



---

# Verfügung

**vom 29. November 2010**

---

in Sachen

Untersuchung **32-0205** gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG], SR 251)  
betreffend

**SIX / Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)**

wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

---

gegen

1. **SIX Group AG**, Selnaustrasse 30, 8001 Zürich;  
2. **SIX Multipay AG**, Hardturmstrasse 201, 8005 Zürich;  
3. **SIX Card Solutions AG**, Hardturmstrasse 201, 8005 Zürich;  
alle vertreten durch RA Dr. iur. Jürg Borer und RA David Mamane,  
Schellenberg Wittmer, Löwenstrasse 19. 8021 Zürich

die Parteien

---

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),  
Stefan Bühler, Martial Pasquier (Vizepräsidenten),  
Evelyne Clerc, Anne Petitpierre, Rudolf Horber, Andreas Kellerhals,  
Daniel Lampart, Jürg Niklaus, Thomas Pletscher, Johann Zürcher

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>4</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung .....	4
A.1.1	Übersicht .....	4
A.1.2	Anzeigerin und Parteien .....	4
A.1.3	Dynamic Currency Conversion (DCC) .....	5
A.1.4	Terminals .....	6
A.1.5	DCC-Angebot von Multipay .....	7
A.1.5.1	Ursprüngliches System .....	7
A.1.5.2	Entwicklungen seit Eröffnung des Verfahrens .....	9
A.1.6	Verhalten von Multipay gegenüber Jeronimo und weiteren Interessenten .....	9
A.2	Verfahren .....	10
A.3	Vorbringen der Anzeigerin und der Parteien .....	18
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>23</b>
B.1	Geltungsbereich .....	23
B.2	Vorbehaltene Vorschriften .....	26
B.2.1	Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG .....	27
B.2.2	Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG .....	27
B.2.3	Geltungszeitliche Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG .....	27
B.2.4	Kein Vorbehalt bei traditioneller Interpretation .....	29
B.2.4.1	Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen .....	29
B.2.4.1.1	Urheberrechtsschutz von Schnittstellen .....	29
B.2.4.1.2	Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen .....	30
B.2.4.1.3	Inhalt des Urheberrechts .....	31
B.2.4.2	Wettbewerbswirkungen .....	32
B.2.5	Ergebnis .....	32
B.3	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen .....	32
B.3.1	Überprüfung von Vergangenheitssachverhalten .....	33
B.3.2	Marktbeherrschende Stellung .....	33
B.3.2.1	Relevante Märkte .....	33
B.3.2.1.1	Acquiring Markt .....	34
B.3.2.1.2	Terminal Markt .....	61
B.3.2.1.3	Markt für Umrechnungsdienstleistungen .....	68
B.3.2.2	Gesamtergebnis .....	71
B.3.3	Unzulässige Verhaltensweisen („Missbrauch“) .....	71
B.3.3.1	Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG .....	71
B.3.3.2	Behinderungsmisbrauch .....	72
B.3.3.3	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen .....	75
B.3.3.3.1	Allgemeines .....	75
B.3.3.3.2	Geschäftsverweigerung .....	76
B.3.3.3.3	Objektive Notwendigkeit des Inputs .....	82

B.3.3.3.4	Wettbewerbsbehinderung .....	85
B.3.3.3.5	Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	107
B.3.3.3.6	Ergebnis bezüglich Verweigerung von Geschäftsbeziehungen .....	129
B.3.3.4	Diskriminierung von Handelspartnern .....	129
B.3.3.4.1	Allgemeines .....	129
B.3.3.4.2	Diskriminierung .....	129
B.3.3.4.3	Betroffenheit von Handelspartnern .....	131
B.3.3.4.4	Wettbewerbsbehinderung .....	132
B.3.3.4.5	Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	133
B.3.3.4.6	Ergebnis betreffend Diskriminierung von Handelspartnern.....	133
B.3.3.5	Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung.....	133
B.3.3.6	Koppelungsgeschäfte .....	134
B.3.3.6.1	Allgemeines .....	134
B.3.3.6.2	Missbrauchsmerkmale .....	137
B.3.3.6.3	Trennung der Güter.....	137
B.3.3.6.4	Geschäftsverweigernde technologische Koppelung .....	138
B.3.3.6.5	Wettbewerbsbehinderung .....	138
B.3.3.6.6	Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	139
B.3.3.6.7	Ergebnis betreffend Koppelungsgeschäft .....	139
B.3.4	Ergebnis.....	140
B.4	Sanktionierung.....	140
B.4.1	Allgemeines.....	140
B.4.1.1	Einleitung.....	140
B.4.2	EMRK-Konformität der Sanktionierung.....	141
B.4.2.1	Art. 6 EMRK.....	141
B.4.2.2	Art. 7 EMRK.....	142
B.4.2.2.1	Vorbringen der Parteien .....	142
B.4.2.2.2	Bedeutung von Art. 7 EMRK .....	143
B.4.2.2.3	Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG .....	144
B.4.2.2.4	Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG .....	144
B.4.3	Vorwerfbarkeit.....	147
B.4.4	Bemessung .....	150
B.4.4.1	Maximalsanktion .....	150
B.4.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung .....	151
B.4.4.2.1	Basisbetrag .....	151
B.4.4.2.2	Dauer des Verstosses .....	157
B.4.4.2.3	Erschwerende und mildernde Umstände.....	157
B.4.5	Ergebnis.....	159
<b>C</b>	<b>Kosten .....</b>	<b>160</b>
<b>D</b>	<b>Dispositiv .....</b>	<b>161</b>

## A Sachverhalt

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

#### A.1.1 Übersicht

1. Am 20. Juli 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend *Sekretariat*) eine Anzeige der CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA ein. Die Anzeigerin brachte vor, die Telekurs Multipay AG biete als Acquirerin von Zahlkartentransaktionen ihren Vertragshändlern die Funktion der dynamischen Währungsumrechnung (sog. Dynamic Currency Conversion; DCC) nur dann an, wenn diese über ein „DCC-fähiges Terminal“ verfügen würden. „DCC-fähig“ seien aber gemäss der Telekurs Multipay AG nur die Kartenterminals ihrer Schwestergesellschaft Telekurs Card Solutions AG, nicht aber die Terminals von Drittherstellern. Die Anzeigerin führte weiter aus, die Telekurs Multipay AG verweigere ihr trotz wiederholter Anfragen den Zugang zu dieser Funktionalität bzw. zu den erforderlichen Protokollen zur Kommunikation mit dem Verarbeitungssystem der Telekurs Multipay AG. Dies stelle eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG dar (vgl. zum Wortlaut der Rechtsbegehren unten Rz. 36).

2. Während des Verfahrens haben die Telekurs Multipay AG und die Telekurs Card Solutions AG ihr Verhalten geändert und nach Unterzeichnung einer Geheimhaltungserklärung am 22. und 25. Januar 2007 der CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA die gewünschten Schnittstellen und Terminalspezifikationen zugestellt.

#### A.1.2 Anzeigerin und Parteien

3. Die **CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA** (nachfolgend *Jeronimo*) ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Nyon. Jeronimo ist eine Herstellerin von Terminalsystemen für elektronische Zahlungssysteme mit Kredit- und Debitkarten in der Schweiz. Ihr Angebot umfasst stationäre und mobile Terminals, mit oder ohne Anschluss an eine Registrierkasse. Jeronimo wird mehrheitlich von CCV International BV gehalten. Die CCV-Gruppe besteht aus verschiedenen Unternehmen, welche auf diversen nationalen Märkten im Bereich der elektronischen Zahlungssysteme tätig sind (z.B. CCV Holland BV in den Niederlanden, CCV Belgium nv/sa in Belgien, CCV UK Limited in Grossbritannien und CCV Allcash GmbH und CCV Deutschland GmbH in Deutschland).

4. Die Telekurs Multipay AG und ihre Schwestergesellschaft Telekurs Card Solutions AG waren zum Zeitpunkt der Anzeige Tochtergesellschaften der Telekurs Holding AG. Auf Anfang des Jahres 2008 fusionierte die Telekurs Holding AG mit der SWX Group, dem Verein SWX Swiss Exchange und der SIS Swiss Financial Services Group AG zur heutigen **SIX Group**<sup>1</sup>. Der Name der Telekurs Multipay AG wurde in **SIX Multipay AG** (nachfolgend *Multipay*) und derjenige der Telekurs Card Solutions AG in **SIX Card Solutions AG** (nachfolgend *Card Solutions*) abgeändert.

5. **Multipay** stellt als Verkaufs- und Marketingorganisation die *Akzeptanz* und reibungslose Abwicklung von kartenbasierten Zahlungsmitteln sicher. Die Multipay ist sowohl im Kreditkarten- als auch im Debitkartenacquiring tätig (Produkte MasterCard, VISA, Maestro, V PAY und Prepaid-Chip CASH).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 560, Rz. 15.

6. Die **Card Solutions** ist in drei Geschäftsfeldern tätig: Bereitstellung der Zahlungsinfrastrukturen am Verkaufspunkt (Point of Sale, POS; namentlich Verkauf von Zahlkartenterminals), Acquiring Processing und Issuing Processing. Acquiring Processing beinhaltet die Verarbeitung der Transaktionen, die zwischen den Acquirern und deren Vertragsunternehmen (Akzeptanzstellen) abgewickelt werden. Issuing Processing bezeichnet die technische Verarbeitung für die Herausgeber (Issuer) von Kredit- und Debitkarten.<sup>3</sup>

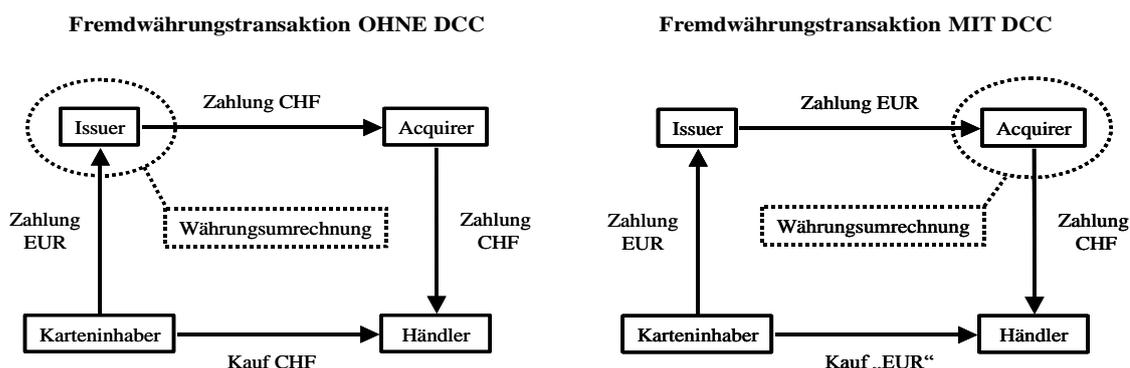
7. Sowohl Multipay als auch Card Solutions gehören wie bereits erwähnt zur SIX Group und sind Tochtergesellschaften der **SIX Group AG**. Die SIX Group deckt die ganze Wertschöpfungskette der Finanzplatzinfrastruktur ab – vom Wertschriftenhandel über die Wertschriftendienstleistungen bis hin zu Finanzinformationen und zum Zahlungsverkehr.<sup>4</sup>

### A.1.3 Dynamic Currency Conversion (DCC)

8. Bei der vorliegenden Untersuchung geht es um die Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (sog. Dynamic Currency Conversion; DCC). Durch DCC eröffnet sich für den Inhaber einer Kredit- oder Debitkarte die Möglichkeit, direkt am Terminal des Händlers zu wählen, ob er in der Lokalwährung (in der Schweiz: CHF) oder in seiner – vom Terminal automatisch erkannten – ausländischen Heimwährung (z.B. EUR, USD, GBP etc.) bezahlen möchte.

9. DCC führt zu einer Verlagerung der Währungsumrechnungsdienstleistung. Ohne DCC bezahlt der ausländische Karteninhaber in der Schweiz einen Rechnungsbetrag in CHF. Die Umrechnung in seine Heimwährung wird dann durch seine Kartenherausgeberin (Issuer) vorgenommen. Dabei entscheidet diese selbständig über den Wechselkurs und belastet dem Karteninhaber in der Regel zusätzlich eine Fremdwährungskommission. Wählt ein ausländischer Karteninhaber hingegen direkt am Terminal des Händlers seine Heimwährung aus, so erfolgt die Umrechnung mittels DCC bereits auf Stufe Acquirer. Damit konkurrenzieren sich ausländischer Issuer und Acquirer im Bereich der Umrechnungsdienstleistung. Zum besseren Verständnis werden in den beiden nachfolgenden Grafiken Fremdwährungstransaktionen mit und ohne DCC am Beispiel eines Kaufes eines Karteninhabers aus dem EURO-Raum bei einem Schweizer Händler dargestellt:

**Abbildung 1: Fremdwährungstransaktion MIT und OHNE DCC:**



<sup>3</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 561, Rz. 15.

<sup>4</sup> Neben Multipay und Card Solutions gehören folgende Gesellschaften zur SIX Group: SIX Swiss Exchange (Börse), SIX Exfeed (Börsenrohdaten), SIX SIS und SIX x-clear (Clearing und Settlement), SIX SAG (Aktienregister), SIX Systems (Informatikdienstleistungen), SIX Telekurs (Finanzinformationen), SIX Multi Solutions (Zusatzdienstleistungen bei Kredit- und Debitkartenverarbeitung), SIX Pay (internationaler Anbieter bargeldloser Zahlungslösungen), SIX Interbank Clearing (Zahlungsverkehr Banken) und SIX PayNet (Elektronische Rechnung, Lastschriftverfahren); vgl. [www.six-group.com/download/about\\_sixgroup/factsheet\\_2010\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/about_sixgroup/factsheet_2010_de.pdf) (29.11.2010).

10. Für den Karteninhaber bietet DCC den Vorteil, dass er beim Kauf alternativ zum Preis in der Lokalwährung (hier: CHF) bereits den verbindlichen Preis in seiner Heimwährung (hier: EUR) wählen kann. Für den Karteninhaber ist damit schon am Terminal sowohl der Wechselkurs als auch der genaue spätere Belastungsbetrag erkennbar. Damit ist für ihn die Preisgestaltung transparenter als bei einem Kauf in der Lokalwährung, welcher erst zu einem späteren Zeitpunkt – mit einem durch den Issuer gewählten Wechselkurs – umgerechnet wird.

11. Für den Acquirer besteht der Vorteil von DCC hingegen darin, dass die Erträge aus dem Wechselkursgeschäft und allfällige Kommissionen bei ihm und nicht beim (ausländischen) Issuer anfallen.

12. Für den Händler besteht der Vorteil von DCC schliesslich darin, dass die Acquirer die Einnahmen aus der Umrechnungsdienstleistung mit ihm teilen bzw. dass der Einsatz der DCC-Funktion letztlich zu einer geringeren Händlerkommission führt.

13. Damit ein Händler seinen Kunden DCC anbieten kann, benötigt er grundsätzlich drei Elemente:

- a) Er benötigt einen Vertrag mit einem Acquirer, der Fremdwährungstransaktionen verarbeitet.
- b) Er benötigt einen Vertrag mit einem Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen.
- c) Er benötigt ein DCC-fähiges Terminal.

14. Auf internationaler Ebene haben sich diverse Unternehmen darauf spezialisiert, Umrechnungsdienstleistungen („DCC-Dienstleistungen“) anzubieten, d.h. diese Unternehmen betreiben die Währungsumrechnung als ihr Kerngeschäft. Diese Unternehmen (z.B. First Currency Choice [FCC], Fexco, Elavon oder Pure Commerce) können als DCC-Provider bezeichnet werden.<sup>5</sup> Wird die Umrechnungsdienstleistung durch einen solchen DCC-Provider vorgenommen, so sind an der Transaktion 3 Parteien beteiligt, welche Vertragsbeziehungen miteinander eingegangen sind: Der Händler, der Acquirer und der DCC-Provider. Diese drei Parteien teilen sich dann die Gewinne aus der Währungsumrechnung.

#### **A.1.4 Terminals**

15. Der Kartenterminal bildet die Schnittstelle zwischen dem Karteninhaber und dem Verarbeitungssystem des Acquirers. Es ergeben sich dadurch bei genauer Betrachtung zwei Schnittstellen. Einerseits die Schnittstelle zwischen der Karte und dem Terminal und andererseits die Schnittstelle zwischen Terminal und Acquirer.

16. Bezüglich der *Schnittstelle zwischen Karte und Terminal* hat auf internationaler Ebene mit der Chip-Technologie EMV<sup>6</sup> eine Standardisierung eingesetzt. Die EMV-Spezifikation beschreibt den Aufbau und die Interaktion zwischen der EMV-Chip-Karte und dem Kartenterminal. Der EMV-Standard baut im Wesentlichen auf den Prinzipien der Interoperabilität und der Flexibilität auf. Interoperabilität bedeutet dabei, dass die gleiche system- und länderübergreifende Karten- und Terminalnutzung, die es bei der Magnetstreifentechnik gibt, auch bei der Chipkartentechnik vorhanden ist. Flexibilität bedeutet, dass jedes Zahlungsverkehrssystem die Möglichkeit haben muss, individuelle Bedürfnisse jenseits der Interoperabilität realisieren zu können.

---

<sup>5</sup> Die Card Solutions ist ebenfalls als DCC-Provider aktiv (vgl. unten Rz. 19 ff.).

<sup>6</sup> Die Buchstaben EMV stehen für die drei Gesellschaften, die den Standard entwickelten: Europay International (heute MasterCard Europe), MasterCard und Visa. Für die Weiterentwicklung des Standards wurde eine eigene Gesellschaft gegründet, die EMVCo LLC ([www.emvco.com](http://www.emvco.com); 29.11.2010), welche heute American Express, JCB, Visa und MasterCard gehört.

17. In der Schweiz werden die EMV-Spezifikationen durch die nationalen ep2-Spezifikationen ergänzt.<sup>7</sup> Die ep2-Spezifikationen standardisieren u.a. die *Schnittstelle zwischen Terminal und Acquirer*. ep2 legt zudem Standards für den Ablauf der Transaktion am Terminal sowie für die Hardware des Terminals fest. Ob ein Terminal den ep2-Spezifikationen entspricht, wird in einem Zertifizierungsverfahren überprüft. Dabei wird sowohl die Hard- als auch die Software des Terminals ep2-zertifiziert.

18. Eines der Ziele, welches mit ep2 verfolgt wird, ist die Sicherstellung eines freien, kompetitiven Terminalmarktes. Durch den ep2-Standard wird grundsätzlich sichergestellt, dass jeder ep2-zertifizierte Terminal bei jedem in der Schweiz tätigen Acquirer funktionsfähig ist. Die DCC-Funktion wurde hingegen im Rahmen von ep2 nicht standardisiert.

### A.1.5 DCC-Angebot von Multipay

#### A.1.5.1 Ursprüngliches System

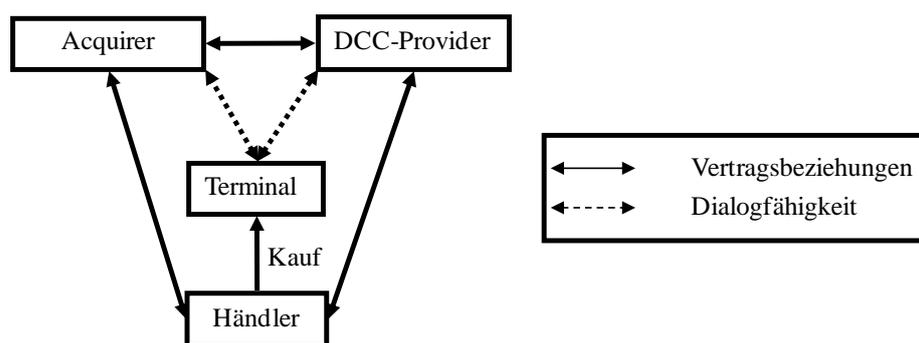
19. Multipay bietet ihren angeschlossenen Händlern seit März 2005 die DCC-Funktion an. Die Währungsumrechnung wird dabei durch Card Solutions vorgenommen, m.a.W. übernimmt Card Solutions die Funktion des DCC-Providers. Allerdings steht Card Solutions in keiner direkten Vertragsbeziehung mit den Händlern.

20. Card Solutions hat zur Erbringung der DCC-Dienstleistungen gemäss eigenen Angaben eine eigene DCC-Software entwickelt und diese bei den internationalen Card Schemes (MasterCard, VISA) zertifizieren lassen.

21. Diese Lösung wurde derart ausgestaltet, dass die DCC-Funktion durch Multipay nur bei Zahlkartenterminals von Card Solutions unterstützt wurde. Sofern ein Händler, der einen Acquiring-Vertrag mit Multipay abgeschlossen hatte, die DCC-Funktion in Anspruch nehmen wollte, war er daher gezwungen, ein Terminal von Card Solutions zu verwenden.

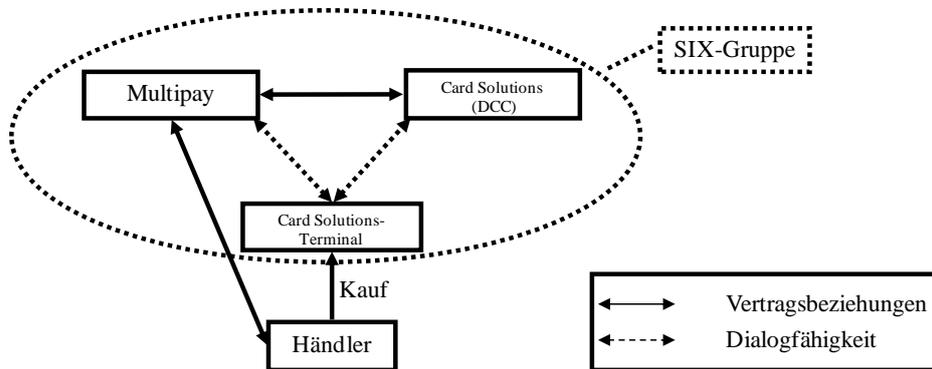
22. Zum besseren Verständnis werden nachfolgend das DCC-System von Multipay/Card Solutions dem System bei anderen Acquirern („übliches“ DCC-System) grafisch gegenüber gestellt:

**Abbildung 2: „Übliches“ DCC-System**



<sup>7</sup> Die ep2-Spezifikationen wurden von der Kreditkartenindustrie und dem Handel gemeinsam entwickelt. Heute ist der Verein Technical Cooperation ep2 Association (TeCo ep2) für die Weiterentwicklung des Standards zuständig ([www.eftpos2000.ch](http://www.eftpos2000.ch); 29.11.2010). Mitglieder des Vereins sind Multipay, Card Solutions, Aduno, ConCardis, Diners, JCB, GE Money Bank, PostFinance, Swisscard AECS und der Verein Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ).

**Abbildung 3: DCC-System von Multipay/Card Solutions**



23. Die Parteien haben in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 zur Sachverhaltsdarstellung im Antrag des Sekretariates ausgeführt, bei den DCC-Dienstleistungen handle es sich um Dienstleistungen, die Bestandteil der eigentlichen Acquiring-Dienstleistung seien. Es handle sich um eine „Teilfunktion des Gesamtacquiring-Systems“. Daher seien die Ausführungen in Rz. 13 falsch, denn ein Händler benötige nur dann einen Vertrag mit einem Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen, wenn der eigene Acquirer nicht fähig sei, diese Umrechnungen selbst zu tätigen. Die Verwendung eines Drittanbieters für diese Dienste sei eine veraltete Hilfskonstruktion. Es handle sich bei der Möglichkeit der Währungsumrechnung am Terminal denn auch nicht um ein eigentliches Produkt, sondern um eine Hilfsfunktion im Rahmen des Acquiring-Processing.

24. Die Sachverhaltsdarstellung der Parteien mag zwar für das DCC-Angebot von Multipay zutreffen, es bildet aber nicht die heutige Marktrealität ab. Die anderen in der Schweiz tätigen Acquirer Aduno, B&S und ConCardis bieten DCC in Kooperation mit einem unabhängigen DCC-Provider an. Auch auf internationaler Ebene sind diverse DCC-Provider tätig und in der Stellungnahme der Parteien wird an anderer Stelle festgehalten, dass die DCC-Funktion es der Card Solutions ermöglicht hat, „in Konkurrenz mit anderen DCC-Anbieter (wie z.B. First Currency) zu treten“. In früheren Eingaben sind die Parteien denn auch selber von einem eigenständigen Markt für Umrechnungsdienstleistungen ausgegangen, welcher weltweit abzugrenzen sei (vgl. Näheres bei der Darstellung des Marktes für Umrechnungsdienstleistungen, Rz. 280 ff.).

25. Die Parteien legen weiter dar, welches die Motivation der Card Solutions für die Entwicklung von DCC gewesen sei. Sie legen dar, die Card Solutions sei ein kleiner Wettbewerber auf dem weltweiten Markt für Processing-Dienstleistungen. DCC sei entwickelt worden, um als Acquiring-Processor diese Funktion Multipay und anderen Acquirern als Kunden anbieten zu können. Das Interesse der Card Solutions an der DCC-Funktion liege daher an der wiederholten Erbringung von Processing-Leistungen an verschiedene Acquirer und weniger im einmaligen Verkauf eines Terminals. Diese ökonomische Grundprämisse sei zwingend bei der Beurteilung des Sachverhalts zu berücksichtigen.

26. Die Parteien versuchen mit dieser Sachverhaltsdarstellung zu suggerieren, dass die Card Solutions bei der DCC-Funktion gegensätzliche Interessen auf dem Markt für Acquiring-Processing und auf dem Terminalmarkt abzuwägen hätte. Dies ist nicht zutreffend. Ein Interesse von Card Solutions die DCC-Funktion den verschiedenen Acquirern anzubieten hat keinen Einfluss auf ihr ebenfalls bestehendes Interesse, möglichst viele Terminals zu verkaufen. Die Parteien vermischen bei ihrer Darstellung zwei unterschiedliche Märkte bzw. Marktgegenseiten. Nachfrager von Processing-Dienstleistungen sind die Acquirer, Nachfrager von Terminals hingegen die Händler.

27. Schliesslich führen die Parteien aus, es sei prinzipiell falsch die Thematik der DCC-Funktion unter dem Titel „DCC bei Multipay“ abzuhandeln, da es sich bei DCC um eine Entwicklung der Card Solutions handle. Die DCC-Funktion bzw. das Processing werde denn auch durch Card Solutions erbracht. Diese Leistungen seien mit dem Acquiring-Processor verbunden und dieser werde vom Acquirer – und nicht vom Händler – gewählt. Auch hier verkennen die Parteien, dass für den vorliegenden Fall die Händlersicht massgebend ist. Den Händlern wird die DCC-Funktion von Multipay und nicht von Card Solutions angeboten.

#### **A.1.5.2 Entwicklungen seit Eröffnung des Verfahrens**

28. Am 22. und 25. Januar 2007 hat *Jeronimo* eine Geheimhaltungsvereinbarung mit Card Solutions unterzeichnet und in der Folge wurden Jeronimo die Schnittstellen und Terminalspezifikationen zugestellt, welche zur Herstellung der Interoperabilität zwischen der eigenen DCC-Terminalsoftware und der DCC-Software der Card Solutions erforderlich waren. Diese Informationen erlaubten es Jeronimo die DCC-Funktion auf ihren Terminals zu implementieren. Nach diversen Tests, einer Pilotphase und einer Phase der kontrollierten Verbreitung erhielt Jeronimo am 8. April 2009 von Multipay die Freigabe für die DCC-Funktion.

29. Jeronimo ist nicht der einzige Terminalhersteller, welcher Interesse an den Schnittstellenspezifikationen bekundet hat. Am 3. und 10. April 2007 unterzeichnete Ingenico (Schweiz) AG (nachfolgend *Ingenico*) ebenfalls eine Geheimhaltungsvereinbarung und erhielt die Schnittstellen- und Terminalspezifikationen von Card Solutions. Ingenico führte die notwendigen Anpassungen ihrer Terminals durch und erhielt am 15. April 2009 die Freigabe für die DCC-Funktion. Seit dem April 2009 kann ein Händler, welcher einen Acquiringvertrag mit Multipay abgeschlossen hat und die DCC-Funktion in Anspruch nehmen möchte, folglich zwischen den Terminals von Card Solutions, Jeronimo und Ingenico wählen.

30. Mit der Thales e-transactions GmbH (nachfolgend *Thales*) und der Commtrain Card Solutions AG (nachfolgend *Commtrain*) haben zudem im November 2007 noch zwei weitere Terminalhersteller Geheimhaltungsvereinbarungen unterzeichnet und die gleichen Schnittstellen- und Terminalinformationen erhalten, wie sie auch Jeronimo und Ingenico zugestellt wurden.

31. Schliesslich hat die SBB die Card Solutions am 24. Juni bzw. 22. Juli 2008 beauftragt, die DCC-Funktion auf den Card Solutions-Terminals der SBB aufzuschalten, wobei jedoch nicht Card Solutions, sondern die Fexco Dynamic Currency Conversion Limited, Irland, die DCC-Dienstleistungen für die SBB erbringt. In diesem Zusammenhang passte die Card Solutions ihre Terminalsoftware an die Fexco Spezifikationen an. Dies bedeutet, dass die Terminals der Card Solutions mit mindestens einem externen DCC-Provider dialogfähig sind.

#### **A.1.6 Verhalten von Multipay gegenüber Jeronimo und weiteren Interessenten**

32. *Jeronimo* hat anlässlich einer Besprechung mit Multipay vom 10. Juni 2005 in Nyon erstmals das Anliegen formuliert, so schnell wie möglich die DCC-Funktionalität auf den eigenen Terminals für Händler, die bei Multipay angeschlossen sind, anbieten zu können. Mit Schreiben vom 5. Juli 2005 forderte Jeronimo Multipay auf, der anlässlich des Treffens gemachten Ankündigung, die DCC-Funktion ab Mitte 2005 auch für andere Terminalhersteller zugänglich zu machen, nachzukommen und Jeronimo die entsprechenden Spezifikationen zukommen zu lassen. Das Schreiben blieb unbeantwortet. Am 18. November 2005 fand ein weiteres Treffen zwischen den Parteien statt. Gemäss einem E-Mail von Jeronimo an Multipay vom 30. Januar 2006 hatte Multipay an besagtem Treffen in Aussicht gestellt, am 9. Januar 2006 über die Möglichkeit der Autorisierung der DCC-Funktionalität bei anderen Terminals als denjenigen von Card Solutions zu befinden. In einem E-Mail vom 16. Januar 2006 teilte Multipay Jeronimo mit, die Geschäftsleitung habe beschlossen, dass firmenintern entwickelte Dienstleistungen grundsätzlich nicht freigegeben würden. Es ist unklar, ob dieses

Mail bei Jeronimo eingegangen ist, denn in ihrer E-Mail vom 30. Januar 2006 erkundigte sich Jeronimo nach dem Inhalt der Entscheidung der Geschäftsleitung von Multipay. Das E-Mail vom 30. Januar 2006 blieb unbeantwortet. Mit Schreiben vom 20. Februar 2006 beklagte sich Jeronimo über die Verweigerung des Zugangs zur DCC-Funktion sowie über die wiederholten Gesprächsverweigerungen und drohte Rechtsschritte an. Mit Schreiben vom 17. März 2006 forderte die Van de Velden Holding B.V. als Mehrheitsaktionärin der Jeronimo Multipay auf, die Protokolle offenzulegen, welche es Jeronimo erlauben, die DCC-Funktion auf ihren Terminals anzubieten. Sie forderte Multipay auf, bis am 25. März 2006 mitzuteilen, ob diese bereit sei, vor dem 8. April 2006 über diese Angelegenheit Verhandlungen aufzunehmen. Am 20. März 2006 antwortete Multipay, dass sie keine Veranlassung sehe, ihre Position bezüglich DCC zu ändern.

33. Mit Schreiben vom 22. Juli 2005 gelangte die *Ingenico* an die Multipay und fragte an, ob ihr nicht die technischen Informationen offengelegt werden könnten, die für die Entwicklung der eigenen Zahlkartenterminals notwendig seien. Eine schriftliche Antwort ist nicht erfolgt. Card Solutions gibt an, sie habe Ingenico mündlich mitgeteilt, die DCC-Funktion befände sich noch in einer Pilotphase, weshalb das Produkt DCC noch nicht zur Verfügung gestellt werden könne.

34. Mit E-Mail vom 19. September 2005 fragte der Terminalhersteller PaySys AG (nachfolgend *PaySys*) an, welche Möglichkeiten Multipay für eine Partnerschaft bezüglich DCC sehe. Gemäss Card Solutions wurde auch PaySys mitgeteilt, das Projekt DCC befände sich noch in einer Pilotphase, so dass die Funktion nicht weitergegeben werden könne.

35. Erst nachdem aufgrund der Anzeige von Jeronimo durch das Sekretariat eine Vorabklärung eröffnet wurde, erklärten sich Multipay/Card Solutions anlässlich einer Sitzung mit Jeronimo vom 8. Dezember 2006 bereit, die notwendigen Schnittstelleninformationen offen zu legen (vgl. sogleich die ausführliche Darstellung des Verfahrens).

## A.2 Verfahren

36. Mit der Anzeige vom 20. Juli 2006<sup>8</sup> stellte Jeronimo folgende Rechtsbegehren:

„1. Es sei festzustellen, dass *Telekurs Multipay AG* im schweizerischen Markt für das *Acquiring* von *Mastercard* und *VISA* Kreditkarten sowie *Maestro* Debitkarten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Es sei festzustellen, dass das Vorenthalten von Informationen, Spezifikationen und Support, die für das Betreiben einer dynamischen Währungsumrechnung (sog. *Dynamic Currency Conversion*; *DCC*) in Zahlkartenterminals erforderlich sind, sowie die Verweigerung der Zustimmung zum Gebrauch und Betreiben der *DCC-Funktionalität* durch die *Telekurs Multipay AG* gegenüber der *CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) AG* eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.

3. *Telekurs Multipay AG* sei zu verpflichten, der *CCV-Jeronimo (Schweiz, Suisse, Svizzera, Switzerland) AG* die für den Gebrauch und das Betreiben einer *DCC* in Zahlkartenterminals erforderlichen Informationen und Spezifikationen offen zu legen und die erforderliche Unterstützung und Zustimmung zum Gebrauch und Betreiben der *DCC-Funktionalität* zu geben“.

37. Zudem beantragte die Anzeigerin den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

---

<sup>8</sup> Act. n° 1.

38. Am 24. Juli 2006 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung in Sachen „Telekurs/Terminals mit DCC“ und liess der Multipay die Anzeige der Jeronimo zur Stellungnahme zukommen.<sup>9</sup>

39. Mit Eingabe vom 25. August 2006 beantragte Multipay die Abweisung der Anträge der Anzeigerin und die Einstellung der Vorabklärung.<sup>10</sup> Zur Begründung wurde namentlich ausgeführt, DCC sei eine Verarbeitungsdienstleistung der Card Solutions – einer Schwwestergesellschaft der Multipay. Die Anzeigerin verlange deshalb eigentlich eine Zwangslizenz an der durch die Card Solutions entwickelten Software. Multipay sei es daher weder möglich noch erlaubt, die durch die Anzeigerin verlangten Informationen und Spezifikationen offen zu legen oder die erforderliche Unterstützung zu geben.

40. Aufgrund der stark divergierenden Darstellungen des Sachverhaltes zwischen der Anzeige und der Stellungnahme der Multipay entschloss sich das Sekretariat, die Stellungnahme der Multipay der Anzeigerin am 1. September 2006 zur Replik zuzustellen. Gleichzeitig unterbreitete das Sekretariat der Anzeigerin diverse Fragen zur DCC-Funktion.<sup>11</sup>

41. Mit Eingabe vom 25. September 2006 beantragte Jeronimo die vollumfängliche Abweisung der Anträge der Multipay.<sup>12</sup> Jeronimo legte dabei dar, dass sie nicht eine durch die Card Solutions entwickelte Software benötige, sondern einzig die Schnittstelleninformationen und diesbezügliche Unterstützung durch Multipay, um die eigene DCC-Softwarelösung mit dem Verarbeitungssystem von Multipay (als Acquirer und DCC-Provider) dialogfähig zu machen. Sofern dafür Informationen von Seiten der Card Solutions zur Verfügung gestellt werden müssten, sei das Verfahren auf Card Solutions oder gegebenenfalls auf die ganze SIX-Gruppe auszudehnen.

42. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2006 leitete das Sekretariat die Replik der Anzeigerin an die Multipay weiter und räumte dieser Gelegenheit zur Duplik ein.<sup>13</sup> Zudem entschloss sich das Sekretariat, aufgrund der komplexen technischen Natur des Sachverhaltes beide Parteien zu treffen, um Fragen an Fachexperten stellen zu können. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 kündigte Multipay an, auf eine schriftliche Stellungnahme zu verzichten und zu den Vorbringen der Jeronimo anlässlich der vorgesehenen Besprechung Stellung zu nehmen.

43. Am 31. Oktober 2006 fand das Treffen zwischen Vertretern des Sekretariates und Vertretern der Anzeigerin statt. Jeronimo hielt dabei an ihren Anträgen fest und reichte mit Schreiben vom 1. November 2006 einige zusätzliche Unterlagen ein.<sup>14</sup>

44. Am 7. November 2006 fand schliesslich das Treffen zwischen Vertretern des Sekretariates und Vertretern von Multipay und Card Solutions statt.

45. Mit Schreiben vom 13. bzw. 24. November 2006 sendete das Sekretariat Multipay bzw. Jeronimo die jeweiligen Gesprächsprotokolle zur Information und Rektifizierung zu.<sup>15</sup> Gegenüber Multipay wurden zudem diverse Ergänzungsfragen gestellt. Mit Schreiben und E-Mail vom 13. November 2006 wurden auch Fragen an Aduno SA, Concardis (Schweiz) AG sowie B&S Card GmbH Service gestellt (nachfolgend *Aduno*, *Concardis* und *B&S*).<sup>16</sup> Weitere An-

---

<sup>9</sup> Act. n° 4.

<sup>10</sup> Act. n° 12.

<sup>11</sup> Act. n° 13.

<sup>12</sup> Act. n° 16.

<sup>13</sup> Act. n° 18.

