehr Spielraum, um mit den Acquirern die Kommissionen auszuhandeln. Handle er tiefere Kommissionen aus, welche mit den durch die anderen Zahlungsmitteln verursachten Kosten vergleichbar seien, könne er auf eine Überwälzung der Kommissionen verzichten, ohne dass dies zu einer Ressourcenfehlallokation führen würde. Blieben hingegen die Kommissionen hoch, wäre er ermächtigt, die Kosten des Kreditkartengebrauchs auf den kostenverursachenden Kunden zu überwälzen, ohne dass die übrige Kundschaft zur Quersubventionierung beigezogen werden müsste. Trotz einer solchen Überwälzung werde der Kunde die Kreditkarte einsetzen, sofern sie ihm Vorteile bringe (wie z. B. "kein Risiko des Bargeld-auf-sich-Tragens, Dispositionsfreiheit, kein Fremdwährungsbarumtausch, bessere Umwechslungskurse, Kreditfunktion etc."). Würden jedoch die Händler und die Karteninhaber die Vorteile für so gering halten, dass sie nicht mehr bereit wären, für die Kosten des Karteneinsatzes aufzukommen, wäre nicht einzusehen, weshalb andere Kunden zur Quersubventionierung hinzugezogen werden sollten. Insofern sei das Zahlungsmittel "Kreditkarte" erst dann ökonomisch effizient, wenn die durch ihren Gebrauch gegenüber anderen Zahlungsmitteln entstehenden Mehrkosten (inkl. Kommissionen) so niedrig seien, dass sie durch die Vorteile des Kreditkartengebrauchs aufgewogen werden. Freilich sei das Kreditkartensystem weder effizient, noch gesamtwirtschaftlich sinnvoll noch prokompetitiv, wenn es infolge hoher Kosten nur noch dank Quersubventionierung funktioniere. Die Befürchtungen der Beschwerdeführerin seien zu relativieren, nachdem in Grossbritannien, Schweden und den Niederlanden nach Aufhebung der NDR-Klausel keine Systemineffizienzen aufgetreten seien. Erhalte der Kunde keine Preistransparenz, dann seien die Händler nicht in der Lage, die Zugänge zu Kreditkartenzahlungssystemen untereinander zu substituieren, sondern sie müssten ihren Kunden möglichst viele Zugänge offerieren. Zu einem "must in stock" gehöre der Zugang zur Eurocard/Mastercard, zur VISA-Card sowie zur AMEX-Card, was sich aus dem Marktanteil der vier betroffenen Acquirer von insgesamt 98 Prozent ergebe. Bei einem Wegfall der NDR-Klausel würden sich die Anbieter von Kreditkartenzahlungsverkehrssystemen nicht nur mit Forderungen der

Kartenbezüger nach besseren Konditionen (Jahresgebühren, Zinssätze für Kreditfunktion, Umrechnungskurse etc.), sondern auch der Händler konfrontiert sehen. Diese könnten auf dem Markt für Kreditkarten-Zahlungsverkehrssysteme die für sich und ihre Kunden effizienteste Lösung anbieten, was die NDR-Klausel bisher verhindert habe. Die hohe Konzentration im Acquiringgeschäft auf wenige und gewichtige Anbieter sowie die zwischen ihnen bestehenden Produkte- und Interessensymmetrien führten zu überhöhten Preisen. Dies bestätigten indirekt auch die Parteien mit ihren Klagen, wonach seit Beginn 2003 die Kommissionen teilweise erheblich erodierten.

Entgegen der Beschwerdeführerin ziele das vorliegende Verfahren nicht darauf ab, den Kunden vor Übervorteilung durch überhöhte Zuschläge zu schützen. Vielmehr gehe es um den Schutz der Händler in ihrer Preisfestsetzungsfreiheit. Entscheide sich ein Händler für das *surcharging*, setze er sich nicht nur betreffend seine Güter, sondern auch betreffend den Zugang zu Kreditkarten-Zahlungssystemen dem Wettbewerb mit anderen Händlern aus.

Zu den Verfahrenskosten merkt die Vorinstanz schliesslich an, die wirtschaftliche Bedeutung ergebe sich aus der gesamten volkswirtschaftlichen Bedeutung des Marktes und zum andern aus der Auswirkung eines kartellrechtlich relevanten Verhaltens auf den Wettbewerb. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Aufteilung der Höhe der Verfahrenskosten nach Massgabe der Marktanteile wäre willkürlich, da die Beschwerdeführerin als "kleinere" Partei im Wesentlichen weder "grössere" noch "kleinere" Kosten als die "grossen" Parteien verursacht habe. Schliesslich sei angesichts der kollektiven Marktbeherrschung auch eine Solidarhaftung zulässig.

- H. Mit Eingabe vom 22. April 2005 informierte die Beschwerdeführerin die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über die neuste Entwicklung im Rahmen der parallel hängigen Untersuchung 22-0264 (betr. Kreditkarten - *Domestic Interchange Fee* zwischen Kreditkartenherausgebern und Acquirern, vgl. BBI I 2004 63).

Mit Schreiben vom 27. Mai 2005 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass in dieser Angelegenheit keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:**

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (REKO/WEF FB/2003-15 E. 1, publiziert in: RPW 2004/2, S. 625, mit weiteren Hinweisen).
  - 1.1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1). Diese kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. 2. 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.
  - 1.2. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenüchlich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).
  - 1.3. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, soweit darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird.
  - 1.4. Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin, die Wettbewerbskommission sei anzuweisen, die (der angefochtenen Verfügung zu Grunde liegende) Untersuchung "vorbehaltlos einzustellen".

Nach feststehender Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt die Eröffnung einer Untersuchung keine mit Verwaltungsbeschwerde

anfechtbare Verfügung dar (REKO/WEF FB/2003-18 E. 1.6, publiziert in: RPW 2004/3, S. 859; REKO/WEF FB/2003-15 E. 1.2.4, a. a. O.; REKO/WEF 98/FB-001 E. 1.4, publiziert in: RPW 1998/5, S. 875; REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.5, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243; zustimmend: Paul Richli, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 428; vgl. auch die Literaturhinweise in BGE 130 II 521 E. 2.7.3; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 512, Rz. 1079 f.). Abgesehen davon, ist mit Erlass der angefochtenen Verfügung die Untersuchung als abgeschlossen zu betrachten, weshalb auch deshalb der Antrag auf Einstellung der Untersuchung wenig Sinn macht.

Somit ist mangels eines Anfechtungsobjektes auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten, als die Einstellung der Untersuchung verlangt wird.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (vgl. Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

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).

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). Als solche Verhaltensweisen fallen gemäss Artikel 7 Absatz 2 KG insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt (Art. 23 Abs. 1 KG). Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG). Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbsbehörden wahren das Amts- und Geschäftsgeheimnis (vgl. Art. 25 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Artikel 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Absatz 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

Nach der Verordnung des Bundesrates vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angese-

hen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). 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 Bst. b VKU).

3. Der Antrag der UBS Card Center AG vom 12. Februar 2003, alle gegen die angefochtene Verfügung hängigen Verfahren (FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4) zu vereinigen, wird von der Beschwerdeführerin, von der Cornèr Banca SA und von der Wettbewerbskommission unterstützt. Einzig die Swisscard AECS AG wehrt sich dagegen und fordert eine gesonderte Weiterführung der einzelnen Verfahren, da sie nicht - wie anlässlich der Untersuchung geschehen - "systematisch über den gleichen Kamm geschoren" werden möchte, da angeblich fundamentale Unterschiede in der Marktstellung der Acquirer bestünden.

Dem ist entgegen zu halten, dass alle hängigen Beschwerden dasselbe Anfechtungsobjekt und insofern den gleichen Streitgegenstand betreffen, als die von allen Verfügungsadressatinnen bisher verwendete NDR-Klausel verboten werden soll. Deswegen erschiene es wegen des engen Sachzusammenhangs der sich stellenden Rechtsfragen sowie aus Gründen der Prozessökonomie denkbar, die Beschwerdeverfahren FB/2003-1 bis -4 zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden, zumal die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den vier Beschwerdeführerinnen in allen Verfahren die Ausübung von Parteirechten ermöglicht hat. Daher wird auch im vorliegenden Verfahren - soweit notwendig - auf Eingaben der Parteien aus den Beschwerdeverfahren FB/2003-1 bis -3 verwiesen werden.

Indessen könnte angesichts der Komplexität der Streitsache, der teilweise stark divergierenden Parteistandpunkte (zu rechtlichen und sachverhaltlichen Fragen) sowie der unterschiedlichen Fakten, welche jeweils zu berücksichtigen sind, eine Vereinigung der Verfahren sowie deren Behandlung in *einem* Beschwerdeentscheid dessen Lesbarkeit (bzw. Verständlichkeit) in kaum zumutbarer Weise beeinträchtigen. Da alle Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren Akteneinsicht erhalten haben und der zu treffende Entscheid auch ihnen, soweit keine Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, vollständig zu eröffnen sein wird, ist auf eine *formelle* Vereinigung der vier Verfahren zu verzichten.

4. Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinn von Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 1<sup>bis</sup> KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG). Als solche gelten nach diesem Artikel:

- a) Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
- b) Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

4.1. Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, ein Unternehmen im Sinn von Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 1<sup>bis</sup> KG zu sein. Sie macht jedoch geltend, es sei im Sinne einer dem KG vorbehaltenen Vorschrift zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbskommission in einer Auflage zum Entscheid vom 20. April 1998 (betr. Fusion UBS/SBV) die Marktstruktur vorgegeben habe. Insofern sei es systemwidrig, ihre Muttergesellschaft, die Telekurs Holding AG, als ein Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken zu zementieren und diesen gleichzeitig vorzuwerfen, ihr Gemeinschaftswerk führe zu kartellrechtlich bedenklicher Markttransparenz.

Sinngemäss ruft die Beschwerdeführerin vorbehaltene Vorschriften an, worauf näher einzugehen ist.

4.2. Artikel 3 KG regelt das Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, das heisst die Frage, inwieweit das KG auf Wirtschaftsbereiche anwendbar ist, in denen öffentlichrechtliche Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit teilweise oder ganz aufheben, weil der Gesetzgeber im betreffenden Bereich von einem *Marktversagen* ausgeht (vgl. dazu eingehend: REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a. a. O.).

Eine staatliche Markt- oder Preisordnung gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Wettbewerbsparameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt werden (z. B. mittels Produktions- oder Handelskontingentierung; vgl. dazu: Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., S. 131 ff., Rz. 277 ff., mit Verweisen; REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a. a. O., mit Hinweisen).

Daneben können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen auch weniger weit reichende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG; REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a. a. O.).

4.3. Zu prüfen ist im Rahmen von Artikel 3 KG einzig, ob der Gesetzgeber im hier zur Diskussion stehenden Bereich des (nachfolgend näher zu beleuchtenden)

"Kreditkarten-Acquiringmarktes" von einem *Marktversagen* ausgegangen ist und deshalb mit entsprechenden Vorschriften Wettbewerb ausschalten wollte (vgl. REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a. a. O., mit Hinweisen).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, lässt sich die Auflage der Vorinstanz im Fusionsentscheid UBS/SBV (mit der Verpflichtung der UBS AG zur weiteren Beteiligung an den Gemeinschaftswerken) nicht als eine dem KG vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 KG auffassen, zumal sie als konkrete Anordnung weder eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet noch die UBS AG oder gar die Beschwerdeführerin zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstattet. Abgesehen davon bestehen hier weder öffentlich-rechtliche Normen, die den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung wettbewerbsausschliessend regulieren (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), noch solche, welche die Beschwerdeführerin zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG) und die Wettbewerb im Bereich der Acquiringkommissionen nicht zulassen würden.

Somit stehen einer Anwendung des KG keine wettbewerbsausschliessenden Rechtsvorschriften entgegen.

5. Des Weiteren bemängelt die Beschwerdeführerin, das Dispositiv der angefochtenen Verfügung sei unklar, weil es nicht aufzeige, welche "komplexe Facette" der NDR-Klausel erfasst werde.

Diese Rüge ist unbegründet. Die NDR-Klausel, welche auch in den Acquiringverträgen der Beschwerdeführerin statuiert wird (vgl. z. B. act. 22), verbietet den "Händlern", bei Barzahlung Rabatte zu gewähren oder beim Kreditkartengebrauch einen Zuschlag zum angeschriebenen Preis zu verlangen (sog. *surcharging*). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, verbietet das fragliche Dispositiv allen Verfügungsadressatinnen unmissverständlich, diese Klausel gegenüber "Händlern" weiterzuverwenden, wobei neben eigentlichen Händlern von Sachgütern selbstverständlich auch Dienstleistungserbringer gemeint sind. In diesem weiten Sinne wird auch in den nachfolgenden Erwägungen der Ausdruck "Händler" verwendet.

6. In der angefochtenen Verfügung wird im Rahmen von Artikel 7 KG *erstmalig* das Vorhandensein einer *kollektiven Marktbeherrschung* der Beschwerdeführerin, der Swisscard AECS AG, der UBS Card Center AG sowie der Cornèr Banca SA bejaht und mit dem Vorwurf verbunden, diese Unternehmen würden die angeblich nicht legitimierbare NDR-Klausel als Preisgestaltungsbestimmung missbräuchlich parallel verwenden (bzw. hätten diese missbräuchlich parallel verwendet). Daher dreht sich der hier zu beurteilende Streit im Wesentlichen um die Frage, ob die Be-

schwerdeführerin zusammen mit den erwähnten Acquirern auf dem postulierten inländischen "Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" über eine *kollektiv marktbeherrschende* Stellung verfügt und deshalb die NDR-Klausel allen Händlern, welche an das Eurocard/Mastercard- oder VISA-Card-System angeschlossen werden wollen, *missbräuchlich* aufzwingen kann (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und 2 Bst. c KG).