<sup>14</sup> Act. n° 25.

<sup>15</sup> Act. n° 26 und 35.

<sup>16</sup> Act. n° 27–29.

fragen an die Parteien sowie an die erwähnten anderen Marktteilnehmer erfolgten per E-Mail und Telefon. Die Antworten gingen mit Schreiben vom 20., 23., 24. und 29. November sowie 1. Dezember 2006 beim Sekretariat ein.<sup>17</sup>

46. Mit E-Mail vom 29. November 2006 informierte Multipay das Sekretariat darüber, dass am 8. Dezember 2006 eine Sitzung zwischen den Parteien zur Besprechung von Lösungsmöglichkeiten vorgesehen sei.<sup>18</sup> Aufgrund dieser Entwicklung entschloss sich das Sekretariat, den unmittelbar bevorstehenden Antrag an die Kommission zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen auszusetzen, da bei einer Einigung der Parteien derartige Massnahmen hinfällig würden.

47. Am Treffen vom 8. Dezember 2006 erklärten sich Multipay/Card Solutions bereit, Jeronimo die notwendigen Schnittstelleninformationen, Terminalspezifikationen sowie weitere ergänzende Informationen offen zu legen. Multipay/Card Solutions machten dies jedoch von der Unterzeichnung einer Geheimhaltungsvereinbarung abhängig.<sup>19</sup>

48. In der Folge entwickelten sich zwischen Jeronimo und Multipay/Card Solutions ein Schriftenwechsel und Diskussionen bezüglich einzelner Punkte der Geheimhaltungsvereinbarung, der Bedingungen für die technische sowie der Ausgestaltung der kommerziellen Zusammenarbeit.<sup>20</sup> Die Unterzeichnung der Geheimhaltungsvereinbarung erfolgte durch Jeronimo am 22. Januar 2007 und durch Card Solutions am 25. Januar 2007.<sup>21</sup>

49. Mit Schlussbericht vom 10. Januar 2007 stellte das Sekretariat fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt bzw. vorgelegen hat.

50. Am 17. Januar 2007 wurde durch das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission die vorliegende Untersuchung eröffnet.<sup>22</sup> Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt. Die Publikation im SHAB erfolgte am 22. Januar 2007, diejenige im Bundesblatt am 30. Januar 2007 (BBI 2007 867).

51. Bis am 7. Februar 2007 gaben alle im Rahmen der Vorabklärung Beteiligten – d.h. die Anzeigerin, Multipay/Card Solutions und befragte Dritte – ihr Einverständnis zur Übernahme der Akten der Vorabklärung in die Untersuchung.<sup>23</sup>

52. Am 16. März 2007 verschickte das Sekretariat Auskunftsbegehren an Multipay/Card Solutions und Jeronimo, an diverse Acquirer (Aduno, Concardis, B&S) sowie an die Schweizerische Nationalbank (SNB).<sup>24</sup> Die Auskunftsbegehren an diverse Terminalhersteller (C Retail Information Technology Schweiz GmbH, Commtrain, Ingenico, ARS Software GmbH und PaySys) folgten am 2. April 2007.<sup>25</sup>

53. Mit Schreiben vom 13. April 2007 verweigerte die SNB die Herausgabe der einverlangten Marktdaten unter Berufung auf die Geheimhaltungsverpflichtung, die sich aus dem no-

---

<sup>17</sup> Act. n° 31, 33, 34, 36, 39–41.

<sup>18</sup> Act. n° 39.

<sup>19</sup> Vgl. act. n° 47.

<sup>20</sup> Vgl. act. n° 49–53.

<sup>21</sup> Act. n° 103 Beilage 19i.

<sup>22</sup> Act. n° 54 und 55.

<sup>23</sup> Act. n° 63–65.

<sup>24</sup> Act. n° 66, 68–72.

<sup>25</sup> Act. n° 75–80.

tenbankrechtlichen Statistikgeheimnis (Art. 16 Abs. 1 NBG<sup>26</sup>) ergebe.<sup>27</sup> Am 30. Mai 2007 bat das Sekretariat den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) um eine Beratung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. a DSG<sup>28</sup> zur Frage, ob die SNB die Marktdaten tatsächlich nicht herausgeben darf.<sup>29</sup> Der EDÖB hielt in seiner Antwort vom 3. Juli 2007 fest, dass die SNB die Daten nicht herausgeben muss.<sup>30</sup>

54. Am 30. Mai 2007 ging beim Sekretariat die Antwort der Multipay/Card Solutions auf das am 16. März 2007 gestellte Auskunftsbegehren ein.<sup>31</sup> Die Antworten der anderen befragten Unternehmen gingen bis am 6. Juni 2007 beim Sekretariat ein.<sup>32</sup>

55. Am 11. Juni 2007 fand eine Sitzung in einem Fusionsverfahren statt, an dem unter anderem die damalige Telekurs beteiligt war (41-0481: Zusammenschlussvorhaben SWX/SIS/Telekurs). Anlässlich dieser Sitzung thematisierte der zuständige Vizedirektor auch den vorliegenden Fall. Dies erweckte bei den Parteien offenbar den Anschein, es werde ein Konnex zwischen den beiden Verfahren hergestellt. Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 trat der betroffene Vizedirektor in den Ausstand und die Dossierverantwortung ging auf den Direktor des Sekretariates über.<sup>33</sup>

56. In der Folge machte Multipay/Card Solutions mit Schreiben vom 19. Juni 2007 geltend, als verfahrensrechtliche Konsequenz dieses Ausstandes seien alle Verfahrenshandlungen des vorliegenden Verfahrens zu wiederholen, an denen der betroffene Vizedirektor mitgewirkt habe.<sup>34</sup> Das Sekretariat lehnte dies zunächst in der Form eines einfachen Verwaltungsschreibens vom 12. Juli 2007 ab.<sup>35</sup> Am 21. August 2007 verlangten Multipay/Card Solutions, dass über die Frage der Wiederholung der Verfahrenshandlungen in der Form einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden sei.<sup>36</sup>

57. Mit Zwischenverfügung vom 5. November 2007 lehnte das Sekretariat die Wiederholung der vorgenommenen Verfahrenshandlungen ab mit der Begründung, dass ein Ausstandsgrund frühestens ab Kenntnis des Zusammenschlussvorhabens am 14. Mai 2007 habe eintreten können, dass aber alle Untersuchungshandlungen vor diesem Zeitpunkt stattgefunden hätten.<sup>37</sup> Mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 erhob Multipay/Card Solutions Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Zwischenverfügung des Sekretariates. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte, dass Verfahrenshandlungen, welche vor dem 14. Mai 2007 stattgefunden haben, nicht wiederholt werden müssen.<sup>38</sup> Hiergegen erhob die Multipay/Card Solutions am 6. Oktober 2008 Beschwerde an das Bundesgericht. Die Beschwerde wurde am 24. März 2009 vom Bundesgericht abgewiesen, welches ebenfalls festhielt,

---

<sup>26</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11).

<sup>27</sup> Act. n° 82.

<sup>28</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 255.1).

<sup>29</sup> Act. n° 102.

<sup>30</sup> Act. n° 122. Die differenzierte Stellungnahme des EDÖB wurde im Volltext in RPW 2007/3, S. 502 ff. publiziert.

<sup>31</sup> Act. n° 103–105, 107.

<sup>32</sup> Act. n° 106, 108–110.

<sup>33</sup> Act. n° 114–119; vgl. auch act. n° 121.

<sup>34</sup> Act. n° 120.

<sup>35</sup> Act. n° 123.

<sup>36</sup> Act. n° 125.

<sup>37</sup> RPW 2007/4, S. 649 ff.

<sup>38</sup> BVGer [B-8282/2007] vom 1. September 2008, publiziert in RPW 2008/3, 508 ff.

dass Verfahrenshandlungen, welche vor dem 14. Mai 2007 erfolgt sind, an keinem ausstandsrechtlichen Mangel leiden und daher nicht zu wiederholen sind.<sup>39</sup>

58. Mit Schreiben vom 21. April 2009 an Multipay/Card Solutions, Jeronimo, Ingenico, Aduno, ConCardis und B&S nahm das Sekretariat seine Untersuchungshandlungen wieder auf und verlangte Auskünfte, namentlich zur Aktualisierung des Sachverhaltes.<sup>40</sup> Die Antworten der befragten Unternehmen gingen bis am 15. Mai 2009 beim Sekretariat ein, mit Ausnahme der Antwort der Ingenico, welche erst nach Mahnung am 4. August 2009 einging.<sup>41</sup> In der Folge wurden diverse Einzelfragen per E-Mail geklärt,<sup>42</sup> namentlich im Bereich des Central Acquiring. Erwähnenswert ist die Eingabe von Global Refund vom 13. November 2009 mit welcher Fragen des Sekretariates betreffend First Currency Choice beantwortet wurden.<sup>43</sup> Mit Mail vom 13. Januar 2010 hat das Sekretariat von Multipay/Card Solutions wiederum Aktualisierungen und Ergänzungen sowie die Übernahme einiger Aktenstücke aus dem Untersuchungsverfahren 22-0389 Kreditkarten-Interchange Fees II verlangt.<sup>44</sup> Mit Eingabe vom 9. Februar 2010 reichten Multipay/Card Solutions die verlangten Informationen ein und stimmten der Aktenübernahme zu.<sup>45</sup> Schliesslich erfolgten am 8. Februar 2010 Auskunftsbegehren an Diners Club und Swisscard,<sup>46</sup> die am 15. und 26. Februar 2010 beantwortet wurden.<sup>47</sup>

59. Am 6. November 2009 äusserten Multipay/Card Solutions das Anliegen, mit dem Sekretariat über Möglichkeiten für eine einvernehmliche Regelung zu diskutieren.<sup>48</sup> Eine erste Besprechung fand am 1. Dezember 2009 statt.<sup>49</sup> Aufgrund dieses Treffens reichten Multipay/Card Solutions am 4. März 2010 einen ersten schriftlichen Entwurf für eine einvernehmliche Regelung ein.<sup>50</sup> Das Sekretariat nahm mit Schreiben vom 23. März 2010 Stellung zum Entwurf und führte aus, welche Anpassungen vorzunehmen seien.<sup>51</sup> Am 12. Mai 2010 wurde der zweite Entwurf eingereicht,<sup>52</sup> zu dessen Besprechung am 18. Mai 2010 das zweite Treffen mit dem Sekretariat stattfand.<sup>53</sup> Mit Schreiben vom 9. Juni 2010 unterbreitete das Sekretariat den Parteien einen überarbeiteten Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung.<sup>54</sup>

60. Am 8. Juni 2010 wurde die Untersuchung durch das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf die SIX Group AG als Muttergesellschaft von Multipay und Card Solutions erweitert.<sup>55</sup>

---

<sup>39</sup> BGer [2C\_732/2008] vom 24. März 2009.

<sup>40</sup> Act. n° 140–145.

<sup>41</sup> Act. n° 148–151.

<sup>42</sup> Act. n° 155–163, 166, 167, 169–173, 176–179, 189, 192–198.

<sup>43</sup> Act. n° 158 und 162.

<sup>44</sup> Act. n° 168.

<sup>45</sup> Act. n° 180–183.

<sup>46</sup> Act. n° 174 und 175.

<sup>47</sup> Act. n° 186 und 191.

<sup>48</sup> Vgl. act. n° 160.

<sup>49</sup> Vgl. act. n° 165.

<sup>50</sup> Act. n° 194.

<sup>51</sup> Act. n° 199.

<sup>52</sup> Act. n° 205.

<sup>53</sup> Vgl. act. n° 204.

<sup>54</sup> Act. n° 208.

<sup>55</sup> Act. n° 207.

61. Mit Schreiben vom 24. Juni 2010 nahmen SIX Group/Multipay/Card Solutions Stellung zum Vorschlag des Sekretariates für eine EVR.<sup>56</sup> Da aus der Stellungnahme hervorging, dass bezüglich einiger wesentlicher Elemente der EVR immer noch kein Konsens gefunden werden konnte, hat das Sekretariat mit Schreiben vom 30. Juni 2010 die Verhandlungen zur Vereinbarung einer einvernehmlichen Regelung abgebrochen.<sup>57</sup>

62. Am 30. Juni 2010 stellte das Sekretariat den Antragsentwurf sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis den Parteien zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>58</sup>

63. Am 5. Juli 2010 erfolgte die Akteneinsicht der Parteien in die geschäftsgeheimnisbereinigten Verfahrensakten.<sup>59</sup>

64. Mit Schreiben vom 28. Juli 2010<sup>60</sup> und 18. August 2010<sup>61</sup> ersuchten die Parteien um Fristerstreckungen, welche ihnen mit Schreiben vom 29. Juli 2010<sup>62</sup> und 19. August 2010<sup>63</sup> gewährt wurden.

65. Mit Eingabe vom 16. September 2010<sup>64</sup> nahmen die Parteien fristgerecht Stellung zum Antrag des Sekretariates vom 30. Juni 2010. Ergänzungen erfolgten aufgrund von Nachfragen des Sekretariates<sup>65</sup> mit Schreiben vom 27. September 2010<sup>66</sup> und vom 4. Oktober 2010<sup>67</sup>.

66. Im Schreiben vom 4. Oktober 2010<sup>68</sup> beantragten die Parteien die Zustellung des abgeänderten Antrags des Sekretariates zur Stellungnahme, da sie von wesentlichen Änderungen des Inhaltes ausgehen würden. Für den Fall der Verweigerung der Stellungnahme beantragten sie den Erlass einer anfechtungsfähigen Verfügung.

67. Ebenfalls am 4. Oktober 2010 orientierte das Sekretariat die Parteien per E-Mail<sup>69</sup> darüber, dass eine Anhörung vor der Weko für den 1. November 2010 vorgesehen sei. Neben den Parteien wurde am gleichen Tag auch Herrn Jean-Marc Fillistorf, CEO von Jeronimo zum Zeitpunkt der Anzeige, per Einschreiben<sup>70</sup> mitgeteilt, dass eine Anhörung seiner Person durch die Weko für den 1. November 2010 geplant sei. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2010<sup>71</sup> an Herrn Fillistorf bestätigte das Sekretariat den Termin für das Hearing und erläuterte den vorgesehenen Ablauf.

---

<sup>56</sup> Act. n° 217a.

<sup>57</sup> Act. n° 221.

<sup>58</sup> Act. n° 221.

<sup>59</sup> Vgl. Act. n° 232 und 238.

<sup>60</sup> Act. n° 234.

<sup>61</sup> Act. n° 240.

<sup>62</sup> Act. n° 235.

<sup>63</sup> Act. n° 241.

<sup>64</sup> Act. n° 242.

<sup>65</sup> Act. n° 243, 246 und 248.

<sup>66</sup> Act. n° 246.

<sup>67</sup> Act. n° 250.

<sup>68</sup> Act. n° 250.

<sup>69</sup> Act. n° 251.

<sup>70</sup> Act. n° 253.

<sup>71</sup> Act. n° 254.

68. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2010<sup>72</sup> informierte das Sekretariat die Parteien über den detaillierten Ablauf der Anhörung, namentlich auch über die vorgesehene Anhörung von Herrn Fillistorf. Zudem wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Sekretariat die Stellungnahme der Parteien geprüft habe und zum Ergebnis gelangt sei, dass sie keine Elemente enthalte, welche zu einer grundlegend anderen Beurteilung des Sachverhaltes führen würden, so dass das Sekretariat einen zweiten Antrag ausarbeiten müsste. Das Sekretariat werde der Weko den Antrag vom 30. Juni 2007 unverändert zukommen lassen. Der Weko werde zudem die Stellungnahme der Parteien vom 16. September 2010 sowie die beiden Ergänzungsschreiben vom 27. September und 4. Oktober 2010 zugestellt. Es obliege dann der Weko, die von den Parteien vorgebrachten Argumente sowie die Ausführungen anlässlich der Anhörung gebührend zu würdigen.

69. Die Parteien reagierten mit Schreiben vom 26. Oktober 2010<sup>73</sup> und verlangten um Mitteilung, ob das Sekretariat der Weko in irgendeiner Form einen Bericht oder eine eigene Stellungnahme zu den Kernaussagen der Parteien zugestellt habe. Für den Fall, dass ein solches Dokument erstellt worden sei, ersuchten die Parteien um umgehende Zustellung desselben Zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs. Zudem erkundigten sich die Parteien, in welcher Form die Anhörung von Herrn Fillistorf erfolgen werde, und führten aus, ihrer Auffassung nach sei eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG ausgeschlossen, weil Herr Fillistorf nicht Verfahrenspartei sei. Sofern Herr Fillistorf als Zeuge gemäss Art. 42 Abs. 1 KG einvernommen werde, ersuchten die Parteien um Zustellung der Zeugenvorladung bzw. der Akten, aus welchen die Thematik der Einvernahme ersichtlich sei. Zudem müsse eine Zeugeneinvernahme durch das Sekretariat erfolgen, weshalb die Parteien davon ausgehen würden, dass die Befragung von Herrn Fillistorf durch Mitarbeiter des Sekretariates erfolgen werde.

70. Das Sekretariat antwortete mit Schreiben vom 27. Oktober 2010,<sup>74</sup> dass der Weko neben dem Antrag und den Eingaben der Parteien auch ein Begleitschreiben sowie der sogenannte „Fil Rouge“ zugestellt worden sei. Es handle sich bei diesen beiden Dokumenten um interne Dokumente. Der „Fil Rouge“ stelle nicht einen Bericht oder eine Stellungnahme des Sekretariates zu den Argumenten der Parteien dar, sondern werde den Kommissionsmitgliedern durch das Sekretariat in Absprache mit dem Präsidium zum Zweck der Strukturierung der Diskussion im Plenum sowie der Vorbereitung der Anhörung zugestellt. Eine Zustellung dieses Dokuments sei zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht erforderlich. Weiter legte das Sekretariat dar, dass die Weko im Rahmen der Anhörungen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG nicht nur die Verfahrensparteien, sondern auch Dritte und Sachverständige anhören könne.

71. Am Vormittag des 28. Oktober 2010 nahm der Rechtsvertreter der Parteien telefonisch Kontakt mit dem Direktor des Sekretariates auf und verlangte Einsicht in den „Fil Rouge“ und in das Begleitschreiben. Diese Einsicht sei vor dem Hearing zu gewähren. Der Direktor bestätigte dem Rechtsvertreter der Parteien, dass keine Einsicht in diese beiden internen Dokumente gegeben werde. Der Rechtsvertreter kündigte an, dass er noch gleichentags eine anfechtbare Verfügung verlangen werde und, falls die Einsicht nicht rasch gewährt werde, ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen ans Bundesverwaltungsgericht richten werde.<sup>75</sup> Am Nachmittag stellten die Parteien per Telefax<sup>76</sup> das schriftliche Gesuch um Einsicht in das Begleitschreiben und den „Fil Rouge“, soweit darin Feststellungen zum Sachverhalt oder zur Würdigung des Sachverhaltes enthalten seien. Die beiden Dokumente seien in

---

<sup>72</sup> Act. n° 255.

<sup>73</sup> Act. n° 256.

<sup>74</sup> Act. n° 258.

<sup>75</sup> Act. n° 259.

<sup>76</sup> Act. n° 260.

das Aktenverzeichnis aufzunehmen. Im Falle einer Verweigerung der Einsichtnahme und Aufnahme ins Aktenverzeichnis sei unverzüglich eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Zur Begründung wurde ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass insbesondere im „Fil Rouge“ Ausführungen zur Stellungnahme der Parteien zum Antrag des Sekretariates sowie eine rechtliche Würdigung der neuen tatsächlichen Situation enthalten sei. Aus dem Grundsatz der Fairness des Verfahrens ergebe sich der Anspruch der Parteien, umfassende Kenntnis vom Tatsachenmaterial und dessen rechtlicher Würdigung zu haben, und zwar vor der Anhörung durch die Weko.

72. Am Morgen des 29. Oktober 2010 sendete das Sekretariat seine Antwort per Telefax.<sup>77</sup> Es lehnte die Einsichtnahme in den „Fil Rouge“ und das Begleitschreiben ebenso ab wie die Aufnahme dieser Dokumente in das Aktenverzeichnis. Das Sekretariat lehnte es weiter ab, diesen Entscheid in der Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Zur Begründung legte das Sekretariat dar, dass es sich beim „Fil Rouge“ und dem Begleitschreiben nicht um Akten handle, denen für die Behandlung des Falles Beweischarakter zukomme, sondern um Dokumente, welche ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienten. Auch aus Art. 30 Abs. 2 KG lasse sich nicht ein Anspruch ableiten, jedes verwaltungsinterne Dokument einsehen zu können. Das rechtliche Gehör sei nicht verletzt worden, da die Parteien im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates Gelegenheit erhalten hätten, ihre Sicht des Sachverhaltes und der kartellrechtlichen Würdigung darzulegen. Weiter sei das „neue Tatsachenmaterial“ durch die Parteien selbst eingebracht worden und damit diesen bekannt. Schliesslich legte das Sekretariat dar, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts eine Verweigerung der Akteneinsicht wie jede andere Beschränkung des rechtlichen Gehörs auch noch bei der Anfechtung des Endentscheides voll wirksam gerügt werden könne, weshalb eine entsprechende Zwischenverfügung mangels nicht wiedergutzumachendem Nachteil nicht selbständig anfechtbar sei.

73. Am Nachmittag des 29. Oktober 2010 informierte der Rechtsvertreter der Parteien das Sekretariat darüber, dass er vorläufig auf ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen beim Bundesverwaltungsgericht verzichten werde und die von ihm vertretenen Unternehmen am Hearing vom 1. November 2010 teilnehmen würden.<sup>78</sup>

74. Am 1. November 2010 fand das Hearing der Parteien statt. Anwesend waren Vertreter von Multipay, Card Solutions, der SIX Group sowie ihre Rechtsvertreter. Die Parteien erhielten zunächst Gelegenheit, eine mündliche Stellungnahme zum Untersuchungsverfahren abzugeben, zu deren Beginn sie nochmals um Einsicht in den Fil Rouge und das Begleitschreiben ersuchten und darauf hinwiesen, diese Einsicht sei für eine wirksame Verteidigung notwendig. Der Präsident erläuterte den Parteien, dass es sich beim Fil Rouge um ein internes Dokument handle, welches der Vorbereitung der Diskussion in der Weko diene, es gebe keinen zweiten versteckten Antrag des Sekretariates. Daraufhin führten die Parteien ihre materiellen Argumente aus.<sup>79</sup> Danach stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der Weko Fragen an die Parteien.<sup>80</sup> Im Anschluss an das Hearing der Parteien folgte die Anhörung von Herrn Jean-Marc Fillistorf, CEO von Jeronimo zum Zeitpunkt der Anzeige. Herr Fillistorf wurde durch den Präsidenten und die weiteren Kommissionsmitglieder in Anwesenheit der Vertreter der Parteien befragt, welche anschliessend auch Gelegenheit hatten, Ergänzungs-

---

<sup>77</sup> Act. n° 261.

<sup>78</sup> Act. n° 262.

<sup>79</sup> Vgl. act. n° 263 und 271.

<sup>80</sup> Vgl. act. n° 271.

fragen zu stellen.<sup>81</sup> Nach dem Hearing von Herrn Fillistorf folgte das Schlusswort der Parteien.<sup>82</sup>

75. Mit Schreiben vom 4. November 2011 wurden die Protokolle der beiden Anhörungen an die Parteien verschickt.<sup>83</sup> Am 5. November 2011 folgte der Versand des Protokolls der Anhörung von Herrn Fillistorf an denselbigen.<sup>84</sup> Den Parteien und Herrn Fillistorf wurde Gelegenheit gegeben, bis am 11. November 2011 Korrekturen und Bemerkungen zu den Protokollen anzubringen.

76. Mit Eingabe vom 11. November 2010 reichten die Parteien fristgerecht einige wenige Korrekturen zu den Protokollen ein. Gleichzeitig brachten die Parteien diverse Bemerkungen und Ergänzungen vor und stellten mehrere Anträge (vgl. zum Inhalt unten Rz. 91).<sup>85</sup> Herr Fillistorf verzichtete auf eine Eingabe zum Protokoll seiner Anhörung. Am 15. November 2010 erfolgte der Versand der rektifizierten Protokolle an die Parteien und an Herrn Fillistorf.<sup>86</sup> Am 17. November 2010 retournierten die Parteien ein unterschriebenes Exemplar des Hearing-Protokolls ihrer Anhörung,<sup>87</sup> mit Schreiben vom 20. November 2010 ging das unterschriebene Exemplar von Herrn Fillistorf bezüglich seiner Anhörung ein.<sup>88</sup> Mit Schreiben vom 24. November 2010 reichten die Parteien einen Nachtrag zu ihrer Eingabe vom 11. November 2010 ein.<sup>89</sup> Mit Schreiben vom 24. November 2010 wurde den Parteien die in der Eingabe vom 11. November 2010 verlangten Auszüge aus den Akten zugestellt, welche aufgrund ihrer Offenlegung anlässlich des Hearings ihre Eigenschaft als Geschäftsgeheimnis verloren hatten. Mit Schreiben vom 26. November 2010 wurde von den Parteien Einsicht in allfällige weitere diesbezügliche Akten verlangt. Es finden sich jedoch keine weiteren solchen Dokumente in den Akten.

### A.3 Vorbringen der Anzeigerin und der Parteien

77. Jeronimo führte in ihrer Anzeige vom 20. Juli 2006 (nachfolgend: Anzeige Jeronimo<sup>90</sup>) aus, Multipay verweigere ihr trotz wiederholter Anfrage den Zugang zur DCC-Funktionalität bzw. zu den erforderlichen Protokollen für die Kommunikation der Jeronimo-Terminals mit dem Verarbeitungssystem der Multipay. Dies stelle einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Multipay im Bereich des Acquirings – namentlich im Bereich des Acquirings von Maestro-Debitkarten – dar. Multipay diskriminiere die Kartenterminals von Jeronimo gegenüber den Kartenterminals ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions. Ziel dieses Vorgehens sei die Förderung des Absatzes von Terminals von Card Solutions zulasten der Konkurrenten auf dem Terminalmarkt. Jeronimo führt weiter aus, die DCC-Fähigkeit eines Terminals sei heute eine für den Kaufentscheid des Händlers ausschlaggebende Funktion. Jeronimo bringt dabei mehrere Beispiele von bisherigen Jeronimo-Kunden vor, welche sich aufgrund der mangelnden DCC-Fähigkeit der Jeronimo-Terminals *bei einer Wahl von Multipay als Acquirer* für die Terminals von Card Solutions entschieden haben. Darüber hinaus wird Multipay/Card Solutions vorgeworfen, das Terminalgeschäft der Card Solutions werde durch Multipay quersubventioniert.

---

<sup>81</sup> Vgl. act. n° 273.

<sup>82</sup> Vgl. act. n° 271.

<sup>83</sup> Act. n° 266.

<sup>84</sup> Act. n° 267.

<sup>85</sup> Act. n° 268.

<sup>86</sup> Act. n° 269 und 270.

<sup>87</sup> Act. n° 271.

<sup>88</sup> Act. n° 273.

<sup>89</sup> Act. n° 275.

<sup>90</sup> Act. n° 1.

78. Am 8. August 2008 ergänzte Jeronimo die Anzeige durch den Hinweis, die Standardisierung von DCC im Rahmen von ep2 sei durch Multipay verhindert worden.<sup>91</sup>

79. In ihrer Stellungnahme vom 25. August 2006 entgegnete Multipay (nachfolgend: Stellungnahme Multipay),<sup>92</sup> die angebotene DCC-Dienstleistung sei eine Softwareentwicklung der Card Solutions. Jeronimo fordere eine Zwangslizenz an dieser urheberrechtlich geschützten Software. Die strengen Anforderungen für deren Erteilung seien nicht gegeben. Namentlich sei Card Solutions auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen nicht marktbeherrschend und Jeronimo könne die DCC-Funktion bereits in Zusammenarbeit mit Aduno (Acquirer) und FCC (DCC-Provider) anbieten. Auch die Voraussetzungen für einen Kontrahierungszwang zulasten von Multipay seien nicht gegeben. Multipay sei nicht marktbeherrschend in Bezug auf Umrechnungsdienstleistungen am Terminal. Zudem sei die Weigerung der Offenlegung der DCC-Spezifikationen gegenüber Jeronimo nicht erheblich, da der Markt für DCC-Dienstleistungen nur von sehr beschränkter Grösse sei. Nur bei einer geringen Anzahl von Händlern sei die DCC-Funktion aufgeschaltet, da diese erst ab einem gewissen Umsatz mit ausländischen Karteninhabern interessant sei. Schliesslich sei der Vorwurf, Multipay habe eine Standardisierung von DCC im Rahmen von ep2 verhindert, haltlos; die Standardisierung von DCC sei im Steering Committee von ep2 gar nie traktandiert gewesen. Im Übrigen sei eine Standardisierung von DCC nicht sinnvoll. Dafür sei die Funktion zu wenig wichtig und eine Standardisierung würde auch zur Ausschaltung des Innovationswettbewerbs im Bereich DCC führen.

80. Jeronimo hielt in ihrer Replik vom 25. September 2006 (nachfolgend: Replik Jeronimo) demgegenüber fest,<sup>93</sup> dass sie keineswegs eine Zwangslizenz an der von der Card Solutions entwickelten Software verlange, sondern einzig die Offenlegung der Schnittstelleninformationen und eine diesbezügliche Unterstützung von Multipay, um ihre eigene Softwarelösung mit dem Abrechnungssystem von Multipay dialogfähig zu machen. Jeronimo wies darauf hin, dass für den Betrieb von DCC entscheidend sei, dass der Acquirer diese Funktion unterstützt. Jeronimo wirft Multipay eine unzulässige Koppelung ihrer Acquiring-Dienstleistung mit der Dienstleistung von Card Solutions als DCC-Provider und dem Kauf eines Card Solutions-Terminals vor. Jeronimo präziserte weiter, die für die DCC-Funktion notwendigen Informationen seien sehr limitiert. Die EMV/ep2-zertifizierten Terminals von Jeronimo seien mit den Systemen von Multipay problemlos dialogfähig. Der Zusatzaufwand für DCC könne kaum erheblich sein.

81. In ihrem Schreiben vom 26. Oktober 2006 hielt Multipay fest, die in der Replik vom 25. September 2006 geforderte Offenlegung der Schnittstellen weiche erheblich von den ursprünglichen Forderungen der Jeronimo ab.<sup>94</sup> Multipay werde diese Forderungen prüfen und anlässlich des Besprechungstermins mit dem Sekretariat vom 7. November 2006 darauf eingehen.

82. Anlässlich der Besprechung des Sekretariates mit Jeronimo vom 31. Oktober 2006 wiederholte diese die Auffassung, dass durch die Offenlegung der Schnittstellen die Jeronimo-Terminals hinsichtlich DCC mit dem System von Multipay dialogfähig gemacht werden könnten. Dabei würde sich der Aufwand in Grenzen halten.

83. Bei der Besprechung vom 7. November 2006 zwischen dem Sekretariat und Multipay/Card Solutions hielten Letztere fest, die Portierung der Terminal-Software der Card Solutions (inklusive DCC-Funktion) auf die Terminals der Jeronimo sei aus technischer Sicht der

---

<sup>91</sup> Act. n° 9.

<sup>92</sup> Act. n° 12.

<sup>93</sup> Act. n° 16.

<sup>94</sup> Act. n° 23.

einfachste Weg. Allerdings würde sich die Frage stellen, wer die Kosten dafür übernehmen würde. Multipay habe jedenfalls kein Interesse daran, diese Kosten zu übernehmen. Die Offenlegung der Schnittstellen und die Integration einer durch Jeronimo entwickelten Lösung in das System von Multipay und Card Solutions wurde als zwar technisch möglich, aber unpraktikabel bezeichnet.

84. Nach Eröffnung der Untersuchung führte Multipay/Card Solutions anlässlich der Beantwortung des Auskunftsbegehrens des Sekretariates am 30. Mai 2007 aus,<sup>95</sup> zum Zeitpunkt, in welchem Jeronimo im Juli 2005 erstmals um die Freigabe von DCC angefragt habe, sei Card Solutions noch weit davon entfernt gewesen, über eine sichere und von den Card-Schemes abgeseignete Lösung zu verfügen. Das gesamte Projekt habe sich bis im Mai 2006 in einer Pilotphase befunden, in welcher zahlreiche Änderungen und Anpassungen der Software vorgenommen worden seien. Im Dezember 2005 sei Card Solutions die Zertifizierung für DCC von Visa entzogen worden. Erst am 1. März 2006 sei die Rezertifizierung erfolgt und erst am 1. Mai 2006 habe Card Solutions ein Compliance Level von [90–100]% mit den Vorschriften von Visa erreicht. Bereits zwei Monate später habe Jeronimo ihre Anzeige beim Sekretariat eingereicht. Weiter macht Multipay/Card Solutions geltend, auch bei der Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen handle es sich um eine Zwangslizenz, die nur unter restriktiven Bedingungen – welche nicht erfüllt seien – möglich sei. Schliesslich wird ausgeführt, es müsse selbst für ein marktbeherrschendes Unternehmen zulässig sein, den Nutzen aus innovativer Tätigkeit zunächst für sich selbst zu verwerten und Trittbrettfahrer von der Nutzung des Innovationsvorteils auszuschliessen.

85. Anlässlich der Wiederaufnahme der Untersuchungshandlungen hielt Jeronimo mit Schreiben vom 6. Mai 2009 fest,<sup>96</sup> das in der Anzeige gestellte Rechtsbegehren habe sich hinsichtlich Ziff. 3 (vgl. oben Rz. 36) erledigt, da Multipay/Card Solutions Ende Januar 2007 die Schnittstellen-Informationen offen gelegt haben. Mit dem Einlenken von Multipay/Card Solutions habe Jeronimo die Abwanderung weiterer Kunden verhindern können. Die Verweigerung der Offenlegung sei unverändert als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu qualifizieren.

86. Multipay/Card Solutions verwiesen in ihrem Schreiben vom 26. Mai 2009<sup>97</sup> erneut darauf, dass die DCC-Lösung erst ab Mai 2006 voll funktionsfähig gewesen sei, dass keine Marktbeherrschung vorliege und dass es selbst marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt sein müsse, den „Pionierertrag“ für Innovationen zu realisieren. Eine sofortige Pflicht zur Zwangslizenzierung führe zu einer erheblichen Verminderung der Innovationsanreize. Die Wettbewerbsbehörden müssten mindestens klarstellen, in welchen Fällen Weiterentwicklungen von Applikationen und Produkten an die Wettbewerber weitergereicht werden müssen.

87. Die Parteien beantragen die Einstellung der Untersuchung ohne Kostenfolgen. Zur Begründung dieses Antrages wird im Wesentlichen ausgeführt:<sup>98</sup>

- Der Antrag beinhalte keine sinnvoll nachvollziehbare wirtschaftliche Schädigungstheorie ("theory of harm"). Insbesondere enthalte der Antrag keine rationale Erklärung, ob und wie Multipay aus der vorgeworfenen Verhaltensweise einen ökonomischen Vorteil hätte ableiten können.
- Die Schnittstelleninformationen bzw. die von Card Solutions entwickelte Funktion seien für die anderen Terminalhersteller nicht unerlässlich gewesen. Dies zeige auch

---

<sup>95</sup> Act. n° 103.

<sup>96</sup> Act. n° 149.

<sup>97</sup> Act. n° 151.

<sup>98</sup> Vgl. die Zusammenfassung auf S. 4 der Stellungnahme (act. n° 242).

das Zuwarten mit der Duplizierung der Funktion nach Lizenzierung der Schnittstelleninformationen durch Jeronimo.

- Die behauptete Nicht-Offenlegung der Schnittstelleninformationen sei nur vorübergehend bis zum Abschluss der zwingenden Test- und Zertifizierungsphase erfolgt. Das Sekretariat habe im Rahmen der Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung bestätigt, dass vor Abschluss dieser Phase grundsätzlich keine Offenlegung notwendig sei.
- Die vorübergehende Nicht-Offenlegung während der Test- und Zertifizierungsphase habe zu keiner Wettbewerbsbehinderung oder –beseitigung geführt. Die Terminalverkäufe im direkten Zusammenhang mit der DCC-Funktion hätten weniger als [0–5]% des Marktpotentials, bzw. [0–10]% der von Card Solutions verkauften Terminals betroffen. Dies habe zu keiner Marktverschliessung für Konkurrenten von Card Solutions geführt.

88. In der Stellungnahme wird weiter dargelegt, dass eine Verfügung im Sinne des Antrages dazu führen würde, dass die Innovationsanreize der Parteien beeinträchtigt und der Wettbewerb gemindert würde. Schliesslich sei das beantragte Bussgeld falsch berechnet worden und stehe in keinem Verhältnis zum erzielten Gewinn. Auf diese sowie auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

89. Anlässlich des Hearings vor der Weko vom 1. November 2010 wiederholten die Parteien ihre in der Stellungnahme festgehaltenen Positionen. Sie machten geltend, die Stellungnahme habe das Zahlenmaterial und die entscheidenden Sachverhaltselemente im Antrag des Sekretariates widerlegt. Es sei der Nachweis erbracht worden, dass bei 95% der verkauften Terminals DCC keine Rolle gespielt habe. Weiter sei nachgewiesen worden, dass falsche Umsatzzahlen für die Bussgeldberechnung verwendet worden seien. In ihrer Präsentation erachteten die Parteien als zentral, dass (1) die Nicht-Offenlegung einzig während der Test- und Zertifizierungsphase erfolgt sei, (2) keine Wettbewerbsbehinderung/-beseitigung vorgelegen habe, da [95–100]% des Marktpotentials bzw. [90–100]% der verkauften Terminals nicht betroffen gewesen seien, (3) die Voraussetzungen für eine Zwangslizenzierung nicht erfüllt seien, (4) keine nachvollziehbare wirtschaftliche Schädigungstheorie bezüglich Multipay bestehe, (5) die Bussgeldberechnung falsch sei, (6) die [50–100]-fache Gewinnabschöpfung unzulässig und gesetzeswidrig sei und (7) die SIX Group die falsche Verfügungsadressatin sei. Während der Anhörung betonten die Vertreter der Parteien, man habe sich in einer Pilotphase befunden. Es sei eine relativ lange und grosse Pilotphase durchgeführt worden, wobei man sich auf [500–600] Händler beschränkt habe.<sup>99</sup>

90. Herr Fillistorf legte anlässlich seiner Anhörung dar, dass Jeronimo wegen DCC mehrere Grosskunden verloren habe und legte auch gegenüber den Parteien offen, dass es sich dabei um [Name Firma], [Name Firma], [Name Firma], [Name Firma] und [Name Firma] gehandelt habe. Daneben habe Jeronimo zahlreiche kleine Händler verloren, da DCC für die Händler nur Vorteile biete. Multipay habe in den Verkaufsgesprächen DCC als Differenzierungsmerkmal verwendet, selbst in Branchen, für welche DCC nicht von grossem Interesse sei, wie etwa Bäckereien, Metzgereien oder Apotheken.<sup>100</sup>

91. Die Parteien haben in ihrer Eingabe vom 11. November 2010<sup>101</sup> im Wesentlichen folgende Bemerkungen und Ergänzungen zu den Protokollen angebracht:

---

<sup>99</sup> Vgl. act. n° 271.

<sup>100</sup> Vgl. act. n° 273.

<sup>101</sup> Vgl. act. n° 268.

- Aktuell verfügten von über [80'000–90'000] Vertragspartnern im Acquiring lediglich [4'000–5'000] über einen DCC-Vertrag. Lediglich [0–10]% aller Multipay-Kunden hätten daher einen Bedarf für Terminals mit DCC-Funktion.
- Nur eine minimale Anzahl Händler in den von Herrn Fillistorf genannten Branchen (Bäckereien, Metzgereien und Apotheken) verfügten über einen DCC-Vertrag mit Multipay. Es sei daher nicht möglich, dass Jeronimo in diesen Bereichen eine Vielzahl von Geschäften hätte verlieren können.
- Die Aussage von Herrn Fillistorf, dass 80% der Terminals, die von Jeronimo an Multipay-Händler verkauft würden, die DCC-Funktion beinhaltet hätten, sei entweder falsch oder missverständlich. Die Parteien beantragen, es sei durch das Sekretariat abzuklären, welche Verkäufe von Jeronimo in den Jahren nach der DCC-Zertifizierung des Terminals von Jeronimo effektiv im Zusammenhang mit einem Multipay-Händler und DCC erfolgt seien.
- Bezüglich der von Herrn Fillistorf genannten Grosskunden von Jeronimo sei abzuklären, aus welchen Gründen die genannten Unternehmen keine Jeronimo-Terminals gekauft haben, wie viele Terminals dies betroffen hat und bei wievielen Verkaufsgesprächen DCC effektiv von Relevanz gewesen sei. In diesem Zusammenhang seien die entsprechenden Kunden und Kundengruppen entweder insgesamt oder stichprobenweise nach deren Überlegungen und Entscheidungsgrundlagen im Zusammenhang mit dem Kauf von Terminals zu befragen. Zudem sei Jeronimo aufzufordern, sämtliche Dokumentationen im Zusammenhang mit Verkaufsgesprächen in den Jahren 2005 und 2006 dem Sekretariat zuzustellen und den Parteien sei Einsicht in diese Akten zu gewähren. Dieser Antrag wurde im Schreiben vom 26. November 2010 wiederholt.<sup>102</sup>
- Es sei zu eruieren, wie viele Terminals der CCV Konzern in den Jahren 2005 und 2006 weltweit verkauft habe, da zur Einschätzung der Behinderungswirkung gegenüber Jeronimo die gesamte Gruppe in die Beurteilung einbezogen werden müsse.
- Bezüglich der Frage, ob Serviceleistungen (Wartung, Projekte, Services) dem relevanten Markt für den Verkauf für ep2-Terminals zuzurechnen seien, bestünden mangels Erhebung des Sachverhaltes unterschiedliche Meinungen. Der Sachverhalt sei diesbezüglich zu ergänzen, indem die Marktteilnehmer im Bereich der Wartung von Terminals befragt würden.

92. Im Nachtrag vom 22. November 2010 informierten die Parteien darüber, dass per 17. November 2010 insgesamt [20'000–25'000] Terminals in der Lage seien, die DCC-Funktion bei Multipay aktiv zu nutzen (DCC-Vertragsoption und Aufschaltung). Dies entspreche ca. [10–20]% der Gesamtanzahl aller Terminals bei Multipay, welche mit [130'000–140'000] angegeben wurde. Davon seien [100'000–110'000] ep2-Terminals. Weiter wird im Nachtrag ausgeführt, dass lediglich [0–500] Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händlern über eine aufgeschaltete DCC-Funktion verfügten. Dies entspreche etwa [0–10]% der Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händlern.

93. Auf diese sowie weitere Vorbringen und Argumente der Parteien wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

---

<sup>102</sup> Act. n° 276.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

94. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

95. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das KG geht daher von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständige organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind. Im vorliegenden Fall sind die Multipay und die Card Solutions hundertprozentige Tochtergesellschaften der SIX Group AG, welche dem Geschäftsfeld „Zahlungsverkehr“ zugeordnet sind. Der CEO der Multipay hat zudem gleichzeitig Einsitz in der Gruppenleitung der SIX Group AG. Die Zugehörigkeit der SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG zur SIX Group ergibt sich bereits aus der Firmenbezeichnung, geht weiter aus dem Internetauftritt aller Gesellschaften hervor<sup>103</sup> und erschliesst sich auch aus dem Geschäftsbericht 2009 der SIX Group.<sup>104</sup> Daraus kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass die SIX Group AG die Beteiligungen an Multipay und Card Solutions nicht ausschliesslich als Investition hält, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nimmt. Da die Verfügungen der Wettbewerbskommission Rechtsverhältnisse mit Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG regeln, ist die *SIX Group AG* Verfügungsadressatin im materiellen Sinn. Die beiden Tochtergesellschaften Multipay und Card Solutions sind demgegenüber diejenigen juristischen Personen, deren Marktstellung und Verhalten untersucht werden. Sie sind daher in ihren Interessen unmittelbar berührt und gelten als Verfügungsadressatinnen im formellen Sinn.<sup>105</sup>

96. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, nicht die SIX Group AG, sondern die Multipay und die Card Solutions müssten Verfügungsadressatinnen sein. Zur Begründung machen sie geltend:

- Bei Multipay und Card Solutions handle es sich um unabhängige Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche jederzeit auch Gegenstand von Anordnungen und Verfügungen der Behörden sein könnten. Dies müsse auch für kartellrechtliche Sanktionssachverhalte gelten.
- Zur Zeit der beanstandeten Verhaltensweise in den Jahren 2005 und 2006 habe die SIX Group noch gar nicht bestanden.

---

<sup>103</sup> Vgl. [www.six-group.com/business\\_fields/payment\\_transactions\\_de.html](http://www.six-group.com/business_fields/payment_transactions_de.html); [www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_aboutus/tkmpch\\_aboutus\\_group.htm](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_aboutus/tkmpch_aboutus_group.htm); [www.six-card-solutions.com/DE/ueber-uns/Organisation/Seiten/SIX-Group.aspx](http://www.six-card-solutions.com/DE/ueber-uns/Organisation/Seiten/SIX-Group.aspx) (alle am 29.11.2010).

<sup>104</sup> Vgl. [www.six-group.com/download/publications/annual\\_reports/2009/six\\_group\\_annual\\_report\\_2009\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2009/six_group_annual_report_2009_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>105</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4 m.w.H.; vgl. auch Verfügung der Weko vom 19. Oktober 2009 i.S. Swisscom ADSL II, Rz. 27 (erhältlich unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), Rubrik Aktuell/Letzte Entscheide; 29.11.2010); RPW 2005/3, S. 508, E. 3.2; PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2008, Rz. 1246.

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

97. Die Ausweitung der Untersuchung auf die SIX Group am 8. Juni 2010 ist eine direkte Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 in Sachen Publigroupe. Auf diesen Umstand wird übrigens im Erweiterungsschreiben vom 8. Juni 2010 ausdrücklich hingewiesen.<sup>106</sup> Entgegen der Auffassung der Parteien, sind die in diesem Entscheid vorgenommenen Erwägungen zur Frage, wer bei Konzernverhältnissen in kartellrechtlichen Verfahren als Verfügungsadressat zu gelten hat, grundsätzlicher Natur und nicht von der konkreten Fallkonstellation abhängig. Die Kernaussage des Bundesverwaltungsgerichts findet sich in Erwägung 4.5. des genannten Entscheides: „*Verfügungen der Wettbewerbskommission regeln Rechtsverhältnisse mit Unternehmen nach Art. 2 KG. Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Unternehmen und Verfügungsadressat im materiellen Sinne ist im vorliegenden Verfahren Publigroupe [= die Konzernmutter]*“.<sup>107</sup> Zuvor hat das Bundesverwaltungsgericht in der Erwägung 4.1. dargelegt, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen.<sup>108</sup> Daraus folgt, dass diese Konzerngesell-

<sup>106</sup> Vgl. act. n° 207.

<sup>107</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.5.

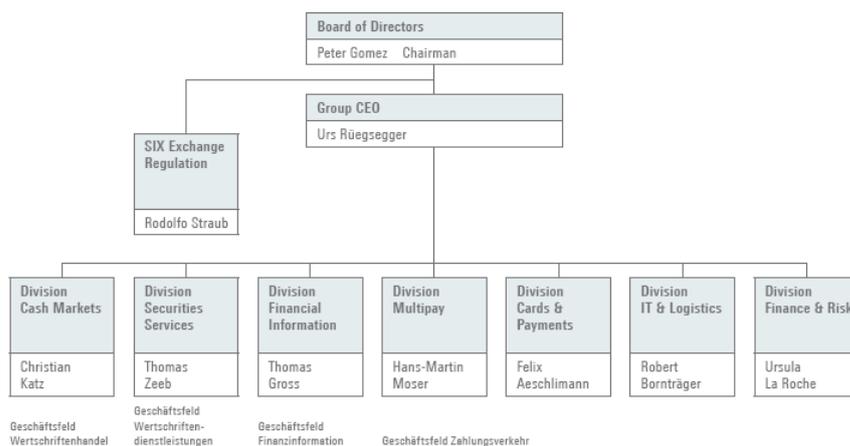
<sup>108</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.1.

schaften nicht materielle Verfügungsadressatinnen sein können. Da die Anordnungen ihre Interessen unmittelbar berührt, erhalten sie gemäss Erwägung 4.5. des Publigroupe-Entscheidendes die Verfügung immerhin als Adressatinnen im formellen Sinn zugestellt.<sup>109</sup>

98. Die Rüge der Parteien, das Sekretariat habe keine Sachverhaltsermittlungen bezüglich der Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit von Multipay und Card Solutions durchgeführt habe, stösst ins Leere, ebenso wie der im Schreiben vom 24. Juni 2010 angebrachte Hinweis, nicht die SIX Group AG sondern die Telekurs Holding AG sei die Muttergesellschaft von Multipay und Card Solutions.<sup>110</sup> Diese Frage war Gegenstand des Fusionskontrollverfahrens in Sachen SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Financial Services Group/Telekurs Holding AG, welches mit Verfügung vom 9. Oktober 2007 durch die Weko unter Auflagen zugelassen wurde.<sup>111</sup> Seit dieser Fusion gilt die Telekurs Holding AG sowie ihre Tochtergesellschaften nicht mehr als unabhängiges Unternehmen sondern als Teil der SIX Group. Wie bereits oben in Rz. 95 ausgeführt, geht die Einbindung von Multipay und Card Solutions in die SIX Group bereits eindeutig aus deren Geschäftsbericht und Internetauftritt hervor. Zur Verdeutlichung wird nachfolgend die durch die SIX Group publizierte Organisationsstruktur wiedergegeben:

**Abbildung 4: Organisation der SIX Group**

### Organisation (per 31. 12. 2009)



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

<sup>109</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.5.

<sup>110</sup> Vgl. auch BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 4.4.

<sup>111</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>112</sup> Internet-Auszüge des Handelsregister des Kantons Zürich betreffend SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG. Eine entsprechende Passage findet sich im Übrigen auch im Handelsregistereintrag bezüglich der von den Parteien erwähnten Telekurs Holding AG.

100. Bezüglich des Vorbringens der Parteien, die SIX Group habe zum Zeitpunkt der untersuchten Verhaltensweise noch nicht existiert, kann auf Rz. 571 verwiesen werden.

101. Schliesslich ist entgegen der Auffassung der Parteien nicht von einem Parteiwechsel auszugehen. Gemäss der Lehre liegt kein Parteiwechsel vor, wenn die Identität der Partei gewahrt bleibt.<sup>113</sup> Ausgehend vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff wurde im vorliegenden Fall die Identität der Partei gewahrt. Die SIX Group war mittels der ihr wirtschaftlich zurechenbaren Tochtergesellschaften Multipay und Card Solutions von Beginn weg am Verfahren beteiligt. Selbst wenn entgegen diesen Ausführungen von einem Parteiwechsel auszugehen wäre, so wäre dieser zulässig. Zulässig ist ein Parteiwechsel, wenn das materielle Recht einen Subjektwechsel nicht ausschliesst.<sup>114</sup> Die Ausdehnung auf die SIX Group ist durch das materielle Recht – d.h. durch das Kartellgesetz – nicht nur „nicht ausgeschlossen“ sondern unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sogar angezeigt. Schliesslich handelt es sich bei der Ausdehnung der Untersuchung auf die SIX Group um eine Verfahrensfrage, welche keinen Einfluss auf die materielle Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise hat. Die in diesem Zusammenhang relevante Beteiligung am Verfahren konnte durch Multipay und Card Solutions wahrgenommen werden, d.h. durch diejenigen Tochtergesellschaften der SIX Group, deren Verhaltensweise Gegenstand der Untersuchung bilden. Die eingereichte Stellungnahme zeigt zudem auf, dass die Änderung des materiellen Verfügungsadressaten keinen Einfluss auf die materielle Argumentation der Parteien gezeitigt hat. Es werden dieselben Rechtspositionen vertreten, welche bereits durch Multipay und Card Solutions während des Verfahrens vorgebracht wurden. Die Mutter- und die Tochtergesellschaften haben im Untersuchungsverfahren gleichgerichtete Interessen, was sich weiter daran zeigt, dass sie durch denselben Rechtsanwalt vertreten werden. Zudem erfolgte die Ausdehnung noch vor dem Versand des Antrags des Sekretariates an die Parteien gemäss Art. 30 Abs. 2 KG, so dass die SIX Group namentlich das zentrale Recht zur Stellungnahme zum Antrag wahrnehmen konnte.

102. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Ausweitung der Untersuchung bzw. der Antrag bezüglich der SIX Group nicht wie durch die Parteien vorgebracht rechtswidrig sondern zulässig und aufgrund der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angezeigt ist.

103. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz. 135 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.<sup>115</sup> Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

104. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentli-

---

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

<sup>114</sup> Vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER (FN 113), Art. 6 N 50.

<sup>115</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 390, Rz. 45; RPW 2004/3, S. 782, Rz. 18; RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995, 468 ff. (im folgenden BOTSCHAFT 95), S. 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

cher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

### **B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG**

105. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zulassen.<sup>116</sup> Dies wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### **B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG**

106. Vorliegend ist jedoch zu prüfen, ob der Sachverhalt unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG fällt, machen doch Multipay/Card Solutions geltend, die Schnittstelleninformationen, welche für die Gewährleistung der Interoperabilität zwischen Terminals und der von Card Solutions entwickelten DCC-Software erforderlich sind, seien urheberrechtlich geschützt oder zumindest nicht grundsätzlich vom Schutzzumfang des Urheberrechtsgesetzes ausgenommen.<sup>117</sup>

### **B.2.3 Geltungszeitliche Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG**

107. Die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG war bereits anlässlich seiner Schaffung unklar. So hielt die Botschaft zum KG 1995 fest: „Die aus theoretischer Sicht klar erscheinende Abgrenzung zwischen der legitimen Ausübung der Rechte aus dem geistigen Eigentum und der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung lässt sich in der Praxis nicht in dieser Schärfe nachvollziehen. Auf den ersten Blick plausible begriffliche Abgrenzungsmöglichkeiten sollen nicht dazu verleiten, die dem Einzelfall zugrundeliegenden Umstände bei der rechtlichen Würdigung zu vernachlässigen“<sup>118</sup>. Hintergrund der Regelung war die Annahme, dass Kartellrecht und Immaterialgüterrechte in einem Konflikt zueinander stehen.<sup>119</sup>

108. Die Botschaft zum KG 1995 führte weiter aus, dass die in Art. 3 Abs. 2 KG gewählte Formulierung die einschränkende Interpretation des Vorbehaltes deutlich zum Ausdruck bringt, da dieser nur Wettbewerbswirkungen betrifft, die sich *ausschliesslich* aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.<sup>120</sup> In der Folge setzte sich sowohl in der Lehre als auch in der Praxis eine restriktive Auslegung von Art. 3 Abs. 2 KG durch.<sup>121</sup>

---

<sup>116</sup> Vgl. betreffend den Acquiring-Markt RPW 2006/1, S. 82, Rz. 131.

<sup>117</sup> Vgl. act. n° 103, S. 45.

<sup>118</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 541 f.

<sup>119</sup> Vgl. ausführlich zur historischen Entwicklung ANDREAS HEINEMANN, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? – Eine kritische Analyse, in: Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Roger Zäch (Hrsg.), Zürich 2009, S. 44 ff. sowie RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 3 Abs. 2 N 1 ff.

<sup>120</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 541 f.

<sup>121</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 392 f., Rz. 75 ff.; RPW 2006/3, S. 435, Rz. 26 ff.; RPW 2005/1, S. 90 ff.; HEINEMANN (FN 119), 48 f.; HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 18 ff.; GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 196 f.; ROLF H. WEBER, Kartellrecht Einleitung, Geltungsbe- reich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wett- bewerbsrecht, Bd. V/2 (SIWR V/2), Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), David Basel 2000, S. 50 f.

109. Bereits früh wurde in der Lehre Art. 3 Abs. 2 KG als nicht mehr zeitgemässes „Fossil“ kritisiert.<sup>122</sup> In der Zwischenzeit hat sich auf breiter Basis die Auffassung durchgesetzt, dass gar kein Zielkonflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht besteht, sondern vielmehr von einer Zielparallelität auszugehen ist. Das Verhältnis wird als „komplementär“ oder „symbiotisch“ bezeichnet.<sup>123</sup> Es ist nicht das Ziel des Immaterialgüterrechts, funktionierenden Wettbewerb einzuschränken, sondern im Gegenteil: Die immaterialgüterrechtlichen Schutzrechte sollen besondere Leistungen belohnen und so den Innovationswettbewerb fördern.<sup>124</sup>

110. Die heute h.L. erachtet Art. 3 Abs. 2 KG als überholt und plädiert dafür, die immaterialgüterrechtlichen Aspekte im Rahmen der materiellen Prüfung nach den Art. 5 und 7 KG gebührend zu berücksichtigen.<sup>125</sup> Im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2008 wurde eine Studie zu Art. 3 Abs. 2 KG erstellt.<sup>126</sup> Diese weist ebenfalls darauf hin, dass eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes auf sämtliche Sachverhalte mit immaterialgüterrechtlichen Komponenten angezeigt erscheint. Dabei wird darauf hingewiesen, dass es keinen Grund gibt, geistiges Eigentum anders zu behandeln als sachliches Eigentum, dessen Ausübung ebenfalls kartellrechtlich überprüft werden kann.<sup>127</sup>

111. Diese Elemente führen dazu, dass Art. 3 Abs. 2 KG in einer geltungszeitlichen Interpretation<sup>128</sup> nicht als Anwendungsvorbehalt zu betrachten ist, sondern als Norm, welche die notwendige Koordination von Immaterialgüter- und Kartellrecht verdeutlicht, um eine einseitige Berücksichtigung des Kartellrechts zu verhindern. Die Bestimmung hat keinen normativen Charakter, sondern soll sicherstellen, dass die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts im Rahmen der materiellen Prüfung nicht vergessen werden.<sup>129</sup>

---

<sup>122</sup> Vgl. RETO M. HILTY, Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS Roger Zäch, Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobel (Hrsg.), Zürich 1999, S. 340.

<sup>123</sup> Vgl. HEINEMANN (FN 119), 59; HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 15; RAUBER (FN 121), S. 187 f.; ROMINA CARCAGNI/MICHAEL TREIS/ANGELA DURRER/PETRA HANSELMANN, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art 3 N 14; FRANZ X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, Diss., Zürich 2004, S. 14 f.; DONATELLA FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Diss., Bern 2006, S. 13 ff. und 131 f.

<sup>124</sup> Vgl. RAUBER (FN 121), S. 187; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 14.

<sup>125</sup> Vgl. HILTY (FN 119), Art. 3 Abs. 2 N 22 f.; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 15 f.; HEINEMANN (FN 119), S. 55 ff.; STRINIMANN, S. 41 ff.

<sup>126</sup> EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.

<sup>127</sup> Vgl. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ (FN 126), Rz. 13 ff. (15) und 39 ff. Vgl. auch HEINEMANN (FN 119), S. 57 sowie grundlegend DOJ/FTC, Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property, 6. April 1995 ([www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm); 29.11.2010), mit welchen im US-amerikanischen Antitrust-Recht Immaterialgüterrechte im wesentlichen den Rechten aus Sacheigentum gleichgestellt wurden, so dass m.a.W. keine Sonderbehandlung des geistigen Eigentums vorgesehen ist.

<sup>128</sup> Vgl. zur objektiv-geltungszeitlichen und zur objektiv-teleologischen Auslegungsmethode ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 101 ff. und 110 ff. KRAMER hält fest, dass ein Gesetz im Streitfall grundsätzlich so zu interpretieren ist, dass es seine Funktion der Bewältigung gegenwärtiger Konfliktlagen am adäquatesten gerecht wird. Dies impliziert eine Interpretation nach dem aktuellen Wertungshorizont (S. 101 f.).

<sup>129</sup> Vgl. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN (FN 123), Art. 3 N 16; STIRNIMANN (FN 123), 47 ff. spricht von einer teleologischen Reduktion auf Gewährleistung charakteristischer Aspekte der Immaterialgüterrechte (konkret des Urheberrechts).

112. Die geltungszeitliche Interpretation hat zur Folge, dass der vorliegende Sachverhalt materiell auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit überprüft werden kann, ohne dass über den geltend gemachten Urheberrechtsschutz endgültig entschieden werden müsste. Die immaterialgüterrechtlichen Aspekte sind im Rahmen der materiellen Prüfung angemessen zu berücksichtigen.

#### **B.2.4 Kein Vorbehalt bei traditioneller Interpretation**

113. Selbst wenn entgegen den obigen Ausführungen Art. 3 Abs. 2 KG als Anwendungsvorbehalt betrachtet würde, könnte der vorliegende Sachverhalt aus folgenden Gründen kartellrechtlich überprüft werden:

##### **B.2.4.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen**

114. Im Schlussbericht der Vorabklärung<sup>130</sup> hat das Sekretariat ausgeführt, dass die Terminalhersteller nicht eine Zwangslizenz an der von Card Solutions entwickelten DCC-fähigen Terminalsoftware und schon gar nicht an der DCC-Software selbst verlangt haben, sondern es einzig um die Offenlegung der Schnittstelleninformationen geht, welche den anderen Terminalherstellern die Anpassung der eigenen Terminalsoftware erlaubt, um die Interoperabilität mit DCC-Software von Card Solutions sicherzustellen.

115. Dabei hat das Sekretariat die Auffassung vertreten, dass es sich bei Schnittstelleninformationen nicht um Computerprogramme im Sinne von Art. 2 Abs. 3 URG<sup>131</sup> handle und sie daher vom Schutzzumfang des entsprechenden allenfalls urheberrechtlich geschützten Computerprogramms ausgenommen seien. Dies ergebe sich aus Art. 21 Abs. 1 URG, welcher selbst die ansonsten unzulässige Entschlüsselung des Programmcodes zur Gewinnung von Schnittstelleninformationen erlaubt.<sup>132</sup> Art. 21 URG stelle damit eine im Immaterialgüterrecht selbst enthaltene Schrankenbestimmung dar, welche verhindern solle, „dass der Inhaber der Urheberrechte an einem Computerprogramm über die Beherrschung der Schnittstellen den Markt für interoperable Drittsoftware einschränken kann“.<sup>133</sup>

116. Diese Argumentation wurde durch Multipay/Card Solutions bestritten. Sie führen unter Hinweis auf die urheberrechtliche Literatur aus, dass Schnittstellen Programmteile darstellen würden, die ihrerseits selbständig als Werk geschützt sein könnten und daher nicht vom Schutzzumfang des URG ausgenommen seien.<sup>134</sup> Zudem haben Multipay/Card Solutions vorgebracht, dass die in Art. 21 URG und Art. 17 Abs. 3 URV<sup>135</sup> geregelte Dekompilierung von Schnittstellen zwar eine Schranke des Urheberrechts darstelle, aber nur unter sehr eng umschriebenen Voraussetzungen zulässig sei.

##### **B.2.4.1.1 Urheberrechtsschutz von Schnittstellen**

117. Zunächst ist festzuhalten, dass in der urheberrechtlichen Literatur umstritten ist, ob Schnittstellen und Schnittstellencodes urheberrechtlich geschützt sind. Diverse Autoren vertreten die Auffassung, dass den in den Algorithmen des Computerprogramms enthaltenen

---

<sup>130</sup> Act. n° 54, Rz. 43 ff.

<sup>131</sup> Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1).

<sup>132</sup> Vgl. die entsprechende Argumentation im Fall Microsoft durch die EU-Kommission [C-3/37.792], Rz. 568–572 und Rz. 743–747.

<sup>133</sup> RAUBER (FN 121), S. 189.

<sup>134</sup> Vgl. act. n° 103, S. 45 unter Hinweis auf MÜLLER/OERTLI, URG-Kommentar, Bern 2006, Art. 21 N 22.

<sup>135</sup> Verordnung vom 26. April 1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung, URV; SR 231.11).

Schnittstellen und Schnittstellencodes kein urheberrechtlicher Schutz zukommt, weil sie nicht die „erforderlichen Voraussetzungen an Individualität und Originalität erfüllen und in ihrer Zweckbestimmung zu weit die Form vorgeben“.<sup>136</sup>

118. Aus den eng umschriebenen Voraussetzungen in der von Multipay/Card Solutions angerufenen Schrankenbestimmung zur Dekompilierung lässt sich zudem nicht schliessen, Schnittstellen seien urheberrechtlich geschützt, da der Akt der Dekompilierung eine Vervielfältigung, Änderung und Bearbeitung des über die Schnittstellen hinausgehenden und urheberrechtlich geschützten Programmcodes notwendig macht.<sup>137</sup> Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme erneut vor, eine gesetzliche Regelung der Dekompilierung wäre überflüssig, wenn es sich bei den Schnittstellen um gemeinfreie Teile handeln würde, welche von jedermann ohne Autorisierung beliebig verwendet werden dürften. Sie übersehen dabei, dass sich die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung der Dekompilierung nicht aus dem Schutz der Schnittstellen ergibt sondern aus dem Schutz des Programmcodes, in den bei der Dekompilierung eingegriffen werden muss.

119. Es lässt sich daher daraus ableiten, dass bereits die Schnittstellen selbst urheberrechtlich nicht geschützt sind und deshalb kein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt.

#### **B.2.4.1.2 Urheberrechtsschutz von Schnittstelleninformationen**

120. Auch wenn die Schnittstellen selber urheberrechtlich geschützt wären, geht es im vorliegenden Fall um den Urheberrechtsschutz der Schnittstellen*informationen*. Wurde doch von Jeronimo die Herausgabe dieser Informationen anbegehrt und nicht etwa die Schnittstellen selber gefordert (vgl. hierzu Rz. 317 ff.).

121. Schutzobjekt des Urheberrechts ist nicht die Idee, sondern nur die sinnlich greifbare Objektivierung des geistigen Inhalts eines Werks.<sup>138</sup> Durch das Urheberrecht schutzfähig als Teil eines Computerprogrammes kann demnach höchstens die konkrete Form der Schnittstellen, d.h. das Resultat der Implementierung der Schnittstelleninformationen als Teil des Computercodes (Quell- oder Objektcode), sein. Bei den insbesondere von Jeronimo geforderten Informationen handelt es sich im Gegensatz dazu jedoch um die den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze<sup>139</sup> zur Schaffung der eigenen Schnittstellensequenzen in der eigenen Terminalsoftware.

122. Es ist daher davon auszugehen, dass die für den vorliegenden Fall relevanten Schnittstelleninformationen urheberrechtlich gar nicht schutzfähig sind. Aber selbst wenn entgegen den grundlegenden Prinzipien des URG die Schnittstelleninformationen urheberrechtlich schutzfähig wären, ginge der vorliegende Sachverhalt – wie nachfolgend erläutert wird – über den vom URG gewährten Inhalt des Urheberrechts hinaus.

---

<sup>136</sup> Vgl. STIRNIMANN (FN 123), S. 137 F. mit umfassenden Hinweisen auf die urheberrechtliche Lehre und Rechtsprechung in FN 480, vgl. auch S. 257.

<sup>137</sup> Vgl. OLIVER STAFFELBACH, Die Dekompilierung von Computerprogrammen gemäss Art. 21 URG, Diss., Bern 2003, S. 87 ff.; EMIL F. NEFF/MATTHIAS ARN, Urheberrecht im EDV-Bereich, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2 (SIWR II/2), Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), S. 301.

<sup>138</sup> Vgl. STAFFELBACH (FN 107), S. 61 ff.

<sup>139</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Abl. L 111/16): „Der gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen. *Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschliesslich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht im Sinne dieser Richtlinie urheberrechtlich geschützt.*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

### B.2.4.1.3 Inhalt des Urheberrechts

123. Art. 21 Abs. 2 URG lässt die Dekompilierung von Computerprogrammen zu, um die Herstellung von Interoperabilität (Kompatibilität) von Programmen zu ermöglichen. In der urheberrechtlichen Literatur wird der Grund für diese Schrankenbestimmung des URG wie folgt umschrieben: „Der Hauptgrund für die Statuierung einer Dekompilierbefugnis des Programmبنutzers liegt darin, nicht von bestimmten Entwicklern und deren Programmen bzw. Hardwareteilen abhängig zu sein, nur weil einem der Zugang zu den entscheidenden Schnittstelleninformationen anderer Produkte verwehrt würde. Da dies zu einer wettbewerbsfeindlichen, monopolistischen Stellung einzelner Anbieter führen würde, der freie Wettbewerb aber durch eine Vielfalt von untereinander kompatiblen Programmen gefördert werden soll, *muss die Interoperabilität zwischen den verschiedenen Softwareprodukten zwingend gewährleistet sein. Ziel der Dekompilierung ist letztlich die Ermöglichung des Wettbewerbs im Bereich der Soft- und Hardwareanbieter.* Jeder Konsument soll sich sein Computersystem baukastenmässig zusammenstellen können, ohne aufgrund mangelnder Interoperabilität gewisser Produkte in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt zu sein. Erlaubt ist deshalb insbesondere auch die Verwendung der durch eine Code-Entschlüsselung aufgedeckten Schnittstelleninformationen zur *Entwicklung eines Konkurrenzproduktes*, welches das analysierte Programm substituieren soll.“<sup>140</sup> Ausgeschlossen aufgrund des urheberrechtlichen Vervielfältigungsverbots wäre – sofern davon ausgegangen würde, dass Schnittstellen schutzfähig sind – höchstens eine unveränderte Übernahme von Schnittstellensequenzen des entschlüsselten Objektcodes.<sup>141</sup>

124. Die Schrankenbestimmung des Art. 21 Abs. 2 URG ist ein exemplarisches Beispiel dafür, dass die Zielsetzungen von Immaterialgüter- und Kartellrecht nicht im Konflikt zueinander stehen, sondern letztlich dieselben Ziele verfolgen. Sie macht auch deutlich, dass keine Verletzung des Urheberrechts vorliegt, wenn Schnittstelleninformationen dazu verwendet werden, kompatible Programme herzustellen. Das Urheberrecht bezweckt Imitationsschutz und nicht Informationsschutz. Im vorliegenden Fall geht es nicht darum, dass andere Terminalhersteller (namentlich Jeronimo) die DCC-Lösung von Multipay/Card Solutions kopieren möchten, sondern es geht darum, durch eine eigenständige Implementierung der Schnittstelleninformationen im Programmcode die Interoperabilität der eigenen Terminalsoftware mit der bei Multipay eingesetzten DCC-Software von Card Solutions herzustellen. Das Urheberrecht gewährt nun nach dem Gesagten keinen Schutz vor der Herstellung von Interoperabilität. Multipay/Card Solutions verfügen demnach über keine urheberrechtlich geschützte Position, welche der Herstellung von Interoperabilität und einer kartellrechtlichen Pflicht zur Herausgabe der Schnittstelleninformationen entgegen steht.

125. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates zur Frage des Inhalts des Urheberrechts vor, aus der Schrankenbestimmung von Art. 21 Abs. 2 URG lasse sich keine Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen ableiten. Vielmehr ergebe sich daraus ein Recht des Entwicklers des Zweitprogramms, sich die Informationen selbst zu beschaffen. Dies sei ein wesentlicher Unterschied, der im Antrag mit keinem Wort erwähnt werde.

126. In den obigen Ausführungen wird nicht behauptet, aus Art. 21 Abs. 2 URG ergebe sich eine Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen. Es wird vielmehr im Rahmen der Prüfung eines Vorbehaltes gemäss Art. 3 Abs. 2 KG dargelegt, dass der Inhalt des Urheberrechts einer kartellrechtlichen Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen nicht entgegen steht.

---

<sup>140</sup> NEFF/ ARN (FN 137), S. 305 (Hervorhebungen teilweise hinzugefügt).

<sup>141</sup> Vgl. NEFF/ARN (FN 137), S. 305.

### **B.2.4.2 Wettbewerbswirkungen**

127. Selbst wenn entgegen den vorgenommenen Darlegungen davon ausgegangen würde, dass im vorliegenden Fall durch die Herstellung der Interoperabilität urheberrechtlich geschützte Rechtspositionen tangiert wären, so ergeben sich die Wettbewerbswirkungen – d.h. die Behinderung der Terminalanbieter, die mit Card Solutions im Wettbewerb stehen (vgl. hierzu unten Rz. 296 ff. ) – nicht ausschliesslich aus der allenfalls legitimen Ausübung des Urheberrechts, sondern vor allem aus der marktbeherrschenden Stellung der Multipay sowie der Zugehörigkeit von Multipay und Card Solutions zum gleichen Konzern.

128. Überdies wird die Wirkung der Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen durch die speziellen Merkmale von Computerprogrammen geprägt. Die hinter dem Computerprogramm stehenden Ideen und Informationen sind im Gegensatz zu den meisten Werken der Literatur und Kunst durch den Nutzer nicht direkt wahrnehmbar. Ihre Zweckbestimmung liegt nicht in der sinnlichen Wahrnehmung durch Menschen, sondern in der Benutzung in einer Maschine. Einem Computerprogramm in Form des Objektcodes kommt kein unmittelbar erkennbarer Informationsgehalt zu. Eine Rückübersetzung eines geschützten Objektcodes in den zumindest für den Fachmann verständlichen Quellcode ist aber nur durch eine aufwändige Dekompilierung möglich. Die faktischen Gegebenheiten bei Computerprogrammen führen daher dazu, dass sich der Zugang zu den in diesen enthaltenen (nicht urheberrechtlich geschützten) Ideen und Grundsätze deutlich schwieriger gestaltet als bei anderen Werkkategorien.<sup>142</sup>

129. Zum Schluss kann noch darauf hingewiesen werden, dass auch Multipay/Card Solutions selbst nicht davon ausgehen, dass eine kartellrechtliche Überprüfung des Sachverhaltes ausgeschlossen ist. In ihren bisherigen Stellungnahmen<sup>143</sup> wird nämlich argumentiert, dass die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz im Falle von Marktbeherrschung nicht erfüllt seien. Dabei handelt es sich um eine materiellrechtliche Frage, welche nur zur Prüfung kommen kann, wenn das Kartellgesetz für anwendbar erachtet wird. Diese Position wird in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates nochmals ausdrücklich bestätigt.

130. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass auch nach traditioneller (restriktiver) Interpretation kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG gegeben ist.

### **B.2.5 Ergebnis**

131. Es bestehen keine Vorbehalte gemäss Art. 3 Abs. 1 oder Abs. 2 KG, welche einer kartellrechtlichen Überprüfung des Sachverhaltes entgegenstehen. Bei der materiellen Prüfung sind die immaterialgüterrechtlichen Aspekte des Falles angemessen zu berücksichtigen.

## **B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

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

---

<sup>142</sup> Vgl. STAFFELBACH (FN 107), S. 63 f.; NEFF/ARN (FN 137), S. 299; STIRNIMANN (FN 123), S. 138, welcher ausführt, die Dekompilation von Schnittstelleninformationen lasse sich regelmässig nur unter prohibitivem Aufwand herstellen oder sei mit vielerlei Komplikationen verbunden. Vgl. auch die Ausführungen der EU-Kommission zum Reverse-engineering im Fall Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 683 ff., in welchen darauf hingewiesen wird, dass die Interoperabilität von Lösungen, welche mit Reverse-engineering erlangt werden, ein instabiles Geschäftsmodell darstellen, da die Interoperabilität durch ein einfaches (und legitimes) Upgrade wieder durchbrochen werden kann.

<sup>143</sup> Vgl. act. n° 103, S. 46 f.; act. n° 12.