Strittig ist insbesondere, ob die Händler, die nach Ansicht der Vorinstanz ihren Kunden möglichst alle Kreditkartenmarken (sog. "*must in stock-Marken*") offerieren müssen, durch die NDR-Klausel in ihrer "Preisfestsetzungsfreiheit" kartellgesetzwidrig eingeschränkt werden, indem ihnen untersagt ist, ihre Güterpreise nach den ihnen durch den Gebrauch einer bestimmten Kreditkarte entstehenden Kosten zu differenzieren. Nach Meinung der Vorinstanz schwächt die NDR-Klausel die Verhandlungsmacht der Händler gegenüber den (kollektiv marktbeherrschenden) Acquirern in unzulässiger Weise, da jene die Kommissionen weder offen legen noch auf die Kunden überwälzen dürften, was hinsichtlich der Höhe der Kommissionen den Wettbewerb unter den einzelnen Acquirern gleicher Kreditkartensysteme (*Intrabrand-Wettbewerb*) wie auch den "Kommissionen-Wettbewerb" unter den einzelnen Kreditkartensystemen (*Interbrand-Wettbewerb*) ausschalte.

Insofern wirft die Vorinstanz den ins Recht gefassten Acquirern im Ergebnis zweierlei vor: einerseits dank ihrer angeblichen (kollektiven) Marktbeherrschung wettbewerbswidrig überhöhte transaktionsabhängige Kommissionen durchsetzen zu können, um sich damit in ungerechtfertigtem Ausmass am Geschäftsergebnis der Händler zu beteiligen und andererseits den Kunden die Preistransparenz vorzuenthalten, welche diesen erst die Wahl des kostengünstigsten Zahlungsmittels ermöglichen würde. Deshalb befürchtet die Vorinstanz, dass die NDR-Klausel aus volkswirtschaftlicher Sicht zu einer exzessiven Nutzung von Kreditkarten und damit zu einer "suboptimalen Ressourcenallokation" führe, sofern die "Kreditkartensystemkosten" höher als die Kosten anderer Zahlungssysteme seien. Nach Ansicht der Vorinstanz würden diesfalls die volkswirtschaftlichen Kosten entweder vom Händler (in Form einer Reduktion der eigenen Gewinnmarge zu Gunsten der Acquirer) getragen oder von der gesamten Kundschaft (infolge einer Quersubventionierung durch eine Überwälzung auf die Verkaufspreise), was insbesondere Barzahler diskriminieren würde. Deshalb ist die Vorinstanz überzeugt, dass Händler, welche - nach Wegfall der NDR-Klausel - ihre Güterpreise frei festsetzen dürften, angesichts der dadurch entstehenden "Kostentransparenz" den Wettbewerb unter den bestehenden Kreditkartensystemen verstärken könnten, unabhängig davon, ob sie die wiedergewonnene "Preisfestsetzungsfreiheit" auch umsetzen. Nach Einschätzung der Vorinstanz sei bei erlaubter Überwälzung der Kommissionen (auf die Güterpreise) zu erwarten, dass die Anreize, von den Acquirern *Kommissionssenkungen* zu verlangen, nicht geringer werden dürften, da die Händler wüssten, dass ein *surcharging* die Kunden "tendenziell verärgere oder abschrecke", was im Wettbewerb mit andern Händlern negativ zu Buche schlagen könnte.

Ob allerdings der Hauptvorwurf der Vorinstanz zutrifft, wonach die NDR-Klausel die Händler im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG wettbewerbswidrig benachteiligt, hängt entscheidend davon ab, ob den Acquirern im relevanten Markt eine (gegebenenfalls kollektiv) marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 2 KG). Nur soweit die vorinstanzliche Marktabgrenzung oder allenfalls eine engere (mit einem allenfalls damit verbundenen hohen Marktbeherrschungsgrad) zuträfe, könnte hier überhaupt ein kartellgesetzlich relevantes und damit verbotswürdiges Verhalten vorliegen, dessen Unzulässigkeit ausserdem noch vom Fehlen überzeugender Rechtfertigungsgründe abhängen würde.

- 6.1. Die Beschwerdeführerin wendet vorweg gegen die vorinstanzliche Marktumschreibung (und die ihr unterstellte kollektive Marktbeherrschung) ein, der zu beurteilende Sachverhalt habe bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 18. November 2002 anders ausgesehen, als die Wettbewerbskommission annehme, und sich jedenfalls seit diesem Zeitpunkt durch eine Zunahme des *cross border acquiring* grundlegend verändert. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin vermöchten die *cross border acquirer* angesichts ihres rasant ansteigenden Marktanteils die inländischen Acquirer zu disziplinieren und die Kommissionsätze einem Erosionsprozess auszusetzen, was wirksamen Wettbewerb belege.

Zu den geltend gemachten Umwälzungen auf dem Markt für das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft hält die Wettbewerbskommission in ihrer Duplik fest, die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten, erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen Sachverhaltsänderungen (wie z. B. der Verkauf des VISA-Akzeptanzgeschäfts durch die UBS Card Center AG sowie deren Marktaustritt, das wettbewerbsintensivierende Angebot des *dual brand acquiring* durch die Beschwerdeführerin sowie die zunehmende Bedeutung des *cross border acquiring*) dürften angesichts der Konzeption des KG nicht berücksichtigt werden. Für die Prüfung der angefochtenen Verfügung sei *einzig* der bis spätestens am 18. November 2002 eingetretene Sachverhalt massgebend, welcher den damaligen Stand der Tatsachenfeststellungen dokumentiere. Hingegen wären die später eingetretenen Veränderungen erst in einem "allfälligen separaten Sanktionsverfahren" zu prüfen. Daher hat die Vorinstanz in ihrer Duplik davon abgesehen, auf die inzwischen eingetretenen Marktentwicklungen näher einzugehen und deren Auswirkungen zu erörtern.

Ihre Haltung begründet die Wettbewerbskommission mit der Befürchtung, dass andernfalls die von der Untersuchung betroffenen Parteien - in einem ersten Schritt - durch entsprechende nachträgliche Verhaltensänderungen gegen sie gerichtete Verfügungen hinfällig machen könnten, wobei sie danach sogleich (d. h. nach Aufhebung belastender Verfügungen im Beschwerdeverfahren) die unzulässigen Verhaltensweisen wieder aufnehmen könnten. Unter Berufung auf

Stefan Bilger (Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 402) macht die Vorinstanz geltend, "die Beschwerdeführerinnen" würden durch ein solches Verhalten "einer rechtskräftigen Verfügung und somit auch einer Sanktionierung durch die Wettbewerbsbehörde (...) auf alle Ewigkeit erfolgreich entgehen". Gestützt auf Stefan Bilger (a. a. O., S. 402) erachtet die Vorinstanz die Berücksichtigung neuer Tatsachen als unzulässig, weil dies die kartellgesetzliche Konzeption der Feststellung und Ahndung von Wettbewerbsbeschränkungen aus den Angeln heben würde. Daher sei "das Problem der Veränderung des Sachverhalts im Zeitraum nach der Verfügung der Vorinstanz (...) von einem andern Ansatz her zu lösen":

- 6.1.1. Gemäss Fritz Gygi (Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 259) sei es nach materiellem Recht unter Umständen nicht angezeigt, nachträgliche Sachverhaltsänderungen zu berücksichtigen. Auch das Bundesgericht beurteile in gewissen Bereichen die Gesetzmässigkeit angefochtener Verfügungen nach dem Sachverhalt, der zur Zeit des Verfügungserlasses gegeben gewesen sei. Das öffentliche Interesse des Wettbewerbsschutzes erfordere für "indirekt sanktionierbare Tatbestände - das heisst nach dem bisherigen KG für sämtliche unzulässigen Verhaltensweisen nach Artikel 5 und 7 KG, sowie nach revidiertem KG zumindest für Verhaltensweisen nach Artikel 5 Absatz 1 KG -, dass ein zu einem bestimmten Zeitpunkt festgestellter Wettbewerbsverstoss zwar nicht sogleich sanktioniert, aber doch für die Zukunft verboten" werde. Bei diesen nur indirekt sanktionierbaren Tatbeständen, wozu auch das unzulässige Verhalten im vorliegenden Verfahren zähle, gebiete das KG, dass die Wettbewerbsbehörde ein bestimmtes Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen untersuchen und in einer Entscheidung die Unzulässigkeit dieses Verhaltens feststellen könne. Nach dem bisherigen wie auch nach dem revidierten KG sei als Rechtsfolge das widerrechtliche Verhalten mit Wirkung für die Zukunft zu verbieten unter Androhung einer Sanktion im Wiederholungsfall.

Nach Auffassung der Vorinstanz erfordere das materielle Recht, dass sie retrospektiv ein bestimmtes Verhalten prüfen und als Rechtsfolge "ein Verbot für die Zukunft kombiniert mit der Drohung einer Sanktionierung im Wiederholungsfall" aussprechen dürfe. Aus dieser Konzeption folge, dass eine Veränderung des Sachverhalts nach Erlass der Verfügung *nicht* im Rechtsmittelverfahren, sondern erst in einem allfälligen, späteren Sanktionsverfahren berücksichtigt werden dürfe. Auf Grund dieser im Verwaltungsverfahren singulären gesetzlichen Konzeption des Kartellverwaltungsverfahrens als "zweistufiges" Verfahren sei es im Sinne von Fritz Gygi (a. a. O., S. 259) nach materiellem Recht nicht angezeigt, nachträgliche Sachverhaltsänderungen zu berücksichtigen. Eine andere Sichtweise würde zum paradoxen Ergebnis führen, "dass durch eine nachträgliche Verhaltensänderung der be-

troffenen Unternehmung in einem anschliessenden Rechtsmittelverfahren die festgestellte Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens gegenstandslos würde".

- 6.1.2. Zusammenfassend erklärt die Vorinstanz, die von allen Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Veränderungen der Marktsituation stellten gar keine für die Beurteilung der Verbotsverfügung massgebenden "Noven" dar, sondern seien Umstände, welche erst in einem allfälligen, zukünftigen Sanktionsverfahren berücksichtigt werden dürften.

Aus diesem Grunde verzichtete die Vorinstanz auf eine Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung, welche auch *nach* Einreichung der Vernehmlassung (bzw. der Duplik vom 19. 4. 2004) praxisgemäss zulässig gewesen wäre (vgl. dazu: Gygi, a. a. O., S. 189, Ziff. 2.4; Beschwerdeentscheid der Rekurskommission EVD vom 21. 5. 1999 i. S. R. AG [98/6D-004 E. 4], publiziert im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch); Abschreibungsverfügung der REKO/EVD vom 7. 6. 2002 i. S. P. [01/7B-010]).

- 6.2. Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann dieser Auffassung zur Überprüfungszuständigkeit der Rekurskommission in Verwaltungsbeschwerdeverfahren nicht gefolgt werden (vgl. REKO/WEF 98/FB-003 E. 3.1 i. S. *Clima Suisse*, publiziert in: RPW 1999/3, S. 503 und REKO/WEF 99/FB-012 E. 3.2.4 i. S. *SMA*, publiziert in: RPW 2000/3, S. 461; REKO/EVD 95/4K-037 E. 3.2.3, publiziert in: VPB 61.31).

- 6.2.1. Vorab ist der Wettbewerbskommission nicht zuzustimmen, wenn sie erklärt, das gerügte angeblich unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin sei zu den neurechtlich nur *indirekt* sanktionierbaren Tatbeständen zu zählen. Gestützt auf das revidierte KG (vgl. das BG vom 20. 6. 2003, AS 2004 1385, 1390; BBI 2002 2022 5506) träfe dies nur bei einem Sachverhalt zu, der unter den Tatbestand von Artikel 5 Absatz 1 KG fallen würde. Hier aber steht nach der rechtlichen Beurteilung der Vorinstanz ein angeblich missbräuchliches Verhalten der angeblich kollektiv marktbeherrschenden Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG zur Diskussion (vgl. Dispositiv-Ziffer 2, sowie die Ziff. 254 ff. der angefochtenen Verfügung).

Dies bedeutet jedenfalls, dass inskünftig ein ähnliches Verhalten, sofern es wettbewerbsrechtlich unzulässig sein sollte, grundsätzlich *direkt* sanktioniert werden dürfte (vgl. Art. 49a Abs. 1 und 3 KG), weshalb allein schon aus diesem Grunde die vorinstanzlichen Befürchtungen fehl am Platz sind.

- 6.2.2. Ferner kann die als Beleg erwähnte Aussage von Gygi (a. a. O., S. 259, Ziff. 4, mit Verweis auf BGE 107 Ib 16 f. E. 2), wonach auf Grund des materiellen Rechts die Berücksichtigung nachträglicher Sachverhaltsänderungen entfallen könne, hier nicht im Sinne der Vorinstanz gedeutet werden. Denn die in BGE 107 Ib 12 (E. 2, S. 16 f.) angesprochene Rechtslage lässt sich mit der Vorliegenden nicht vergleichen:

In diesem höchstrichterlichen Entscheid wurde erkannt, dass nach dem damals in Kraft stehenden Artikel 20 BewB (AS 1961 203, 1965 1239, 1970 1199, 1974 83, 1977 1689 Ziff. II, 1982 1914) nichtige Grundstückserwerbsgeschäfte (durch Personen im Ausland) - trotz nachträglicher Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse - (bei Bösgläubigkeit des Erwerbers) nicht heilbar sind (E. 2). Im Unterschied zu zivilrechtlichen Ansprüchen nach Artikel 12 Absatz 1 KG, wo die Frage der Rechtswirkungen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen (Nichtigkeit *ex tunc*) von Bedeutung ist (vgl. dazu eingehend: Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., S. 413 ff., Rz. 854 ff.), ist das vorliegende *verwaltungsrechtliche* Verfahren darauf ausgerichtet, bei einer bestehenden unzulässigen Wettbewerbsbehinderung den wirksamen Wettbewerb - *ex nunc et pro futuro* - wiederherzustellen.

Sollte also im vorliegenden Fall tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung vorliegen, könnten (und müssten) die zu treffenden Massnahmen einzig darauf gerichtet sein, den (angeblich) fehlenden "Kommissionenwettbewerb" zwischen Acquirern und Händlern *für die Zukunft* wiederherzustellen (vgl. zum Streitgegenstand: die nachfolgende Erw. 6.2.6).

Daher ist hier einzig zu entscheiden, ob die angefochtene Verfügung, welche die Beschwerdeführerin wie auch die übrigen Verfügungsadressatinnen belastet und aus Sicht der Wettbewerbskommission den angeblich durch die NDR-Klausel behinderten Wettbewerb zwischen Händlern und Acquirern wiederherstellen soll, angesichts der analysierten Wettbewerbslage *ex nunc et pro futuro* Bestand hat. Insofern passt BGE 107 Ib 12 ff. eher in den Kontext der auf zivilprozessualen Weg einzuklagenden zivilrechtlichen Ansprüche (Art. 12 f. KG), wobei das Zivilgericht zur Durchsetzung der Ansprüche nach Artikel 12 Absatz 1 KG in der Vergangenheit liegende (bzw. in die Vergangenheit zurückreichende) Wettbewerbsbeschränkungen auf ihre Zulässigkeit hin beurteilen muss (überzeugend: Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., S. 415 ff., Rz. 859 f.).

Im Kartellverwaltungsverfahren hingegen ist der vorab dem öffentlichen Interesse dienende Schutz des "wirksamen Wettbewerbs" zukunftsgerichtet, soweit dieser durch geeignete Massnahmen wiederhergestellt werden soll (vgl. auch: Christoph Lang, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommis-

sion im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. 9. 2004 [insbes. Rz. 7]).

- 6.2.3. Grundsätzlich ist das KG auch für die Ausgestaltung des Kartellverwaltungsverfahrensrechts massgeblich. Indessen fällt auf, dass das KG keinerlei Normen enthält, welche die für das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen massgeblichen Kognitionsvorschriften (insbes. Art. 49 Bst. b VwVG) einschränken. Nicht zu folgen ist deshalb der Auffassung von Peter Hettich (Wirksamer Wettbewerb, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 97, FN 303), wonach die Anwendbarkeit des "Novenrechts" von der Verweisnorm des Artikels 39 KG abhängt. Dieser Artikel betrifft einzig erstinstanzliche verwaltungsrechtliche Kartellverfahren (vgl. Jürg Borer, Kommentar KG, Zürich 1998, S. 405, Rz. 1 ff.). Das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wird nach Artikel 77 VwVG durch die Artikel 45 - 70 VwVG geregelt und hat - neben der Sicherstellung der Verfahrensfairness und der Wahrung der formellen Rechte aller Verfahrensparteien - die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts sicherzustellen.

Wie die Vorinstanz - trotz erheblicher Bedenken - zu Recht eingesteht, muss die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gestützt auf die verbindliche verfahrensgesetzliche Regelung in Übereinstimmung mit Lehre und Praxis ihren Entscheid grundsätzlich auf die Sachlage im Entscheidzeitpunkt abstellen (REKO/WEF 98/FB-003, a. a. O., sowie REKO/WEF 99/FB-012, a. a. O.; REKO/EVD 95/4K-037 E. 3.2.3, a. a. O.; gl. M.: Paul Richli, a. a. O., S. 512, mit Verweis auf André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a. M. 1998, S. 74).

- 6.2.4. An diesem Ergebnis vermag auch der Hinweis der Wettbewerbskommission auf BGE 104 V 61 ff. nichts zu ändern. Dieses Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vermag keine Begründung dafür zu liefern, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (als *erstinstanzliches*, mit grundsätzlich *voller* Kognition ausgestattetes Gericht) "echte tatsächliche Nova" nicht berücksichtigen dürfte. Im Gegenteil: das EVG gesteht dem "erstinstanzlichen Richter" unter Umständen aus prozessökonomischen Gründen (nach Gewährung des rechtlichen Gehörs) das Recht ein, seinem Entscheid den *neuen* Sachverhalt zu Grunde zu legen (vgl. BGE 104 V 61 E. 1b). Das EVG - als *letztinstanzliches* Sozialversicherungsgericht - berücksichtigt nur deshalb neue Tatsachen nicht, weil es nach OG (SR 173.110) an den von der richterlichen Vorinstanz festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden ist (vgl. Art. 132 i. V. m. Art. 104 Bst. a u. b bzw. Art. 105 Abs. 2 OG). Dessen

ungeachtet räumt es sich das Recht ein, auch neue Tatsachen zu berücksichtigen, wenn diese offensichtlich klar bewiesen sind (BGE 104 V 61 E. 1b).

- 6.2.5. Die Auffassung der Wettbewerbskommission, wonach veränderten (wesentlichen) Sachverhaltsumständen erst in einem Sanktionsverfahren Rechnung zu tragen sei, ist prozessökonomisch wenig sinnvoll. Es sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, dass sich die Wettbewerbskommission erst in einem zweiten, vom Untersuchungsverfahren entkoppelten Verfahren mit der Frage der Tragweite von tatsächlichen Nova befassen sollte. Vielmehr erscheint es nahe liegend, dass die Frage der Zweckmässigkeit eines erst für die Zukunft wirkenden Verbotes bereits im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (bzw. im Falle einer Rückweisung im Rahmen der allenfalls fortzusetzenden Untersuchung) abgeklärt wird.

Wie die Vorinstanz selbst einräumt, setzt die allfällige Sanktionierung eines Unternehmens zwingend voraus, dass (1.) ein Verstoss gegen die Verfügung (durch fortgesetztes, missbräuchliches Verwenden der NDR-Klausel) vorliegt und dass (2.) insbesondere (kollektive) Marktbeherrschung fortbesteht. Soweit aber wesentliche Sachverhaltsänderungen bereits im Untersuchungsverfahren (bzw. im nachfolgenden Beschwerdeverfahren) einer Sanktionierung (nach Art. 50 KG) des (zu einem vorgängigen Zeitpunkt) als wettbewerbswidrig eingestuftes Verhaltens entgegenstehen könnten, ist es prozessökonomisch zweckmässiger, den tatsächlichen Nova - wie hier - bereits im Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen, zumal - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - "Feststellungsverfügungen" (vgl. die Ziff. 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung) weder vollstreckt noch mit Sanktionen für den Wiederhandlungsfall gesichert werden können (vgl. dazu: Erw. 6.2.6, mit Hinweisen).

Hinzu kommt folgende Überlegung. Soweit absehbar ist, dass ein für die Zukunft ausgesprochenes Verbot (eines bestimmten Verhaltens - hier die Weiterverwendung der NDR-Klauseln in Akzeptanzverträgen) mit der "Drohung einer Sanktionierung im Wiederholungsfall" wegen wesentlichen Sachverhaltsänderungen gar nie greifen können (weil der befürchtete "Wiederholungsfall" wegen der gewandelten Sachlage nicht mehr eintreten wird), ist nicht einzusehen, weshalb - mit Blick auf den Bestand der angefochtenen Verfügung - solche tatsächlichen Änderungen nicht bereits jetzt berücksichtigt werden dürften. Denn ein lediglich zukunftsgerichtetes Verhaltensverbot macht keinen Sinn mehr, wenn dessen Verletzung wegen der gewandelten Sachlage nicht mehr möglich ist.

Entgegen der Meinung der Vorinstanz wird das KG - jedenfalls von keiner explizit statuierten - gegenteiligen "materiellrechtlichen Konzeption" getragen,

soweit damit die altrechtliche Rechtslage vor der jüngst erfolgten Revision gemeint ist. Dass nach damaligem Recht die *Sanktionierbarkeit* kartellgesetzwidriger Verhaltensweisen durch entsprechende nachträgliche Verhaltensänderungen während der Untersuchung oder eines folgenden Rechtsmittelverfahrens, welche in der Regel auch zur Gegenstandslosigkeit der kartellrechtlichen Untersuchung führten, prinzipiell in Frage gestellt werden konnte, war hinzunehmen (vgl. REKO/WEF 99/FB-012, a. a. O.). Dies war auch ein Grund für die jüngst erfolgte Revision der Sanktionsordnung, mit welcher dieser für unbefriedigend gehaltene Zustand korrigiert werden sollte (vgl. dazu: Botschaft des Bundesrates vom 7. 11. 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, S. 2022, insbes. S. 2028 und S. 2044; Walter A. Stoffel, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts - Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen Zürich 2004, S. 2 ff.; dazu kritisch: REKO/WEF FB/2004-9 E. 4, publiziert im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch), z. Z. angefochten vor BGer: Verfahren 2A.287/2005).

Nach der jüngsten Revision des KG können neuerdings die in Artikel 49a Absatz 1 KG erwähnten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erlass einer entsprechenden (d. h. für die Zukunft wirkenden) Verbotsverfügung "uno actu" *direkt* sanktioniert werden, weshalb in einem allenfalls nachfolgenden Rechtsmittelverfahren jedenfalls zur Frage der *Sanktion* einzig der Sachverhalt *bei Erlass* der angefochtenen Verfügung massgebend wäre. Soweit hinsichtlich eines für die Zukunft wirkenden Verbotes im Rechtsmittelverfahren vor der Rekurskommission wesentliche Sachverhaltsänderungen geltend gemacht würden, wären diese - soweit es um das Verbot und die damit verbundenen Informationspflichten geht - auch weiterhin grundsätzlich zu berücksichtigen.

- 6.2.6. Keine anderen Schlüsse lässt schliesslich auch der Verweis der Wettbewerbskommission auf Stefan Bilger zu, wonach "zwecks Wahrung des funktionellen Instanzenzuges" neu eingetretene Tatsachen, welche den Streitgegenstand völlig ersetzen oder durch einen selbstständigen, neuen Streitgegenstand ergänzen und auf diese Weise qualitativ verändern, nicht berücksichtigt werden dürften (a. a. O., S. 401, mit Hinweisen):

Auszugehen ist vom hier massgeblichen *Streitgegenstand*. Um diesen zu bestimmen, ist vom Dispositiv der angefochtenen Verfügung und den Begehren der Beschwerdeführerin auszugehen. Im Sinne der herrschenden Meinung beinhaltet der Streitgegenstand *das im Streit liegende Rechtsverhältnis* zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz (vgl. BGE 125 V 413 E. 2a; Gygi, a. a. O., S. 45; Christoph Auer, Streitgegenstand und Rügeprinzip

im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 34 und 39 ff.):

Dieses (strittige) Rechtsverhältnis zeichnet sich im Wesentlichen durch das in der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Verbot aus, wonach die Beschwerdeführerin keine Preisdifferenzierungsverbots-Klauseln mehr in ihren Kreditkarten-Annahmeverträgen führen darf (Dispositiv-Ziffer 3), wobei sie gleichzeitig verpflichtet wird, ihre Acquiringpartner über die Verbotsverfügung und die Wettbewerbskommission über die Umsetzung dieser Auflage zu informieren (Dispositiv-Ziffern 4 und 5). Auch die Auflage der Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 7) gehört zum strittigen Rechtsverhältnis, welches hier zu beurteilen ist. Denn all diese Anordnungen der Vorinstanz greifen rechtsgestaltend (und damit als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG) in die Rechtssphäre der Beschwerdeführerin (wie auch der anderen Verfügungsadressatinnen) ein (vgl. Stefan Bilger, a. a. O., S. 359 f.) und sind bei Rechtskraft rechtlich durchsetzbar, wobei eine Missachtung der Verbotsverfügung *ex lege* sanktionierbar ist (vgl. Art. 50 KG). Insofern hat die Dispositiv-Ziffer 6 (betr. Sanktionsmöglichkeit bei Wiederhandlungen) nur rein deklaratorischen Charakter, da sich die Sanktionierbarkeit der Ziffern 3 - 5 des angefochtenen Dispositivs ohne weiteres aus Artikel 50 KG ergibt und nicht von einer schriftlich verfügten Androhung abhängt (und auch nach dem altrechtlichen Wortlaut von Art. 50 KG [AS 1996 546] nicht davon abhing).

Dagegen vermag die als Feststellungsverfügung gekleidete Dispositiv-Ziffer 2 (betr. Feststellung der Unangemessenheit bzw. der missbräuchlichen Verwendung der NDR-Klausel durch die kollektiv marktbeherrschenden Acquirer) gegenüber den rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 keine weitergehende Rechtswirkung zu entfalten. Auch wenn die Dispositiv-Ziffer 2 wie eine den "Rechtzustand feststellende Verfügung" formuliert ist, ist ihr wegen ihrer rein *subsidiären* Natur gegenüber den rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 keine selbstständige Bedeutung beizumessen (vgl. REKO/WEF 98/FB-003 E. 1.3, a. a. O., mit weiteren Hinweisen; REKO/WEF FB/2004-9 E. 3 f., a. a. O.; REKO/EVD 93/6H-001 E. 3, publiziert in: VPB 60.57; Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 239, S. 241 und S. 243 f.; Stefan Bilger, a. a. O., S. 189; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 60 ff., S. 226 f.; vgl. für viele: BGE 129 V 289 E. 2.1; 117 Ib 441 E. 2b ff.).