### B.3.1 Überprüfung von Vergangenheitssachverhalten

133. Im vorliegenden Fall wurde die mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung mit Unterzeichnung der Geheimhaltungsvereinbarung zwischen Jeronimo und Card Solutions am 22. und 25. Januar 2007 und der damit verbundenen Offenlegung der Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion an Jeronimo aufgegeben. Dies bedeutet, dass in der vorliegenden Untersuchung über die kartellrechtliche Zulässigkeit eines abgeschlossenen Sachverhaltes zu befinden ist. Anlässlich der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes wurde mit einer Änderung des Wortlauts von Art. 27 Abs. 1 KG klargestellt, dass eine Untersuchung auch dann eröffnet bzw. weitergeführt werden muss, wenn das betroffene Unternehmen das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten vor oder während des Verfahrens aufgegeben hat. Dies gilt namentlich bei den direkt sanktionierbaren Tatbeständen, da die Aufgabe des Verhaltens nicht zum Ausschluss direkter Sanktionen führt.<sup>144</sup>

134. Die marktbeherrschende Stellung muss mindestens während der Dauer des missbräuchlichen Verhaltens gegeben sein, d.h. bis Ende 2006 (der Missbrauch und seine zeitliche Dauer werden in den Rz. 296 ff. untersucht und festgestellt, so dass an dieser Stelle und auch im Folgenden der Begriff des „missbräuchlichen Verhaltens“ verwendet wird, obwohl er erst später im Entscheid dargestellt wird). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, da bis heute eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

### B.3.2 Marktbeherrschende Stellung

135. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

136. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist somit nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.<sup>145</sup> Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.<sup>146</sup> Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische Marktbeherrschung“ vorliegt.

#### B.3.2.1 Relevante Märkte

137. Um festzustellen, ob sich Multipay und/oder Card Solutions tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten können, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

138. Es gilt in diesem Zusammenhang die Struktur des Falles zu berücksichtigen. Multipay wird vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiring-Markt auszunutzen, um auf dem benachbarten Terminalmarkt die Konkurrenten ihrer Schwestergesellschaft zu

---

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

<sup>145</sup> BOTSCHAFT 03 (FN 144), S. 2045.

<sup>146</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 146 ff., Rz. 92 ff.

benachteiligen.<sup>147</sup> Multipay macht ihrerseits geltend, massgeblich sei der Markt für Umrechnungsdienstleistungen.<sup>148</sup> Dementsprechend wird nachfolgend auf die Abgrenzung dieser drei Märkte eingegangen.

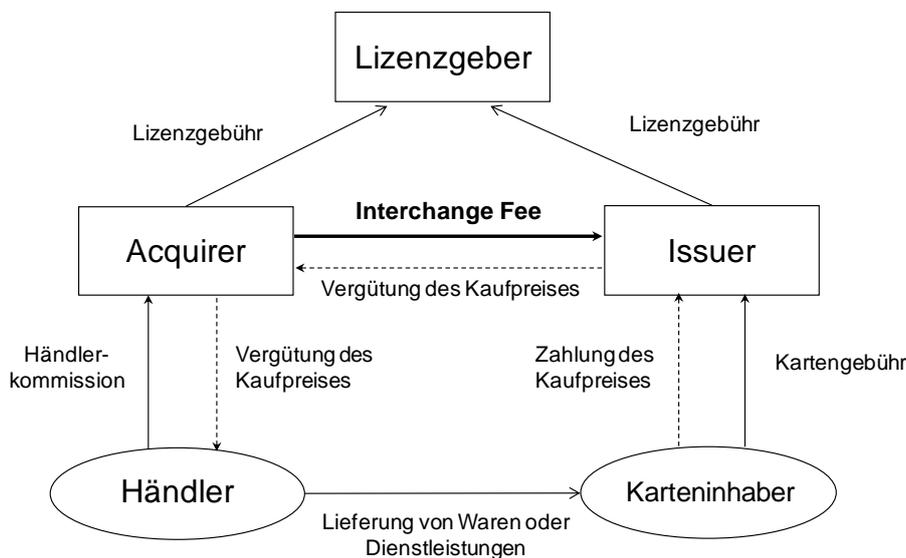
### B.3.2.1.1 Acquiring Markt

#### B.3.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

139. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU<sup>149</sup>, der hier analog anzuwenden ist).

140. Die Multipay ist unter anderem im Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie der Debitkarte Maestro tätig (vgl. oben Rz. 5). Acquirer sind Unternehmen, welche Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz der Karten anwerben und mit ihnen entsprechende Akzeptanzverträge abschliessen. Demgegenüber werden die Karten durch die sog. Issuer herausgegeben. Bei Visa, MasterCard sowie Maestro handelt es sich um 4-Parteien-Systeme.<sup>150</sup>

**Abbildung 5: Typisches 4-Parteien-Zahlkartensystem<sup>151</sup>**



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

<sup>147</sup> Vgl. die Marktabgrenzung in der Anzeige Jeronimo (act. n° 1), Rz. 29–37.

<sup>148</sup> Vgl. die Marktabgrenzung in der Stellungnahme Multipay (act. n° 128), Rz. 26–32, 45–49, 76.

<sup>149</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.49).

<sup>150</sup> Bei den 3-Parteien-Systemen wird Issuing und Acquiring durch dasselbe Unternehmen vorgenommen, vgl. RPW 2006/1, S. 70, Rz. 20 sowie unten Rz. 146.

<sup>151</sup> Beim Debitkartensystem Maestro ist keine Interchange Fee vorhanden, vgl. RPW 2006/4, S. 601 ff.

zen.<sup>152</sup> Auch in der Praxis der EU-Kommission wird zwischen Issuing und Acquiring unterschieden.<sup>153</sup>

142. Im vorliegenden Fall ist nur das Acquiring relevant, weshalb auf das Issuing nicht mehr eingegangen wird und nachfolgend nur die Acquiring-Märkte untersucht werden.

### **B.3.2.1.1.1.1 Kreditkarten-Acquiring**

#### **a. Praxis der Wettbewerbsbehörden**

143. Der Acquiring Markt wurde bereits in verschiedenen kartellrechtlichen Verfahren analysiert. Im Entscheid „Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft“ wurde im Jahr 2003 die von Kreditkarten-Acquirer angebotene Dienstleistung als „Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr“ definiert. Als Marktgegenseite wurden die Händler und Dienstleistungsanbieter (nachfolgend im Begriff „Händler“ zusammengefasst) identifiziert, welche den Zugang zum Kreditkartenzahlungssystem nachfragen und ihrerseits in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten. Dieser Entscheid enthält eine ausführliche Analyse, weshalb der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht durch den Zugang zu anderen Zahlungsverkehrssystemen (Bargeld, Post- und Bankgiroverkehr, Debitkarte, Prepaid-Karten, Check, Kundenkarten) substituiert werden kann. Die Weko gelangte zum Ergebnis, dass sich die Anschlüsse an verschiedene Zahlungsverkehrssysteme aus Sicht des Händlers ergänzen, da mit dem Anschluss an ein bestimmtes bargeldloses Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreicht werden kann. Es entspreche der Absicht des Händlers, möglichst viele Segmente zu erreichen, damit der Kunde in der Wahl seines Zahlungsmittels frei ist.<sup>154</sup>

144. Im Rahmen der Beschwerde gegen den vorgenannten Entscheid hat sich im Jahr 2005 die damalige REKO/WEF detailliert und unter Konsultation zahlreicher Publikationen mit der Marktabgrenzung der Weko auseinandergesetzt. Die REKO/WEF hat den Grundsatz bestätigt, dass sich der Zugang zum Kreditkartensystem durch den Zugang zu anderen Zahlungsverkehrssystemen nicht vollständig substituieren lässt. Sie hat ergänzend darauf hingewiesen, dass Debit- und Wertkarten durch die Banken und die Post primär dazu lanciert wurden, die mit dem Bargeld verbundenen Aufwendungen zu reduzieren. Demgegenüber stehe bei den Anbietern von Kreditkarten die Erzielung von Gewinnen im Vordergrund. Die REKO/WEF ist sogar noch weiter gegangen und hat im Bereich der Kreditkarten eine engere Marktabgrenzung vorgenommen als die Weko. Sie hat den „Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Kreditkartentypen“ als sachlich relevanten Markt abgegrenzt, da diese zwar für den Endkonsumenten im Wettbewerb stehen würden, auf Stufe der Händler jedoch von der Komplementarität der einzelnen Kreditkartenmarken auszugehen sei, solange nicht die Mehrheit der Kunden über alle Kreditkarten verfügen würden. Demnach seien jeweils eigene Märkte für das Acquiring von VISA, Mastercard, American Express (Amex) und Diners Club (Diners) zu unterscheiden.<sup>155</sup>

145. In der Untersuchung „Kreditkarten/Interchange Fee“ setzte sich die Weko im Jahr 2005 erneut mit dem Acquiring Markt auseinander. Zur Abklärung der Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln wurde eine schriftliche Händlerbefragung

---

<sup>152</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 85 ff., Rz. 162 ff.; RPW 2006/4, S. 609 ff., Rz. 68 ff. und S. 617 ff., Rz. 142; RPW 2009/2, S. 137 ff., Rz. 133 ff.

<sup>153</sup> Vgl. ausführlich der Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 77 ff. (insbes. Rz. 282); Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002 i.S. Visa (COMP/29.373), Rz. 43 und 65 f.; Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe (COMP/37.860), S. 14 ff., Rz. 39 ff. (Unternehmenszusammenschluss).

<sup>154</sup> Vgl. RPW 2003/1, S. 118 ff., Rz. 71 ff., insbes. S. 131 f., Rz. 143 ff.

<sup>155</sup> Vgl. RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7.

durchgeführt. Die Befragung bestätigte die Auffassung, dass aus Sicht der Händler die anderen Zahlungsmittel (z.B. Debitkarte, Rechnung, Wertkarte, Check, Kundenkarte) keine genügend nahen Substitute zu Kreditkarten darstellen, um in den sachlich relevanten Markt einbezogen zu werden.<sup>156</sup>

146. Weiter wurde in dieser Entscheidung zwischen den 4-Parteien-Systemen von Visa und MasterCard und den 3-Parteien-Systemen von American Express, Diners Club und JCB unterschieden. Die 3-Parteien-Systeme unterscheiden sich strukturell von den 4-Parteien-Systemen, indem das Issuing und das Acquiring durch dasselbe Unternehmen getätigt wird. In der Untersuchung wurde festgehalten, dass sich die 3-Parteien-Systeme wesentlich von den 4-Parteien-Systemen unterscheiden, da sie weit höhere Händlerkommissionen verlangen, eine geringere Verbreitung bei den Karteninhabern und eine geringere Akzeptanz bei den Händlern vorweisen. Deshalb wurden die 3-Parteien-Systeme als Nischenprodukte qualifiziert, welche keine Substitute zu den 4-Parteien-Systemen Visa und MasterCard darstellen.<sup>157</sup>

147. Bezüglich der Marktabgrenzung zwischen Visa und MasterCard hat die Weko die Frage offen gelassen, ob im Sinne der Rechtsprechung REKO/WEF zwei unterschiedliche Märkte für die beiden Kreditkartenmarken abzugrenzen sind. Die Weko begründete dies damit, dass sämtliche Issuer und Acquirer in der Schweiz gleichzeitig sowohl Visa als auch MasterCard anbieten würden (sog. „Dual Branding“). Zudem bestehe kein Systemwettbewerb zwischen den beiden Marken. Dabei wies die Weko auf den Umstand hin, dass die Händler in der Regel für Visa und MasterCard dieselbe Kommission bezahlen (sog. „Blended Rates“).<sup>158</sup>

148. Die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden ist konkreter als die Praxis der EU-Kommission, ohne dieser allerdings zu widersprechen. Der MasterCard-Entscheid der EU-Kommission aus dem Jahr 2007 hält fest, dass das Acquiring von Zahlkarten nicht durch Dienstleistungen im Bereich Bargeld, Check, Bankgiro oder Lastschriftverfahren substituiert werden kann. Die Frage ob zwischen Debit- und Kreditkartenacquiring zu unterscheiden ist und ob bezüglich MasterCard ein eigener Markt abzugrenzen ist, wird offen gelassen.<sup>159</sup>

#### **b. Fortführung der Praxis im vorliegenden Fall**

149. Es gibt im vorliegenden Fall keinen Anlass, von der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden abzuweichen. Die Gründe, welche zur Herausbildung der bisherigen Praxis geführt haben, sind nach wie vor aktuell. Dies wird durch die nachfolgenden Ausführungen unterstrichen:

---

<sup>156</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 86 ff., Rz. 168 ff.

<sup>157</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 102 f., Rz. 302 ff.

<sup>158</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 90, Rz. 190 ff. und S. 103 f., Rz. 310 ff.

<sup>159</sup> Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), S. 77 ff. (insbes. Rz. 307). Vgl. zur Marktabgrenzung in der EU auch der Entscheidung der EU-Kommission vom 3. Oktober 2008 i.S. American Express/Fortis/Alpha Card (COMP/M.5241), Rz. 28 ff. (Unternehmenszusammenschluss): „In a similar vein in the previous case practice it has been indicated that the merchant acquiring market may further be subdivided according to the type of scheme organisation (international / domestic), customer type (consumer/commercial), type of card (debit/credit) or according to the brand (American Express Personal Green Card/Personal Gold Card/Personal Platinum Card/Corporate Card/Visa/Visa electron/V pay/MasterCard/Maestro etc.).“ Im konkreten Fall konnte die Frage nach einer engeren Marktabgrenzung offen gelassen werden.

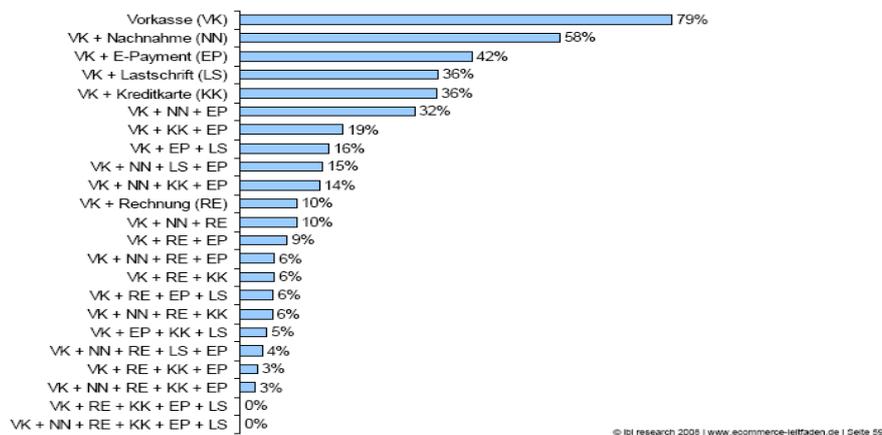
aa) Abgrenzung von anderen Zahlungsmitteln

150. Die aktuelle Studie „Erfolgsfaktor Payment – Der Einfluss der Zahlungsverfahren auf Ihren Umsatz“<sup>160</sup> bestätigt für den Bereich des Onlinehandels die Auffassung, dass die *unterschiedlichen Zahlungsmittel keine Substitute* darstellen, sondern komplementär sind. Nur durch die kombinierte Annahme mehrerer Zahlungsverfahren (Vorkasse, Rechnung, Kreditkarte, E-Payment) können die Onlinehändler die Kaufabbruchquote reduzieren, wie folgende Abbildung aus der Studie aufzeigt:

**Abbildung 6: Abbruchquoten im Onlinehandel in Abhängigkeit der Zahlungsverfahren**

Mit zunehmender Anzahl an Zahlungsverfahren sinkt tendenziell die Kaufabbruchquote

**Abbruchquoten in Abhängigkeit vom Zahlungsverfahrensportfolio**



151. Debitkarten werden in der Studie nicht erwähnt, da sie in Deutschland – wie auch in der Schweiz – derzeit noch nicht für Online-Zahlungen eingesetzt werden können. Auf die Unterscheidung zwischen Debit- und Kreditkarte wird unten bei der Abgrenzung des Debitkarten-Acquiring vertieft eingegangen (vgl. unten Rz. 157 ff. insbesondere 163 ff.).

bb) Abgrenzung zwischen 3- und 4-Parteien-Systemen

152. Aufgrund der Rechtsprechung der REKOWEF ist vom Grundsatz auszugehen, dass kein einheitlicher Markt für das Kreditkartenacquiring abzugrenzen ist, sondern dass die einzelnen Kreditkartennetzwerke für die Händler keine Substitute darstellen und damit separate sachlich relevante Märkte bilden.

153. Dies lässt sich daraus ersehen, dass zahlreiche Händler trotz höherer Kommissionen und geringerer Verbreitung die Karten der 3-Parteien-Systeme Amex und Diners akzeptieren:

<sup>160</sup> ibi research an der Universität Regensburg (Thomas Krabichler, Georg Wittmann, Dr. Ernst Stahl, Markus Breitschaft), 2008, Studienergebnisse auf der Homepage der Card Solutions ([www.six-card-solutions.com/EN/Downloadcenter/gut\\_zu\\_wissen\\_Erfolgsfaktor\\_Payment.pdf](http://www.six-card-solutions.com/EN/Downloadcenter/gut_zu_wissen_Erfolgsfaktor_Payment.pdf); 29.11.2010).

**Tabelle 1: Marktanteile Kreditkartennetzwerke**

Kreditkartennetzwerk	Akzeptanzstellen	Karteninhaber	Marktanteil Karteninhaber
Visa <sup>161</sup>	über 100'000	1.7 Mio.	40%
MasterCard	über 100'000	2.3 Mio.	54%
Amex	über 70'000 <sup>162</sup>	200'000 <sup>163</sup>	5%
Diners	über 65'000 <sup>164</sup>	40'000 <sup>165</sup>	1%

154. Wären die unterschiedlichen Kartennetzwerke Substitute, so würden die Händler diese Karten durch die günstigeren Visa und MasterCard-Kreditkarten ersetzen. Die Zahlen zeigen zudem auf, dass die Marktsituation der 3-Parteien-Systeme seit der Untersuchung „Kreditkarten Interchange Fees“ kaum verändert hat<sup>166</sup>, so dass sie nach wie vor als Nischenprodukte betrachtet werden können, welche aus Händlersicht keine Substitute zu Visa und MasterCard darstellen (vgl. oben Rz. 146).

cc) *Abgrenzung eines gemeinsamen Marktes für Visa und MasterCard*

155. Eine Abweichung vom Grundsatz, dass einzelne Kreditkartennetzwerke eigene sachlich relevante Märkte darstellen, bilden die beiden Kreditkartennetzwerke von Visa und MasterCard. Wie bereits im Entscheid „Kreditkarten/Interchange Fee“ festgehalten wurde, kann aufgrund spezifischer Umstände von einem gemeinsamen Markt für das *Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard* ausgegangen werden. Nach wie vor bieten sämtliche in der Schweiz tätigen Acquirer gleichzeitig das Acquiring der Marken Visa und MasterCard an.<sup>167</sup> Bei der grossen Mehrheit der Händler kommen für Visa und MasterCard einheitliche Kommissionssätze (Blended Rates) zur Anwendung. Eine Preisdifferenzierung zwischen MasterCard und Visa erscheint derzeit weder von den Acquirern noch von den Händlern erwünscht. Dies ergibt sich aus folgenden Antworten der Acquirer:

- Aduno: „Wir verwenden für unsere Angebote im Segment der grossen Accounts (Key Accounts und sonstige grosse Merchants, welche eine individuelle Preisgestaltung erfordern) über eine fixierte Preisliste eine „Blended Rate“ an. Lediglich im Key Account haben wir für einige wenige Kunden zwischen Visa und MasterCard differenziert. Gemäss unserer Erfahrung ist eine systematische Preisdifferenzierung auch in diesem Segment von Seite des Merchants nicht erwünscht.“<sup>168</sup>

<sup>161</sup> Die Zahlen für Visa und MasterCard stammen von der Website der Multipay ([www.currency-iso.org/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_acceptance/c.htm](http://www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm); 29.11.2010).

<sup>162</sup> [www.swisscard.ch/d/produkte/geschaefstkunden/kreditkarten\\_akzeptanzpartner.php](http://www.swisscard.ch/d/produkte/geschaefstkunden/kreditkarten_akzeptanzpartner.php) (29.11.2010).

<sup>163</sup> [www.americanexpress.ch/d/merchants/index.php](http://www.americanexpress.ch/d/merchants/index.php) (29.11.2010).

<sup>164</sup> [www.dinersclub.ch/de/services-fuer-kunden/akzeptanzstellen.html](http://www.dinersclub.ch/de/services-fuer-kunden/akzeptanzstellen.html) (29.11.2010).

<sup>165</sup> Pressemitteilung der Multipay vom 13.08.2009: „SIX Multipay bietet neu die Akzeptanz und Verarbeitung von Diners Club und Discover an“ ([www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six\\_multipay](http://www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six_multipay); 29.11.2010).

<sup>166</sup> Die öffentlich verfügbaren Zahlen wurden mit den beim Sekretariat vorhandenen vertraulichen Angaben überprüft, und es sind keine erheblichen Abweichungen festzustellen.

<sup>167</sup> Im Issuing sind Issuer auf den Markt getreten, welche derzeit nur eine der beiden Marken herausgeben. So gibt die GE Money Bank bisher nur MasterCard, die Jelvoli Bonus Card AG nur Visa-Kreditkarten heraus. Bei der PostFinance sind hingegen beide Marken erhältlich.

<sup>168</sup> Vgl. act. no 83, Antwort der Aduno auf Frage 4b.

- Multipay: „[Aussage zu Blended Rates]“<sup>169</sup>

156. Diese Aussagen der Acquirer deuten darauf hin, dass zumindest im Verhältnis zwischen Acquirer und Händler der Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard keine Rolle spielt. Letztlich kann aber im vorliegenden Verfahren die Frage, ob für Visa und Mastercard nicht jeweils separate Märkte abzugrenzen wären, offen gelassen werden, da Multipay – wie nachfolgend dargestellt wird – auch bei einer solch engen Marktabgrenzung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. unten B.3.2.1.2a).

### **B.3.2.1.1.1.2 Debitkarten-Acquiring**

#### **a. Praxis der Wettbewerbsbehörden**

157. Aus der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden geht hervor, dass ein eingeständiger Markt für den Zugang zum Debitkartensystem (Debitkarten-Acquiring) abzugrenzen ist, welcher sich namentlich vom Kreditkartenaquiring unterscheidet:

158. Im Entscheid „Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft“ aus dem Jahr 2003 wurden neben mehreren Unterschieden zwischen Kredit- und Debitkarten für den Kartenkunden (insbesondere die direkte Abbuchung der Debitkartenzahlung vom Konto) auch aus Sicht des Händlers diverse Elemente ausgemacht, welche Kredit- von Debitkarten unterscheiden. So wurde auf die unterschiedlichen Kosten der beiden Kartensysteme für den Händler hingewiesen sowie darauf, dass bei Debitkarten dem Händler eine fixe Gebühr pro Transaktion belastet wird (anstatt einer Kommission, die sich in Prozentpunkten des Transaktionsbetrags bemisst). Schliesslich wurde festgehalten, dass praktisch überall im Handel Kredit- und Debitkarten gleichzeitig akzeptiert werden und der Händler bei einem Verzicht auf die Akzeptanz von Debitkarten mit Einnahmeausfällen rechnen müsste, die er nicht mit dem Zugang zum Kreditkartenverkehr kompensieren kann.<sup>170</sup>

159. Die REKO/WEF hat im Jahr 2005 bestätigt, dass aus Händlersicht der Zugang zu Debitkarten und der Zugang zu den einzelnen Kreditkartensystemen keine Substitute darstellen. Die REKO/WEF führte aus, dass die unterschiedlichen Eigenschaften von Kredit- und Debitkarten (Kreditfunktion, „Goodies“) im Einzelfall für den Transaktionsentscheid des Kunden erheblich sein können und daher auch in der Kosten-Nutzen-Analyse des Händlers beachtlich seien. Die REKO/WEF geht von der Komplementarität der einzelnen Zahlungsmittel aus (vgl. auch oben Rz. 144), da der Händler mit der Annahme einzelner bargeldloser Zahlungsmittel immer nur denjenigen Kunden erreiche, welcher bereit und in der Lage ist, die ins Auge gefasste Transaktion mit dem entsprechenden unbaren Zahlungsmittel abzuschliessen, selbst wenn sie über mehrere Zahlungsmittel verfügen würden.<sup>171</sup>

160. Die im Rahmen der Untersuchung „Kreditkarten – Interchange Fee“ durchgeführte Händlerbefragung stützt die Auffassung, dass die Händler Zahlungsmittel ohne oder mit tiefen Kommissionen bevorzugen. Nebst diesen direkten Kosten wurde von den Händlern auch die schnellere Verfügbarkeit von Barzahlungen und Zahlungen mittels Debitkarten als Vorteil gegenüber Kreditkarten und Rechnungsstellungen genannt. Rund ein Drittel der Händler gab an, Massnahmen zu ergreifen, um die Zahlung mit diesen präferierten Zahlungsmitteln zu fördern. Aufgrund der Händlerbefragung gelangte die Weko zu Schluss, dass Debit- und Kreditkarten aus Sicht der Händler keine Substitute darstellen.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Vgl. act. no 103, Antwort der Multipay auf Frage 4b.

<sup>170</sup> RPW 2003/1, S. 126 ff., Rz. 117 ff.

<sup>171</sup> Vgl. RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7.

<sup>172</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 88 ff., Rz. 181 ff.

161. Die Wettbewerbsbehörden haben sich in neuerer Zeit in zwei Vorabklärungen mit den Debitkartensystemen auseinandergesetzt. Im Schlussbericht der Vorabklärung bezüglich „Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay“ wird darauf hingewiesen, dass sich unterschiedliche Einsatzgebiete der verschiedenen Kartenarten herausgebildet haben: grössere Beträge würden vorzugsweise mit der Kreditkarte beglichen, während für Güter des täglichen Bedarfs die Debitkarte zur Anwendung komme (bei mittleren Beträgen bestehe Konkurrenz zwischen Kredit- und Debitkarten). Weiter wurde ausgeführt, dass im Jahr 2001 jede erwachsene Person in der Schweiz durchschnittlich über eine Debitkarte verfügte. Im Schlussbericht wird daher ein eigener Markt für das Debitkarten-Acquiring abgegrenzt, welcher in analoger Anwendung der Rechtsprechung der REKO/WEF zu den Kreditkarten zudem auf den Zugang zu den jeweiligen Debitkarten-Netzwerken reduziert wird. Im Schlussbericht wurde daher von separaten Märkten für den Zugang zu den Debitkartensystemen Maestro, Postfinance Card und M-Card ausgegangen.<sup>173</sup>

162. Die aktuellste Analyse des Debitkarten-Acquiring erfolgte in der Vorabklärung „Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY“. Der Schlussbericht hält fest, dass auf Ebene des Händlers zwischen den internationalen Debitkartenprodukten Maestro und V PAY und den nationalen Debitkartenprodukten Postfinance Card und M-Card zu unterscheiden ist<sup>174</sup>: „Durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme ermöglicht der Händler auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung“.<sup>175</sup> Der Schlussbericht weist weiter auf die grosse Verbreitung von Maestro bei den Kreditkarteninhabern hin, weshalb davon auszugehen sei, dass für den Händler die Akzeptanz von Maestro und die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. der M-Card keine Substitute darstellten. Bezüglich der beiden internationalen Debitkartensystemen Maestro und V PAY geht der Schlussbericht von einer asymmetrischen Substituierbarkeit aus: Da V PAY noch gar nicht auf dem Markt ist, können die Händler zumindest während der Markteintrittsphase die Akzeptanz von V PAY verweigern und nur Maestro akzeptieren, d.h. Maestro ist nicht durch V PAY, aber V PAY durch Maestro substituierbar.<sup>176</sup>

#### **b. Fortführung der Praxis im vorliegenden Fall**

163. An der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden kann auch im vorliegenden Fall festgehalten werden:

164. Dies gilt zunächst für die Abgrenzung des Debit- vom Kreditkartenacquiring. Es bestehen für den Händler nach wie vor wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Produkten. So sind die Kosten für die Kreditkartenakzeptanz erheblich höher als für die Debitkartenakzeptanz. Bei den Kreditkarten betrug im Jahr 2008 die durchschnittliche Händlerkommission (Merchant Service Charge) rund [1.5–3.0]% während für die Verarbeitung von Maestro-Transaktionen durchschnittlich CHF [0.20–0.30] pro Transaktion verrechnet wird, was bei einem durchschnittlichen Betrag einer Debitkartentransaktion von CHF 84.-- einer durchschnittlichen Kommission von [0,24–0,36]% entsprechen würde. Die unterschiedlichen Kosten von Kredit- und Debitkarten für den Händler sowie die unterschiedlichen Pricing-Modelle sprechen dafür, dass für den Händler der Zugang zu Debitkartensystemen und derjenige zu Kreditkartensystemen keine Substitute darstellen. Dies wird weiter dadurch belegt, dass die meisten Händler trotz Preisunterschieden beide Produkte akzeptieren. So verfügten im Jahr

---

<sup>173</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 610 f., Rz. 73 ff. und S. 617 f., Rz. 142 ff.

<sup>174</sup> Die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Debitkartensystem ist auch für den Karteninhaber aufgrund der Einsatzmöglichkeiten der Karte im In- und Ausland von Bedeutung, vgl. RPW 2009/2, S. 133, Rz. 99 ff.

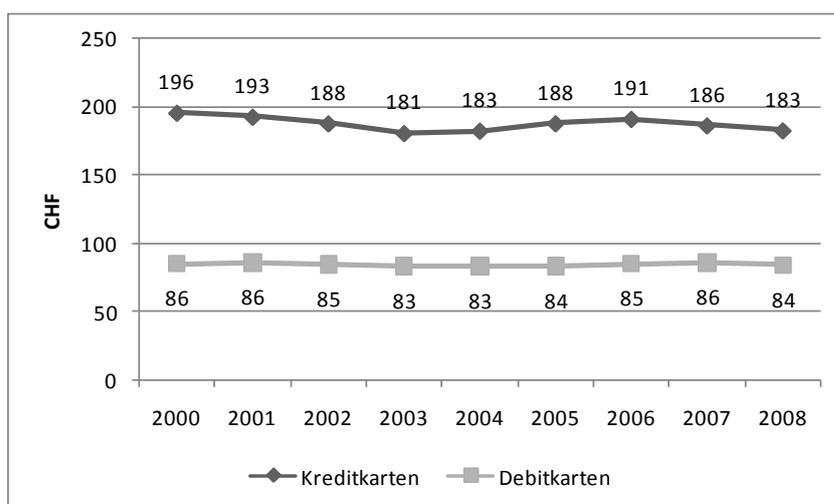
<sup>175</sup> RPW 2009/2, S. 133, Rz. 103.

<sup>176</sup> RPW 2009/2, S. 134, Rz. 106.

2008 rund [60–70]% der Händler gleichzeitig über einen Kredit- und einen Debitkartenakzeptanzvertrag.

165. Neben diesem wesentlichen Unterschied, welcher direkt beim Händler anfällt, führt der unterschiedliche Einsatz von Debit- und Kreditkarten durch den Kunden dazu, dass diese auch auf Händlerstufe keine Substitute darstellen. So werden Kreditkarten nach wie vor weniger häufig, dafür für grössere Transaktionsbeträge eingesetzt als Debitkarten. Gemäss der Studie Cards 06 werden Debitkarten für die Zahlung kleinerer und mittlerer Beträge bis etwa CHF 1'000.-- eingesetzt, während Kreditkarten für Beträge bis etwa CHF 10'000.-- verwendet werden.<sup>177</sup> Die unterschiedliche Verwendung wird auch durch den durchschnittlichen Transaktionsbetrag von Debit- und Kreditkarten in nachfolgender Grafik belegt:

**Abbildung 7: Durchschnittlicher Transaktionsbetrag von Kredit- und Debitkarten**



Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

166. Aus den Statistiken der SNB geht weiter hervor, dass im Jahr 2008 rund dreimal mehr Transaktionen mit Debit- als mit Kreditkarten erfolgt sind (der genaue Faktor ist 2,7). Eine einzelne Kreditkarte wurde im Jahr 2008 rund 27 mal eingesetzt, die einzelne Debitkarte hingegen rund 43 mal.<sup>178</sup> Angesichts des häufigeren Gebrauchs der Debitkarten ist es für einen Händler nicht möglich, deren Annahme durch die Annahme von Kreditkarten zu substituieren. Kommt hinzu, dass die Verbreitung der Debitkarten (im Jahr 2008 waren rund 7,6 Mio. Karten im Umlauf) immer noch wesentlich grösser ist als diejenige der Kreditkarten (rund 4,5 Mio. Karten). In Weiterführung der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ist das Debitkarten- jedenfalls vom Kreditkartenacquiring abzugrenzen.

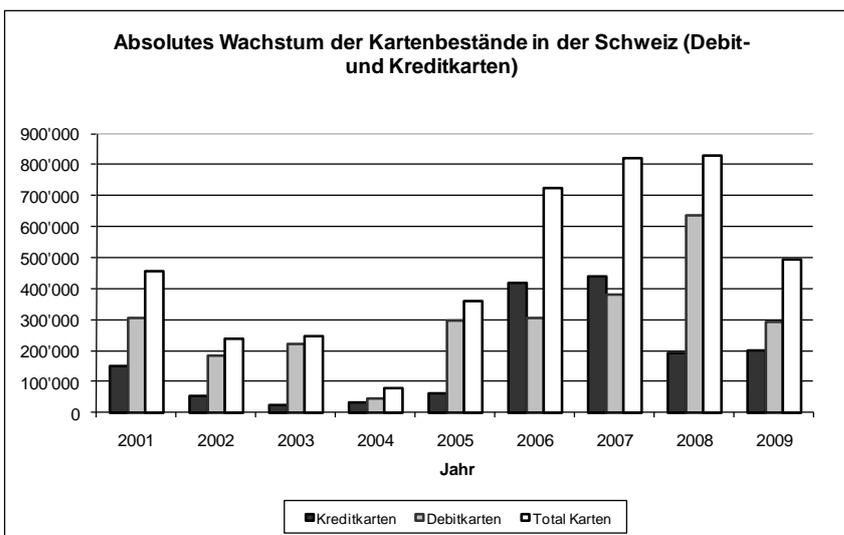
167. Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass die Studie Cards 06 festgehalten hat, dass es „keinen fundierten Anhaltspunkt [gibt], dass die Debit- und Kreditkarten Substitute sind“. Dabei wurde in der Studie darauf hingewiesen, dass das absolute Wachstum der Kartenbestände der beiden Kartenkategorien statistisch signifikant positiv korreliert, dass jedoch eine negative Korrelation zu erwarten wäre, falls Debit- und Kreditkarten Substitute darstellen würden.<sup>179</sup> Die positive Korrelation des Wachstums der beiden Kartentypen dauert bis heute an:

<sup>177</sup> URS BERNEGGER/MICHEL MARÉCHAL/RUEDI MINSCH, Cards 06 – Entwicklungsperspektiven für den Schweizer Kartenmarkt, Dez. 2006 (Beilage 4 zu act. n° 103).

<sup>178</sup> Anzahl Transaktionen/Anzahl Karten. Da die Anzahl Debitkarten grösser ist als die Anzahl Kreditkarten, ist der Faktor von Debit zu Kredit tiefer als 2,7.

<sup>179</sup> Cards 06 (FN 177), S. 39.

**Abbildung 8: Absolutes Wachstum der Debit- und Kreditkartenbestände**



Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

168. Es stellt sich weiter die Frage, ob der Standpunkt der REKO/WEF, wonach die Netzwerke der einzelnen Kreditkarten eigene relevante Märkte bilden, analog für die Debitkarten gilt. In der Schweiz gibt es aktuell neben dem Maestro-System folgende Debitkartensysteme: die Postfinance Card der Postfinance und die M-Card der Migrosbank. Zudem ist die Einführung von V PAY von Visa Europe auf dem Schweizer Markt vorgesehen.<sup>180</sup>

169. Aufgrund der grossen Verbreitung von Maestro bei den Karteninhabern in der Schweiz (im Jahr 2008 waren ca. 5 Mio. emittierte Maestro-Karten im Umlauf, das entspricht knapp einer Maestro-Karte pro Erwachsener) kann der Händler die Akzeptanz von Maestro nicht durch die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. der M-Card substituieren.

170. Die Postfinance Card und die M-Card sind als sogenannte proprietäre 3-Parteien Debitkartensysteme ausgestaltet, während Maestro und V PAY 4-Parteien Lizenzsysteme sind. Maestro und V PAY sind internationale Debitkartenprodukte, welche welt- bzw. europaweit zur Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen am POS sowie für Bargeldbezüge an Bankomaten eingesetzt werden können. Demgegenüber sind Postfinance Card und M-Card nationale Kartenprodukte, welche nur in der Schweiz herausgegeben und eingesetzt werden können.<sup>181</sup> Wie bereits im Schlussbericht V PAY ausgeführt wurde, hat dies für den Händler zur Folge, dass er durch den Anschluss an eines der internationalen Debitkartensysteme auch ausländischen Kunden die bargeldlose Bezahlung ermöglicht, was bei der Postfinance Card und der M-Card nicht der Fall ist. Eine Substituierung der Akzeptanz von Maestro oder V PAY durch die beiden nationalen Debitkartensysteme ist diesbezüglich ausgeschlossen.

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

<sup>180</sup> RPW 2009/2, S. 122 ff.

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

172. Aufgrund der obigen Erwägungen wird das **Maestro-Acquiring** als sachlich relevanter Markt abgegrenzt.

173. Bis zum Jahr 2006 verfügte in der Schweiz ausschliesslich Multipay über eine Maestro-Lizenz. Seit der Vergabe der Maestro-Lizenz an alle in der Schweiz aktiven Acquirer können alle Kreditkarten-Acquirer auch Debitkarten abwickeln und tun dies auch. Es könnte daher vorgebracht werden, dass bei den Kreditkarten unter anderem aufgrund des Dual Branding von Visa und MasterCard von einem gemeinsamen Markt ausgegangen wird, so dass bei einem „Triple Branding“ von Visa, MasterCard und Maestro ebenfalls ein einheitlicher Markt abzugrenzen sei. Dies ist deshalb nicht zutreffend, weil zwischen den beiden Kreditkarten und Maestro für die Händler – wie bereits erwähnt – ein erheblicher Kostenunterschied besteht und kein „Blending“ zwischen den beiden Kreditkarten und Maestro stattfindet. Allerdings wird unten aufgezeigt werden, dass Multipay selbst bei einer solchen weiten Marktabgrenzung (Acquiring für Maestro, Visa und MasterCard) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

#### **B.3.2.1.1.2 Räumlich relevanter Markt**

174. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

175. Die Weko hat im Fall „Kreditkarten/Interchange Fee“ festgehalten, dass es sich aufgrund der geringen Bedeutung des Crossborder-Acquirings rechtfertigt, von einem nationalen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr auszugehen.<sup>182</sup> Gleichzeitig wird in dieser Entscheidung die Bedeutung der räumlichen Marktabgrenzung für das Acquiring-Geschäft relativiert. Für schweizerische Händler ist unerheblich, wo ein Acquirer domiziliert ist. Vielmehr ist entscheidend, welche Acquirer mit ihrem Angebot in der Schweiz aktiv sind.<sup>183</sup>

176. Wie bereits zum Zeitpunkt des Entscheides „Kreditkarten-Interchange Fee“ sind in der Schweiz die beiden nationalen Acquirer Aduno und Multipay, sowie die beiden deutschen Acquirer B&S und Concardis aktiv. Die Marktsituation hat sich kaum verändert, so dass nach wie vor ein nationaler Markt unter Einbezug von B&S und ConCardis abzugrenzen ist.