Immerhin erscheint unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig, wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen

Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterstellt werden soll (Stefan Bilger, a. a. O., S. 361; betr. Fusionsverfahren: Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., S. 367 ff., Rz. 759 ff.; RPW 2002/2, S. 360 f., S. 371; vgl. auch: Paul Richli, a. a. O., S. 480, wonach Feststellungsverfügungen am ehesten funktionsgerecht seien, wenn Rechtssubjekte wissen möchten, ob ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten kartellrechtlich unbedenklich sei; vgl. allerdings angesichts der gewandelten Rechtslage infolge Einführung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG: REKO/WEF FB/2004-9, a. a. O., E. 3 und 4). Insofern ist die Dispositiv-Ziffer 1 (Feststellung der kollektiven Marktbeherrschung insbes. der Beschwerdeführerin) hier zu Recht als Feststellungsverfügung gekleidet, zumal die fusionsrechtliche Regel von Artikel 9 Absatz 4 KG (betr. Meldepflicht) diese Art von Verfügung zwingend voraussetzt (vgl. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., S. 367 ff., Rz. 759).

Zu beachten ist schliesslich, dass Feststellungsverfügungen nur die für einen konkreten Fall geltende *Rechtslage* verbindlich *klar stellen* (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Art. 25 VwVG; Kley, a. a. O., S. 236; REKO/WEF FB/2004-9, a. a. O., E. 3.2.1) und deshalb weder vollstreckt (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, S. 799, Rz. 2; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich - VRG, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 347, Rz. 64) noch mit Sanktionen für den Widerhandlungsfall gesichert werden können.

Im Lichte dieser Darlegungen zum strittigen Rechtsverhältnis vermag die Kritik von Stefan Bilger (a. a. O., S. 401 f.) nicht zu überzeugen. Unklar bleibt, ob Stefan Bilger von einem materiellrechtlichen Begriff des Streitgegenstandes ausgeht (vgl. Christoph Auer, a. a. O., S. 36), welcher sich mit dem hier massgebenden prozessualen Verständnis nicht decken würde (Christoph Auer, a. a. O., S. 36). Auf den vorliegenden Fall bezogen vermögen die neu eingetretenen Wettbewerbsverhältnisse auf dem Acquiringmarkt (welche das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung und insofern auch das bisherige Tatsachenfundament für die negative Beurteilung der NDR-Klausel in Frage stellen könnten) den Streitgegenstand weder zu "ersetzen" noch sonst auf eine andere Art "qualitativ" zu verändern.

Wie Christoph Auer (a. a. O., S. 44) zu Recht betont, läge eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstandes (auch bei einem engen Verständnis) nur vor, wenn die neuen Vorbringen einen neuen Aspekt beschlagen. Im vorliegenden Fall sind indessen Neuerungen bei den Wettbewerbsverhältnissen zwischen der Beschwerdeführerin und den übrigen Acquireern eingetreten, die sich dem Sachverhaltsaspekt der Umstände der angeblich kollektiven Marktbeherrschung zuordnen lassen, was bereits im vorangehenden Untersuchungsverfahren vor der Wettbewerbskommission umstritten war.

Diese prozessuale Sicht der Dinge entspricht auch der Rechtslage in den Kantonen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a. a. O., S. 385, Rz. 42 f., 47 f. sowie Merkli/Aeschlimann/Herzog, a. a. O., S. 207 f. Rz. 13 ff., S. 493 ff., Rz. 6 ff., S. 620 f., Rz. 5). Somit ist der Kritik von Stefan Bilger nicht zu folgen, da sie die kartellverwaltungsverfahrenrechtliche Bedeutung des Streitgegenstandes zu wenig differenzierend einseitig nur aus der Optik der Sanktionierbarkeit von unzulässigem Verhalten betrachtet. Angesichts der neu eingeführten direkten kartellgesetzlichen Verwaltungssanktionen erweisen sich die Befürchtungen der Vorinstanz weitgehend als überholt - jedenfalls soweit harte Wettbewerbsabreden horizontaler oder vertikaler Natur sowie unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Frage stehen (vgl. Art. 5 Abs. 3 u. 4 sowie Art. 7 KG i. V. m. Art. 49a Abs. 1 KG). Schliesslich ist anzumerken, dass bisher - wie auch heute noch - wettbewerbswidriges Verhalten (unter gleichzeitiger Androhungen von Sanktionen) jederzeit vorsorglich untersagt werden kann, sofern die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegen (REKO/WEF FB/2004-9 E. 4.4.1, a. a. O.).

6.2.7. Diese Überlegungen zeigen, dass die inzwischen unbestrittenermassen eingetretenen Umwälzungen auf dem "inländischen Acquiringmarkt" entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von vorneherein als unbeachtlich für das vorliegende Beschwerdeverfahren hingestellt werden dürfen.

6.3. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

Eine Rückweisung zu neuem Entscheid erweist sich vor allem dann als angebracht, wenn die Klärung des massgeblichen Sachverhalts weitere Abklärungen erfordert und gegebenenfalls ein umfangreiches Beweisverfahren nötig ist. Selbst wenn die Rechtsmittelinstanz befugt ist, weitere Sachverhaltsabklärungen selbst zu treffen, soll die mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraute oder sachlich kompetentere Behörde über die Angelegenheit entscheiden (vgl. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz. 694; Gygi, a. a. O., S. 233; Moser/Uebersax, a. a. O., S. 71, Rz. 2.73 und S. 135, Rz. 3.8; REKO/EVD 98/6D-004 E. 5, publiziert im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch)). Das trifft insbesondere auf die personell für solche Aufgaben ausreichend ausgestattete Wettbewerbskommission zu, welche mit der Konkretisierung der materiellrechtlichen Vorschriften des KG und demzufolge mit der Formulierung der *Wettbewerbspolitik* betraut ist (REKO/WEF FB/2003-11 E. 5.2, publiziert in: RPW 2003/3, S. 653, mit Hinweisen).

Eine solche Rückweisung auf Grund der geltend gemachten tatsächlichen Veränderungen käme indessen nur in Frage, wenn sich jene für die Fallbeurteilung als *entscheiderheblich* erweisen könnten. Dies ist hier der Fall. Denn die strittige Grundfrage, ob sich die umstrittene NDR-Klausel - auch heute noch (vgl. Erw. 6.2.2) - im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG wettbewerbswidrig auswirkt, kann sich erst stellen, wenn vorgängig feststeht, dass *gegenwärtig* eine (allenfalls kollektiv) marktbeherrschende Stellung eines Acquirers (oder mehrerer Acquirer) tatsächlich vorliegt (vgl. Erw. 6 a. E.):

- 6.3.1. Im publizierten "Entscheid" vom 1. September 2003 in Sachen Cornèr Banca SA (RPW 2004/4, S. 1002 ff., Ziff. 42) *verneinte* die Wettbewerbskommission den Weiterbestand der kollektiv marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin, der Swisscard AECS AG, der Cornèr Banca SA sowie der UBS Card Center AG und äusserte die Einschätzung, dass sich die Beschwerdeführerin auf Grund ihrer starken Stellung "auf dem Markt für Kreditkarten-Acquiring weitgehend unabhängig verhalten" könne (vgl. dazu im Allgemeinen auch: REKO/WEF FB/2003-15, a. a. O., sowie BGE 130 II 521).

Insofern geht die Wettbewerbskommission (im Sinne ihrer eigenen - freilich umstrittenen - Marktabgrenzung) im heutigen Zeitpunkt *nicht mehr* von einer *kollektiv marktbeherrschenden* Stellung aller ins Recht gefassten Acquirer aus. Somit ist inzwischen eine der tragenden Säulen der vorinstanzlichen Argumentation zur Marktsituation im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft weggefallen, ohne dass *gegenwärtig* die Stellung der Beschwerdeführerin im fraglichen Markt (und der ihr zukommende Beherrschungsgrad) hinreichend geklärt wäre.

Hinzu kommt, dass die Wettbewerbskommission in ihrer Duplik vom 19. April 2004 zur Replik der Cornèr Banca SA festhält, - "wenn überhaupt" - so könne "erst mit dem Auftreten der CBA Ende 2002 von einem gewissen wirksamen Wettbewerb" (!) und einem "Aufbrechen der Marktstabilität gesprochen werden". Auch wenn die Vorinstanz die von der Cornèr Banca SA in ihrer Replik geltend gemachten Kündigungen vieler Acquirer vor Ende 2002 weder "als flächendeckendes Druckmittel der Marktgegenseite" noch als "Stärkung der Verhandlungsposition" interpretieren will, so anerkennt die Vorinstanz doch, dass - nach fruchtlosen Verhandlungen zwischen dem Schweizerischen Reisebüroverband und dem inländischen Acquirer - erst dank einem Konkurrenzangebot der deutschen Firma B+S kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung "Bewegung in die Vertragskonditionen" gekommen sei.

- 6.3.2. Bereits diese deutlichen Stellungnahmen der Vorinstanz zeigen, dass der inzwischen eingetretene Wandel der Verhältnisse (insbes. durch das zunehmende Aufkommen von *cross border acquirern*) die bisher vertretene wettbewerbsrechtliche Würdigung des postulierten (insbes. örtlich aufs Inland begrenzten) "Acquiring-Marktes" als zweifelhaft erscheinen lässt, zumal selbst die Vorinstanz Anzeichen von sich - jedenfalls jüngst - anbahnendem *wirksamem Wettbewerb* feststellt. Sollte es zutreffen, dass derzeit auf dem relevanten Markt genügend aktuelle wie auch potentielle Konkurrenz durch *cross border acquirer* vorhanden ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, dann wäre die in der angefochtenen Verfügung einlässlich begründete angeblich "kollektiv marktbeherrschende Stellung" der Beschwerdeführerin auch deshalb bereits hinfällig, wobei sich diesfalls auch die *räumliche* Marktabgrenzung nicht länger aufrecht erhalten liesse, vorausgesetzt dass *allen* am Zugang zu Kreditkarten-Netzwerken interessierten Händlern der Wechsel zu einem kostengünstigeren *cross border acquirer* offen steht.

Wie bereits in Erwägung 6.2 erwähnt, hat die Wettbewerbskommission zu Unrecht darauf verzichtet, den seit Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen, unbestrittenermassen *bedeutsamen Wandel* der Marktverhältnisse fallbezogen zu gewichten und mit Blick auf die verfügbaren Anordnungen neu zu würdigen (und gegebenenfalls ihre angefochtene Verfügung in *Wiedererwägung* zu ziehen, was zulässig gewesen wäre, vgl. Erw. 6.1.2 a. E.).

Nebst diesem - innerhalb relativ kurzer Zeit erfolgten - Wandel des "Acquiringmarktes" fällt ausserdem ins Gewicht, dass sich im Rahmen des parallel hängigen Untersuchungsverfahrens 22-0264 (betr. Kreditkarte - *Domestic Interchange Fee*, vgl. vorne zum Sachverhalt: H.) im Rahmen etlicher Kreditkarten-Netzwerke auch auf Seiten der inländischen Acquirer umwälzende Entwicklungen in Bezug auf die Weiterverwendung der NDR-Klausel abzuzeichnen beginnen, die für das sachlich eng verknüpfte Untersuchungsverfahren 32-0117 (betr. NDR-Klausel) von Belang sein könnten.

Die genannten Umstände rechtfertigen eine Rückweisung zur näheren Abklärung der Auswirkungen der geschilderten Änderungen auf den massgeblichen Acquiringmärkten, wobei die von der Vorinstanz postulierte Marktabgrenzung im allenfalls weiterzuführenden Untersuchungsverfahren einer erneuten Überprüfung im Lichte der nachfolgenden Erwägung 7 bedarf, welche insofern als vorläufig gelten muss, als die in- und ausländischen Kreditkarten-Netzwerkmärkte (sowohl auf Acquirer- wie auch auf Issuerseite) gegenwärtig dynamischen Entwicklungen unterworfen sind, deren Tragweite heute noch nicht zuverlässig abschätzbar ist.

- 6.3.3. Eine solche Rückweisung ist unumgänglich, da es im vorliegenden Fall mangels Entscheidungsfähigkeit der Streitsache nicht Aufgabe der Rekurskommission sein kann, als Gerichtsinanz versäumte (bzw. auf Grund neuester Marktentwicklungen notwendige) Untersuchungshandlungen von solcher Tragweite nachzuholen (bzw. selbst vorzunehmen) und - abweichend von der funktionellen Zuständigkeitsordnung - gleichsam als Erstinstanz die noch im Detail zu ermittelnden Auswirkungen der Umwälzungen auf dem relevanten Markt mit Blick auf die NDR-Klausel kartellrechtlich zu würdigen und dementsprechend die allenfalls notwendigen Anordnungen zu treffen.

Demzufolge ist die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben (insbes. auch die als Feststellungsverfügung missverständliche Dispositivziffer 2, vgl. Erw. 6.2.6) und die Streitsache zur Abklärung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen, ob die bisher eingetretenen und in Aussicht stehenden Entwicklungen (in tatsächlicher wie auch rechtlicher Hinsicht) ein *verfügungsmässiges* Festhalten am Verbot der NDR-Klausel weiterhin erforderlich machen.

Entsprechend dem damit verbundenen weiteren Untersuchungsaufwand werden die Verfahrenskosten vor der Wettbewerbskommission (Dispositivziff. 7) gegebenenfalls den bisherigen (allenfalls auch weiteren in die Untersuchung einzubeziehenden) Parteien nach Massgabe des *Verursachersbeziehungsweise Unterliegerprinzips* zu überbinden sein, je nach dem wie die Neuurteilung durch die Vorinstanz ausfallen wird (vgl. dazu begleitend: BGE 128 II 247 E. 6 sowie REKO/WEF FB/2002-3 E. 4, publiziert in: RPW 2003/3, S. 639).

7. Bei diesem Verfahrensausgang wäre es verfrüht, bereits jetzt im Einzelnen auf die Argumente einzugehen, mit denen die Beschwerdeführerin die NDR-Klausel zu rechtfertigen versucht, solange beim gegenwärtigen Stand der Instruktion die wettbewerbsrechtliche *Tragweite* der jüngst eingetretenen sachverhaltlichen Änderungen (insbesondere im Zusammenhang mit der Untersuchung zur *Interchange Fee*) noch nicht feststeht. Denn erst vor dem Hintergrund dieser gewandelten Sachlage lässt sich diese, von der Vorinstanz mit prima vista einleuchtenden Argumenten als *wettbewerbsrechtlich problematisch* eingeschätzte Klausel beurteilen.

Allerdings drängen sich zur umstrittenen - und für die Beurteilung der Rechtmässigkeit entscheidenden - Frage der *Marktabgrenzung* einige grundlegende Überlegungen auf (vgl. Erw. 6.3.2), mit denen sich die Wettbewerbskommission im Rahmen allfälliger weiterer Erhebungen auseinandersetzen müssen, wenn sie den eingetretenen Sachverhaltswandel würdigt:

- 7.1. Die Bestimmung des *relevanten Marktes* zielt darauf ab, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen kartellrechtlich zu beurteilende Unternehmen ausgesetzt sind. Dies erst erlaubt die Beurteilung, ob die von anderen Unternehmen ausgehenden Wettbewerbskräfte genügen, um jenen Unternehmen Schranken zu setzen und so zu verhindern, dass sie sich wirksamem Wettbewerbsdruck entziehen (vgl. Roger Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 147, mit Verweis auf RN 2 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. C 372/5 vom 09/12/1997, S. 5 - 13; vgl. zur Beachtlichkeit dieser Bekanntmachung für die Interpretation des KG: Evelyne Clerc, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002, Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 55, S. 181, Rz. 60, S. 183, Rz. 73, S. 191; REKO/WEF 99/FB-002 E. 5, publiziert in: RPW 2000/4, S. 716).

Unter Wettbewerbsdruck stehen Unternehmen, wenn ihre tatsächlichen oder möglichen Geschäftspartner oder Verbraucher als Nachfrager oder Anbieter (in sachlich, räumlicher und zeitlicher Hinsicht) auf Angebote anderer Unternehmen ausweichen können (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a. a. O., S. 147). Bei der Beurteilung zumutbarer Ausweichmöglichkeiten können Alternativangebote bereits bestehen (sog. *Nachfragesubstituierbarkeit*) oder sie können neu durch andere Unternehmen kurzfristig (sog. Wettbewerbsdruck erzeugende *Angebotssubstituierbarkeit/Angebotsumstellungsflexibilität*) beziehungsweise mittelfristig (sog. *potentieller Wettbewerb*) geschaffen werden (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a. a. O., S. 161 ff.; Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 58 f. u. 63 f., S. 182 u. 185 f.). Die beiden erstgenannten Kriterien sind für die Bestimmung des relevanten Marktes beachtlich, demgegenüber ist - jedenfalls nach der Praxis der Kommission der EU - das allfällige Vorhandensein potentieller Konkurrenz erst im Zusammenhang mit dem Marktbeherrschungsgrad zu prüfen (Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a. a. O., S. 163; Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 59, S. 182).

Ob in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht Ausweichmöglichkeiten bestehen, ist für *einen* Markt aus der Sicht der *Marktgegenseite* der ins Recht gefassten Unternehmen zu beurteilen, wobei in der Regel der Fokus auf eine Marktstufe (der Wertschöpfungskette) zu legen ist. Daher wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass unter Umständen ein auf Sortimentsbreite angewiesenes Unternehmen der Handelsstufe ein bestimmtes Produkt in seinem Angebot führen müsse, also nicht ausweichen könne, auch wenn aus der Sicht der Endverbraucher Ausweichmöglichkeiten bestünden (vgl. Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a. a. O., S. 148 zu sog. *"must-in-stock-Marken"*; derselbe, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., Rz. 534 ff., S. 259 ff.; Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 62, S. 184).

Als Hauptkriterium der *sachlichen* Marktabgrenzung dient die *Substituierbarkeit der Nachfrage*, zumal sie sich am unmittelbarsten auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirkt. Bei deren Beurteilung sind diejenigen Produkte oder Dienstleistungen zu bestimmen, die von der für massgeblich erachteten Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Diese Fragestellung beantwortet die Vorinstanz nach dem Konzept der *funktionellen Austauschbarkeit*, das für die Fusionskontrolle materiellrechtlich in Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU festgeschrieben ist und auch bei der Verhaltenskontrolle nach Artikel 7 KG analog anzuwenden ist (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5.1, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406; REKO/WEF FB/2003-18, a. a. O., E. 4.3.1; Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 60, S. 183; vgl. die gleichartige Marktabgrenzung in RN 7 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a. a. O.; zustimmend: BGE 129 II 18 E. 7.3 im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG; BGE vom 5. 9. 2003, 2A.142/2003 E. 4.2.2, publiziert in: RPW 2003/4, S. 912).

Dieses Konzept der funktionellen Austauschbarkeit erfordert eine wertende Betrachtung (vgl. Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 57, S. 182; vgl. auch: Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar Bd. I, München 1997, S. 696, Rn. 45), wobei sich der (mitunter nicht leicht feststellbare) Grad der Substituierbarkeit nach objektiven Kriterien (Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis) wie auch nach subjektiven Kriterien (z. B. nach den konkreten Präferenzen der massgeblichen Marktgegenseite) bestimmt (Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 62, S. 184). Ausschlaggebend ist vorab das tatsächliche Marktgeschehen, das heisst - im vorliegenden Fall, wovon zu Recht auch die Vorinstanz ausgeht, - das Nachfrageverhalten der für massgeblich erachteten Marktgegenseite, nämlich der Händler, welche Zugang zu den jeweils gewünschten Kreditkarten-Netzwerken suchen. Dabei ist die *Kreuz-Preiselastizität* zu berücksichtigen, wonach hinreichende Austauschbarkeit zweier Produkte vorliegt, wenn relativ geringe Preiserhöhungen für das eine Produkt eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Produkt bewirken (Evelyne Clerc, a. a. O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 63, S. 185; sowie RN 15 und 17 f. der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a. a. O.; demgegenüber kritisch: Klaus Stegemann, Cross Elasticity and the Relevant Market, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 156 [1974], S. 151 ff.). Insofern stellt die (graduell *unterschiedlich* definierbare!) Substituierbarkeit keine objektive, ein für allemal feststellbare Grösse dar, sondern sie hängt von der Preisinelastizität ab, welche noch für zumutbar erachtet wird (vgl. Walter A. Stoffel, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR V/2, a. a. O., S. 88). Ferner sind die Wettbewerbsbedingungen und die Struktur von Angebot und Nachfrage in Betracht zu ziehen (Möschel, a. a. O., S. 697, Rz. 46), wozu auch die Produktions- beziehungsweise Angebotsflexibilität der Anbieter gehört (RN 20 -23 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a. a. O.). Insofern sind für die Beur-

teilung der Austauschbarkeit neben Produktmerkmalen auch Strukturmerkmale des Marktes beachtlich, weshalb beispielsweise insbesondere bei der Markt-abgrenzung von Markenartikeln die Ansicht vertreten wird, dass das Vorhandensein von Interbrand-Wettbewerb zu berücksichtigen sei (vgl. Marcel Dietrich/Markus Saurer, Ist eine Marke ein Markt? - Markt-abgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic! 7/2001, S. 605, Ziff. 4a, wonach jedenfalls der Interbrand-Wettbewerb spätestens bei der Beurteilung der Marktbeherrschung berücksichtigt werden müsse, falls er bei der Markt-abgrenzung ignoriert worden sei).

- 7.2. Die Wettbewerbskommission bezeichnet den "*Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr*" als den *sachlich* relevanten Markt (vgl. Ziff. 150 der angefochtenen Verfügung), ohne die übrigen Zahlungsmittel zu berücksichtigen (was eine sachliche Marktausdehnung im Sinne der Beschwerdeführerin zur Folge hätte), aber andererseits auch ohne einschränkend nach den jeweiligen Zugängen zu den Netzwerken der einzelnen Kreditkartenmarken zu differenzieren (was den sachlich relevanten Markt einengen würde). Als massgebende Nachfrager (Marktgegenseite) der von den Acquirern angebotenen Dienstleistung des "Zugangs zum Kreditkarten-Zahlungsverkehrs" erachtet sie die Händler, welche in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen vertreiben. Daher unterstellt die Vorinstanz den ins Recht gefassten Acquirern, welche (teilweise) den Zugang zu unterschiedlichen Kreditkarten-Netzwerken vertreiben (bzw. vertrieben haben), jedoch aus Sicht der Vorinstanz *eine* Angebotsseite darstellen, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung gegenüber der Marktgegenseite.

Ferner erachtet die Vorinstanz einzig das Gebiet der Schweiz als *räumlich* relevanten Markt, weil ihrer Auffassung nach das - bereits im Vorfeld der Verfügung geltend gemachte - *cross border acquiring* keinen Einfluss auf die "geographisch bestimmte Nachfrage" des "Grossteils der Händler" habe (vgl. Ziff. 155 der angefochtenen Verfügung).

- 7.3. Unbestritten ist, dass in *Kreditkarten-Netzwerkmärkten* (als sog. *two sided platforms*) das Verhältnis zwischen den darin eingebundenen Kartenherausgebern (Issuern), Acquirern, Händlern und Kartenbenutzern interdependent und von wechselseitigen *Rückkoppelungseffekten* geprägt ist. In diesem Sinne lässt eine hohe Zahl herausgegebener Kreditkarten (Issuing) das Händler-Vertragspartnernetz (Acquiring) wachsen, wobei ein grosses Vertragspartnernetz die Akzeptanz der entsprechenden Kreditkarte steigert und die Nachfrage nach dieser Karte (Issuing) und deren Einsatz (Acquiring) vergrössert.

Im Unterschied zum eingenommenen Standpunkt in ihrer Beschwerde, wo die Beschwerdeführerin noch eine eigene Nachfrage der Händler nach einem Ac-

quiringvertrag ausdrücklich anerkannte, verneint die Beschwerdeführerin in ihrer Replik das Bestehen eines "selbstständigen Wholesale-Markt für Zahlungssysteme" mit sich gegenüberstehenden Händlern und Acquirern. Die Beschwerdeführerin macht geltend, Acquirer und Issuer würden in einer kombinierten Dienstleistung zusammen wirken, um Händlern und Konsumenten als Dienstleistung bargeldloses Bezahlen zu ermöglichen, weshalb angesichts dieser Interdependenz zwischen Issuing- und Acquiringmarkt nur ein Nachfragemarkt existiere. Somit seien zwei Marktstufen zu unterscheiden: (1.) die Stufe der Finanzierungsinstitute (Issuing und Acquiring) und (2.) die Stufe der Abnehmer der Dienstleistung (Händler und Konsumenten).

Dagegen wendet die Vorinstanz überzeugend ein, die Interdependenz von Issuing- und Acquiringmarkt erlaube bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht den Schluss, dass deshalb nur *ein* Nachfragemarkt bestehe. Diesbezüglich verweist die Vorinstanz zu Recht auf die Entwicklung in der Kreditkartenindustrie, welche zeigt, dass ganz offensichtlich unterschiedliche Märkte existieren: so hat die Beschwerdeführerin Mitte 2000 ihr Issuinggeschäft an diverse Banken und banknahe Institute verkauft und sich im Kerngeschäft auf das Acquiring konzentriert, währenddem andere Unternehmen (wie z. B. die UBS Card Center AG) daraus ausgestiegen sind. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, lassen sich somit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin innerhalb eines Netzwerkmarktes (Kreditkartensystem) gesonderte Nachfragemärkte ausscheiden.

- 7.4. Des Weiteren verkennt die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand, wonach der Markt einzig aus der Sicht der Konsumenten abzugrenzen sei (und daher Kreditkarten, Bargeld, Debit- und andere Zahlkarten sowie den Post- und Bankengiroverkehr umfasse), dass nicht die Kunden "Parteien" im Untersuchungsverfahren waren, sondern die Händler, welche (als primäre Marktgegenseite der Acquirer) ihren Kunden - als subsidiäre Dienstleistung - den Zugang zu einem oder mehreren bargeldlosen Zahlungsverkehrssystemen anbieten (wollen), um ihre Geschäfte entsprechend den Wünschen und Möglichkeiten ihrer Kunden abwickeln zu können.