177. Diese Praxis stimmt auch mit derjenigen der EU-Kommission überein, welche in aktuellen Entscheiden nach wie vor von nationalen Acquiringmärkten ausgeht.<sup>184</sup>

178. Die Erwägungen für die räumliche Marktabgrenzung beim Kreditkarten-Acquiring können analog für das Debitkarten-Acquiring übernommen werden. Zumal alle Acquirer, welche in der Schweiz tätig sind, sowohl Debit- als auch Kreditkarten-Acquiring betreiben.

---

<sup>182</sup> RPW 2006/1, S. 91, Rz. 194 ff.

<sup>183</sup> RPW 2006/1, S. 91, Rz. 200.

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

### B.3.2.1.1.3 Marktstellung

179. Nach der Abgrenzung der relevanten Acquiringmärkte gilt es nun zu prüfen, ob die Multipay eine marktbeherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

180. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potenzieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.<sup>185</sup> Diese Praxis entspricht auch der neuesten Mitteilung der EU-Kommission, gemäss welcher folgende Faktoren zu prüfen sind: (1) der Wettbewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Marktstellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wettbewerbsdruck aufgrund der drohenden Expansion bereits vorhandener Wettbewerber oder des drohenden Markteintritts potenzieller Wettbewerber (Expansion und Markteintritt); und (3) der Wettbewerbsdruck aufgrund der Verhandlungsstärke der Abnehmer (Nachfragemacht).<sup>186</sup>

#### B.3.2.1.1.3.1 Kreditkarten-Acquiring

181. Die Marktstellung der Multipay im Bereich des Kreditkarten-Acquirings wurde im Jahr 2004 im Rahmen der Prüfung von vorsorglichen Massnahmen gegen die Multipay im Fall „Cornè Banca SA/Telekurs AG“ analysiert.<sup>187</sup> Die Wettbewerbskommission gelangte damals aufgrund der hohen Marktanteile von Multipay sowie des Mangels an ernsthafter potenzieller Konkurrenz zum Ergebnis, es sei glaubhaft, dass Multipay auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.<sup>188</sup>

182. In der Untersuchung „Kreditkarten/Interchange Fee“ wurde die Marktstellung von Multipay im Bereich des Kreditkarten-Acquiring ebenfalls geprüft. Da es sich in diesem Fall um eine Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG handelte, wurde nicht darüber befunden, ob Multipay über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Es wurde aber festgehalten, dass die hohen Marktanteile auf eine dominante Stellung der Multipay im Kreditkarten-Acquiring hindeuten.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 395, Rz. 106; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 91; RPW 2004/3, S. 882 f. Ziff. 4.4.

<sup>186</sup> Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.“, S. 6 ff.; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF> (nachfolgend: *Mitteilung zu Art. 82 EGV*; 29.11.2010). Dieselben Kriterien finden sich auch in den Recommended Practices des ICN aus dem Jahr zu „Dominance/Substantial Market Power Analysis pursuant to Unilateral Conduct Laws“ ([www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf); 29.11.2010).

<sup>187</sup> RPW 2004/4, S. 1002 ff.

<sup>188</sup> RPW 2004/4, S. 1009 ff., Rz. 36 ff. (insbes. Rz. 47).

<sup>189</sup> RPW 2006/1, S. 95, Rz. 243.

**a. Aktueller Wettbewerb**

**aa. Analyse der Marktstruktur**

183. Ein aufschlussreicher Indikator für die Marktstruktur und die relative Bedeutung der auf dem Markt tätigen Unternehmen sind die Marktanteile. Allgemein gilt: Je höher der Marktanteil eines Unternehmens und je länger dieser Marktanteil gehalten wird, desto wahrscheinlicher liegt eine marktbeherrschende Stellung vor.<sup>190</sup>

184. Zwar ist der Marktanteil i.d.R. nur ein Indiz, welches bei der Frage der Marktbeherrschung zu berücksichtigen ist.<sup>191</sup> Sehr hohe Marktanteile führen jedoch in der internationalen Praxis oftmals zu einer Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. In der europäischen Praxis wird bei einem Marktanteil von mehr als 50% – sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen – von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen.<sup>192</sup> Auch gemäss der früheren REKO/WEF bildet ein Marktanteil von 50% die „kritische Schwelle“.<sup>193</sup>

185. Aussagekräftig ist nicht nur die absolute Höhe der Marktanteile, sondern insbesondere auch, wie hoch die Marktanteile im Verhältnis zu den Marktanteilen der Konkurrenten sind. Je grösser der Marktanteil eines Unternehmens im Verhältnis zu demjenigen seines nächstgrösseren Konkurrenten ist, desto wahrscheinlicher ist eine marktbeherrschende Stellung.<sup>194</sup>

186. Schliesslich ist von Bedeutung, wie sich die Marktanteile entwickelt haben. Werden hohe Marktanteile über eine längere Zeit gehalten (Dauerhaftigkeit, „persistence“), so spricht dies für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.<sup>195</sup>

187. Die folgende Grafik zeigt die Marktanteile und deren Entwicklung auf dem relevanten Markt für das Kreditkarten-Acquiring von Visa und MasterCard gemessen an den Umsätzen (sog. Merchant Service Volume, MSV) seit 2004:

---

<sup>190</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 13 und 15; vgl. auch CHRISTOPH LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in: Jusletter vom 2. November 2009, Rz. 32.

<sup>191</sup> Vgl. BGE 130 II 449 E. 5.7.2.

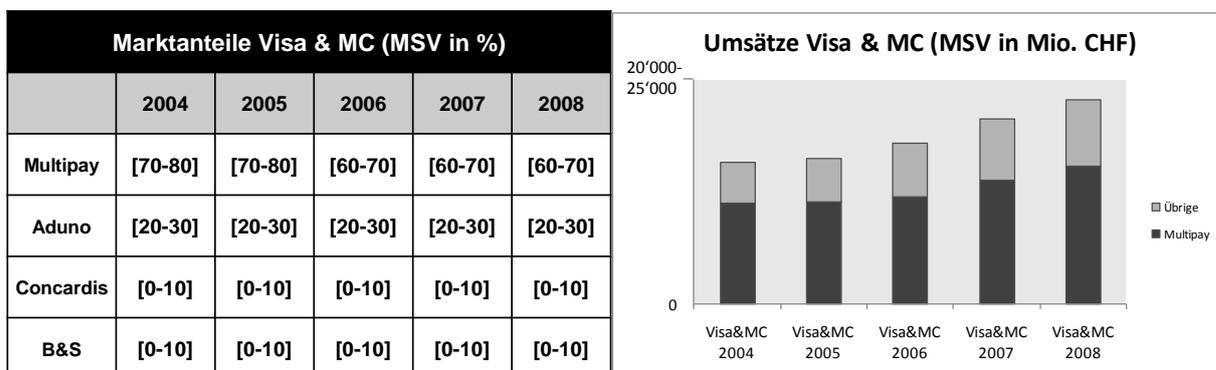
<sup>192</sup> Vgl. RPW 2006/2, S. 253 f., Rz. 57; DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, S. 11, Rz. 31 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; 29.11.2010); EVELYNE CLERC, in: Droit de la Concurrence, Commentaire romand, Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), Art. 4 al 2 LCart N 111 und 113; je mit Nachweisen.

<sup>193</sup> RPW 1999/4, S. 642 E. 5.1.2.; vgl. auch BORER (FN 115), Art. 4 N 20.

<sup>194</sup> Vgl. RPW 2006/2, S. 253 f., Rz. 57; RPW 2001/1, S. 101 f., Rz. 37.

<sup>195</sup> Vgl. RPW 2001/1, S. 101 f., Rz. 37; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 13 und 15; LÜSCHER (FN 190), Rz. 32.

**Abbildung 9: Marktanteile und Umsätze der Acquirer für Visa und MasterCard (2004–2008)<sup>196</sup>**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

188. Die Grafiken verdeutlichen folgende Punkte:

- Der Marktanteil von Multipay im Jahr 2008 von [60–70]% (bzw. [60-70]% im Jahr 2006) ist absolut betrachtet sehr hoch und überschreitet deutlich die Grenze von 50%, welche gemäss europäischer Praxis als Beweis für eine marktbeherrschende Stellung gilt (sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen).
- Der Marktanteil von Multipay ist auch im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern gross. Der grösste Konkurrent Aduno kommt im Jahr 2008 lediglich auf [20–30]% Marktanteil. Der Marktanteil der Multipay liegt damit rund [2-3] Mal höher als derjenige des nächsten Konkurrenten. Daneben sind nur noch zwei weitere Acquirer tätig, welche gemeinsam einen Marktanteil von nur rund [0–10]% auf sich vereinigen können.
- Der Marktanteil von Multipay ist über eine längere Zeitdauer, d.h. seit 4 Jahren bzw. dem Jahr 2004 stabil auf einem hohen Niveau von rund [60–70]% geblieben. Aus dem Verfahren „Cornè Banca SA/Telekurs“ lässt sich entnehmen, dass dieser hohe Marktanteil bereits im Jahr 2003 mit der Übernahme des Visa-Acquiringgeschäfts von der UBS Card Solutions entstanden ist. Der sich aus der Übernahme ergebende Marktanteil wurde von der Weko auf 60–80% geschätzt.<sup>197</sup>
- Die Entwicklung der Umsätze für Visa und MasterCard zeigt auf, dass Multipay in den letzten vier Jahren ihre Umsätze kontinuierlich steigern konnte. Dies deutet darauf hin, dass die Umsätze, welche die Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S aufbauen konnten, nicht zulasten des Umsatzes von Multipay erfolgt sind, sondern eher auf eine Expansion des Gesamtvolumens zurückzuführen sind.

189. Aufgrund der absoluten und relativen Marktanteile sowie der Marktanteilsentwicklung ist von einer marktbeherrschenden Stellung der Multipay auszugehen, sofern sich in der nachfolgenden Analyse nicht noch ausserordentliche Umstände ergeben, welche gegen diese Feststellung sprechen.

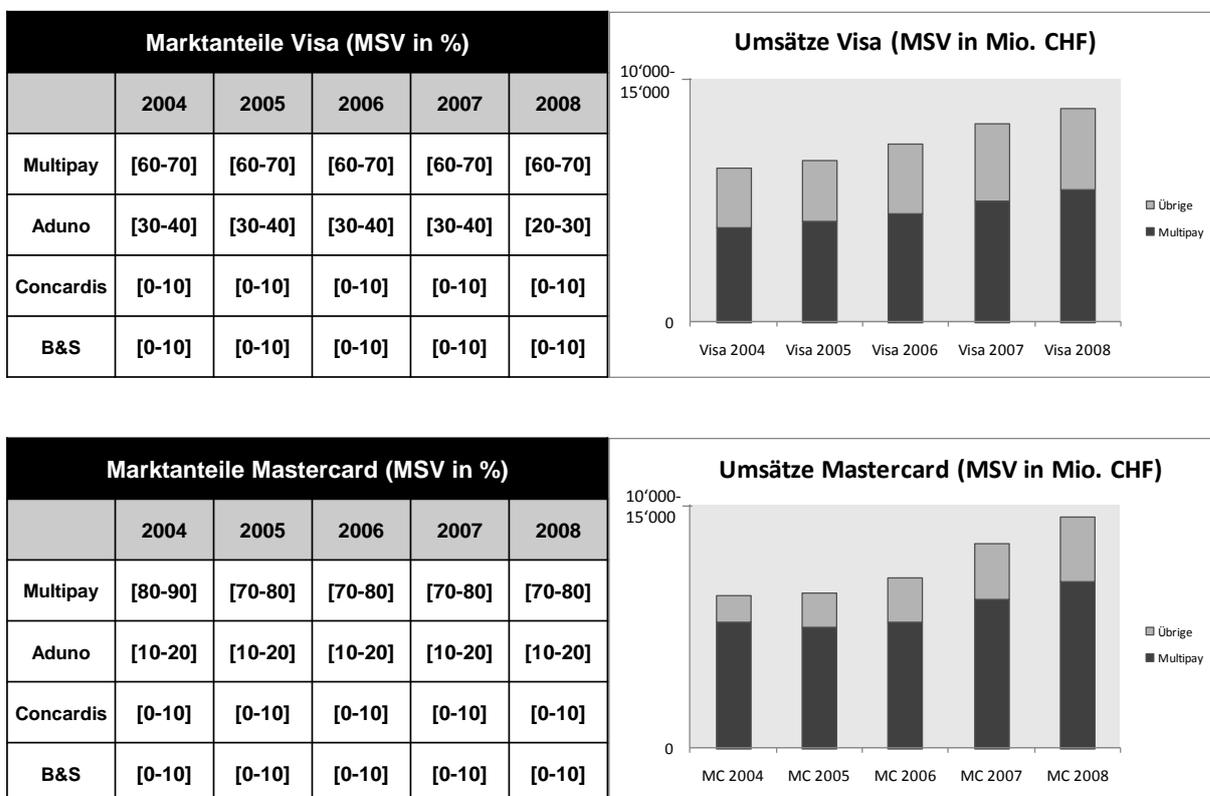
190. Selbst wenn – entsprechend der Rechtsprechung der REKO/WEF (vgl. oben Rz. 144) –, für die einzelnen Kreditkartentypen Visa und MasterCard separate Märkte abgegrenzt würden, würde sich an der obigen Analyse im Ergebnis nichts ändern. In den nachfolgenden

<sup>196</sup> Zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse werden die drei Acquirer Aduno, ConCardis und B&S in der Grafik aggregiert und als „Übrige“ dargestellt.

<sup>197</sup> RPW 2004/4, S. 1010, Rz. 39 f.

Abbildungen werden die Marktanteile von Multipay im Kreditkarten-Acquiring getrennt für Visa und Mastercard von 2004 – 2008 ausgewiesen:

**Abbildung 10: Marktanteile und Umsätze der Acquirer getrennt für Visa und Mastercard (2004–2008)**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

191. Die Multipay verfügte im Jahr 2008 im VISA-Acquiring über einen Marktanteil von [60–70]% (bzw. [60–70]% im Jahr 2006), während der Marktanteil von Aduno [20–30]% (bzw. [30–40]% im Jahr 2006) betrug. Demgegenüber lag im MasterCard-Acquiring der Marktanteil von Multipay im Jahr 2008 mit [70–80]% (2006: [70–80]%) wesentlich höher als bei Visa, wobei der Marktanteil von Aduno bei Mastercard rund [10–20]% (2006: [10–20]%) ausmachte.

192. Wie obige Grafiken zeigen, hat sich an den Marktanteilen und deren Verteilung über die Zeit nicht viel geändert. Im Visa-Acquiring sind die Marktanteile von Multipay bei rund [60–70]% beinahe konstant geblieben. Gegenüber dem Visa-Acquiring verfügt Multipay im Mastercard-Acquiring über einen höheren Marktanteil, welcher jedoch seit 2004 von [80–90]% auf [70–80]% gesunken ist. Allgemein verweilen die Marktanteile von Multipay sowohl bei Visa als auch bei Mastercard bis heute auf sehr hohem Niveau.

193. Würden separate Märkte für das Mastercard- und das Visa-Acquiring abgegrenzt, so wäre in beiden Märkten aufgrund der hohen absoluten und relativen Marktanteile sowie der Marktanteilsentwicklung gemäss der gängigen Praxis (vgl. Rz. 184) von einer marktbeherrschenden Stellung der Multipay auszugehen. Es spielt daher für die Beurteilung der Marktstruktur keine Rolle, ob getrennte Märkte oder ein gemeinsamer Markt abgegrenzt wird.

194. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme eine andere Entwicklung der Marktanteile geltend, indem sie den Anteil von Multipay am „Gesamtmarkt Kredit“ gemäss dem Statistischen Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank eruieren (2004: 60%, 2005: 57%, 2006/2007/2008: 55%, 2009: 54%). Die Zahlen der SNB beziehen sich auf alle Kreditkarten,

d.h. auch auf Diners und American Express. Diese 3-Parteien-Systeme sind aber nicht demselben Markt zuzuordnen wie die 4-Parteien-Systeme Visa und MasterCard (vgl. oben Rz. 152 ff.). Die Zahlen der SNB sind daher im vorliegenden Fall weniger aussagekräftig als die durch das Sekretariat bei den Acquirern erhobenen Daten.

*bb. Analyse der Expansionshindernisse*

195. Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess, so dass bei der Beurteilung des auf ein Unternehmen ausgeübten Wettbewerbsdrucks auch die einer Expansion der bestehenden Wettbewerber entgegenstehenden Elemente (Expansionshindernisse) eine Rolle spielen können.<sup>198</sup>

196. Expansionshindernisse können verschiedenste Formen haben. Es kann sich um rechtliche Hindernisse handeln, aber auch um Vorteile, die besonders dem marktbeherrschenden Unternehmen zu Gute kommen (z.B. Grössen- und Verbundvorteile, bevorzugter Zugang zu Inputs und Rohstoffen, Kontrolle über wichtige Technologien oder ein etabliertes Vertriebs- und Absatznetz). Auch Kosten und andere Hemmnisse, die Abnehmer in Kauf nehmen müssen, wenn sie zu einem neuen Lieferanten wechseln (sog. „Switching Costs“), stellen Expansions- bzw. Markteintrittshindernisse dar. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst kann ebenfalls ein Expansionshindernis darstellen, unter anderem dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen erhebliche Investitionen getätigt hat, mit denen die Wettbewerber mithalten müssten, oder wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmen mit seinen Abnehmern geschlossenen langfristigen Verträge zu einer spürbaren Marktverschliessung führen. Anhaltend hohe Marktanteile können auf die Existenz von Expansionshindernissen hindeuten.<sup>199</sup>

197. Bei den aufgeführten Beispielen für Expansionshindernisse handelt es sich nicht um ein Prüfungsraster, welches systematisch angewendet werden muss. Nachfolgend wird daher nur auf diejenigen Elemente eingegangen, welche im vorliegenden Fall Expansionshindernisse darstellen und die starke Marktstellung gegenüber den Konkurrenten zusätzlich stützen können:

198. **Economies of scale (Grössenvorteile):** Grössenvorteile entstehen, wenn die Durchschnittskosten der Produktion mit steigender Stückzahl sinken. Dies ist generell bei Gütern der Fall, deren Produktion verglichen mit den variablen Kosten hohe Fixkosten verursacht.<sup>200</sup> Grössenvorteile sind einer der wichtigsten Gründe, die zu einer Marktkonzentration führen.<sup>201</sup> Das Acquiring-Geschäft gilt als ein Volumengeschäft, in dem Grössenvorteile eine wichtige Rolle spielen. Die Acquirer weisen relativ hohe Fixkosten aus (etwa für die Infrastruktur), aufgrund der elektronischen Verarbeitung der Transaktionen sind hingegen die Kosten pro Transaktion tief.<sup>202</sup> Als Folge der Bedeutung der Grössenvorteile im Acquiring ist sowohl in

---

<sup>198</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16.

<sup>199</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 17.

<sup>200</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 14; Cards 06 (FN 177), S. 28 ff. Vgl. aus der ökonomischen Literatur JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988, Thirteenth printing, 2002, S. 16-18; W.J. BAUMOL/J.C. PANZAR/R.D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, HBJ, New York, 1982, S. 21 f.; ANDREU MAS-COLELL/MICHAEL D. WHINSTON/JERRY R. GREEN, *Microeconomic Theory*, Oxford, 1995, S. 570.

<sup>201</sup> Vgl. KIP VISCUSI/JOHN VERNON/JOSEPH HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3. Aufl., MIT Press, 2000, S. 150.

<sup>202</sup> Vgl. zum Ganzen ANN KJOS, *The Merchant-Acquiring Side of the Payment Card Industry: Structure, Operations, and Challenges*, Discussion Paper of the Payment Cards Center of the Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2007 ([www.philadelphiafed.org/payment-cards-center/publications/discussion-papers/2007/D2007OctoberMerchantAcquiring.pdf](http://www.philadelphiafed.org/payment-cards-center/publications/discussion-papers/2007/D2007OctoberMerchantAcquiring.pdf), 29.11.2010), S. 8 ff., welche die Scale Economies als eine „Key Characteristic“ des Acquiring-Geschäfts bezeichnet. In der Cards 06 (FN 177), S. 31,

den USA<sup>203</sup> als auch in Europa<sup>204</sup> eine Konsolidierung zu beobachten. Werden die Marktanteile der Acquirer nicht wie in den obigen Grafiken aufgrund der Transaktionsvolumen in CHF sondern aufgrund der Anzahl Transaktionen mit Visa und MasterCard berechnet, so sind die Marktanteile der Multipay sogar noch höher, nämlich [70–80]% im Jahr 2008 bzw. [70–80]% im Jahr 2006.

199. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, Multipay sowie die Card Solutions als Acquiring-Processor seien auf europäischer Ebene kleine Wettbewerber und könnten gerade nicht im gleichen Umfang wie die Konkurrenz von den behaupteten Einsparungen profitieren. Sie verweisen dabei auf einen internationalen Vergleich der grössten europäischen Acquirer in Europa. In diesem Vergleich belegt Multipay den Rang 22 (von 75). B&S folgt auf Rang 29, ConCardis auf Rang 36 und Aduno auf Rang 42. Die Nachrangigkeit von B&S und ConCardis sei zu relativieren, verfügten sie doch über wesentlich mehr Händler und POS-Terminals als Multipay.

200. Aus den oben dargelegten Gründen ist der Acquiringmarkt für Visa und Mastercard-Kreditkarten national abzugrenzen. Die Marktstellung von Multipay im europäischen Vergleich spielt daher vorliegend keine Rolle. Auf dem Schweizer Markt verfügt Multipay über klare Grössenvorteile gegenüber den anderen auf diesem Markt tätigen Konkurrenten Aduno, B&S und ConCardis.

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

---

wird darauf hingewiesen, dass bei der Händlerakquisition Economies of Scale eine untergeordnete Rolle spielen, da mit jedem potenziellen Vertragspartner neu verhandelt werden müsse. Hingegen sind die Grössenvorteile beim Processing relevant (S. 31 f.). Die Multipay hat das Processing konzernintern an die Card Solutions ausgelagert. Dies ist jedoch für die vorliegende Beurteilung nicht von Bedeutung, da die Kosten des Processings der Card Solutions durch die Multipay an die Händler weitergegeben werden.

<sup>203</sup> Vgl. KJOS (FN 202), S. 11 ff.

<sup>204</sup> Eine ausführliche Liste der Konsolidierung im Acquiring in Europa findet sich in act. n° 103, S. 17 ff.

<sup>205</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 14; Cards 06 (FN 177), S. 30 f. Vgl. aus der ökonomischen Literatur JEAN TIROLE, The Theory of Industrial Organization, MIT Press, 1988, Thirteenth printing, 2002, S. 16 - 17 und 20; JOHN PANZAR/ROBERT WILLIG, Economies of Scope, American Economic Review, 1981, Vol. 71, No. 2, S. 268 ff..

<sup>206</sup> Vgl. Cards 06 (FN 177), 30 f.

<sup>207</sup> Vgl. act. n° 103, Beilage 2. Seit April 2008 bietet Multipay auch noch die Akzeptanz von JCB und seit dem 1. Januar 2010 von Diners Club Card und Discover Card an, vgl. [www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_acceptance/c.htm](http://www.telekurs-multipay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm) (29.11.2010).

<sup>208</sup> So findet sich etwa das Vertragsmodul "Terminal-Miete" direkt auf dem Acquiringvertrag; vgl. act. n° 103, Beilage 2. Vgl. auch die Website von Multipay, auf welcher für die Terminals der Card Solutions geworben und festgehalten wird: „Sie können Ihr Terminal kaufen oder mieten. Wenn Sie einen

202. Multipay wirbt gegenüber den Händlern u.a. mit den Vorteilen, welche es für diese hat, alle Dienstleistungen aus einer Hand zu beziehen (z.B. die einfache Administration für den Händler, „dank kombinierter Vergütungsanzeige bzw. Gutschrift für alle eingelieferten Zahlungen und alle Produkte“<sup>210</sup>). Bereits im Kreditkartenentscheid wurde darauf hingewiesen, dass es die Händler für vorteilhaft erachten, einen einzigen Ansprechpartner zu haben.<sup>211</sup> Dies lässt sich auch daraus ersehen, dass in den Jahren 2006 bis 2008 rund [80–90]% der Business Partner von Multipay gleichzeitig über einen Acquiringvertrag für Kredit- und Debitkarten verfügten. Dieser Umstand ist auch deshalb von Bedeutung, weil Multipay bis zum Jahr 2005 im Debitkartenacquiring über eine Exklusivlizenz für ec-direct (heute Maestro) innehatte und auch heute noch über einen aussergewöhnlich hohen Marktanteil von rund [85–95]% verfügt (vgl. unten Rz. 232 ff.). Dies ist ein klarer (historisch bedingter) Vorteil gegenüber den anderen Acquirern, da Multipay aufgrund der möglichen Bündelung von Maestro mit Kreditkarten ein grosses bzw. transaktionsstarkes Kundennetz aufbauen konnte (*etabliertes Absatznetz*, vgl. hierzu ausführlich unten Rz.236 ff.). Die Bedeutung der Economies of scope im Acquiring und generell im Zahlkartengeschäft ist daran ersichtlich, dass auch die anderen Acquirer versuchen ein möglichst breites Angebot anzubieten. So hat die Aduno im Jahr 2007 die Commtrain Card Solutions AG, den Vertreiber der Hypercom Terminals in der Schweiz, übernommen und bietet seither ebenfalls gleichzeitig Acquiringdienstleistungen und Terminals an.<sup>212</sup> Heute versuchen damit alle Acquirer Verbundvorteile zu nutzen. Diese Entwicklung befindet sich aber noch in einer Anfangsphase und der Abstand zu Multipay, welche bis zum Jahr 2005 exklusive Verbundvorteile nutzen konnte, ist immer noch sehr gross. Im Jahr 2008 haben bei der Aduno nur [10–20]% aller Business-Partner einen Acquiring-Vertrag für Kredit- und für Debitkarten abgeschlossen.

203. **Langfristige Verträge.** Aus der nachfolgenden Tabelle geht die Laufzeit der Acquiringverträge der Multipay für die Jahre 2004 bis 2009 hervor:

**Tabelle 2: Laufzeit der Acquiringverträge von Multipay (2004–2009)**

Laufzeit in Jahren	2004	2005	2006	2007	2008	2009
1	20–30%	10–20%	0–10%	0–10%	0–10%	0–10%
2	10–20%	10–20%	0–10%	0–10%	0–10%	0–10%
3	10–20%	10–20%	20–30%	20–30%	20–30%	10–20%
4	10–20%	10–20%	20–30%	10–20%	10–20%	10–20%
> 4	30–40%	30–40%	40–50%	50–60%	50–60%	50–60%

204. Der Tabelle lassen sich einige aufschlussreiche Informationen entnehmen. Bereits im Jahr 2004 verfügten mehr als die Hälfte der Händler über einen Vertrag mit einer Laufzeit von 4 oder mehr Jahren. Allerdings verfügten im Jahr 2005 immerhin noch [10–20]% der Händler über einen einjährigen Vertrag und [10–20]% über einen zweijährigen. Im Jahr 2006

---

Akzeptanzvertrag für Kredit- oder Debitkarten abschliessen, überlassen wir Ihnen ein sicheres EMV/ep2-Terminal der neusten Generation zu einer attraktiven Monatsmiete“ ([www.six-multipay.com/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_customerservice/tkmpch\\_customerservice\\_terminals.htm](http://www.six-multipay.com/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_customerservice/tkmpch_customerservice_terminals.htm); 29.11.2010).

<sup>209</sup> Vgl. act. n° 103, Beilage 2.

<sup>210</sup> Vgl. [www.six-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_acceptance/tkmpch\\_acceptance\\_advantages.htm](http://www.six-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/tkmpch_acceptance_advantages.htm) (29.11.2010).

<sup>211</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 96, Rz. 246.

<sup>212</sup> Vgl. Website der Aduno: <http://www.aduno.ch/de/produkte-leistungen/default.aspx> (29.11.2010).

kam es zu einer starken Umverteilung. Weniger als [0–10]% der Händler verfügte noch über einen einjährigen Vertrag. Bis heute sind kaum mehr Händler mit einem einjährigen Vertrag vorhanden. Demgegenüber ist die Anzahl Händler, welche über einen Vertrag von 4 oder mehr Jahren verfügt, im Jahr 2006 auf [60–70]% hochgeschneit und heute verfügen [70–80]% der Händler über einen solchen langfristigen Vertrag mit Multipay. Das Ausmass des Wechsels vom Jahr 2005 auf das Jahr 2006 lässt auf eine bewusste Strategie der Multipay schliessen. Die Parteien haben darauf hingewiesen, dass die Verträge zwar über Laufzeiten von mehreren Jahren verfügen würden, aber keine Exklusivitätsbindung bestehe. Dies führe dazu, dass die Händler jederzeit (auch vor Ablauf der Laufzeit des Vertrages mit Multipay) einen neuen Acquiring-Vertrag mit einem konkurrierenden Acquirer abschliessen könnten. Die Standardverträge der Multipay würden keinen Zwang vorsehen, dass die Leistungen effektiv gebraucht würden und es finde lediglich eine Zahlung von Diensten statt, die auch bezogen würden. Daher könne die Laufzeit der Verträge nicht wie im Antrag ausgeführt als „erhebliches Expansionshindernis“ bezeichnet werden. Der Einwand der Parteien hat eine gewisse Berechtigung: wenn keine Exklusivitätsbindung besteht, so kann ein Händler grundsätzlich auch vor Ablauf der Laufzeit des Vertrages mit Multipay den Acquirer wechseln. Die Laufzeit der Verträge stellt daher wohl kein erhebliches Expansionshindernis dar. Es kann aber nicht so weit gegangen werden, der Laufzeit der Verträge jegliche Bedeutung abzuspochen. Die Bereitschaft einen neuen Vertrag mit einem anderen Acquirer zu schliessen, kann durchaus durch den Umstand beeinflusst werden, dass bereits ein gültiger Vertrag bezüglich derselben Dienstleistung besteht.

205. „**Abhängigkeitsverhältnisse**“: Im Kreditkartenentscheid wurde festgehalten, dass die [ausländischen] Acquirer aufgrund unterschiedlicher Terminalprotokolle in der Schweiz und in Deutschland von der Routing-Funktion der Card Solutions abhängig sind.<sup>213</sup> Multipay hat darauf hingewiesen, dass mit der Einführung des ep2-Standards für keinen Acquirer eine technische Abhängigkeit von der Card Solutions bestehe und dass unabhängige Anbieter von Routingdienstleistungen auf dem Markt tätig seien. Zumindest faktisch war die disziplinierende Wirkung wichtiger Konkurrenten dennoch lange Zeit dadurch eingeschränkt, dass sie für das Acquiring teilweise Leistungen der Card Solutions, dem Schwesterunternehmen der Multipay, bezogen haben bzw. noch beziehen. So bestanden während langer Zeit und bestehen teilweise immer noch Routing- und Konvertierungs-Verträge zwischen [Name Acquirer<sup>214</sup>] und der Card Solutions.<sup>215</sup> [Name Acquirer] hat zudem auch für die DCC-Funktion im Jahr 2007 mehrere Vereinbarungen mit der Card Solutions abgeschlossen.<sup>216</sup> Erst im August 2009 hat [Name Acquirer] beschlossen, das Routing an den unabhängigen Anbieter Datatrans zu übertragen. [...]. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Card Solutions auf dem benachbarten Terminalmarkt (vgl. unten Rz. 251 ff.) über eine starke Stellung verfügt. Dies führt dazu, dass es für die anderen Acquirer auch in diesem Bereich von Bedeutung ist, dass die faktische Zusammenarbeit mit der SIX-Gruppe funktioniert (z.B. bei der Aufschaltung von Card-Solutions-Terminals).

206. Die Parteien führen in ihrer Stellungnahme aus, es handle sich hier lediglich um den Umstand, dass einzelne Acquirer nicht eigenständig die entsprechenden technischen Protokolle umsetzen wollten. Diese Acquirer hätten eine betriebswirtschaftliche „Make or Buy“-Entscheidung getroffen und seien zur Auffassung gelangt, dass die entsprechenden Dienstleistungen von Card Solutions kostengünstiger seien.

---

<sup>213</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 96, Rz. 247.

<sup>214</sup> Der Umfang der Dienstleistungen für [...] ist allerdings sehr gering, so dass bezüglich diesem Wettbewerber auch nicht von einer „faktischen Abhängigkeit“ auszugehen ist.

<sup>215</sup> Vgl. act. n° 103, Beilage 3a, 3f, 3i; act. n° 100; act. n° 108 und 109.

<sup>216</sup> Vgl. act. n° 151, Beilagen 1–4.

207. Die Argumente der Parteien vermögen den Umstand nicht zu entkräften, dass [Name Acquirer]und [Name Acquirer]zur Erbringung ihrer Acquiringdienstleistungen in der Schweiz tatsächlich Routing- und Konvertierungsverträge abgeschlossen haben. Dies deutet darauf hin, dass es für die beiden Acquirer [Name Acquirer]und [Name Acquirer]offenbar betriebswirtschaftlich keine Option war, einen autonomen Markteintritt („Make“-Entscheid), d.h. einen Markteintritt ohne Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Card Solutions, zu tätigen. Die beobachteten Routing- und Konvertierungsverträgen können als Indiz für das Bestehen von strukturellen Markteintrittsbarrieren gewertet werden, welche – jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt – nur über eine Kooperation mit Card Solutions in betriebswirtschaftlich sinnvoller Weise überwunden werden konnten („Buy“-Entscheid).

208. [...].

cc. *Analyse der Unternehmensstruktur*

209. Neben der Analyse der Marktstruktur und der Expansionshindernisse kann im Rahmen einer *Unternehmensstrukturanalyse* zusätzlich geprüft werden, ob Merkmale und Eigenschaften des untersuchten Unternehmens für eine marktbeherrschende Stellung sprechen (z.B. technologischer/kommerzieller Vorsprung, vertikale Integration, Finanzkraft, Kontrolle über eine nicht duplizierbare Infrastruktur, Markentreue, etc.).<sup>217</sup>

210. Im vorliegenden Fall ist sicher die *Integration* der Multipay in den SIX-Konzern zu beachten. Die SIX ist nicht nur – wie bereits im Zusammenhang mit den Verbundvorteilen beschrieben – durch die Multipay im Acquiring und durch die Card Solutions im Issuing-Processing sowie auf dem Terminalmarkt stark vertreten, sondern auch auf benachbarten Märkten aktiv, etwa die Card Solutions im Bereich E-Payment mit dem Produkt Saferpay<sup>218</sup>, oder die SIX Multi Solutions in den Bereichen Mobile Voucher, Mobile Buy und Mobile Coupon sowie Giftcards.<sup>219</sup> Die SIX-Group hat gezielt Unternehmen gekauft, welche ihre Dienstleistungen im Zahlkartengeschäft erweitern oder ergänzen und damit ihre Marktstellung festigen. So hat die Card Solutions im Jahr 2007 von Carus das Produkt cCredit gekauft und die schweizerische Vertriebsgesellschaft Carus Retail Information Technology übernommen. Das Software-Produkt cCredit ist in Europa führend im Bereich der kassenintegrierten Zahlungslösungen, es handelt sich dabei um eine software-basierte Transaktionsplattform für die sichere und effiziente Übertragung von Kartenzahltransaktionen.<sup>220</sup> Im Jahr 2007 wurde zudem die 3C-Gruppe von der Card Solutions übernommen. Die 3C-Gruppe ist ein Payment Service Provider, der insbesondere Zahlungslösungen mit Zahlkarten in den Bereichen Hotel/Gastronomie, Parking und eCommerce anbietet. Das Angebot richtet sich insbesondere an international tätige Merchants.<sup>221</sup> Der SIX-Konzern deckt darüber hinaus die ganze Wertschöpfungskette der Finanzplatzinfrastruktur ab – vom Wertschriftenhandel über die Wertschriftendienstleistungen bis hin zu Finanzinformationen und zum Zahlungsverkehr.<sup>222</sup>

---

<sup>217</sup> Vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 4 Abs. 2 N 345 ff.; RPW 2008/1, S. 226, Rz. 40.

<sup>218</sup> Gemäss Card Solutions hat das Produkt Saferpay im deutschsprachigen Europa den Standard für E-Payment-Lösungen gesetzt, vgl. <http://saferpay.six-card-solutions.com/de/offers/e-payment/Pages/default.aspx> (29.11.2010).

<sup>219</sup> Vgl. [www.six-multi-solutions.com](http://www.six-multi-solutions.com) (29.11.2010).

<sup>220</sup> Vgl. Informationsschreiben der Card Solutions an das Sekretariat vom 16. Februar 2007; vgl. auch [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/SCA/Medienmitteilung-2007-02-de.pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/SCA/Medienmitteilung-2007-02-de.pdf) (29.11.2010).

<sup>221</sup> Vgl. Informationsschreiben der Card Solutions an das Sekretariat vom 19. September 2007; vgl. auch [www.six-card-solutions.com/Media1/32MM06-3C%20International-d.pdf](http://www.six-card-solutions.com/Media1/32MM06-3C%20International-d.pdf) (29.11.2010).

<sup>222</sup> Vgl. für eine ausführliche Darstellung aller Geschäftsfelder die vorläufige Prüfung des Zusammenschlusses SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG, in: RPW 2007/4, S. 557 ff.