Der vorinstanzlichen Darstellung der Eigenschaften von Kreditkarten und des Kreditkartenzahlungsverkehrs (im Vergleich zu den übrigen "Zahlungsmitteln" wie Bargeld-, Post-, Bankengiro-, Debitkarten-, Wertkarten-, Checkverkehr und "Kundenkartensysteme") sowie der These, wonach sich der "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" vorab aus Sicht der Händler (als massgeblicher Marktgegenseite) nicht durch andere Zahlungsverkehrssysteme vollwertig substituieren lasse, ist im Grundsatz beizupflichten. Die Beschwerdeführerin ist diesbezüglich auf die entsprechenden Erwägungen 75 bis 142 der angefochtenen Verfügung zu verweisen, welche zu bestätigen sind und nur insofern der

Ergänzung bedürfen, als bei der Frage der Substituierbarkeit der einzelnen Zahlungsmittel untereinander eine vertiefende Betrachtung der *gesetzlichen Rahmenordnung*, welche für die Abwicklung des Zahlungsverkehrs vorgesehen ist, den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden muss und darauf aufbauend die notwendigen Korrekturen zur Sichtweise der Vorinstanz erlaubt (vgl. zur inländischen Geld- und Währungsordnung im Allgemeinen: Beat Hotz-Hart/Stefan Mäder/Patrick Vock, Volkswirtschaft der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 2001, S. 448 ff.):

- 7.4.1. Wie die Vorinstanz zutreffend anführt (Ziff. 103 der angefochtenen Verfügung), sieht die (dispositive) Regelung in Artikel 84 OR (SR 220) vor, dass Geldschulden in *gesetzlichen Zahlungsmitteln* der geschuldeten Währung zu bezahlen sind. Nach Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG, SR 941.10) gelten als gesetzliche Zahlungsmittel die vom Bund ausgegebenen *Münzen*, die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen *Banknoten* sowie die auf Franken lautenden *Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank*. In Artikel 3 wird die *Annahmepflicht* dieser gesetzlichen Zahlungsmittel im Rechtsverkehr statuiert, um dem Geschäftsverkehr die Sicherheit der befreienden Wirkung von einer Geldschuld zu vermitteln (Botschaft des Bundesrates vom 26. 5. 1999 zu einem Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel [WZG], BBl 1999 VII 7258, nachfolgend: Botschaft WZG, insbes. S. 7268, Ziff. 213 betr. die Zahlungsmittelleigenschaft staatlichen Geldes bzw. Ziff. 214, wonach dem Banken-Buchgeld keine Zahlungsmittelleigenschaft zukommt, da der Inhaber solcher Guthaben insbesondere das mikroökonomische *Kredit- bzw. Solvenzrisiko* der entsprechenden Bank tragen muss). Auch wenn das Banken-Buchgeld nach WZG nicht als vom Gläubiger einer Geldforderung zu akzeptierendes, *gesetzliches* Zahlungsmittel gilt, sind die Wirtschaftssubjekte frei, *vertraglich* (ausdrücklich oder konkludent) zu vereinbaren, ob sie eine Geldschuld durch Gutschrift auf ein Bank- oder Postkonto des Gläubigers tilgen wollen (vgl. Botschaft WZG, a. a. O., S. 7271 f., Ziff. 214; vgl. zur analytischen Trennung von Bar- und Buchgeld: Wolfgang Gebauer, Geld und Währung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004, S. 37 ff.).

Somit bilden im Sinne des WZG prinzipiell die gesetzlichen Zahlungsmittel, das heisst im praktischen Alltagsgebrauch das "*Bargeld*", die Grundlage für alle im inländischen Wirtschaftsprozess abzuwickelnden Zahlungsvorgänge, zumal insbesondere Münzen und Banknoten nach den Artikeln 2 f. WZG im Rechtsverkehr als *die* gesetzlichen, unter Annahmewang stehenden Zahlungsmittel bestimmt sind, die sich vom Banken-Buchgeld durch ihre Liquidität und Anonymitätseigenschaft unterscheiden, wobei deren Inhaber "nur" das makroökonomische Risiko des Kaufkraftrückgangs hinnehmen muss (vgl. Botschaft WZG, a. a. O., S. 7271, Ziff. 214).

- 7.4.2. Diese ordnungs- beziehungsweise prozesspolitischen Rahmenordnung, welche die Basis des Geschäftsverkehrs bildet, lässt folgende Interessenlage der einzelnen Teilnehmer am Wirtschaftsprozess erkennen:

Bargeld verursacht den Banken und der Post hohe Aufwendungen in Form (a) hoher Personalkosten bei Schalterein-/auszahlungen, (b) hoher "Handlingkosten" bei der erforderlichen Liquiditätshaltung von Bargeld, (c) hoher Infrastrukturkosten und (d) hoher Versicherungsprämien. Deshalb versuchen die Banken und die Post mit der Lancierung von *Debit-* und *Wertkarten* primär, den *Bargeldsubstitutionsprozess* voranzutreiben, um entsprechende Kosteneinsparungen zu realisieren (vgl. Ruedi Minsch/Urs Bernegger, Cards '02. Analyse und Entwicklungsperspektiven des Schweizer Kartenmarktes - Studie unter der Projektleitung von Prof. Dr. Franz Jaeger, St. Gallen 2002, nachfolgend: FEW-HSG Studie Cards '02, S. 4).

Demgegenüber steht bei den Anbietern von *Kreditkarten* (auf der Issuing- wie auch auf der Acquiringseite) die Erzielung von Gewinnen in Form von Jahresgebühren, Acquiringkommissionen, hochverzinslicher *revolving-credit*-Geschäften sowie *cash-advance*-Bancomatkommissionen im Vordergrund, wobei erst in zweiter Linie der kostensenkende Bargeldsubstitutionsprozess unterstützt werden soll (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, a. a. O., S. 4).

Zum Verhältnis des Bargeldverkehrs und dessen Substitutionsprozess ist festzuhalten, dass sich ausgehend von der im Inland an einem Stichtag gehaltenen Noten und Münzen (sog. "Bargeldumlauf" als Bestandesgrösse) die Umlaufgeschwindigkeit des Bargeldes und damit der *Bargeldanteil* am gesamten Zahlungsverkehr empirisch *nicht* bestimmen lassen, da die Anonymitätseigenschaft des Bargeldes einen Nachvollzug der Anzahl Transaktionen nicht zulässt (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, a. a. O., insbes. S. 16; vgl. in diesem Zusammenhang zur Methodologie wissenschaftlicher Forschung: Wolfgang Gebauer, a. a. O., S. 361 ff., insbes. Ziff. 2.3, S. 361, mit einleuchtender Begründung, warum es "*das*" richtige Modell in der *monetären Makroökonomie* ebenso wenig gibt wie "*die*" richtige Theorie).

- 7.4.3. Bereits diese grundlegende Einsicht zeigt deutlich, wie methodisch anspruchsvoll sich die Diskussion der hier zentralen Fragen zum Verhältnis des baren und unbaren Zahlungsverkehrs und der Substitutionsbeziehungen zwischen den einzelnen Zahlungsmitteln auf den verschiedenen Stufen des Wirtschaftsprozesses mit Blick auf die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer erweisen muss (vgl. zu den *Vor- und Nachteilen* von Kredit-, Debit- und Wertkarten für den Benutzer bzw. den Handel: FEW-HSG Studie Cards '02, a. a. O., S. 10 ff.; vgl. zur sog. "*Internetzwerk-Konkurrenz*" und beispielhaft zu den Substitutionsbeziehungen zwischen Kredit- und Debitkarten: FEW-

HSG Studie Cards '02, a. a. O., S. 34 f.; vgl. zur Problematik analytischer Modelle am Beispiel der Reformbestrebungen in Australien: Joshua S. Gans/Stephen P. King, A Theoretical Analysis of Credit Card Reform in Australia, Melbourne May 2003, S. 2 ff.; vgl. zur Komplexität analytischer Modelle in Bezug auf die Interdependenzen zwischen der *Interchange Fee* und der NDR-Klausel: Jean-Charles Rochet/Jean Tirole, An Economic Analysis of the Determination of Interchange Fees in Payment Card Systems, Review of Network Economics, Vol. 2/Issue 2, June 2003, S. 69 ff., insbes. S. 78, wonach *"the theory of two-sided markets in general, and its application to payment systems in particular, are still in their infancy"*; publiziert im Internet unter: [http://www.rnejournal.com/articles/rochet\\_and\\_tirole\\_june03.pdf](http://www.rnejournal.com/articles/rochet_and_tirole_june03.pdf); zuletzt besucht am 1. 6. 2005; vgl. zu den *"controversial network rules"*: Robert M. Hunt, An Introduction to the Economics of Payment Card Networks, Review of Network Economics, Vol. 2/Issue 2, June 2003, S. 80 ff., insbes. S. 92: *"When network effects and dynamic issues are both important, as they appear to be in this industry, policymakers face a difficult problem in deciding what remedies, if any, will benefit consumers in the long run. On the one hand, network rules and pricing strategies may be essential elements in the successful launch of a payment card network and its subsequent expansion. On the other hand, once a payment network is well established, it is possible the same rules can lead to their overutilization and to pricing well in excess of costs."*; publiziert im Internet unter: [http://www.rnejournal.com/articles/hunt\\_june03.pdf](http://www.rnejournal.com/articles/hunt_june03.pdf); zuletzt besucht am 1. 6. 2005; vgl. die Analyse der Wettbewerbssituation im Kreditkartenmarkt betr. VISA und EM: Uwe Dulleck, Die Grossen Zwei - Wettbewerb im Kreditkartenmarkt?, Wien 2002, publiziert im Internet unter: <http://homepage.univie.ac.at/Papers.Econ/RePEc/vie/viennp/vie0201.pdf>; zuletzt besucht am 1. 6. 2005).

- 7.4.4. Wie die Wettbewerbskommission zu Recht betont, wird dem *Netzwerkcharakter* eines Kreditkarten-Systems gebührend Rechnung getragen, wenn im Sinne des hier anwendbaren Konzepts der funktionellen Austauschbarkeit ("Bedarfsmarktkonzept") bei der Beurteilung der Funktionalität und des Verwendungszweckes von Kreditkarten auch die Sicht der Konsumenten berücksichtigt wird, wobei die vielen Differenzen zwischen dem Zahlungsverkehr mit Kreditkarten und demjenigen anderer Zahlungsmittel die von der Vorinstanz vorgenommenen Unterscheidungen nach Einsatzbereich und Kundensegment nahe legen (vgl. im Einzelnen: Erw. 7.5.1 und 7.5.3).

Doch bedarf vor dem Hintergrund der vorangehenden Erwägung die in der Ziffer 143 der angefochtenen Verfügung vertretene Ansicht der Vorinstanz, wonach der "Anschluss an den Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte" nicht im Wettbewerb mit anderen Zahlungssystemen stehe und sich daher der "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" aus der Sicht der Händler nicht

durch andere Zahlungsverkehrssysteme substituieren lasse, insofern der Präzisierung, als die *einzelnen* Kreditkarten-Netzwerke (wie z. B. Eurocard/Mastercard, VISA und AMEX) zwar auf der Stufe der *Endkonsumenten* einem Wettbewerb mit anderen Zahlungsmitteln ausgesetzt sind (also entsprechender Substitutionswettbewerb besteht, weshalb die NDR-Klausel ja auch zur Steigerung der Attraktivität des "Zahlungsmittels Kreditkarte" eingesetzt wird!), nicht aber auf der hier massgebenden Stufe der *Händler*. Denn in der Tat können die Händler mit der (zusätzlich zum Bargeld erfolgenden) Annahme einzelner *bargeldloser* Zahlungsmittel immer nur diejenigen Kunden erreichen, welche bereit und in der Lage sind, die ins Auge gefasste(n) geschäftliche(n) Transaktion(en) mit dem entsprechenden unbaren Zahlungsmittel abzuschliessen, auch wenn sie (jedenfalls potentiell) über mehrere Zahlungsmittel verfügen mögen. Insofern leuchtet der Hinweis der Vorinstanz auf die aus Sicht der Händler bestehende *Komplementarität* der Zahlungsmittel ein, was die Annahme einer vollwertigen Substituierbarkeit der einzelnen Kreditkartenmarken mit andern Zahlungsmitteln aus Händlersicht prinzipiell ausschliesst (vgl. Ziff. 143 der angefochtenen Verfügung).

Dies wird auch durch den Umstand bestätigt, dass gewisse Händler (wie z. B. "Denner, Mediamarkt, Coop Food, Waro etc.") in allen oder gewissen Geschäftsbereichen auf die Annahme von Kreditkarten (und damit auf einen entsprechenden Anschluss an ein Kreditkarten-Netzwerk) verzichten, was den Schluss erlaubt, dass solche Händler gestützt auf eine Kosten-/Nutzenanalyse die Annahme von Bargeld (und allenfalls zusätzlich von unbaren Zahlungsmitteln wie Debitkarten oder Checks) als genügend für ihren Geschäftserfolg erachten und deshalb auch bereit sind, auf Kunden zu verzichten, die beispielsweise mangels temporärer Kontendeckung nur mit "ihrer" Kreditkarte einkaufen wollen (vgl. auch die nachfolgende Erw. 7.6). In diesem Sinn hat auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ihren Standpunkt präzisiert und erkannt, dass die verschiedenen Zahlungsmittel jedenfalls auf Konsumentenstufe substituierbar seien. Dass deshalb für die Händler die Anschlüsse an Zahlungsverkehrssysteme ein ebenso wichtiges Wettbewerbsinstrument sind wie ein vollständiges Produktsortiment, liegt auf der Hand. Denn wie die Vorinstanz einleuchtend darlegt, wird der Kunde bereits bei seinem Entscheid, ob er ein Gut bei einem bestimmten Händler kaufen will, den ihm angebotenen Zahlungsmöglichkeiten Rechnung tragen und sich bei eingeschränkten Zahlungsmöglichkeiten gegebenenfalls einen anderen Händler auswählen. Deshalb sind die Händler auch bestrebt, um im Produkt- und Dienstleistungswettbewerb mit anderen Händlern bestehen zu können, ihren Kunden für die Begleichung der Schulden als zusätzliche Erleichterungen diejenigen Zahlungsverkehrssysteme zur Verfügung zu stellen, von denen sie erwarten, dass ihre Kunden darüber verfügen. In diesem Sinne gibt die Vorinstanz treffend zu bedenken, dass ein Händler, der nur über den Anschluss an ein Debitkartensystem verfügt oder nur Bargeld akzeptiert, die

Nachfrage von Kunden, die (aus welchen Gründen auch immer) mit Kreditkarten zahlen möchten, nicht befriedigen könne.