211. Die SIX Gruppe hat im Geschäftsjahr 2008 einen Betriebsertrag von CHF 1347,9 Mio. sowie einen Konzerngewinn von CHF 306,1 Mio. erwirtschaftet. Das Eigenkapital betrug rund CHF 1717,4 Mio.<sup>223</sup> Im schwierigeren ersten Halbjahr 2009 (Finanzkrise) erwirtschaftete die SIX Gruppe einen Geschäftsertrag von CHF 625,7 Mio., einen Gewinn von CHF 127,2 Mio. Das Eigenkapital betrug CHF 1'708 Mio.<sup>224</sup> Die SIX Gruppe verfügt damit über eine erhebliche *Finanzkraft*, welche bei den Wettbewerbern der Multipay nicht im gleichen Masse vorhanden ist (zum Vergleich: die Aduno-Gruppe erwirtschaftete im ersten Halbjahr 2009 ein Betriebsergebnis von CHF 40,5 Mio.<sup>225</sup>). Diese Finanzkraft kann der Multipay Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität eröffnen.<sup>226</sup>

212. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme geltend, zum Zeitpunkt des vorgeworfenen Verhaltens habe Multipay noch nicht zur SIX Gruppe gehört, weshalb die entsprechenden spekulativen Ausführungen irrelevant seien. Abgesehen davon könne nicht aus dem Umstand, dass die SIX Gruppe erfolgreich sei, abgeleitet werden, dass sich Multipay finanziell unabhängig verhalten könne.

213. Den Parteien ist entgegen zu halten, dass die vorliegende Verfügung nicht nur die Marktstellung zum Zeitpunkt des missbräuchlichen Verhaltens betrifft sondern auch die aktuelle Marktstellung. Die Ausführungen zur heutigen Faktenlage sind daher nicht irrelevant.

214. Für den Zeitpunkt der missbräuchlichen Verhaltensweise (vgl. unten Rz. 296 ff.) kann ergänzt werden, dass Multipay damals Teil der Telekurs Group war (so wie auch die Card Solutions und die Telekurs Multi Solutions). Bereits die Telekurs Group war ein grosser Finanzdienstleistungskonzern (weitere Tochtergesellschaften waren die Swiss Interbank Clearing AG [SIC], die Telekurs PayNet, die Telekurs Financial Informations und die Telekurs Services), welcher über erhebliche Finanzressourcen verfügte. Im Jahr 2006 erreichte die Telekurs Group ein Betriebsertrag von CHF 697,8 Mio., ein Gewinn von CHF 77,7 Mio. und das Eigenkapital betrug 381 Mio.<sup>227</sup>

*dd. Ergebnis zum aktuellen Wettbewerb*

215. Zusammenfassend ergibt die Analyse der aktuellen Konkurrenz auf dem Markt für das Aquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard, dass aufgrund der absoluten und relativen Marktanteile, der Marktanteilsentwicklung, der Expansionshindernisse, welche die disziplinierende Wirkung der Konkurrenten beschränken, sowie unter Berücksichtigung der Unternehmensstruktur der SIX Gruppe eine marktbeherrschende Stellung der Multipay sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 als auch noch heute vorliegt. Es ist daher nachfolgend noch der potenzielle Wettbewerb sowie der Nachfragemacht der Marktgegenseite zu prüfen.

**b. Potenzieller Wettbewerb**

216. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf Multipay zu entfalten vermag, ist nachfolgend der Einfluss des potenziellen Wettbewerbs zu prüfen.

---

<sup>223</sup> Vgl. [www.six-group.com/download/publications/annual\\_reports/2008/six\\_group\\_keyfigures\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2008/six_group_keyfigures_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>224</sup> Vgl. [www.six-group.com/media\\_releases/online/media\\_release\\_200908250646\\_de.pdf](http://www.six-group.com/media_releases/online/media_release_200908250646_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>225</sup> Vgl. [www.aduno-gruppe.ch/Grafiken/PDF/AGR\\_Semesterbericht\\_2009\\_d\\_Internet](http://www.aduno-gruppe.ch/Grafiken/PDF/AGR_Semesterbericht_2009_d_Internet) (29.11.2010).

<sup>226</sup> Vgl. RPW 2008/1, 226 Rz. 39 und 43; RPW 2006/2, S. 254, Rz. 57

<sup>227</sup> Vgl. [www.telekurs-financial.com/dl\\_tkfish\\_customers\\_documentation\\_annual\\_report\\_d\\_06.pdf](http://www.telekurs-financial.com/dl_tkfish_customers_documentation_annual_report_d_06.pdf) (29.11.2010).

217. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>228</sup>

218. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz spielen die Marktzutrittsschranken eine entscheidende Rolle.<sup>229</sup> Dabei spielen dieselben Faktoren als Markteintrittshindernisse eine Rolle, welche auch die Expansion der aktuellen Wettbewerber behindern (Expansionshindernisse).<sup>230</sup> Im Rahmen der Analyse der aktuellen Konkurrenz wurde in den Rz. 195 ff. vertieft auf Charakteristiken des untersuchten Marktes (Grössen- und Verbundvorteile) eingegangen und dargelegt, dass mehrere Faktoren vorliegen, welche erhebliche Expansionshindernisse und im vorliegenden Zusammenhang erhebliche Markteintrittshindernisse darstellen.

219. Die sich über die Zeit kaum verändernden hohen Marktanteile von Multipay sind ein Anzeichen dafür, dass Markteintritte vorliegend erschwert sind. So halten die seit 2004 neu in den Markt eingetretenen Crossborder-Acquirer, B&S und ConCardis, nach wie vor nur geringe Marktanteile (zusammen weniger als [5–15]%), was aufzeigt, dass Neueintritte (welche zwar grundsätzlich möglich sind) kaum eine disziplinierende Wirkung entfalten können.

220. Multipay hat darauf hingewiesen, dass im Jahr 2009 der Acquirer Elavon in den Schweizer Markt eingetreten sei. Zudem zeichne sich der Acquiringmarkt nach wie vor dadurch aus, dass über Central Acquiring-Aktivitäten Grosskunden von nationalen Acquirern abgeworben würden.<sup>231</sup>

221. Elavon hat auf Anfrage der Wettbewerbsbehörden angegeben, ihre Tätigkeit in der Schweiz basiere auf zwei Grundlagen. Einerseits auf dem Erwerb des Diners Club Card Händler-Portfolio in Westeuropa von Citibank<sup>232</sup> und andererseits auf dem Acquiring einer internationalen Tankstellenkette. Elavon hat weiter ausgeführt, ihre Präsenz in der Schweiz sei als minimal einzustufen. Das Acquiring in der Schweiz stelle nur einen kleinen Bruchteil sowohl der Geschäftstätigkeit von Elavon als auch des Schweizer Acquiring-Marktes dar. Die Antwort macht deutlich, dass Elavon sich nicht bewusst und aktiv für einen Markteintritt in der Schweiz entschieden hat sondern der Markteintritt ein „Nebenprodukt“ des Erwerbs des europäischen Diners Club Card Portfolios darstellt. Die bisherige Marktbearbeitung von Elavon beschränkt sich darauf, ihren neu erworbenen Diners-Club-Händler eine Konsolidierung der Akzeptanzverträge anzubieten. Die Acquiringtätigkeit von Elavon in der Schweiz erscheint aufgrund seines beschränkten Umfangs kaum als disziplinierend für Multipay.

---

<sup>228</sup> Vgl. Verfügung der Weko i.S. ADSL II (publiziert unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), Rubrik Aktuell/Letzte Entscheide; 29.11.2010), Rz. 180; RPW 2008/1, S. 228, Rz. 57; RPW 2007/2, S. 262, Rz. 145; RPW 2007/2, S. 215, Rz. 169. Dieselben Voraussetzungen finden sich in der Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16, in der festgehalten wird, der Markteintritt müsse wahrscheinlich, absehbar und ausreichend sein.

<sup>229</sup> Vgl. RPW 2008/4, S. 636 ff., Rz. 311 ff.; RPW 2008/1, S. 175 ff., Rz. 381 ff., in welchen die Unterscheidung zwischen strukturellen, administrativen und strategischen Marktzutrittsschranken vorgenommen wird.

<sup>230</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 16 f.

<sup>231</sup> Stellungnahme der Multipay vom 8. Januar 2010 im Verfahren 22-0389: KK-DMIF II, in das vorliegende Verfahren als act. n° 181 übernommen.

<sup>232</sup> Vgl. auch die Pressemitteilung von Elavon: [www.elavon.com/news/press-releases/20090928.aspx](http://www.elavon.com/news/press-releases/20090928.aspx) (29.11.2010).

222. Das Acquiring für eine internationale Tankstellenkette durch Elavon ist ein typisches Beispiel für das sogenannte „Central Acquiring“. Central Acquiring ist der Fachbegriff für die bargeldlose Zahlungsabwicklung über nationale Grenzen hinweg. Gemeint ist das Sammeln und Bündeln von Kreditkarten-Transaktionen innerhalb und ausserhalb von Europa und ihre zentrale Verarbeitung bei einem einzigen Acquirer. Vorteile sind vor allem eine zentrale Finanzverwaltung sowie günstigere Tarife dank Bündelung der Umsätze.<sup>233</sup> Interessant ist das Central Acquiring hauptsächlich für international tätige Unternehmen. In der Kreditkartenuntersuchung identifizierte die Weko im Jahr 2005 rund zehn ausländische Acquirer, welche in der Schweiz zum grössten Teil aufgrund von Akzeptanzverträgen mit multinationalen Unternehmen mit Sitz im Ausland vertreten waren. Die Weko stellte diesbezüglich fest, dass diese Unternehmen kein aktives Acquiring in der Schweiz betreiben und nur über kleine Marktanteile verfügen.<sup>234</sup> Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangte die EU-Kommission in ihrem „Interim Report on Payment Cards“ aus dem Jahr 2006.<sup>235</sup> Im Report wird festgehalten, dass nur rund 6% des gesamten Acquiringvolumens auf Crossborder-Acquiring entfiel.<sup>236</sup> Dabei entfielen rund 90% des Crossborder-Volumens auf multinational tätige Händler.<sup>237</sup> Es sei unwahrscheinlich, dass das Crossborder-Acquiring genügend bedeutend sei, um erheblichen Wettbewerbsdruck auf die nationalen Acquirer auszuüben.<sup>238</sup> Die EU-Kommission identifizierte zahlreiche Barrieren, welche dem Crossborder-Acquiring entgegenstehen.<sup>239</sup>

223. Es ist unter anderem ein Ziel von SEPA (Single European Payments Area) diese Barrieren abzubauen, um einen kompetitiveren Acquiring-Markt zu schaffen und dem Händler mehr Möglichkeiten bei der Wahl seines Acquirers einzuräumen.<sup>240</sup> Dieser Prozess steht jedoch erst am Anfang. Die Voraussetzungen dafür sind gemäss dem SEPA Cards Framework (SCF)<sup>241</sup>, bis Ende des Jahres 2010 zu schaffen.<sup>242</sup> Für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens und bis heute ist SEPA nicht relevant, allfällige Entwicklungen in Richtung einer zunehmenden Bedeutung des Crossborder-Acquirings bzw. eines europäischen Acquiring-Marktes dürften noch mehrere Jahre in Anspruch nehmen.

224. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bedeutende Markteintrittsschranken bestehen und auch von der potenziellen Konkurrenz keine genügende disziplinierende Wirkung auf Multipay ausgeübt wird. In der für den Missbrauch relevanten Zeitperiode fanden effektiv keine Markteintritte statt, und es waren auch keine abzusehen. Auch zum heutigen Zeitpunkt erscheint die potenzielle Konkurrenz nicht als genügend stark, um die marktbeherrschende Stellung der Multipay in Frage zu stellen.

---

<sup>233</sup> Definition aus einer Publikation von Multipay: [www.currency-iso.org/de/pt\\_tkmpch\\_accept03\\_2006](http://www.currency-iso.org/de/pt_tkmpch_accept03_2006) (29.11.2010), S. 8.

<sup>234</sup> RPW 2006/1, S. 91, Rz. 196. Das Sekretariat hat auch im Rahmen dieser Untersuchung neben Elavon weitere Crossborder-Acquirer kontaktiert. Sofern die Fragen des Sekretariats beantwortet wurden, bestätigten die Antworten (Barclays, Wirecard) den Befund aus dem Jahr 2005.

<sup>235</sup> Interim Report I – Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking, 12. April 2006 ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial\\_services/inquiries/interim\\_report\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf); 29.11.2010).

<sup>236</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 111 und 115.

<sup>237</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 114 und 119.

<sup>238</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 115.

<sup>239</sup> Report Payment Cards (FN 235), S. 115 ff.

<sup>240</sup> Vgl. [www.europeanpaymentscouncil.eu/content.cfm?page=sepa\\_vision\\_for\\_cards](http://www.europeanpaymentscouncil.eu/content.cfm?page=sepa_vision_for_cards) (29.11.2010).

<sup>241</sup> SEPA Cards Framework, Version 2.1. vom 18. Dezember 2009, [www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Cards%20SCF%20006%2009%20v%20%201.pdf](http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Cards%20SCF%20006%2009%20v%20%201.pdf) (29.11.2010).

<sup>242</sup> Bis dann sollen alle Zahlkarten „SCF-compliant“ sein; vgl. SCF (FN 241), S. 5.

### c. *Nachfragemacht der Abnehmer*

225. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern, sondern auch von den Abnehmern (vorliegend den Händlern) ausgehen. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.<sup>243</sup>

226. Diesbezüglich gilt in der Schweiz, dass die Mehrheit der Händler eine eher heterogene Gruppe mit vielen kleinen Marktteilnehmern sind (z.B. KMUs). Sie lassen sich nur schlecht organisieren und haben gerade wegen ihrer unterschiedlichen Interessen wenig Verhandlungsmacht.

227. Demgegenüber dürften Unternehmen, welche grosse Kreditkarten-Volumen (z.B. grosse Retailer) generieren, sowie international tätige Unternehmen über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen. Gemäss europäischer Praxis kann der Druck der Nachfragemacht allerdings nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.<sup>244</sup>

228. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates geltend, die Beurteilung der Nachfragemacht der Marktgegenseite sei tatsachenwidrig. Unternehmen wie Migros, Coop, Post, SBB seien starke Player im Markt und könnten erhebliche Nachfragemacht ausüben. So würden alleine die zehn grössten Kunden von Multipay im Bereich der domestischen Maestro-Transaktionen mehr als 65% aller Transaktionen im Jahr 2009 auf sich vereinigen ([Unternehmen J]: [20-30]%;[Unternehmen K]: [20-30]%; [Unternehmen A]: [0-10]%; [Unternehmen B]: [0-10]%; [Unternehmen C]: [0-10]%; [Unternehmen D]: [0-10]%; [Unternehmen F]: [0-10]%; [Unternehmen G]: [0-10]%; [Unternehmen H]: [0-10]%; [Unternehmen I]: [0-10]%). Zudem seien der VEZ und die Erdölvereinigung aktive [...] Branchenvertreter.

229. Zunächst gilt es der Ordnung halber zu erwähnen, dass die Anzahl domestischer Maestro-Transaktionen grundsätzlich nicht den an dieser Stelle geprüften Markt für das Acquiring der Kreditkarten MasterCard und Visa betrifft. Es ist zu vermuten, dass der Anteil der Retailer im Bereich der Kreditkarten signifikant geringer ausfällt als bei der Debitkarte Maestro. Eine genaue Klärung der für den Kreditkartenmarkt relevanten Anteile ist aber nicht notwendig, da auch unter Berücksichtigung der Zahlen für Maestro das Vorbringen der Parteien zu keiner neuen Beurteilung der Nachfragemacht der Marktgegenseite führt.

230. Die durch die Parteien eingereichten Zahlen zeigen auf, dass [40-60]% der Maestro-Transaktionen auf [Unternehmen J und K] entfallen. Es ist davon auszugehen, dass diese beiden Player tatsächlich über eine gewisse Nachfragemacht gegenüber Multipay verfügen. Der drittgrösste Händler [Unternehmen B] verfügt jedoch nur noch über einen Anteil an Maestro-Transaktionen von [0-10]%. Hier erscheint es bereits fraglich, ob von bedeutender Nachfragemacht ausgegangen werden kann. Kommt hinzu, dass den beiden grossen Retailer und [Anzahl] Erdölgesellschaften in den „Top Ten“ mehr als [70'000-80'000] Händlern (Stand 2008, vgl. unten Tabelle 3) gegenüberstehen, die über einen Acquiringvertrag mit Multipay verfügen. Diese Händler kommen aus allen Branchen und sind von unterschiedlicher Grösse, so dass nicht von einer homogenen Nachfrage gesprochen werden kann. Schliesslich ist von einer Disziplinierung durch die Nachfragemacht der Marktgegenseite – wie bereits erwähnt – nur dann auszugehen, wenn nicht nur einzelne Unternehmen für sich

---

<sup>243</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 18.

<sup>244</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 18.

selber bessere Konditionen verhandeln können sondern diese in der Lage sind, eine Disziplinierung der Marktgegenseite für den Gesamtmarkt erreichen. Dies ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Dies zeigt sich nur schon daran, dass im Acquiring die Händlerkommissionen nach Branchen differenziert werden und die beiden von den Parteien hervorgehobenen Branchen „Petrol“ und „Supermarket“ über die günstigsten Konditionen verfügen.<sup>245</sup>

#### d. Fazit

231. Die Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Nachfragemacht der Abnehmer ergibt, dass die Multipay auf dem Markt für das Acquiring der Kreditkarten von Visa und MasterCard sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 als auch noch heute über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

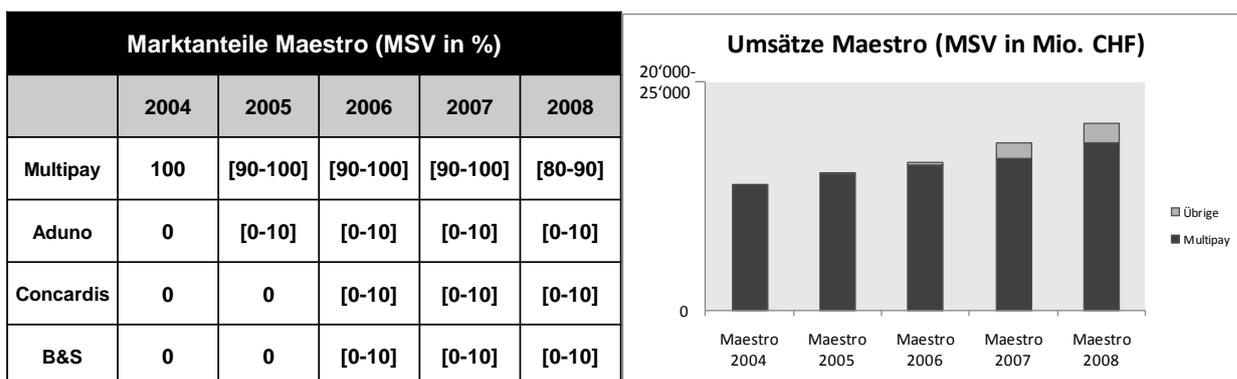
#### B.3.2.1.1.3.2 Maestro-Acquiring

232. Im Rahmen der Vorabklärung „Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG“ wurde bereits angedeutet, dass Hinweise dafür bestehen, dass die Telekurs (heute Multipay) über eine marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für den Zugang zum Debitkarten-Zahlungsverkehr von Maestro verfügt.<sup>246</sup> Das Sekretariat basierte diesen Schluss auf dem Marktanteil von 90-100% und dem Umstand, dass dem Angebot von Aduno und B&S, welche erst im Sommer 2005 mit dem Maestro-Acquiring begonnen hatten, keine disziplinierende Wirkung zukam.

#### a. Aktueller Wettbewerb

233. Bis heute verfügt die Multipay über ausserordentlich hohe Marktanteile im Bereich des Maestro-Acquirings, welche selbst die ebenfalls hohen Marktanteile im Bereich des Kreditkarten-Acquiring (vgl. oben Rz. 187 ff.) übertreffen. Die folgenden Grafiken zeigen die Umsatzentwicklung sowie die Entwicklung der Marktanteile gemessen am Umsatz (MSV) im Maestro-Acquiring von 2004 bis 2008:

**Abbildung 11: Marktanteile und Umsätze der Acquirer bei Maestro (2004–2008)**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

234. Bis zum Jahr 2005 verfügte die Multipay über eine Exklusivlizenz an der Marke „ec-direct“ und war somit Monopolistin für das Acquiring der damaligen Debitkarte ec-direct. Mit dem Übergang des nationalen Systems ec-direct auf das internationale Maestro-System ist auch das Exklusivlizenzrecht der Multipay entfallen. Im Sommer 2005 begann die Aduno mit dem Maestro-Acquiring und im Jahr 2006 traten die beiden Crossborder-Acquirer B&S und

<sup>245</sup> Vgl. act. n° 182.

<sup>246</sup> RPW 2006/4, S. 618 f., Rz. 156 ff.

ConCardis auf diesen Markt ein. Bezüglich der Marktstellung der Multipay gehen aus den Grafiken folgende Elemente hervor:

- Seit der Lizenzvergabe an weitere Acquirer hat sich der Marktanteil von Multipay zwar etwas vermindert, er verweilt jedoch bis 2008, mit rund [80–90]%, auf einem derart hohen Niveau, dass ausserordentliche Umstände vorliegen müssten, um eine marktbeherrschende Stellung dennoch zu verneinen.
- Der Abstand zum grössten Konkurrenten ist ebenfalls sehr gross. Die Aduno verfügte im Jahr 2006, d.h. im für die missbräuchliche Verhaltensweise massgebenden Zeitpunkt, lediglich über knapp [0–10]% Marktanteil. Seither ist der Marktanteil auf rund [0–10]% gestiegen. Der Abstand zwischen der Multipay und der Aduno beträgt damit immer noch rund [80–90] Prozentpunkte. Multipay verfügt damit über einen [9–10] Mal grösseren Marktanteil als Aduno.
- Die Umsatzgrafik zeigt, dass die Umsätze der Multipay auch nach dem Markteintritt von Aduno kontinuierlich gewachsen sind. Dies deutet darauf hin, dass der Anstieg des Marktanteils von Aduno primär auf das im Markt erfolgte Umsatzwachstum zurückzuführen ist (und weniger auf ein Abwerben von Kunden und Umsatz bei der Multipay).
- Die Crossborder-Acquirer sind gemessen an ihren Marktanteilen bis heute beinahe inexistent. Die marginalen Marktanteile zeigen, dass es den neuen Marktteilnehmern seit der Lizenzvergabe im Jahr 2005 nicht nachhaltig gelungen ist, sich auf dem Schweizer Acquiring Markt für Maestro-Debitkarten zu etablieren.

235. Im Wesentlichen zeigt sich ein ähnliches Bild wie im Kreditkarten-Acquiring mit dem Unterschied, dass die Position der Multipay in diesem Markt noch stärker ist: Der Marktanteil ist nochmals höher, der Abstand zu den Konkurrenten noch grösser, die Stellung der Crossborder-Acquirer noch schwächer.

236. Bezüglich der Expansionshindernisse, welche einer Ausweitung des Geschäfts der Wettbewerber entgegenstehen, kann vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Kreditkartenmarkt verwiesen werden (Rz. 195 ff.). Die Grössenvorteile sind auch im Debitkartenacquiring relevant, ist doch die Anzahl der verarbeiteten Transaktionen nochmals höher als bei den Kreditkarten (im Jahr 2008 war die Anzahl Maestro-Transaktionen mehr als doppelt so hoch wie die Anzahl Transaktionen mit Visa- und Mastercard-Kreditkarten). Zudem ist erneut darauf hinzuweisen, dass Multipay als ehemalige Monopolistin für ec-direct ein grosses Händlernetz aufbauen konnte, welches sie bis heute halten bzw. sogar noch ausbauen konnte:

**Tabelle 3: Anzahl Business Partner von Multipay aufgeschlüsselt nach Kartenakzeptanz**

Akzeptanz	2006	2007	2008
Maestro und Visa/Mastercard	40'000–50'000	50'000–60'000	60'000–70'000
Nur Maestro	0–1000	0–1000	1000–2000
<i>Total Händler mit Maestro</i>	<i>40'000–50'000</i>	<i>50'000–60'000</i>	<i>60'000–70'000</i>
Nur Visa/Mastercard	5'000–10'000	5'000–10'000	5'000–10'000
<b>Gesamttotal</b>	<b>50'000–60'000</b>	<b>60'000–70'000</b>	<b>70'000–80'000</b>

237. Zum Vergleich die Angaben des Hauptkonkurrenten Aduno:

**Tabelle 4: Anzahl Business Partner von Aduno aufgeschlüsselt nach Kartenakzeptanz**

Akzeptanz	2006	2007	2008
Maestro + Visa/Mastercard	6000–7000	6000–7000	5000–6000
Nur Maestro	<100	<100	<100
Total Händler mit Maestro	6000–7000	6000–7000	5000–6000
Nur Visa/Mastercard	30'000–40'000	30'000–40'000	20'000–30'000
<b>Gesamttotal</b>	<b>40'000–50'000</b>	<b>40'000–50'000</b>	<b>30'000–40'000</b>

238. Der Vergleich der beiden Tabellen zeigt auf, dass – während Multipay die Anzahl Händler, welche Maestro akzeptieren, seit dem Jahr 2006 um rund [20–30]% ausbauen konnte – bei der Aduno die Anzahl Händler dieser Kategorie im Jahr mehr als [10–13] Mal geringer ist als bei Multipay und es seit dem Jahr 2006 sogar zu einem Rückgang der Anzahl Business Partner gekommen ist. Wird der gesamte Markt betrachtet, so sind rund [80–90]% der Händler, welche sowohl Maestro als auch Visa und Mastercard-Kreditkarten akzeptieren, und rund [90–100]% der Händler, welche nur Maestro entgegennehmen, bei der Multipay angeschlossen.

239. Die Marktstellung der Multipay gegenüber den aktuellen Konkurrenten erscheint als derart stark, dass eine klare Marktbeherrschung vorliegt. Es bleibt noch zu prüfen, ob diese Einschätzung aufgrund der potenziellen Konkurrenz und der Nachfragemacht der Abnehmer zu korrigieren ist.

#### **b. Potenzieller Wettbewerb**

240. Die sehr geringen Marktanteile, welche die beiden Crossborder-Acquirer B&S und Concardis seit dem Jahr 2006 aufbauen konnten, zeigen auf, dass nicht damit zu rechnen ist, dass ein Markteintriter innerhalb von 2 bis 3 Jahren einen genügend grossen Marktanteil aufbauen kann, um disziplinierend auf Multipay zu wirken.

241. Im Schlussbericht V PAY hat das Sekretariat ausgeführt, dass die Einführung von V PAY den Wettbewerb im Bereich des Debitkarten-Acquirings fördern könnte, da sie von Beginn weg über mehrere Acquirer abgewickelt werden soll.<sup>247</sup> Bis heute ist dieser Markteintritt allerdings noch nicht erfolgt und gemäss Presseberichten wird die erste Kartenausgabe erst im Jahr 2011 erwartet.<sup>248</sup> Der allfällige Markteintritt von V PAY in mehr als einem Jahr entfaltet keine disziplinierende Wirkung, welche die heutige Marktstellung der Multipay in Frage stellen würde, da erstens unklar ist, ob der Markteintritt erfolgreich sein wird, und zweitens, bis diese Frage beantwortet ist, mindestens nochmals 2 bis 3 Jahre verstreichen dürften.

242. Es kann daher der Schluss gezogen werden, dass von der potenziellen Konkurrenz keine genügende disziplinierende Wirkung auf die Multipay ausgeübt wird.

#### **c. Nachfragemacht der Abnehmer**

243. Bezüglich der Nachfragemacht der Abnehmer kann auf die Ausführungen zum Kreditkartenacquiring verwiesen werden (vgl. oben Rz. 225 ff.).

<sup>247</sup> Vgl. RPW 2009/2, S. 140, Rz. 158.

<sup>248</sup> Vgl. 20 Minuten vom 20. Januar 2010, S. 13.

#### d. Regulierung des Maestro-Acquirings

244. Die Parteien bringen vor, das Maestro-Acquiring sei stark reguliert. Die Weko habe bisher die Einführung einer Interchange Fee verhindert und folglich seien die Investitionsanreize von Seiten der Acquirer und Issuer nicht sehr gross sei. Die „regulatorischen Eingriffe“ führten dazu, dass der Handlungsspielraum der Acquirer sehr gering sei. Die Parteien vermischen in ihrer Argumentation mehrere Elemente. Erstens handelt es sich beim Acquiring-Markt um keinen Markt, für den eine staatliche Regulierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG (staatliche Markt- oder Preisordnung) besteht. Zweitens handelt es sich bei der Weko nicht um eine Regulierungsbehörde. Sie hat im Bereich der Debitkarte Maestro einzig festgehalten, dass die Einführung einer Interchange Fee kartellrechtlich problematisch wäre und die Zulässigkeit im Rahmen einer Untersuchung überprüft werden müsste. Schliesslich handelt es sich bei den Interchange Fees um Gebühren, welche die Acquirer an die Issuer zu bezahlen haben. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Handlungsspielraum der Acquirer reduziert werden sollte durch den Umstand, dass sie derzeit keine solchen Gebühren zu entrichten haben.

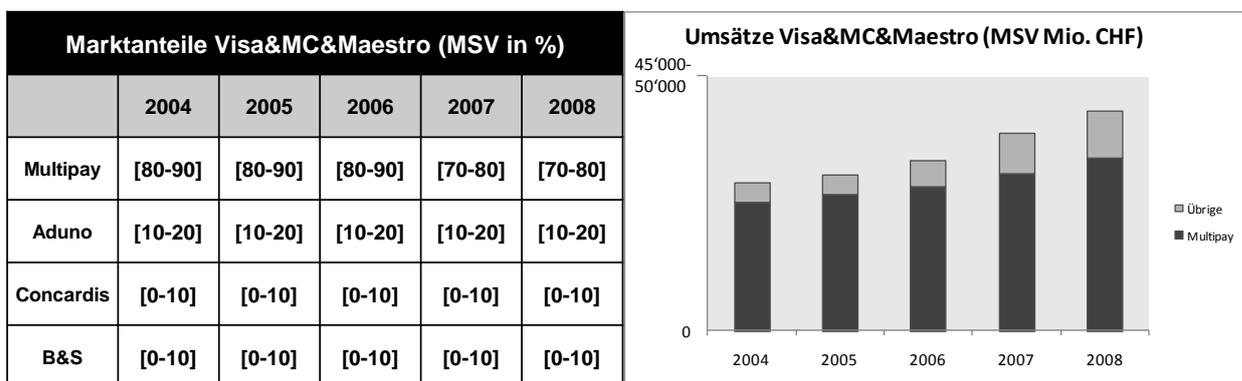
#### e. Fazit

245. Die Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Nachfragemacht der Abnehmer ergibt, dass die Multipay auf dem Markt für das Acquiring von Maestro sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 (vgl. zum Missbrauch unten Rz. 296 ff.) als auch noch heute über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

#### B.3.2.1.1.3.3 Debit- und Kreditkarten-Acquiring

246. Im Sinne einer Arbeitshypothese soll hier noch die Marktstellung der Multipay auf einem grösseren relevanten Markt, welcher sowohl Debit- als auch Kreditkarten umfasst (Maestro, Visa und Mastercard), untersucht werden. Insbesondere um aufzuzeigen, dass das vorliegende Ergebnis bezüglich der marktbeherrschenden Stellung von Multipay nicht von der Marktabgrenzung abhängig ist.

**Abbildung 12: Marktanteile und Umsätze der Acquirer für Visa- und Mastercard-Kreditkarten und Maestro-Debitkarten**



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

247. Die Grafiken verdeutlichen, dass im Acquiring auch bei einer weiteren Marktabgrenzung, welche Visa- und Mastercard-Kreditkarten sowie Maestro-Debitkarten umfasst, die Marktanteile von Multipay seit 2004 bis heute [70–80]% und mehr betragen. Der wichtigste Konkurrent Aduno konnte seinen Marktanteil seit 2004 um [0-10]% erhöhen. Mit einem Marktanteil von weniger als [10–20]% liegt Aduno jedoch auch heute noch weit hinter Multi-

pay zurück. Die Marktanteile der beiden Crossborder Acquirer sind und bleiben vernachlässigbar klein.

248. Da die anderen Elemente zur Beurteilung der Marktstellung der Multipay (Expansions- und Markteintrittsbarrieren etc.). dieselben bleiben, unabhängig davon, ob der Markt weiter oder enger abgegrenzt wird, wäre auch in diesem Fall eine marktbeherrschende Stellung der Multipay zu bejahen.

#### **B.3.2.1.1.4 Ergebnis für Acquiring-Märkte**

249. Sich kaum verändernde, sehr hohe Marktanteile der Multipay sowie die über die Zeit stabile Marktstruktur und die erwähnten Probleme der Wettbewerber, in den Markt einzutreten oder sich auf dem betreffenden Markt zu etablieren, lassen den Schluss zu, dass Multipay im Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard und im Debitkarten-Acquiring von Maestro sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 (vgl. zum Missbrauch unten Rz. 296 ff.) als auch noch heute eine marktbeherrschende Stellung inne hat.

250. Diese Schlussfolgerung wird weiter dadurch unterstützt, dass die Multipay oder ihre Schwestergesellschaften (namentlich Card Solutions) auf verschiedenen benachbarten Märkten über eine starke Marktstellung verfügen (vgl. sogleich die Ausführungen zum Terminalmarkt sowie zum Markt für Umrechnungsdienstleistungen).<sup>249</sup>

#### **B.3.2.1.2 Terminal Markt**

251. Bei den Zahlkartenterminals handelt es sich um elektronische Geräte am sogenannten Point of Sale (POS), welche der elektronischen Zahlung mittels Kredit- oder Debitkarte dienen. Die Marktgegenseite der Hersteller von Zahlkartenterminals bilden die *Händler*. Nicht als POS-Terminals gelten Geldautomaten zum Bargeldbezug bei Banken (ATM = Automated Teller Machine).

252. In der Vorabklärung „Terminaux de paiement“ wurde festgehalten, dass Terminals, welche sowohl Kredit- als auch Debitkarten verarbeiten, nicht substituiert werden können mit Terminals, welche entweder nur Kredit- oder nur Debitkarten verarbeiten (allenfalls einseitige Substituierbarkeit). Zudem wurde ausgeführt, die Terminals würden sich zwar durch gewisse Eigenschaften unterscheiden (z.B. alleinstehende Terminals für kleine Läden gegenüber miteinander verbundenen Terminals für grosse Einkaufszentren), aufgrund der Angebots- substituierbarkeit sei es aber nicht angezeigt, dafür jeweils eigene Märkte abzugrenzen. Es wurde daher von einem einheitlichen Markt für Zahlkartenterminals, welche sowohl Kredit- als auch Debitkarten verarbeiten, ausgegangen.<sup>250</sup> Geographisch wurde der Markt aufgrund der länderspezifischen Homologierung durch die Acquirer national abgegrenzt.<sup>251</sup>

#### **B.3.2.1.2.1 Sachlich relevanter Markt**

253. In der Zwischenzeit wurde der Terminalmarkt wesentlich durch die Einführung der EMV- und ep2-Spezifikationen beeinflusst, welche u.a. sicherstellen sollen, dass alle Terminals alle Karten verarbeiten können (vgl. oben Rz. 15 ff.).

254. Die ep2-Spezifikationen gehen auf ein Memorandum of Understanding (MoU) zurück, welches der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ), Multipay und PostFinance im Jahr 1996 unterzeichnet hatten. Gegenstand dieses MoU war die Schaffung einer standardi-

---

<sup>249</sup> Vgl. auch schon RPW 2006/1, S. 96, Rz. 246.

<sup>250</sup> Vgl. RPW 2001/1, 61 f., Rz. 19 ff.

<sup>251</sup> Vgl. RPW 2001/1, S. 62, Rz. 23 f.

sierten Technologie, welche den EMV-Standard integriert und auf deren Grundlage die im Kartengeschäft tätigen Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen entwickeln können. Später sind dann folgende weitere im Kartengeschäft tätige Unternehmen dazu gestossen: Aduno (ehemals Cornèr Banca), Swisscard AECS, JCB International und Diners Club International.

255. Der ep2-Standard wurde am 31. Mai 2003 eingeführt. Am 12. April 2007 wurde der Verein „Technical Cooperation ep2“ (TeCo ep2) gegründet und die Eigentums- und Nutzungsrechte an den ep2-Standards wurden auf diesen übertragen.<sup>252</sup> Der Zweck dieses Vereins ist die schweizweite Etablierung des ep2-Standards sowie die kontinuierliche technische Weiterentwicklung des Gesamtsystems. Heute sind folgende Unternehmen Mitglieder dieses Vereins: Aduno, Concardis, Diners Club International, GE Money Bank, JCB International, PostFinance, Multipay, Card Solutions, Swisscard AECS und der VEZ.<sup>253</sup>

256. Die ep2-Standards haben sich aufgrund des Umstandes, dass sie von allen für diesen Bereich ausschlaggebenden Unternehmen sowie vom Handel unterstützt werden, schweizweit durchgesetzt. Diese Entwicklung wurde auch dadurch gefördert, dass ab dem 1. Januar 2005 bei einem betrügerischen Kartenmissbrauch (Fraud) diejenige Partei haftet, welche die EMV-Chiptechnologie nicht unterstützt. Konkret tragen Händler ohne EMV-fähiges Terminal bei Fraud das Verlustrisiko, sofern eine Karte mit EMV-Chip eingesetzt wurde.<sup>254</sup>

257. Bereits im Schlussbericht der Vorabklärung vom 10. Januar 2007 führte das Sekretariat aus, dass die älteren Terminals zwar noch über eine gewisse Zeit in Betrieb bleiben dürften, dass aber bei der Anschaffung eines neuen Terminals grundsätzlich nur noch ein Terminal der neuen Generation, d.h. ein ep2-zertifiziertes Terminal in Frage komme. Das Sekretariat schloss daraus, dass ep2-zertifizierte Terminals nicht durch Terminals substituiert werden können, welche diese Zertifizierung nicht haben. Die Einschätzung des Sekretariates wird durch die seither eingetretene Entwicklung bestätigt: Mitte 2007 waren rund 60% aller Terminals in der Schweiz auf den ep2 Standard umgestellt.<sup>255</sup> Heute sind rund 90% migriert und die verbleibenden alten Terminals sollen bis Ende 2010 ersetzt werden.<sup>256</sup> Der sachlich relevante Markt umfasst daher **ep2-zertifizierte Terminals**.