Schliesslich ist auch die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass die einzelnen Kreditkarten auch aus Sicht der Karteninhaber mit anderen Zahlungsmitteln nicht vollständig substituierbar sind, auch wenn andere Zahlungsmittel für Güterkäufe zur Verfügung stehen (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, a. a. O., S. 35, 37, 48 betr. die unvollständige Substituierbarkeit von Kredit- und Debitkarten). Diesbezüglich übersieht die Beschwerdeführerin die eng mit den kreditkartenspezifischen Eigenschaften zusammenhängenden Gründe, welche einen Kunden bewegen können, sich eine (kostenpflichtige) Kreditkarte zu beschaffen. Denn weshalb sollte ein Kunde geneigt sein, gegen Jahresgebühr eine (oder mehrere) Kreditkarte(n) anzuschaffen, wenn er sich davon nicht spezifische Vorteile verspricht, die anderen Zahlungsmitteln abgehen (wie z. B. die aufgeschobene Fälligkeit der Zahlschuld im Sinne eines *zinslosen* Darlehens, die internationale Einsetzbarkeit, *goodies*, Effizienz bei der Zahlung über Internet und Telefon etc.)?

- 7.5. Wird im Sinne der Wettbewerbskommission der *"Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr"* als sachlich relevanter Markt definiert, so führt dies - wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemängelt - zum *paradoxen Ergebnis*, dass die von der Vorinstanz als *"Nischenplayer"* bezeichnete Diners Club (Schweiz) AG sowie die JCB International Co. Ltd. - wegen ihrer a priori verschwindenden inländischen Marktanteile - die NDR-Klausel *in jedem Fall* bei Händlern durchsetzen dürften, ohne dass einsichtig wäre, weshalb "ihre" Händler, welche eine "stark kaufkräftige" Kundschaft (Diners) und/oder solche aus Asien (JCB International Co. Ltd.) ansprechen möchten und daher auf den Zugang zu diesen Kreditkartensystemen angewiesen sind, sich die NDR-Klausel gefallen lassen müssten, weil diese unter den Prämissen der Vorinstanz kartellgesetzlich nicht zu beanstanden wäre.

Diese etwas seltsame Konsequenz, dass die NDR-Klausel bei "kleineren" Kreditkarten-Netzwerken *a priori* als unbedenklich einzustufen wäre, ruft nach vertiefenden Überlegungen und fördert erhebliche Gründe für die Annahme, dass der von den Acquirern vermittelte Zugang zu *jedem einzelnen* Kreditkarten-Netzwerk (wie VISA, AMEX, EM, Diners und JBCI) jeweils als *eigenständiger* sachrelevanter Markt aufzufassen wäre. Insofern müsste der Beschwerdeführerin durchaus zugestimmt werden, dass der von der Vorinstanz definierte "Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" real gar nicht existiert, wie in den Ziffern 45 und 58 der Beschwerde zu Recht gerügt wird. Denn:

- 7.5.1. Die Nachfrage der Händler nach dem Zugang zum Netzwerk bestimmter Kreditkarten-Marken leitet sich von der Nachfrage der Kunden, das heisst von deren Zahlungsgewohnheiten ab. Deshalb ist für die Beurteilung der Frage, welchen Stellenwert der Anschluss an ein bestimmtes Kreditkarten-Netzwerk für den einzelnen Händler hat, massgebend, in welchem Ausmass dessen Kunden über die einzelnen (markenmässig unterschiedlichen) Kreditkarten verfügen, um unbare Zahlvorgänge auslösen zu können. Bei einer inländischen Marktdurchdringung im Jahre 2001 mit einem durchschnittlichen Pro-Kopf-Bestand von 0.57 Kreditkarten - im Unterschied zu einem Pro-Kopf-Bestand von 1.02 Debitkarten -, ist davon auszugehen, dass die Mehrzahl der (inländischen) Kunden (mit in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarten) - neben einer Debitkarte - im Durchschnitt, wenn überhaupt, über *höchstens eine* Kreditkarte verfügt, weshalb in der Regel die Händler *alle* für sie umsatzrelevanten Kreditkarten anbieten müssen, um die einzelnen "Kunden-segmente", welche im Allgemeinen unterschiedliche (!) Kreditkarten besitzen, ansprechen zu können (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, S. 41, S. 44 und S. 101; NB: im Unterschied zum Jahre 2001 betrug 1998 der inländische Pro-Kopfbestand betr. Kreditkarten 0.49 bzw. betr. Debitkarten 0.87). Dass ausnahmsweise gewisse (z. B. auf Luxusgüter oder auf eine bestimmte Kundenschaft spezialisierte) Händler auf die Führung aller gängigen Kreditkarten verzichten, ist in diesem Kontext grundsätzlich unerheblich (vgl. Erw. 7.5.2).

Demzufolge kann angesichts der gegenwärtigen Durchschnittsstreuung der einzelnen Kreditkartentypen (= Marken) im Besitz der Kunden für die Händler (als Marktgegenseite der Acquiringverträge) der Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Kreditkartentypen *nicht* als substituierbar bezeichnet werden. Denn verfügt ein Kunde nur über eine AMEX-Card - und will er einen Kauf (eine Dienstleistung) mit dieser Kreditkarte begleichen, bleibt ihm die Tür des Händlers, der nur VISA-Cards und/oder die Euro-card/Mastercards akzeptiert, verschlossen und er muss sich einen Händler suchen, bei dem "seine" AMEX-Card willkommen ist.

Diese Fokussierung auf die Besitz- beziehungsweise Streuverhältnisse macht deutlich, warum für die Händler der Zugang zu den einzelnen Kreditkartensystemen von teilweise unterschiedlicher Bedeutung ist. Diesen zentralen Aspekt übersieht die Vorinstanz, obwohl sie hinsichtlich der "Zahlungssysteme" anerkennt, dass sich diese aus Händlersicht jeweils ergänzen (vgl. Ziff. 143 der angefochtenen Verfügung), ohne aber die nahe liegende engere Marktabgrenzung ins Auge zu fassen.

- 7.5.2. Anderes dürfte nur gelten, wenn die Händler es einzig (oder mehrheitlich) mit Kunden zu tun hätten, die auch über alle Kreditkarten verfügen würden und sich daher bei Einkäufen entsprechend dem "Kreditkarten-Annahmean-

gebot" des Händlers richten könnten. Denn von der Streuung der einzelnen Kreditkartenmarken, die branchenspezifisch (Luxusgüter/Gebrauchsgüter) unterschiedlich aussehen dürfte, hängt es ab, ob Kunden überhaupt in der Lage sind, von einer Kreditkarte auf eine andere zu wechseln. Soweit jedoch der Durchschnittskunde hierzulande überhaupt *eine* Kreditkarte besitzt, hat der Händler es tatsächlich mit "Kundensegmenten" zu tun, die er - für sich genommen - nur mit dem Anschluss an das jeweilige, von diesen favorisierte Kreditkarten-Netzwerk ansprechen kann. Insofern erweist sich für den Händler, der seinen Kunden verschiedene Zahlungsmöglichkeiten anbieten will, der Zugang zu den einzelnen Kreditkarten-Netzwerken als komplementär.

Zwar hält die Wettbewerbskommission in ihrer Duplik fest, dass im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft ein Wettbewerb unter den einzelnen Kreditkartenmarken ausgeschlossen sei. Denn nach Meinung der Vorinstanz sei der Händler (mangels Preistransparenz gegenüber den Konsumenten) nicht in der Lage, die einzelnen Zugänge zu Kreditkartenzahlungssystemen untereinander zu substituieren (!) und so den Substitutionswettbewerb spielen zu lassen; deshalb müsse er dem Kunden möglichst alle Kreditkartenmarken offerieren. Trotz dieser Darlegungen übersieht die Vorinstanz den springenden Punkt, dass bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes die jeweiligen Netzwerke der einzelnen Kreditkartenmarken zu unterscheiden wären und folglich das Acquiring für den Systemzugang zu jeder *einzelnen* Kreditkartenmarke als selbstständiger, sachlich relevanter Markt aufzufassen wäre, zumal die Händler aus Nutzenüberlegungen (Kundensegmente!) die *einzelnen* Kreditkarten-Netzwerke untereinander nicht für substituierbar erachten.

Diese enge Marktabgrenzung entspricht im Übrigen nach den Ausführungen der Vorinstanz auch der Praxis der kanadischen Wettbewerbsbehörden für das VISA- und Eurocard/Mastercard-Acquiring.

- 7.5.3. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass jeder oder die Mehrzahl der inländischen Kreditkarteninhaber auch eine *Debitkarte* besäße, wäre - aus der hier massgeblichen Händlersicht - der Zugang zum Debitkarten-Abrechnungssystem nicht als Substitut für den Zugang zu den einzelnen Kreditkarten-Netzwerken aufzufassen, zumal die Kreditfunktion (aufgeschobene Fälligkeit/*zinsloses* Darlehen) wie auch die *goodies* fehlen, welche für den Kunden im Einzelfall (z. B. bei kurzfristig [drohender] ungenügender Kontendeckung, beim Wunsch nach Versicherungsdeckung etc.) für seinen geschäftlichen Transaktionsentscheid erheblich sein können und daher auch in der Kosten-/Nutzenanalyse des Händlers, der den Zugang zum jeweiligen Kreditkartensystem nachfragt, beachtlich sind.

- 7.5.4. Zusammenfassend sprechen somit erhebliche Gründe dafür, im Unterschied zur Vorinstanz und zur Beschwerdeführerin den sachlich relevanten Markt enger zu fassen und je einen "Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" der AMEX-Card, der VISA-Card sowie der Euro-card/Mastercard abzugrenzen, wie dies auch der zustimmungswürdigen Praxis einzelner ausländischer Wettbewerbsbehörden entspricht.

Für diese Sichtweise spricht schliesslich auch der Umstand, dass sich die Wettbewerbswirkung des *cross border acquiring* nicht klar erfassen liesse, wenn im Sinne der wenig differenzierten Perspektive der Vorinstanz *nicht* nach den *einzelnen*, von den *cross border acquirern* vermittelten Zugängen zu den einzelnen Kreditkarten-Netzwerken zu unterscheiden wäre (Denn: Wie wäre der von der Vorinstanz postulierte Markt "des Zuganges zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" *räumlich* abzugrenzen, wenn beispielsweise *cross border acquirer* aus Westeuropa den inländischen Händlern kostengünstige Zugänge für VISA-Kreditkarten zu vermitteln vermöchten, so dass inländische [VISA-Kreditkarten-]Acquirer über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfügen würden, aber gleichzeitig bei den Zugängen für AMEX-Cards keine *cross border acquirer* aufträten und der inländische [AMEX-Cards]-Acquirer ein Monopol besässe?).

- 7.6. Gegen diese auf den Zugang zu einem einzelnen Kreditkarten-Netzwerk beschränkte Marktabgrenzung liesse sich freilich einwenden, eine "Marke" sei grundsätzlich nicht als selbstständiger sachlich relevanter Markt aufzufassen.

Dem ist entgegen zu halten, dass sich die Situation eines Händlers, welcher in einem Kreditkarten-Netzwerk eingebunden ist und - als sekundäre Dienstleistung - seinen Kunden zusätzlich den Weg eröffnen will, mittels "Kreditkarten" Schulden zu tilgen, nicht direkt mit der Stellung eines Händlers vergleichen lässt, der zur Senkung von Transaktionskosten als komplementärer Vertriebsmittler in ein selektives Vertriebssystem eines Herstellers eingebunden wird und für ein Bündel von Transaktionen auf dem Wiederverkaufsmarkt für Markenprodukte seine Autonomie aufgibt (vgl. zum selektiven Vertriebssystem: Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, a. a. O., S. 29, Rz. 66 f.; Dietrich/Saurer, a. a. O., S. 593 ff.):

- 7.6.1. Im selektiven Vertriebssystem von Markenprodukten (d. h. Produkten mit hohem Prestige oder hohem technischen Stand) führt die Funktion des Händlers, als reiner Absatzmittler aufzutreten, dazu, ihn der Marktseite des Herstellers zuzurechnen, und lediglich den Endverbraucher als Marktgegenseite aufzufassen, dessen Nachfrageverhalten wiederum das Marktverhalten

des Händlers stark beeinflussen mag (sog. Reaktionsverbundenheit). Bei dieser Ausgangslage kann sich die Formel "eine Marke gleich ein Markt" im Wiederverkaufsmarkt zwischen Händlern und Verbraucher, wie auch innerhalb der Vertriebskette zwischen Hersteller und Händler jedenfalls dann als falsch erweisen, wenn auf Endkundenstufe Produkte im Wettbewerb zu substituierbaren Gütern anderer Marken stehen (Interbrand-Wettbewerb) und deshalb der sachlich relevante Markt alle im Wettbewerb zueinander stehenden Marken umfassen muss (vgl. Dietrich/Saurer, a. a. O., S. 610 f.). Denn soweit der Verbraucher andere Produkte als Substitute der selektiv vertriebenen Markenartikel erachtet (i. S. v. Ausweichmöglichkeiten des Konsumenten sowie entsprechende Abwanderung bei relativ geringen Preiserhöhungen), besteht die Möglichkeit von *wirksamem Interbrand-Wettbewerb* zwischen diesen Artikeln, der diesfalls disziplinierend auf die vertikale Abrede wirkt und die darin eingebundenen Händler und Hersteller zwingt, die Kostenvorteile der vertikalen Koordination an die Endverbraucher weiterzugeben (vgl. Saurer/Dietrich, a. a. O., S. 596). Daher kann es dem Bedarfsmarktkonzept der funktionellen Austauschbarkeit für sich konkurrierende Marken widersprechen, separate relevante Märkte abzugrenzen (dieser Meinung: Saurer/Dietrich, a. a. O., S. 597), wobei nach einer differenzierteren Lehrmeinung auf regionaler oder lokaler Vertriebsstufe auch der *Intrabrand-Wettbewerb* grundsätzlich schutzwürdig ist (Ulrich Immenga, Die Marke im Wettbewerb - Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 5/2002, S. 374 ff.).