258. Derzeit sind folgende Terminals ep2-zertifiziert bzw. sind zur Zertifizierung angemeldet (offene Zertifizierungsschritte sind grau markiert/Terminals, die bis Ende 2006 zertifiziert wurden, sind durch Hervorhebung der Jahreszahl der Zertifizierung gekennzeichnet).<sup>257</sup>

**Tabelle 5: Liste der ep2-zertifizierten Terminals**

Terminal		Zertifizierungsstatus	
Hersteller	Terminal Typ	ep2 Hardware zertifiziert	ep2 zertifiziert
ARS-Software GmbH	ARS/Pos	siehe Thales Artema Hybrid	am 18.07.2006

<sup>252</sup> Der Vereinsgründung sind zwei Meldungen im Widerspruchsverfahren an die Weko vorausgegangen, um dessen kartellrechtskonforme Ausgestaltung zu gewährleisten.

<sup>253</sup> Vgl. [www.eftpos2000.ch/website/cms/front\\_content.php?idcat=3&lang=1](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=3&lang=1) (29.11.2010).

<sup>254</sup> Vgl. [www.six-card-solutions.com/DE/haendler/support/Seiten/FAQ.aspx](http://www.six-card-solutions.com/DE/haendler/support/Seiten/FAQ.aspx) (29.11.2010), Antwort der Card Solutions auf die Frage „Welche Auswirkungen haben die neuen Haftungsbestimmungen (Liability Shift ab 2005) auf die Verkaufsstellen?“.

<sup>255</sup> Vgl. act. n° 103, S. 31. Das Sekretariat gelangte aufgrund der erhobenen Zahlen für Ende 2006 auf einen Wert von rund 53%.

<sup>256</sup> Vgl. [www.eftpos2000.ch/website/cms/front\\_content.php?idcat=3&lang=1](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=3&lang=1) (29.11.2010).

<sup>257</sup> Stand vom 28.06.2010, vgl. für den aktuellen Stand [www.eftpos2000.ch/website/cms/front\\_content.php?idcat=12&lang=1](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=12&lang=1) (29.11.2010).

Terminal		Zertifizierungsstatus	
Aduno SA	Hypercom Optimum T/M/P 2100	am 29.03.2005	am 10.07.2006
Aduno SA	Hypercom ICE 5500	am 26.03.2003	am 17.06.2005
Aduno SA	Hypercom Optimum M4100 / P4100 „Blade“	am 07.11.2007	am 29.12.2008
Aduno SA	Hypercom Optimum M4230, M4240, T4210, T4220, T4230	am 28.11.2008	am 31.03.2009
CCV-jeronimo SA	OPP-B50 (unattended)	am 07.08.2009	-
CCV-jeronimo SA	VeriFone MX 870	am 16.05.2008	-
CCV-jeronimo SA	VeriFone Omni 3600 Mobile	am 08.04.2004	am 28.02.2005
CCV-jeronimo SA	VeriFone Omni 3740 / SC 5000	am 26.10.2004	am 10.06.2005
CCV-jeronimo SA	VeriFone VX	am 14.06.2005	am 14.12.2005
CCV-jeronimo SA	VeriFone VX 670	am 31.05.2007	am 12.12.2006
CCV-jeronimo SA	VeriFone VX 810 Duet / POS	am 12.05.2009	am 01.02.2010
Fujitsu Services	B-Pad	am 29.12.2008	In acquirer integration test phase V.5.0.1.
Hypercom / Paysys	Artema Desk / MCU 5900	am 10.02.2004	am 02.06.2005
Hypercom / Paysys	Artema Hybrid	am 11.10.2004	am 30.06.2006
Hypercom / Paysys	Artema Mobile / Portable	am 22.01.2004	am 09.06.2005
Hypercom / Paysys	Artema Modular (unattended)	am 27.10.2005	am 07.08.2009
ICP Entwicklungs GmbH	Bia Outdoor	am 06.05.2010	-
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i5310 / i7780 / i7910	am 08.07.2005	am 25.08.2006
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i3070 Pin Pad	am 13.06.2006	in pilot phase V.3.0.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i3380	am 30.06.2006	in pilot phase V.3.1.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i5100-i3050	am 08.07.2005	am 30.03.2007
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i8200 / i8550	am 01.07.2005	in kontrollierter verbreitung V.3.0.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico i9530 / i9550 (unattended)	am 09.04.2009	in acquirer integration test phase V.4.1.0
Ingenico (Suisse) SA	Ingenico ict2xx	am 27.01.2010	in pilot test phase V.5.0.1
Innocard AG	Hypercom Optimum M4230, M4240, T4210, T4220, T4230	am 28.11.2008	am 29.01.2010
Innocard AG	Hypercom Blade M4100	am 07.11.2007	In acquirer integration test phase V.5.0.1
PayTec AG	PayTec Primus / Verdi	am 17.09.2007	am 20.05.2008
SIX Card Solutions AG	C-ZAM / Xenta AUTONOM, PINPAD, COMPACT	am 01.11.2005	am 06.02.2008/in pilot phase V.5.0.1
SIX Card Solutions AG	C-ZAM / Xentissimo	am 22.09.2006	am 06.02.2008/in pilot phase V.5.0.1

Terminal		Zertifizierungsstatus	
SIX Card Solutions AG	cCredit	siehe VeriFone SC 5000	am 10.05.2005
SIX Card Solutions AG	davinci AUTONOM, PINPAD, VENDING (unattended), CHECKOUT, SAFE	am 22.03.2005	am 27.02.2006
SIX Card Solutions AG	smash AUTONOM, PINPAD, COMPACT, MOBILE	am 15.08.2001	am 19.04.2005
SIX Card Solutions AG	davinci 2 AUTONOM, PINPAD	am 11.09.2009	in kontrollierter verbreitung V.5.0.1
SIX Card Solutions AG	Yomani	am 19.05.2010	-
Tokheim AG	Crypto VGA	am 09.03.2010	

259. Damit sind folgende Terminallieferanten und Terminalproduzenten auf dem Schweizer Markt tätig:

**Tabelle 6: Übersicht der Terminallieferanten und Terminalproduzenten**

Terminallieferant	Terminalproduzent
Aduno SA (vormals Commtrain Card Solutions AG)	Hypercom (Optimum)
ARS-Software GmbH	Thales <sup>258</sup> (Artema)
Card Solutions	Banksys (smash, Xenta, Xentissimo) Paytec (davinci) cCredit (vormals durch Carus Retail Information Technology GmbH vertrieben)
CCV-jeronimo SA	Verifone
Ingenico (Suisse) SA (vormals XA SA)	Ingenico
Innocard	Hypercom (Optimum) Thales (Artema)
PaySys	Thales (Artema) Ingenico
PayTec	Paytec (Primus, davinci)

260. Heute beliefern somit 8 Terminallieferanten den Schweizer Markt mit ep2-zertifizierten POS-Terminals und offerieren rund 40 verschiedene Terminaltypen mit unterschiedlichen Kommunikationsschnittstellen (analog, ISDN, DSL, GSM, GPRS, WiFi). Dabei können kassenunabhängige, kassenintegrierte und mobile Terminals unterschieden werden. Zudem gibt es Terminals in verschiedenen Preisklassen, z.B. teurere Premiumprodukte und günstigere Modelle. Die grundsätzliche Funktionalität ist jedoch bei allen POS-Terminals dieselbe (Ermöglichung von Kartenzahlungen am POS), so dass aus Sicht der Händler eine Substituierbarkeit besteht. Die Substituierbarkeit wird weiter dadurch gewährleistet, dass aufgrund der ep2-Zertifizierung die Terminals bei jedem Acquirer eingesetzt werden können.

261. Wie bereits erwähnt, wurde in der Vorabklärung „Terminaux de payments“ eine Segmentierung des Terminalmarktes aufgrund der *Angebotssubstituierbarkeit* abgelehnt, d.h. aufgrund der Möglichkeit der Terminalanbieter, ohne grossen Aufwand die unterschiedlichen

<sup>258</sup> Im Jahr 2008 hat Hypercom den Geschäftsbereich Thales e-Transactions (zu dem die Terminalproduktion gehört) vom französischen Rüstungskonzern Thales erworben.

Geräte auf den Markt zu bringen. Werden die Angebote der auf dem Markt tätigen Terminallieferanten verglichen, so ist ersichtlich, dass heute alle Terminallieferanten die wichtigsten Terminal-Varianten (kassenunabhängig, kassenintegriert und mobil) anbieten, was für einen einheitlichen Markt spricht.

262. Im Jahr 2007 – sowie auch heute noch – lassen sich Terminals in der Preisspanne von rund CHF 1000.-- bis rund CHF 3000.-- finden.<sup>259</sup> Dabei sind zwar bei allen Herstellern mobile Geräte teurer als stationäre Geräte, die Preisunterschiede zwischen den Herstellern sind allerdings grösser als die Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Terminal-Varianten desselben Herstellers. So überschneidet sich das Preisspektrum für mobile Terminals mit demjenigen für stationäre Terminals, d.h. die mobilen Geräte des einen Herstellers sind günstiger als die stationären Geräte eines anderen. Auch dies spricht für die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes für ep2-zertifizierte POS-Terminals.

263. Aus den oben erwähnten Gründen wird daher ein sachlich relevanter Markt für **ep2-zertifizierte POS-Terminals** abgegrenzt.

264. Die Parteien bringen vor, es müsse zwischen Terminallieferant und Terminalproduzent unterschieden werden. Die Terminallieferanten seien blosse Wiederverkäufer der von Drittunternehmen hergestellten Terminals. Diese auf dem internationalen Markt beschafften Terminals würden sodann durch die Terminallieferanten individuell an ihre Bedürfnisse und an die Bedürfnisse der Schweizer Händler angepasst. Anpassung bedeute in diesem Zusammenhang im wesentlichen eine Ausrüstung gemäss ep2-Standard, was die Aufspielung der entsprechenden Software bedeute. Die eigentlichen Terminals benötigten keine ep2-Zertifizierung. Diese könne jederzeit durch die Terminallieferanten durchgeführt werden. Folglich bestehe keinen Anlass, den sachlich relevanten Markt aufgrund von einzelnen technischen Spezifikationen, die jederzeit durch ein simples Software-Update an die jeweiligen nationalen Voraussetzungen angepasst werden können, künstlich einzuschränken.

265. Der Argumentation der Parteien kann nicht gefolgt werden. Massgebend für die Markt-abgrenzung ist die Sicht des Schweizer Händlers. Für einen Händler ist es aber ausgeschlossen, seine Terminals beispielsweise in Deutschland oder Frankreich einzukaufen, da diese in der Schweiz nicht funktionieren würden. Der Händler muss ein ep2-zertifiziertes POS-Terminal von einem der in der Schweiz aktiven Terminallieferanten kaufen. Zum Schluss sei erwähnt, dass die ep2-Zertifizierung eines Terminals nicht nur die Software, sondern auch die Hardware betrifft.<sup>260</sup> Es muss ein kostenpflichtiger, mehrstufiger Zertifizierungsprozess mit diversen Tests durchlaufen werden, welcher ohne Weiteres länger als ein Jahr dauern kann.<sup>261</sup>

#### **B.3.2.1.2.2 Räumlich relevanter Markt**

266. Die ep2-Spezifikationen haben nationale Geltung, so dass der räumlich relevante Markt die Schweiz ist.

267. Die Parteien bringen auf der Grundlage ihrer Ausführungen zum sachlich relevanten Markt vor, die Terminal-Hersteller seien allesamt international aktive Unternehmen, welche

---

<sup>259</sup> Für das Jahr 2007 hat das Sekretariat die Preislisten von den einzelnen Terminallieferanten einverlangt. Eine aktuelle Preisübersicht der Postfinance über alle Terminallieferanten findet sich unter: [www.postfinance.ch/content/dam/pf/de/doc/prod/pay/biz/eftpos\\_equipm\\_list/eftpos\\_equipm\\_list\\_de.pdf](http://www.postfinance.ch/content/dam/pf/de/doc/prod/pay/biz/eftpos_equipm_list/eftpos_equipm_list_de.pdf) (11.02.2010).

<sup>260</sup> Vgl. Minimal Hardware Requirements for Terminal Hardware Certification, [www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/Minimal%20HW-Requirements%20V.5.6.pdf](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/Minimal%20HW-Requirements%20V.5.6.pdf) (29.11.2010).

<sup>261</sup> Vgl. Business Use Case Specification: ep2 Certification Process, [www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf](http://www.eftpos2000.ch/website/cms/upload/formulare/ca/BUC-Certification.pdf) (29.11.2010).

ihre Produkte weltweit produzieren und vertreiben würden. Es sei daher von einem internationalen Markt auszugehen.

268. Es kann auf die obigen Ausführungen zum sachlich relevanten Markt verwiesen werden, welche darlegen, dass es für den Händler nicht möglich ist, Terminals im Ausland zu kaufen. Aus Händlersicht ist folglich ein nationaler Markt abzugrenzen.

### B.3.2.1.2.3 Marktstellung

269. Zum Zeitpunkt der Vorabklärung „Terminaux de payment“ im Jahr 2001 waren nur zwei Unternehmen auf dem damals relevanten Markt für Terminals, welche sowohl Kredit- als auch Debitkarten verarbeiten, tätig. Die 3C-Epsys verfügte über rund [90–100]% Marktanteil und die ICP PaySys über rund [0–10]%.

270. Seither hat sich der Markt stark verändert:

**Tabelle 7: Entwicklungen auf dem Schweizer Terminalmarkt ab dem Jahr 2002**

2002	Die Commtrain Card Solutions AG tritt in den Markt ein und vertreibt die Terminals des US-Herstellers Hypercom-Terminals in der Schweiz
2002	Telekurs kauft die 3C Holding und bildet mit dem Geschäftsbereich Kartenservice der Payserv AG die Telekurs Card Solutions
2003	Die CCV Holding (NL) wird Mehrheitsaktionärin von Jeronimo. CCV-jeronimo vertreibt neu die Terminals von Verifone in der Schweiz. Bis zu diesem Zeitpunkt vertrieb Jeronimo die Banksys-Terminals der Telekurs Card Solutions in der Westschweiz.
2003	Gründung des Freiburger Terminallieferanten XA SA, welcher Ingenico-Terminals vertreibt.
2004	Carus tritt mit dem Produkt cCredit in den Terminalmarkt ein.
2005	Paytec AG steigt neu als Terminallieferant in den Schweizer Markt ein und entwickelt zusammen mit Telekurs Card Solutions das Produkt „davinci“.
2006	Der international tätige Terminalproduzent Ingenico übernimmt die XA SA.
2007	Telekurs Card Solutions kauft von Carus das Produkt cCredit und übernimmt die schweizerische Vertriebsgesellschaft Carus Retail Information Technology GmbH.
2007	Aduno übernimmt die Commtrain Card Solutions AG
2009	Die Innocard AG wird gegründet und vertreibt Hypercom und Thales-Terminals in der Schweiz.

271. Die Marktanteile der Anbieter, basierend auf der Anzahl in Betrieb befindlicher ep2-Terminals in der Schweiz, präsentierten sich per Ende 2006 wie folgt: Card Solutions [50–60]%, Jeronimo [20–30]%, Commtrain [0–10]%, PaySys [0–10]%, ARS [0–10]%, Carus [0–10]% und Ingenico [0–10]%. Card Solutions war damit der klare Marktführer, welcher allerdings nicht mehr über die beinahe Monopolstellung der früheren 3C-Epsys verfügte. In den Jahren 2001 bis 2006 sind 4 Terminallieferanten erfolgreich in den Markt eingetreten. Dabei gehören diverse dieser Terminallieferanten zu international tätigen Konzernen (z.B. Jeronimo oder Ingenico) und verfügen über entsprechende Ressourcen und entsprechendes Know-how. Insbesondere Jeronimo verfügte im Jahr 2006 über einen bedeutenden Marktanteil von

[20–30]%, aber auch Commtrain und PaySys erreichten je beinahe [0–10]% Marktanteil. Die Marktentwicklung in dieser Zeit spricht eher gegen eine marktbeherrschende Stellung der Card Solutions auf dem Markt für ep2-Terminals während der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode bis Ende 2006.

272. In der Zwischenzeit konnte Card Solutions wieder Marktanteile gewinnen. Per Ende 2009 verfügten die Terminalanbieter basierend auf der Anzahl in Betrieb befindlicher ep2-Terminals in der Schweiz über folgende Marktanteile: Card Solutions [60–70]%, Jeronimo [10–20]%, Commtrain [10–20]%, PaySys [0–10]%, Ingenico [0–10]%, Carus [0–10]%, PayTec [0–10]% und Innocard [0–10]%. Werden die Marktanteile von Card Solutions und Carus addiert, so ergibt sich ein Marktanteil von [60–70]%. Damit bewegt sich der Marktanteil der Card Solutions wieder in einem Bereich, der als Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gewertet werden kann. Gleichzeitig hat der nächstgrössere Konkurrent Jeronimo erhebliche Marktanteile eingebüsst.

273. Für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung spricht der Umstand, dass die Card Solutions von der marktbeherrschenden Stellung der Multipay auf den Acquiringmärkten, insbesondere vom grossen Vertriebsnetz, das Multipay aufbauen konnte, profitiert. Wie bereits erwähnt, bevorzugen es viele Händler, sämtliche Produkte und Dienstleistungen vom selben Anbieter zu beziehen. Dies zeigt sich daran, dass im Jahr 2009 rund [70-80]% der Terminals, welche in das Acquiringsystem von Multipay eingebunden sind, auf die Card Solutions (und rund [0–10]% auf Carus) entfallen.<sup>262</sup>

274. Zudem ist im vorliegenden Zusammenhang hervorzuheben, dass die SIX-Gruppe im Jahr 2005 neue Markteintritts- und Expansionshindernisse für die Konkurrenten der Card Solutions geschaffen hat. Sämtliche Händler, welche einen Acquiringvertrag mit der marktbeherrschenden Multipay abgeschlossen haben, konnten ihren Kunden nur dann die Währungsumrechnung am POS (DCC-Funktion) anbieten, wenn sie über einen Terminal der Card Solutions verfügten. Damit wurde die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenzprodukte auf dem Terminalmarkt eingeschränkt. Auf die Missbräuchlichkeit dieses Verhaltens wird in Rz. 296 ff. detailliert eingegangen.

275. Trotz dieser Elemente, welche eine starke Stellung der Card Solutions auf dem Terminalmarkt belegen, spricht die Marktdynamik gegen die Annahme einer Marktbeherrschung. Die Marktdynamik wurde erheblich durch die ep2-Standardisierung beeinflusst, welche nach Auffassung der Mehrheit der Terminallieferanten die Expansions- und Markteintrittsschranken gesenkt hat: Ein Terminallieferant weist zwar darauf hin, dass einige der ep2-Spezifikationen als Markteintrittsbarrieren wirken können (z.B. spezifisch schweizerische Anforderungen an die Hardware) sowie dass der Zertifizierungsprozess kostspielig und zeitraubend ist. Die übrigen Terminallieferanten vertreten hingegen die Ansicht, dass sich die Markteintrittsschranken gegenüber dem früheren Zustand mit proprietären Systemen stark verringert haben. Die Einführung des ep2-Standards habe ein erhebliches Marktwachstum hervorgerufen (Ersatz alter Geräte) und es hätten sich aufgrund der Öffnung der Systeme neue technische und kommerzielle Möglichkeiten ergeben. Zudem seien die Preise stark zurückgegangen. Gemäss den Angaben der Terminalhersteller bewegten sich die Preise zuvor

---

<sup>262</sup> Präzisierend gilt es festzuhalten, dass für die Berechnung dieser Prozentwerte auf die Anzahl Terminals abgestellt wurde, welche mit dem System der Card Solutions verbunden sind und mindestens eine Transaktion oder Einlieferung gemacht haben. Es ist gemäss Multipay davon auszugehen, dass rund 10% der Terminals, welche mit dem System der Card Solutions verbunden sind, nicht in das Acquiringsystem der Multipay, sondern in Acquiringsysteme von Dritten eingebunden sind. Dieser Umstand sollte jedoch auf ausgewiesenen Prozentwerte keinen erheblichen Einfluss haben, oder höchstens dazu führen, dass die für die Card Solutions angegebenen Prozentwerte zu tief sind, da davon auszugehen ist, dass in Acquiringsystemen von Dritten der Anteil von Card-Solutions-Terminals geringer ist als im Acquiringsystem von Multipay.

auf einem erheblich höheren Niveau von CHF 3000 bis CHF 4000.--, während heute die günstigsten Terminals bereits für rund CHF 1000.-- erworben werden können.<sup>263</sup>

276. Seit dem Jahr 2002 ist es denn auch tatsächlich zu diversen Markteintritten gekommen, so dass derzeit insgesamt 7 aktuelle Konkurrenten auf dem Markt tätig sind. Weiter werden auch laufend neue Produkte entwickelt, wie die obige Tabelle der ep2-zertifizierten Terminals aufzeigt. Die heute im Vergleich zur Zeit vor ep2 tieferen Markteintrittsbarrieren werden durch den Markteintritt von Innocard im Jahr 2009 belegt, und im Bereich der potenziellen Konkurrenz kann auf Fujitsu Services hingewiesen werden, deren Produkt B-Pad zur ep2-Zertifizierung angemeldet ist. Schliesslich kann für die Zeit nach dem Ende des Missbrauchs darauf hingewiesen werden, dass die Commtrain – wohl wegen der Verbundvorteile, die sich durch die Integration mit Aduno ergeben haben – und die Ingenico Marktanteile gewinnen konnten.

277. Die Parteien führen in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates aus, Jeronimo sei mit der international tätigen CCV International BV verbunden. Die CCV-Gruppe sei einer der grössten Terminallieferanten in Europa und verfüge auf ihrem Heimmarkt (Niederlande) über eine installierte Terminalbasis von mehr als 500'000 POS-Terminals. Es handle sich daher im vorliegenden Fall keinesfalls um ein Wettbewerbsverhältnis, in welchem die Card Solutions als wesentlich grösseres Terminal-Unternehmen der CCV-Jeronimo gegenüberstehe. Card Solutions sehe sich einem starken Wettbewerber gegenüber.

278. Oben wurde dargelegt, weshalb von einem nationalen Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals auszugehen ist. Massgebend für die Beurteilung der Marktstellung ist daher der Wettbewerb in der Schweiz. Die Terminalbasis von CCV-Jeronimo in Holland spielen für den vorliegenden Fall daher keine Rolle. Zutreffend ist, dass Jeronimo daran war sich als starker Wettbewerber zu positionieren, aber mit Hilfe der Verweigerung der DCC-Funktion (vgl. unten Rz. 306ff.) in seiner Marktentwicklung zurückgebunden werden konnte (vgl. Rz.382 ff.).

#### **B.3.2.1.2.4 Ergebnis für den Terminalmarkt**

279. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Card Solutions zu der für den Missbrauch massgebenden Zeitperiode zwar über eine starke Marktstellung auf dem Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals verfügte, aufgrund der Marktentwicklung aber eher nicht von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist. Seither konnte Card Solutions ihren Marktanteil wieder erheblich ausbauen, aufgrund der vorhandenen Marktdynamik ist eine marktbeherrschende Stellung dennoch eher zu verneinen. Eine abschliessende Beurteilung ist letztlich nicht erforderlich, da es für den vorliegenden Fall keine Rolle spielt, ob der Card Solutions eine marktbeherrschende Stellung auf dem Terminalmarkt zukommt. Der Card Solutions wird nicht vorgeworfen, ihre Stellung auf dem Terminalmarkt zu missbrauchen, sondern der Multipay wird vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung in den Acquiringmärkten unter Verwendung der DCC-Funktion auf den Terminalmarkt übertragen zu wollen bzw. der Card Solutions einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen und die Mitbewerber auf dem Terminalmarkt zu behindern. Der Terminalmarkt bildet daher derjenige Markt, auf dem sich der Missbrauch auswirkt (vgl. hierzu unten Rz. 355 ff.).

#### **B.3.2.1.3 Markt für Umrechnungsdienstleistungen**

280. Multipay hat geltend gemacht, dass eine Offenlegung der Schnittstellen und Terminalspezifikationen der DCC-Software der Card Solutions nur dann kartellrechtlich gefordert werden könne, wenn der Card Solutions eine marktbeherrschende Stellung bei der Erbringung von DCC-Dienstleistungen am Terminal zukommen würde. Card Solutions sei aber auf dem sachlich relevanten Markt für Umrechnungsdienstleistungen am POS-Terminal, welcher

---

<sup>263</sup> Vgl. Preisübersicht Postfinance (FN 259).

in örtlicher Hinsicht weltweit abzugrenzen sei, nicht marktbeherrschend, sondern stehe im Wettbewerb mit international tätigen DCC-Providern.<sup>264</sup>

281. Die Vorbringen der Multipay sind nicht stichhaltig. Die Marktstellung der Card Solutions auf dem Markt für DCC-Dienstleistungen ist vorliegend irrelevant. Wesentlich ist einzig die marktbeherrschende Stellung der Multipay als Acquirerin, die es ihr erlaubt, die bei ihr angeschlossenen Händler zum Kauf eines Card Solutions-Terminals zu bewegen, indem sie nur bei diesen die DCC-Funktion unterstützt. Dass der Markt für DCC-Dienstleistungen keine Rolle spielt, geht auch aus den Äusserungen der Multipay selbst hervor: „DCC wird jedoch immer als Bestandteil eines Acquiring-Vertrages angeboten und bildet somit Bestandteil einer umfassenden Zahlkartendienstleistung. Es besteht keine Möglichkeit DCC isoliert und unabhängig anzubieten oder zu erwerben“.<sup>265</sup> Mit anderen Worten besteht für Händler, welche einen Acquiringvertrag mit Multipay abgeschlossen haben, keine Wahl auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen. Sie können gar nicht einen anderen DCC-Provider wählen.

282. Schliesslich zeigt sich die Bedeutungslosigkeit des Marktes für Umrechnungsdienstleistungen im vorliegenden Fall auch daran, dass die Offenlegung der Schnittstelleninformationen nicht gegenüber Konkurrenten auf dem DCC-Markt erfolgt, sondern gegenüber den Terminalherstellern, welche gar nicht auf diesem Markt tätig sind.

283. Da die Marktstellung von Multipay auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen für die kartellrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles keine Rolle spielt, wird er nachfolgend nur *summarisch* zum besseren Verständnis des Falles dargestellt:

284. Wie bereits bei der Darstellung des Sachverhaltes ausgeführt, kann beim elektronischen Kartenverkehr die Umrechnungsdienstleistung gegenüber dem Karteninhaber entweder durch den Issuer oder aufgrund der DCC-Funktion direkt am POS durch den Acquirer erbracht werden (vgl. oben A.1.3). Dabei kann der Acquirer entweder selber die Umrechnungsdienstleistung anbieten oder er arbeitet zu diesem Zweck mit einem speziellen Dienstleistungserbringer (DCC-Provider) zusammen. Auf dem Schweizer Markt sind beide Konstellationen zu beobachten:

- Aduno kooperiert mit First Currency Choice (Schweiz) AG (FCC Schweiz), B&S mit FCC Service Europe AB und ConCardis mit Fexco. Bei diesen Acquirern schliesst der Händler neben seinem Akzeptanzvertrag mit dem Acquirer auch einen Zusatzvertrag mit dem DCC-Provider ab.
- Bei Multipay wird die Währungsumrechnung konzernintern durch Card Solutions vorgenommen. Die DCC-Dienstleistung wird den Händlern gemäss Angaben von Multipay immer als Bestandteil eines Acquiring-Vertrages angeboten und bildet somit Bestandteil einer umfassenden Zahlkartendienstleistung.<sup>266</sup>

285. Marktgegenseite der Anbieter von DCC-Dienstleistungen sind die Händler. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die unabhängigen DCC-Provider ihre Dienstleistung nur dann einem Händler anbieten können, wenn sie über einen Kooperationsvertrag mit seinem Acquirer verfügen.

286. Aus Sicht der Händler stellt die Umrechnung durch die Issuer kein Substitut für die Umrechnung am Terminal dar. Die Umrechnung am Terminal erlaubt es ihm, seinen Kunden eine zusätzliche und erwünschte Dienstleistung anzubieten, und generiert bei ihm zusätzliche Einnahmen (bzw. vermindert die Händlerkommission), da ein Teil der Erträge aus dieser Dienstleistung dem Händler angerechnet wird (bis zu 1% des Transaktionsbetrags).

---

<sup>264</sup> Vgl. act. n° 12 und 103.

<sup>265</sup> Act. n° 103, S. 47.

<sup>266</sup> Act. n° 103, S. 47.

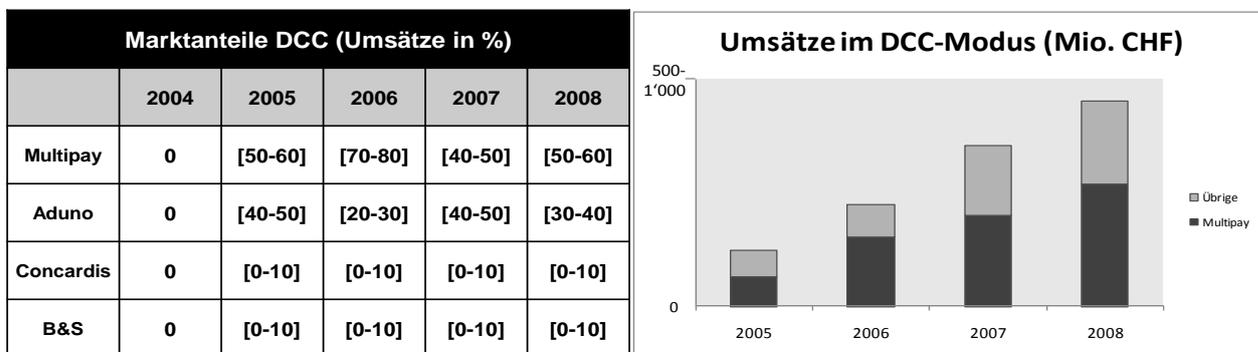
287. Bei der räumlichen Marktabgrenzung gilt es zu berücksichtigen, dass die unabhängigen DCC-Provider wie FCC oder FEXCO international tätig sind und ihre Dienstleistungen in zahlreichen Länder anbieten. Andererseits weist FCC darauf hin, dass die in der Schweiz verwendeten ep2-Spezifikationen von den ausländischen Verarbeitungsprotokollen abweichen, so dass jeder ausländische DCC-Provider seine technische Lösung auf der Grundlage des ep2-Standards anbieten muss. Eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung ist nicht erforderlich, es erscheint aber als sinnvoll, sich an der Marktabgrenzung beim Acquiring zu orientieren: Wesentlich ist, welche Anbieter auf dem Schweizer Markt vertreten sind, d.h., welche Anbieter durch einen Schweizer Händler überhaupt gewählt werden können. Derzeit ist die Wahl des DCC-Providers an die Wahl des Acquirers gekoppelt, da jeder Acquirer nur mit einem DCC-Provider kooperiert.

288. Ein Blick auf die Umsätze sowie die Anzahl Transaktionen, bei denen DCC zur Anwendung gelangt, zeigt die Bedeutung dieser Funktion. Die Umsatzzahlen sowie die Anzahl Transaktionen sind zudem seit der Einführung der DCC-Funktion im Jahr 2005 stetig angestiegen:

	2005	2006	2007	2008
<b>Umsätze in CHF im DCC-Modus</b>	[100'000'000–200'000'000]	[300'000'000–400'000'000]	[500'000'000–600'000'000]	[650'000'000–750'000'000]
<b>Anzahl TRX im DCC-Modus</b>	[500'000–600'000]	[1'000'000–1'200'000]	[2'100'000–2'300'000]	[3'100'000–3'300'000]

289. Von den Umsätzen, bei welchen die DCC-Funktion in der Schweiz zur Anwendung gelangt, entfallen knapp zwei Drittel auf Multipay und gut ein Drittel auf Aduno/FCC. Die Marktanteile von B&S/FCC und ConCardis/Fexco sind hingegen gering:

**Abbildung 13: Marktanteile und Umsätze im DCC-Modus**



290. Der Marktanteil der Multipay von rund [50–60]% der Umsätze, bei welchen Umrechnungsdienstleistungen am POS in der Schweiz angewendet werden, erklärt sich dadurch, dass die Marktstellung der Multipay im Acquiring durch die Integration von Acquiring und DCC auf den Markt für Umrechnungsdienstleistungen am Terminal übertragen wird.

291. Der hohe Marktanteil der Multipay im Bereich der DCC-Dienstleistungen deutet grundsätzlich auf eine marktbeherrschende Stellung hin. Allerdings dürfte ein gewisser disziplinierender Einfluss auf der Ebene des Karteninhabers durch die Umrechnungsdienstleistungen der Issuer erfolgen. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens kann jedoch auf eine abschliessende Beurteilung der Marktstellung der Multipay verzichtet werden.

292. Die Parteien merken in ihrer Stellungnahme an, die Umrechnungsdienste seien eine Zusatzfunktion innerhalb des Acquiring bzw. Issuing. Zudem seien die grössten Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen die Issuer.

293. Während den Parteien zuzustimmen ist, dass die Umrechnungsdienstleistung im Issuing als ein integraler Bestandteil zu betrachten ist, trifft dies beim Acquiring zur Zeit nicht zu. Es wurde bereits dargestellt, dass diverse Unternehmen auf dem Markt aktiv sind, die sich darauf spezialisiert haben, die DCC-Dienstleistung anzubieten. In der Schweiz ist Multipay der einzige Acquirer, welcher die Umrechnungsdienstleistung anbietet, ohne auf einen DCC-Provider zurückzugreifen. Bezüglich der Umrechnungsdienstleistungen der Issuer ist nochmals darauf hinzuweisen, dass diese aus Sicht der Händler kein Substitut für das Angebot derjenigen Unternehmen (DCC-Provider oder Acquirer) darstellen, die es ihm ermöglichen seinen Kunden die Umrechnung am Terminal anzubieten (vgl. oben Rz. 286). Die Umrechnungsdienstleistung der Issuer stellt erst aus Sicht des Karteninhabers allenfalls ein Substitut für die Umrechnungsdienstleistung am Terminal dar.

### **B.3.2.2 Gesamtergebnis**

294. Die Analyse der relevanten Märkte hat ergeben, dass

- Multipay im Kreditkarten-Acquiring von Visa und Mastercard und im Debitkarten-Acquiring von Maestro sowohl für die Zeitperiode des missbräuchlichen Verhaltens bis Ende Januar 2007 als auch noch heute eine marktbeherrschende Stellung inne hat;
- Card Solutions über eine starke Marktstellung auf dem Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals verfügt, die Marktentwicklung aber eher gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung spricht;
- Der Markt für Umrechnungsdienstleistungen am Terminal für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht massgebend ist, wobei eine summarische Analyse auf eine starke Marktstellung der Multipay hindeutet.

295. Da bereits Marktbeherrschung aufgrund der herkömmlichen Kriterien besteht, erübrigt sich eine Prüfung, ob zudem auch Marktbeherrschung aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeiten (vgl. Rz. 136) besteht.

### **B.3.3 Unzulässige Verhaltensweisen („Missbrauch“)**

296. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein stellt kartellrechtlich noch kein Problem dar: Unzulässigkeit liegt erst vor, wenn diese Stellung missbraucht wird.<sup>267</sup>

#### **B.3.3.1 Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG**

297. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen 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. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Nach h.L. und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen, wobei jedoch die allgemeinen Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG in jedem

---

<sup>267</sup> RPW 2008/4, S. 579, Rz. 172; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 97.

Fall gegeben sein müssen. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Generalklausel Sachverhalte erfasst, die im Beispielkatalog nicht erwähnt sind.<sup>268</sup>

298. Zu beachten ist allerdings, dass gemäss der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Swisscom Terminierungspreise“ die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG aufgrund ihrer inhaltlichen Offenheit keine genügende Grundlage für eine *Sanktionierung* gemäss Art. 49a KG bildet. Eine Sanktionierung ist gemäss dem Bundesverwaltungsgericht offenbar nur dann möglich, wenn Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit einem in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestand („als untrennbare Einheit“) angewendet wird.<sup>269</sup> Dies führt dazu, dass Verhaltensweisen, die einzig von der Generalklausel erfasst werden, zwar kartellrechtlich unzulässig sein können, dass aber als Rechtsfolge nur ein Verbot der Verhaltensweise, nicht aber eine Sanktion in Frage kommt. Obwohl diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch nicht rechtskräftig ist und die Weko die Auffassung vertritt, dass Art. 7 Abs. 1 KG eine genügende Grundlage für eine Sanktionierung bildet,<sup>270</sup> erfolgt die weitere Prüfung des Falles unter Beachtung der Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts.

### B.3.3.2 Behinderungsmisbrauch

299. In Art. 7 Abs. 1 KG werden zwei strukturell verschiedenartige Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet: einerseits die *Behinderungs-* und andererseits die *Ausbeutungssachverhalte*<sup>271</sup>.

300. Behinderungssachverhalte treten i.d.R. als Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Konkurrenten auf und sind ihrem Wesen nach wettbewerbsbezogen. Bei den Behinderungssachverhalten werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Durch verdrängendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens werden aktuelle Konkurrenten geschwächt oder vom Markt verdrängt oder der Markteintritt potenzieller Konkurrenten wird be- oder gar verhindert. Es kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (*Anticompetitive Foreclosure*). Der Behinderungsmisbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschliessen (*Competition on the Merits*). Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich.<sup>272</sup>

301. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann andere Unternehmen grundsätzlich auf verschiedenen Märkten oder Marktstufen behindern. Einerseits kann die Behinderung auf

---

<sup>268</sup> Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 25 m.w.H.; BGer, RPW 2003/4, S. 961, E. 6.5.1; RPW 2008/4, S. 579, Rz. 173; RPW 2006/4, S. 640, Rz. 98; CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 5; BORER (FN 115), Art. 7 N 4 ff.; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570.