- 7.6.2. Diese Überlegungen lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. Anders als beim Warenvertrieb von Markenprodukten setzt der in einem Kreditkarten-Netzwerk eingebundene Händler keine Markenwaren (in Form des selektiven Vertriebs) ab, sondern er stellt seinen Kunden für die Schuldertilgung ein oder mehrere weitere bargeldlose Zahlungsmittelsysteme (in Form der Annahme bestimmter Kreditkartenmarken) zur Verfügung, in der Absicht, durch diese sekundäre Dienstleistung sein Verkaufsangebot (bzw. seine Dienstleistungen) einem grösseren Kundenkreis erschliessbar zu machen, ohne jedoch dabei seine primär auf den Vertrieb der eigenen Waren oder Hauptdienstleistungen gerichtete Autonomie aufgeben zu wollen (vgl. zur interkonnectionsbedingten Zwitterstellung des Händlers als sog. "Prosumer": FEW-HSG Studie Cards '02, S. 23 f., FN 21).

Das Kreditkarten-Netzwerk, in welches der Händler nicht zum Warenvertrieb, sondern zur Ermöglichung bargeldloser Zahlung (mit aufgeschobener Fälligkeit mittels *zinslosem* Darlehen) eingebunden ist, fördert dessen Geschäftstätigkeit nur soweit, als der von ihm umworbene Kundenkreis auch tatsächlich über die entsprechende Kreditkarte verfügt und diese für Geschäftstransaktionen einsetzen kann (und will). Insofern stehen auch die Kunden als Endverbraucher - anders als im selektiven Vertriebssystem - nicht vor der

Auswahl von verschiedenen, für austauschbar erachteten Markenartikeln, welche bei bestehendem Interbrand-Wettbewerb einem Markt zuzurechnen wären, sondern sie sind nur in der Lage, zur Erfüllung ihrer Schuldverpflichtungen auf diejenige(n) Kreditkarte(n) zu greifen, die sie auch tatsächlich besitzen, und die sie in der Regel benützen werden, wenn sich deren Einsatz auf Grund der kreditkartenspezifischen Vorteile lohnt (vgl. Erw. 7.3 f.).

- 7.7. Vor dem Hintergrund dieser *engeren sachlichen Marktabgrenzung*, welche angesichts des gegenwärtigen Marktdurchdringungsgrades von Kreditkarten sowie angesichts der gegenwärtigen Strukturen des inländischen Debit- und Kreditkartenzahlungsverkehrs mehr Plausibilität beanspruchen kann als die unterschiedlichen Marktabgrenzungen der Parteien, wird die Vorinstanz auch die Interdependenzen zwischen der NDR-Klausel und der *Interchange Fee* näher untersuchen müssen (vgl. dazu beispielsweise: Jean-Charles Rochet/Jean Tirole, a. a. O., insbes. Ziff. 3.3 f., S. 75 ff; Uwe Dulleck, a. a. O., S. 12 ff.), soweit sie die Untersuchung weiterzuführen gewillt ist und diese nicht auf Grund der zwischenzeitlich veränderten Sachlage einstellt.

Auch in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung wird die aktuelle Bedeutung des *cross border acquiring* zu erheben und zu gewichten sein, zumal Indizien dafür sprechen, dass die hier zur Diskussion stehenden Acquiringkommissionen verstärkt unter Druck geraten sind, nachdem es nach der Aufhebung der Gebietsbeschränkungen in den Lizenzbestimmungen der grossen Kreditkartensysteme (mit Ausnahme von AMEX) ab 1999 auf dem inländischen Markt zu einem wettbewerbsfördernden Auftritt ausländischer Acquirer gekommen ist.

Da der von der Vorinstanz postulierte sachliche Markt des "Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehrs" real gar nicht existiert, kann die Beschwerdeführerin darin auch keine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen. Deshalb erübrigen sich zu dieser umstrittenen Rechtsfigur weitere Erörterungen. Ob indes die Beschwerdeführerin im Rahmen des *dual brand acquiring* derzeit mit der Cornè Banca SA allenfalls eine kollektive Marktbeherrschung einnimmt, wird die Vorinstanz ebenfalls abzuklären haben.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise begründet ist, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. Erw. 1.4). Deshalb ist das Eventualbegehren gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen 6.3.3 ff. zur Neubeurteilung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

9. Angesichts der vorzunehmenden Rückweisung der Streitsache braucht die in formeller Hinsicht geltend gemachte, angebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin nicht mehr erörtert zu werden. Selbst wenn darauf einzugehen wäre, müsste eine allfällige Gehörsverletzung als vor der Rekurskommission geheilt erachtet werden, zumal die Beschwerdeführerin mit Einräumung eines zweiten Schriftenwechsels Gelegenheit erhielt, ihren Standpunkt ausführlich darzulegen (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 4.5, a. a. O.).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist die vorinstanzliche Auffassung zur Behandlung von *Geschäftsgeheimnissen* nicht zu beanstanden, zumal sie im Einklang mit der Rechtsprechung der Rekurskommission steht (vgl. REKO/WEF 01/FB-005, publiziert in: RPW 2002/4, S. 698, insbes. E. 3.2.1 f.). Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Wettbewerbskommission ihre angefochtene Verfügung in einigen Punkten auf Geschäftsgeheimnisse (z. B. betr. die Lizenzsysteme, die Marktanteile) stützte, die jeweils von mindestens einer Verfügungsadressatin überprüft werden konnten. Ferner darf die Vorinstanz rechtsmissbräuchliches Verhalten dann annehmen, wenn sich eine Partei auf die Geheimhaltung derjenigen eigenen Daten berufen möchte, die sie indessen unter Berufung auf ihr Akteneinsichtsrecht bei anderen Parteien oder Verfahrensbeteiligten einsehen will. Wie die Vorinstanz zutreffend erwähnt, verfügt sie nach der erwähnten Rechtsprechung der Rekurskommission über einen erheblichen Beurteilungsspielraum bei der Bemessung der Bandbreiten für die Umschreibung allfälliger Geschäftsgeheimnisse.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin, welche nicht mit ihrem Haupt- sondern mit ihrem Eventualantrag durchgedrungen ist, als teilweise obsiegend. Daher rechtfertigt es sich, ihr die Verfahrenskosten in reduziertem Umfang aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem am 13. Februar 2003 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7 900.- zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. 9. 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Der Wettbewerbskommission als Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Der Beschwerdeführerin, welche sich anwaltlich vertreten liess, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihr ist zu Lasten der Wettbewerbskommission eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Mit Kostennote vom 3. Juni 2005 macht der Rechtsvertreter anwaltliche Aufwendungen von insgesamt Fr. 88 901.35 geltend. Davon entfallen Fr. 79 377.95 auf das Honorar, Fr. 3 244.10 auf Auslagen und Fr. 6 279.30 auf die Mehrwertsteuer.

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist grundsätzlich keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a).

- 10.1. Nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstaben a bis c Kostenverordnung umfasst die Parteientschädigung in der Regel die Kosten der Vertretung, die Barauslagen und Spesen der Partei sowie deren Verdienstausschluss. Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung.

Bei der Festsetzung der Parteientschädigung geht es aber nicht darum, die Rechnung des Rechtsvertreters an die Beschwerdeführerin auf ihre Angemessenheit zu beurteilen. Denn der hier massgebliche Tarif des Bundesgerichts ist nicht anwendbar auf das Verhältnis zwischen dem Anwalt und der von ihm vertretenen Partei (vgl. Art. 10 Tarif). Das Honorar, das der Klient seinem Rechtsvertreter schuldet, darf nicht mit der Parteientschädigung verwechselt werden, welche von der Gegenpartei oder der Körperschaft, in deren Namen verfügt wurde, zu erbringen ist (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG).

In der Regel richtet sich dieses Honorar nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des im Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 Tarif). Der danach regelmässig zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung).

Für die Ermittlung des Streitwerts ist vorerst von den Rechtsbegehren der Parteien auszugehen (vgl. Art. 36 Abs. 1 OG [SR 173.110] i. V. m. Art. 4 Abs. 2 Tarif). Geht das Begehren nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so setzt das Bundesgericht zunächst von Amtes wegen auf summarischem Weg nach freiem Ermessen, nötigenfalls nach Befragung eines Sachverständigen, den Streitwert fest (Art. 36 Abs. 2 OG). Dabei ist der Richter nicht an die Erklärungen der Parteien über den Streitwert gebunden. Hat der Richter den Streitwert zu ermitteln, wird eine objektive Festsetzung des Streitwertes angestrebt (Siegfried Schuller, Die Berechnung des Streitwertes, Diss. Zürich 1974, S. 34 und S. 39; Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, Berne 1990, ch. 4.1 ad Art. 36, p. 268).

- 10.2. Im vorliegenden Fall zielt das Rechtsbegehren nicht auf die Bezahlung einer bestimmten Summe. Daher wäre für die Bemessung des Honorars grundsätzlich der Streitwert summarisch zu ermitteln. Davon ist indessen abzusehen, da sich die Beschwerdeführerin dazu nicht geäussert hat und im Übrigen auch jegliche Anhaltspunkte für eine objektive Bestimmung des Streitwertes fehlen. Denn dieser müsste mit Blick auf eine allfällige Gewinnschmälerung bestimmt

werden, welche mit einem Verbot der NDR-Klausel verbunden sein könnte. Doch ob die Beschwerdeführerin diesfalls überhaupt eine Gewinneinbusse - und wenn ja, in welchem Ausmass - erleiden würde, lässt sich nicht bestimmen und wird auch nicht geltend gemacht. Daher ist die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands der Rechtsvertreter zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 215 E. 4b u. 5 sowie Art 4 Abs. 4 Tarif).

Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdeführerin durchaus von wirtschaftlicher Bedeutung ist, auch wenn unklar ist, ob beziehungsweise inwiefern ein Verbot der NDR-Klausel sich für die Beschwerdeführerin - in der Praxis - überhaupt wirtschaftlich nachteilig auswirken würde. In rechtlicher Hinsicht ist anzuerkennen, dass sich Auslegungsfragen von erheblicher Schwierigkeit stellen. Auch waren eingehende Abklärungen für das Verständnis der wirtschaftlichen Abläufe in der massgebenden Regelungsmaterie notwendig. Was die Grössenordnung der Entschädigung angeht, orientiert sich die Rekurskommission an ihrer ständigen Praxis.

- 10.3. Auf Grund dieser Überlegungen erscheint - angesichts des *teilweisen* Obsiegens und des weiterhin *offenen* Verfahrensausgangs - eine reduzierte Parteienentschädigung von Fr. 9 000.- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

#### **Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 wird aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten, ausmachend

|                                   |            |                |
|-----------------------------------|------------|----------------|
| a) die Spruchgebühr, bestimmt auf | Fr.        | 8000.00        |
| b) die Schreibgebühr von          | Fr.        | 765.00         |
| <b>Total</b>                      | <b>Fr.</b> | <b>8765.00</b> |

werden der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 4 000.00 auferlegt. Dieser Betrag wird mit dem am 13. Februar 2003 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7 900.00 verrechnet und der Beschwerdeführerin ist der Betrag von **Fr. 3 900.00** aus der Bundeskasse zurückzuerstatten.

3. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Wettbewerbskommission eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9 000.- (inkl. Barauslagen und MWSt) zugesprochen.
4. Gegen den vorliegenden Beschwerdeentscheid kann innert dreissig Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Eingabe hat dreifach zu erfolgen und die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der Beschwerdeführerin oder deren Vertreter zu enthalten. Der angefochtene Beschwerdeentscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Beschwerdeführerin sie in Händen hat.
5. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin, der Vorinstanz und dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement mit Lettre Signature (LSI) und Rückschein eröffnet, der Swisscard AECS AG, der UBS Card Center AG und der Cornèr Banca SA mit Lettre Signature (LSI) sowie der Diners Club Switzerland AG auszugsweise mitgeteilt.

REKURSKOMMISSION  
FÜR WETTBEWERBSFRAGEN

Der Präsident:  
H. Urech

Der juristische Sekretär:  
S. Huber