<sup>269</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.5 ([http://relevancy.bger.ch/pdf/azabvger/2010/b\\_02050\\_2007\\_2010\\_02\\_24\\_t.pdf](http://relevancy.bger.ch/pdf/azabvger/2010/b_02050_2007_2010_02_24_t.pdf); 29.11.2010).

<sup>270</sup> Der Gesetzgeber hat in Art. 49a KG generell Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG als sanktionierbar bezeichnet Dies im Gegensatz zu den unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG, bei denen nur die Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sanktionierbar sind; vgl. auch die fundierte Kritik von ANDREAS HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht – Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz. 22 ff.

<sup>271</sup> Vgl. zu den Ausbeutungssachverhalten BVGer, 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.2 und AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 46. Der Ausbeutungsmisbrauch ist für den vorliegenden Fall nicht relevant, so dass im Folgenden nicht weiter darauf eingegangen wird.

<sup>272</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 43; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 5 f. und 19.

dem Markt stattfinden, in dem die Marktbeherrschung besteht, d.h. auf derselben Marktstufe. Man spricht in diesem Fall von horizontaler Marktverschliessung (*Horizontal Foreclosure*). Andererseits kann ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen auf benachbarten (*adjacent*), vor- oder nachgelagerten Märkten behindern, d.h. auf Märkten, auf denen das betrachtete Unternehmen nicht tätig oder zumindest nicht marktbeherrschend ist. Diese Situation wird in der Regel als vertikale Marktverschliessung (*Vertical Foreclosure*) bezeichnet.<sup>273</sup>

302. Eine solche Marktverschliessung tritt insbesondere dann auf, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ebenfalls auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist. Es besteht dann die Möglichkeit, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt zu übertragen (*Leverage*), indem Konkurrenten auf dieser Marktstufe behindert werden.<sup>274</sup> Die einfachste Form, dies zu erreichen, ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit möglichen Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt.<sup>275</sup> Andere Möglichkeiten sind etwa die Bevorzugung des eigenen, auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätigen Unternehmens (eigene Tochter- oder Schwestergesellschaft)<sup>276</sup> oder Kopplungsverträge.<sup>277</sup>

303. Vielfach wird eine Marktverschliessung auch durch eine technische Behinderung erreicht, indem das marktbeherrschende Unternehmen verhindert, dass die Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt Produkte anbieten können, die kompatibel sind mit den Produkten, Anlagen, Systemen oder Einrichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem beherrschten Markt.<sup>278</sup> Zu solchen Konstellationen bestehen denn auch diverse internationale Leitentscheide vor. Die wichtigsten werden nachfolgend in Kürze angesprochen:

- Wegleitend ist etwa der Fall *AT&T*. AT&T verfügte über ein Monopol im Bereich der Telefonsysteme („Bell System“). Während Jahrzehnten durften an dieses Telefonnetz ohne Zustimmung von AT&T keine fremden End- oder Zusatzgeräte angeschlossen werden. Mit zwei Gerichtsentscheiden wurde AT&T gezwungen, fremde Zusatz- und später auch fremde Endgeräte zuzulassen, sofern diese die Netzsicherheit nicht gefährdeten.<sup>279</sup> Schliesslich wurde durch die Regulierungsbehörde ein System diskriminierungsfreier Interkonnektion mit einer offenen Schnittstelle und kostenloser Systemanbindung festgelegt. Die Auswirkung dieser Öffnung auf den Wettbewerb und die Entwicklung auf dem Zusatz- und Endgerätemarkt werden rückblickend äusserst

---

<sup>273</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 21 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 94 ff.

<sup>274</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 97 und 514 ff.

<sup>275</sup> Vgl. RPW 2004/1, S. 119, Rz. 56; RPW 2001/2, S. 284 ff., Rz. 165 ff.

<sup>276</sup> Vgl. RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 40.

<sup>277</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 51, Rz. 54 f.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 516 ff. Die Koppelung wird im Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 23 und 180 der „Horizontal Foreclosure“ zugewiesen: „A company that is dominant in the tying market can through tying or bundling foreclose the tied market and can indirectly also foreclose the tying market (horizontal foreclosure)“. Vgl. für weitere Ausführungen hierzu unten Rz. 505 ff.

<sup>278</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 455 m.w.H.; PHILIPP J. WEISER, Regulating Interoperability: Lessons from AT&T, Microsoft, and beyond, in: Antitrust Law Journal 2009 (Vol. 76), S. 271.

<sup>279</sup> Es handelt sich dabei um die „Hush-A-Phone“-Entscheidung (Hush-A-Phone v. United States, 238 F.2d 266 [D.C. Cir. 1956]), sowie die „Carterphone“-Entscheidung (Federal Communications Commission, 13 F.C.C.2d 420 [1968], erhältlich unter [www.uiowa.edu/~cyberlaw/FCCOps/1968/13F2-420.html](http://www.uiowa.edu/~cyberlaw/FCCOps/1968/13F2-420.html); 29.11.2010).

positiv und als Grundlage für zahlreiche Innovationen (z.B. Anrufbeantworter, Faxgeräte, Modems) gewertet.<sup>280</sup>

- In einem Missbrauchsverfahren der Europäischen Kommission gegen *IBM* wurde dem Unternehmen vorgeworfen, dass es seine marktbeherrschende Stellung im Bereich der leistungsfähigen Datenverarbeitungsanlagen („System/370“) missbraucht habe, indem es „anderen Herstellern nicht rechtzeitig die erforderlichen technischen Informationen lieferte, um die Verwendung von Konkurrenzerzeugnissen in Verbindung mit dem System/370 zu ermöglichen („Schnittstelleninformationen“)“.<sup>281</sup> Zudem wurde die Verkaufsstrategie von IBM, Prozessoren nur zusammen mit Speicherelementen („Memory-Bundling“) und Basis-Software („Software-Bundling“) abzugeben, als missbräuchlich erachtet. Das Verfahren wurde durch die Selbstverpflichtung von IBM abgeschlossen, ausreichende und rechtzeitige Schnittstelleninformationen zu liefern, damit die Konkurrenzunternehmen die Hardware- und Software-Produkte ihrer eigenen Entwicklung an das System/370 anschliessen können.<sup>282</sup>
- Von Bedeutung sind schliesslich die EU-Verfahren gegen *Microsoft*.<sup>283</sup> Die EU-Kommission hat mit Entscheidung vom 24. Mai 2004<sup>284</sup> zwei Verhaltensweisen von Microsoft als unzulässig erachtet und mit einer Rekordbusse sanktioniert: Erstens hatte sich Microsoft geweigert, einem Anbieter von Servern und Serverbetriebssystemen (Sun Microsystems) alle Informationen offen zu legen, die benötigt werden, um eine nahtlose Kommunikation der eigenen Produkte mit dem Windows-Betriebssystem sicherzustellen. Diese Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen wurde als missbräuchlich erachtet, und Microsoft wurde angewiesen, die verweigerten Informationen offen zu legen. Zweitens wurde die Koppelung des Windows-Betriebssystems mit dem Windows Media Player ebenfalls als Verstoss gegen Art. 82 EGV (heute Art. 102 AEUV) qualifiziert. Der Entscheid der EU-Kommission wurde durch das EuG<sup>285</sup> am 17. September 2007 bestätigt.<sup>286</sup> Die Microsoft-Entscheidungen enthalten zahlreiche Ausführungen zur Problematik der Offenlegung von Schnittstelleninformationen, welche für die Beurteilung des vorliegenden Falles von Interesse sind. So wurde unter anderem festgestellt, dass die Informationsver-

---

<sup>280</sup> Vgl. WEISER (FN 278), S. 274 f.; GERALD E. FAULHABER, Policy-Induced Competition: The Telecommunications Experiments, in: Information Economics and Policy, 2003 (Vol. 15), zugänglich unter <http://rider.wharton.upenn.edu/~faulhabe/987/Policy-Induced%20Competition.pdf> (29.11.2010), S. 5 ff.; CHRISTOPH ENAUX, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation, Diss., Münster, 2003, S. 88 f. Vgl. auch die Einträge zu „Hush-A-Phone“ ([http://en.wikipedia.org/wiki/Hush-A-Phone\\_v.\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Hush-A-Phone_v._United_States); 29.11.2010) und „Carterphone“ (<http://en.wikipedia.org/wiki/Carterphone>; 29.11.2010) in der englischsprachigen Wikipedia.

<sup>281</sup> Vgl. EU-Kommission, Vierzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik 1984, 1985, Rz. 94.

<sup>282</sup> Vgl. EU-Kommission, Vierzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik 1984, 1985, Rz. 94 f.

<sup>283</sup> Gegen Microsoft wurden auch in den USA Verfahren geführt. Im Fall Microsoft III (253 F.3d 34) wurde v.a. die Bündelung des Windows-Betriebssystems mit dem „Internet Explorer“ untersucht. Das Verfahren endete mit der Verpflichtung von Microsoft, den Original Equipment Manufacturers (OEM; Originalgerätehersteller) das Recht zur Entfernung diverser Windows-Komponenten zur Substitution mit Konkurrenzsoftware einzuräumen; vgl. JOCHEM APON, Cases Against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies, in: E.C.L.R. 2007 (Issue 6), S. 327 f.

<sup>284</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37792/37792\\_4177\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf) (29.11.2010) deutsche Zusammenfassung unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:032:0023:0028:de:PDF> (29.11.2010).

<sup>285</sup> Aufgrund des Vertrags von Lissabon heisst das EuG seit dem 1. Dezember 2009 *Gericht der Europäischen Union*. Zuvor wurde die Bezeichnung *Europäisches Gericht erster Instanz* verwendet.

<sup>286</sup> Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0201:EN:HTML> (29.11.2010).

weigerung von Microsoft zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher führe.

304. Im vorliegenden Fall wird Multipay vorgeworfen, dass sie ihre marktbeherrschende Stellung auf den Acquiring-Märkten dazu benutzt hat, die Marktstellung der Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminal-Markt zu stärken. Dies ist dadurch erfolgt, dass Händler, welche einen Akzeptanzvertrag mit Multipay abgeschlossen haben, die DCC-Funktion nur dann benutzen konnten, wenn sie über einen Terminal der Card Solutions verfügten. Durch die Verweigerung von Schnittstelleninformationen an andere POS-Terminal-Anbieter wurde verhindert, dass diese den bei der Multipay angeschlossenen Händlern ebenfalls POS-Terminals anbieten konnten, welche die DCC-Funktion unterstützen. Es handelt sich um eine Verhaltensweise, welche einen Verdrängungseffekt auf dem Terminalmarkt zur Folge hat und einen Behinderungsmisbrauch darstellen kann. Dabei kommen mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG in Frage:

- Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG);
- Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG);
- Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG);
- Vorliegen eines Koppelungsgeschäfts (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)

305. Nachfolgend werden die einzelnen Tatbestandsvarianten in ihrer gesetzlichen Reihenfolge geprüft, wobei es durchaus möglich ist, dass ein Verhalten mehrere dieser Tatbestände erfüllt.<sup>287</sup> Dabei gilt es auch zu untersuchen, ob das Verhalten durch das Vorliegen von sachlichen Gründen („legitimate business reasons“) gerechtfertigt werden kann.

### **B.3.3.3 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen**

#### **B.3.3.3.1 Allgemeines**

306. Grundsätzlich gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen das Prinzip der Vertragsfreiheit, d.h. es hat die Möglichkeit, seine Geschäftspartner frei zu wählen. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG stellt eine Ausnahme von diesem Prinzip dar. Als missbräuchlich gelten Geschäftsverweigerungen mit Behinderungswirkung. Als unzulässig gilt eine Geschäftsverweigerung insbesondere dann, wenn sie dazu dient, den Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zu erschweren oder zu verhindern.<sup>288</sup>

307. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG betrifft eine breite Palette von Verhaltensweisen, die alle auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen. Unter diesen Tatbestand fallen sowohl die Auflösung oder die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen zu bereits bestehenden Geschäftspartnern wie auch die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Geschäftspartnern.<sup>289</sup> Weiter kann die Verweigerung sowohl auf vorgelagerten Märkten (Bezugssperre) als auch auf nachgelagerten oder benachbarten Märkten erfolgen (Liefer-sperre).<sup>290</sup> Schliesslich werden auch spezifischere Verhaltensweisen erfasst, wie die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung („Essential Facility“) oder einem Netz zu

---

<sup>287</sup> Gemäss CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 268 f. überschneiden sich gewisse Tatbestandsvarianten.

<sup>288</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 642, Rz. 108; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570 f.; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 7 N 10; BORER (FN 115), Art. 7 N 10 f.; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 118; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 72.

<sup>289</sup> Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570 f.

<sup>290</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 97.

gewähren, die Weigerung, eine Lizenz für Rechte des geistigen Eigentums zu erteilen, oder die Weigerung, Schnittstelleninformationen offen zu legen.<sup>291</sup>

308. Von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne einer Liefersperre ist jedenfalls dann auszugehen, wenn folgende Merkmale vorliegen<sup>292</sup>:

- (1) Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten;
- (2) Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können;
- (3) Die Verweigerung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte;
- (4) Die Verweigerung kann nicht durch „Legitimate Business Reasons“ gerechtfertigt werden.

### B.3.3.3.2 Geschäftsverweigerung

#### B.3.3.3.2.1 Explizite Geschäftsverweigerung

309. Zunächst ist erforderlich, dass ein Geschäftspartner versucht hat, eine Geschäftsbeziehung aufzubauen und zu diesem Zweck mit dem marktbeherrschenden Unternehmen kommuniziert hat. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung kann dann direkt erfolgen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine solche explizit ablehnt oder indirekt, beispielsweise durch Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder die Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen, welche auf eine Geschäftsverweigerung hinauslaufen („Constructive Refusal to Deal“).<sup>293</sup>

310. Die nachfolgende Zeittabelle gibt eine Übersicht, wie die Entwicklung von DCC bei Multipay/Card Solutions erfolgt ist und wie sich die beiden Unternehmen gegenüber Jeronimo und anderen Terminallieferanten verhalten haben.<sup>294</sup>

**Tabelle 8: Zeittabelle**

21.09.2004	<b>Lancierung des DCC-Projektes</b> bei der Card Solutions. Das Projekt soll Multipay ermöglichen, seinen Händlern DCC anzubieten. In einer ersten Phase ist eine Umsetzung auf dem ep2-Terminal „Smash“ der Card Solutions sowie die Anpassung diverser Systeme (z.B. solche für das Acquiring Front- und Backoffice) vorgesehen.
15.10.2004	Erstellung der Systemspezifikationen.
02.12.2004	Testphase abgeschlossen.
20.01.2005	<b>Beginn der produktiven Pilotphase</b> , welche bis Ende Februar dauert ([10–20] Terminals in

<sup>291</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 72; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 78.

<sup>292</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 72; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 81; beide Fundstellen teilweise mit Abweichungen, auf die bei den einzelnen Kriterien eingegangen wird. An dieser Stelle ist einzig darauf hinzuweisen, dass das in der Mitteilung zu Art. 82 EGV genannte Kriterium, dass die Verweigerung wahrscheinlich den Verbrauchern schaden muss, im schweizerischen Kartellrecht keine Rolle spielt, da dieses nicht im selben Ausmass wie das europäische Recht auf die Verbraucherwohlfahrt fokussiert. Zudem hat der EuGH in einem aktuellen Entscheid festgehalten: „Article 82 EC refers not only to practices which may cause damage to consumers directly, but also to those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure“ (EuGH, Urteil vom 2. April 2009, France Télécom [C-202/07], Rz. 105. Vgl. zum ganzen auch MANUEL KELLERBAUER, Der „more economic approach“ bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag, in: AJP 2009/12, S. 1576 ff. (1579).

<sup>293</sup> Vgl. RPW 2000/4, S. 566 f., Rz. 36 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 124.

<sup>294</sup> Sämtliche Elemente sind durch Akten belegt, die einzelnen Aktenstücke sind bereits im Abschnitt „Sachverhalt“ erwähnt. Von Bedeutung sind insbesondere die Beilagen zu act. n° 180.

	[10–20] Hotels). Bereinigung anfänglicher Schwierigkeiten mit der Terminalsoftware. Multipay acquirit DCC-Verträge mit Startdatum 01.03.2005.
01.03.2005	<b>Überführung des Pilotbetriebs in den regulären Betrieb.</b>
05.04.2005	Mit über [300–400] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen. Davon sind erst [0–100] mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet.
10.05.2005	DCC-Verträge mit rund [500–600] Händlern abgeschlossen, von denen erst [100–200] über ein ep2-Terminal verfügen. Anpassungen betreffend Tip (Trinkgeld) und Ticket.
10.06.2005	<b>Erste Anfrage von Jeronimo:</b> Jeronimo äussert anlässlich einer Besprechung mit Multipay das Anliegen, die DCC-Funktion auf ihren Terminals anbieten zu können.
14.06.2005	Mit rund [900–1000] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen. Davon hat rund die Hälfte noch kein ep2-Terminal.
20.06.2005	<b>Entscheid Verweigerung:</b> In der GL von Card Solutions wird der Beschluss von Multipay mitgeteilt, Jeronimo kein DCC anzubieten.
05.07.2005	Die Firma [Name Firma] ist daran, für Multipay die Integration von DCC mit [Name Firma] (Hotellösung) zu implementieren. Mit rund [1200–1'300] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen, von denen rund die Hälfte über kein ep2-Terminal verfügt. Im Juni wurden gut [20'000–25'000] Transaktionen für knapp CHF [0–10] Mio. im DCC-Modus abgewickelt.
05.07.2005	<b>Zweite Anfrage von Jeronimo:</b> Schreiben der Jeronimo an Multipay mit der Bitte, die DCC-Spezifikationen offenzulegen.
16.07.2005	Mit rund [1600–1700] Händlern wurden DCC-Verträge abgeschlossen. Davon sind rund [600–700] mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet.
22.07.2005	Schreiben der <b>Ingenico</b> (XA AG) mit der Bitte, die technischen Informationen bezüglich DCC mitzuteilen, welche für die Entwicklung der eigenen Terminals notwendig sind. Eine schriftliche Antwort erfolgt nicht. Card Solutions gibt an, sie habe Ingenico mündlich mitgeteilt, die DCC-Funktion befinde sich noch in einer Pilotphase, weshalb das Produkt DCC noch nicht zur Verfügung gestellt werden könne.
18.11.2005	Besprechung zwischen Jeronimo und Multipay, wobei Multipay in Aussicht stellt, am 9. Januar 2006 darüber zu entscheiden, ob DCC für andere Terminallieferanten zugänglich gemacht wird.
im Nov. 2005	<b>PaySys</b> fragt Multipay an einer Besprechung bezüglich DCC an. Multipay erklärt, dass sich DCC in einer Pilotphase befinde und die Funktion nicht weitergegeben werden könne.
16.12.2005/ 11.01.2006	Ankündigung von <b>Visa</b> an alle Acquirer, welche DCC anbieten, dass Visa eine <b>Rezertifizierung</b> verlangen wird. Visa verlangt technische Anpassungen, welche die Wahlfreiheit des Karteninhabers sicherstellen. Nach der Rezertifizierung ist ein zweimonatiger Requalifikationsprozess zu durchlaufen, während dem maximal 100 Händlern DCC angeboten werden darf.
09.01.2006	<b>Bestätigung Verweigerung:</b> Entscheid in der GL von Multipay und Card Solutions, DCC für andere Terminalhersteller weiterhin nicht freizugeben.
16.01.2006	Multipay teilt Jeronimo den GL-Entscheid, DCC für andere Terminalhersteller nicht freizugeben, per E-Mail mit.
19.01.2006	Schreiben von Multipay an Visa, dass eine neue Terminalsoftware entwickelt wurde. Bitte auf die Reduktion auf 100 Händler während der Requalifikation zu verzichten.
30.01.2006	Jeronimo erkundigt sich per E-Mail nach dem Resultat des GL-Entscheids (es ist daher fraglich, ob das Mail von Multipay vom 16.01.2006 bei Jeronimo eingegangen ist).
20.02.2006	Jeronimo beschwert sich schriftlich, immer noch keine Antwort erhalten zu haben, und droht rechtliche Schritte an.
01.03.2006	<b>Rezertifizierung</b> durch Visa
17.03.2006	Die Van de Velden Holding B.V. (Mehrheitsaktionärin der Jeronimo) fordert Multipay auf, die Protokolle offenzulegen, welche es Jeronimo erlauben, die DCC-Funktion auf ihren Terminals anzubieten. Multipay soll bis am 25. März 2006 mitteilen, ob sie bereit ist bis zum 8. April in diesbezügliche Verhandlungen zu treten.

20.03.2006	Multipay teilt Jeronimo mit, sie sehe keine Veranlassung die eigene Position zu ändern.
11.04.2006	Mitteilung von Visa an Multipay über positives Audit-Resultat für März 06.
11.05.2006	Mitteilung von Visa an Multipay über positives Audit-Resultat für April 06.
20.07.2006	Anzeige der Jeronimo bei der Weko.
24.07.2006	Eröffnung Vorabklärung.
25.08.2007	Multipay lehnt eine Offenlegung der Spezifikationen ab.
08.12.2006	Multipay erklärt sich anlässlich einer Sitzung mit Jeronimo bereit, dieser die Spezifikationen offenzulegen.
26.01.2007	<b>Offenlegung der Schnittstelleninformationen</b> gegenüber Jeronimo.
12.04.2007	Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber Ingenico.
13.11.2007	Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber Thales e-Transactions GmbH.
19.11.2007	Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber Commtrain Card Solutions (heute Aduno).

311. Aus der Tabelle geht hervor, dass Multipay von mehreren POS-Terminalanbietern (Jeronimo, Ingenico, PaySys) mit dem Anliegen kontaktiert wurde, die durch Multipay ihren Händlern angebotene DCC-Funktion auf ihren Terminals anbieten zu können. Jeronimo hat es dabei nicht bei einer einmaligen Anfrage bewenden lassen, sondern hat ab dem 10. Juni 2005 wiederholt um die Offenlegung der dafür notwendigen Schnittstelleninformationen ersucht.

312. Im ersten Schreiben vom 5. Juli 2005 führt der CEO von Jeronimo aus:

313. *„Je réitère par la présente notre intérêt à ajouter au plus vite la fonction DCC sur nos terminaux de paiement. Comme discuté, cela répondrait à une demande précise de certains clients de pouvoir conserver l’acquiring chez vous et les terminaux chez nous. Vous nous avez informé que cette fonction devrait être disponible dès la mi-2005 pour les autres fournisseurs de terminaux. Je vous prie de bien vouloir nous fournir les spécifications y relatives ou le cas échéant, nous aiguiller vers les personnes concernées.“*<sup>295</sup>

314. Auf dieses Schreiben hin erfolgte noch keine explizite Absage an Jeronimo. Gemäss den Angaben von Multipay wurde Jeronimo im Juli 2005 durch die Card Solutions telefonisch mitgeteilt, die DCC-Funktion befinde sich noch in einer Pilotphase und könne daher nicht zur Verfügung gestellt werden.<sup>296</sup> Es ist für diese Zeitperiode von einer indirekten Geschäftsverweigerung auszugehen, da aus einer Information des CEO von Multipay an der GL der Card Solutions hervorgeht, dass schon am 20. Juni 2005 beschlossen war, *„dass für Jeronimo kein DCC angeboten wird“*<sup>297</sup>.

315. Mit E-Mail des CEO von Multipay vom 16. Januar 2006 erfolgte die erste explizite Geschäftsverweigerung gegenüber Jeronimo: *„Im November haben wir uns in Zürich getroffen und verschiedene Punkte besprochen. U.a. ist die Frage von DCC offen. Wir haben in der Geschäftsleitungssitzung von letzter Woche das Thema diskutiert und es wurde beschlossen, dass wir grundsätzlich firmenintern entwickelte Dienstleistungen nicht freigeben“*.<sup>298</sup>

<sup>295</sup> Act. n° 103, Beilage 19a.

<sup>296</sup> Act. n° 103, S. 34.

<sup>297</sup> Act. n° 103, Beilage 21c.

<sup>298</sup> Act. n° 103, Beilage 19b.

316. Da dieses Mail offenbar bei Jeronimo nicht eingegangen ist, ist die Geschäftsverweigerung aus Sicht von Jeronimo eine indirekte geblieben, was zwar zu weiteren Schreiben an Multipay, nicht aber zum gewünschten Resultat geführt hat. Das Element der Verweigerung wurde denn auch in der Vorabklärung von Multipay nicht bestritten, sondern die Parteien haben Gründe vorgebracht, weshalb die Verweigerung zulässig sei.<sup>299</sup>

#### **B.3.3.3.2 Verweigerung betrifft Offenlegung von Schnittstelleninformationen**

317. Die Parteien haben mehrmals vorgebracht, es sei erst im Rahmen der zweiten Eingabe von Jeronimo in der Vorabklärung deutlich geworden, dass Jeronimo die Offenlegung von Schnittstelleninformationen und nicht eine Zwangslizenz an der DCC-Software der Card Solutions fordere.<sup>300</sup> Dieser Einwand ist nicht stichhaltig: Bereits im ersten Schreiben von Jeronimo ist von „*spécifications*“ die Rede. Der Begriff der *spécification* bzw. Spezifikation ist im Bereich der Informatik üblich für die deklarative Beschreibung dessen, was eine Software bewerkstelligen muss, und ist von der darauf basierenden Implementierung zu unterscheiden.<sup>301</sup> Aus der Verwendung des Terminus *spécifications* geht hervor, dass Jeronimo die Informationen verlangt hat, welche eine eigene Implementierung der DCC-Funktion erlauben.

318. Noch deutlicher hat dieses Anliegen die Ingenico (damals noch XA SA) in ihrem Schreiben an die Multipay vom 22. Juli 2005 formuliert:

319. *„In diesem Sinne nehmen wir mit Ihnen Kontakt auf und würden uns freuen, mit Ihnen eine Geschäftsbeziehung aufzubauen, die uns erlaubt, unseren Kunden alle Leistungen von Telekurs Multipay anzubieten, wie beispielsweise ihre DCC Lösung. In Bezug auf das vorgenannte, wären wir Ihnen dankbar, wenn Sie uns alle technischen Informationen über Ihre DCC-Lösung, die für die Entwicklung unseres Zahlungsterminals notwendig sind, zur Verfügung stellen“.*

320. Im gleichen Sinne lautet auch das Schreiben der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006:

321. *„... the Company's [Jeronimo's] access to the DCC facility, what means to have your protocols available as far as needed for software to be built on our payment terminals, your full support to have application supported in case of question we may have and to guarantee the certification done within for us acceptable times.“<sup>302</sup>*

322. Auch aus diesem Schreiben geht deutlich hervor, dass Jeronimo nicht einfach die DCC-Software der Card-Solutions-Terminals übernehmen wollte, sondern eine eigene Lösung entwickeln wollte („software to be built“). Dies wird weiter durch die Verwendung des Wortes „Protocol“ unterstrichen: *„In computing, a protocol is a set of rules which is used by computers to communicate with each other across a network. A protocol is a convention or standard that controls or enables the connection, communication, and data transfer between computing endpoints. In its simplest form, a protocol can be defined as the rules governing the syntax, semantics, and synchronization of communication. Protocols may be implemented by hardware, software, or a combination of the two. At the lowest level, a protocol*

---

<sup>299</sup> Vgl. act. n° 5.

<sup>300</sup> Vgl. act. n° 5, 23 und 224.

<sup>301</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 24; Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 137. Vgl. auch französischen, deutschen und englischen Wikipediaeintrag.

<sup>302</sup> Act. n° 103, Beilage 19f.

*defines the behavior of a hardware connection. A Protocol is a formal description of message formats and the rules two or more computers must follow to exchanges those messages*<sup>303</sup>.

323. Aus den Schreiben von Jeronimo und Ingenico geht deutlich hervor, dass diese keine Zwangslizenz an der DCC-Software der Card Solutions gefordert haben, sondern die Protokolle und Spezifikationen, welche zur Herstellung von Interoperabilität zwischen ihren Terminals und der durch Multipay angebotenen DCC-Funktion notwendig sind.

324. Im Rahmen der Stellungnahme haben die Parteien erneut vorgebracht, die Anzeige von Jeronimo vom 20. Juli 2006 sei unklar formuliert gewesen, denn Jeronimo habe die Einräumung einer Zwangslizenz für die DCC-Software der Card Solutions verlangt. Der Argumentation der Parteien kann nicht gefolgt werden. Das Rechtsbegehren in dieser Anzeige wurde bereits in Rz. 36 wiedergegeben und verlangt nicht die Einräumung einer Zwangslizenz, sondern beschwert sich über das Vorenthalten von „Informationen, Spezifikationen und Support“. Noch deutlicher wird die Anzeige bei der Beschreibung der missbräuchlichen Verhaltensweise. In Rz. 39 wurde festgehalten: „Die Produkte von TKCS [Card Solutions] sind in keiner Weise besser als diejenigen von Jeronimo. Ihre Besserstellung wird lediglich dadurch erreicht, dass sie von TKMP [Multipay] hinsichtlich DCC als *dialogfähig* qualifiziert werden bzw. dass TKMP den Terminals von Jeronimo diese *Dialogfähigkeit* verweigert.“<sup>304</sup> Unmissverständlich hält Rz. 40 der Anzeige fest: „Das Vorgehen der TKMP zur *Verhinderung von Interoperabilität der Terminals von Jeronimo* mit ihrem Netzwerk von TKMP im Bereich der DCC ist dem von der Europäischen Kommission als unzulässig qualifizierten Vorgehen von Microsoft vergleichbar.“<sup>305</sup> Schliesslich wird in Rz. 54 zum Thema des vorsorglichen Rechtsschutzes festgehalten: „Jeronimo geht grundsätzlich davon aus, dass die Realisierung der Dialogfähigkeit ihrer Terminals mit dem TKMP-Netzwerk zum Zweck der dynamischen Währungsumrechnung für TKMP gering ist. Eine Schutzwürdigkeit der entsprechenden *Kommunikationsprotokolle* ist grundsätzlich nicht erkennbar. Aduno hat Jeronimo die erforderlichen *Schnittstelleninformationen bzw. -spezifikationen* ohne weiteres offen gelegt und die diesbezügliche Unterstützung geleistet.“<sup>306</sup> Der Vorwurf der Parteien, die Anzeige sei unklar gewesen, ist daher zurückzuweisen.

### **B.3.3.3.2.3 Zurechnung der Verweigerung**

325. Die Parteien haben zudem geltend gemacht, die Offenlegung der DCC-Spezifikationen könne von der Multipay gar nicht gefordert werden, da diese nicht Inhaberin der entsprechenden Rechte aus geistigem Eigentum sei.<sup>307</sup>

326. Die Parteien halten selber fest: „Anbieter der DCC-Dienstleistungen ist der Acquirer“ und weiter „Es ist der Acquirer (TKM [=Telekurs Multipay]), welcher sich für eine bestimmte DCC-Lösung entscheidet, *und darüber befindet, welche Terminals er für die DCC-Funktion zulassen will*“.<sup>308</sup> Sämtliche Anfragen der anderen Terminalanbietern haben sich denn auch an die Multipay gerichtet, welche diese zu keinem Zeitpunkt an die Card Solutions verwiesen hat. Der Entscheid, Jeronimo kein DCC anzubieten, ist zudem von Multipay getroffen worden: Card Solutions wurde am 20. Juni 2005 lediglich über diesen Entscheid informiert. Am 9. Januar 2006 wurde in der *gemeinsamen* Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card

---

<sup>303</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Protocol\\_\(computing\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Protocol_(computing)) (29.11.2010).

<sup>304</sup> Act. n° 1, S. 16, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>305</sup> Act. n° 1, S. 16, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>306</sup> Act. n° 1, S. 22, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>307</sup> Vgl. act. n° 12.

<sup>308</sup> Vgl. act. n° 12 (Hervorhebung hinzugefügt).

Solutions der erste Entscheid bestätigt, „dass für andere Terminalhersteller die DCC-Lösung nicht freigegeben wird“<sup>309</sup>. Die Geschäftsverweigerung erfolgte daher durch die Multipay.

327. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang aber letztlich, dass gemäss Art. 2 KG rechtlich selbständige Konzerngesellschaften wie die Multipay und die Card Solutions mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit nicht als Unternehmen im Sinne des KG gelten. Als Unternehmen gilt der Konzern als Ganzes und unterliegt als solcher der Verhaltenskontrolle des Art. 7 KG.<sup>310</sup> Es spielt daher für die kartellrechtliche Beurteilung keine Rolle, welche Konzerngesellschaft die Verweigerung kommuniziert hat, wie genau die konzerninterne Aufgabenteilung ausgestaltet ist (z.B. ob das Acquiring-Processing durch die Multipay selbst oder durch die Card Solutions vorgenommen wird) und wer über die notwendigen Schnittstelleninformationen sowie das technische Know-how verfügt, welches für die Herstellung von Interoperabilität notwendig ist. Auf dieser Ebene kann davon gesprochen werden, dass die SIX Group AG die Geschäftsverweigerung vorgenommen hat.

328. Die Parteien führen in ihrer Stellungnahme aus, „der Umweg über die Konzernbetrachtung“ sei nicht zielführend, denn im Rahmen der Untersuchung sei der Konzern zu keinem Zeitpunkt involviert gewesen. Die Parteien unterschlagen dabei, dass bereits bei der Eröffnung der Untersuchung klar deklariert wurde, dass die beiden direkt involvierten Gesellschaften Multipay und Card Solutions zum gleichen Konzern gehören: „Händler, welche über einen Acquiringvertrag mit TKM [Multipay] verfügen, können die von TKM angebotene DCC-Funktion nur dann in Anspruch nehmen, wenn sie über ein Terminal der Schwestergesellschaft TKC [Card Solutions] verfügen“.<sup>311</sup> Letztendlich erscheint es aber müssig über die genaue Zurechnung des Verhaltens von Konzerngesellschaften zu diskutieren, welche sogar gemeinsame Geschäftsleitungssitzungen durchgeführt haben.

329. Zusätzlich kann darauf hingewiesen werden, dass für die Zusammenarbeit zwischen Multipay und Card Solutions im Zusammenhang mit der Erbringung von Umrechnungsdienstleistungen zumindest bis am 30. Mai 2007 gar kein schriftlicher Vertrag bestand,<sup>312</sup> was wiederum nur denkbar ist, weil beide Gesellschaften zum gleichen Konzern gehören. Kommt hinzu, dass Multipay den Wechselkurs festlegt<sup>313</sup> und auch wesentlich mehr Einnahmen aus der Funktion generiert.<sup>314</sup>

#### **B.3.3.3.2.4 Ergebnis betreffend Geschäftsverweigerung**

330. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass spätestens am 20. Juni 2005 Multipay beschlossen hat, anderen POS-Terminal-Anbietern den Zugang zur DCC-Funktion zu verweigern. Spätestens mit dem Schreiben von Jeronimo vom 5. Juli 2005 wurde der Wunsch nach Interoperabilität und Offenlegung der dafür notwendigen Spezifikationen ein-

---

<sup>309</sup> Vgl. act. n° 103, Beilage 20a.

<sup>310</sup> Vgl. oben Rz. 95 sowie RPW 2006/3, S. 522, Rz. 77; RPW 2005/3, S. 508, E. 3.2; CHRISTOPH G. LANG/RETO M. JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, in: sic! 2007/4, S. 299 ff. (305); JENS LEHNE, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 2 N 27 ff.; DUCREY (FN 105), Rz. 1244 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 256.

<sup>311</sup> Act. n° 57. Vgl. auch schon den Schlussbericht der Vorabklärung (act. n° 54), in dem dargestellt wird, dass Multipay und Card Solutions zu gleichen Konzern (damals Telekurs-Gruppe) gehören (vgl. Rz. 15, 28 ff. und 94 des Schlussberichts).

<sup>312</sup> Vgl. act. n° 103, S. 34.

<sup>313</sup> Vgl. act. n° 26.

<sup>314</sup> Der DCC-Nettoertrag von Multipay betrug 2005 CHF 1.9 Mio.; 2006 CHF 5.2 Mio. und 2007 CHF 5.6 Mio., während derjenige von Card Solutions in denselben Jahren CHF 0.627 Mio.; CHF 0.730 Mio. und CHF 0.858 Mio. erreichte.

deutig formuliert. Deshalb wird im folgenden dieses Datum als Beginn der Geschäftsverweigerung definiert.

331. Die Geschäftsverweigerung dauerte bis zur Sitzung vom 8. Dezember 2006 zwischen Vertretern der Multipay, der Card Solutions und von Jeronimo, in der sich die Parteien gegenüber Jeronimo bereit erklärten, die verlangten Schnittstelleninformationen offen zu legen.<sup>315</sup> Die Geschäftsverweigerung hat damit rund *1 Jahr und 5 Monate* gedauert.

### **B.3.3.3.3 Objektive Notwendigkeit des Inputs**

332. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es auf dem nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs).<sup>316</sup>

333. Im vorliegenden Fall wurden Jeronimo und anderen POS-Terminal-Anbietern die Schnittstelleninformationen verweigert. Diese Schnittstelleninformationen bilden die Voraussetzung für die Entwicklung von Terminals, welche kompatibel sind mit der DCC-Funktion, welche den Händlern von Multipay zur Verfügung steht.<sup>317</sup> Die theoretische Möglichkeit, die Schnittstelleninformationen auf dem Weg der Dekompilierung zu erhalten, bildet keine Alternative zur Offenlegung. Wie die EU-Kommission im Fall Microsoft dargelegt hat, ist die Interoperabilität von Produkten, welche auf der Grundlage einer Dekompilierung entwickelt wurden, nicht dauerhaft sichergestellt. So würden legitime Anpassungen der DCC-Software der Card Solutions (z.B. um neuen Anforderungen der Card Schemes zu entsprechen) dazu führen, dass die Terminals der Drittanbieter wiederum nicht mehr interoperabel wären: „Reverse engineering is therefore an inherently unstable basis for a business model“<sup>318</sup>.

334. In casu kommt hinzu, dass sich der notwendige Input nicht in der Offenlegung der Schnittstellen erschöpft. Es ist zudem notwendig, dass der Acquirer die DCC-Funktion auf den Terminals der Drittanbieter zulässt und unterstützt. Dies bedeutet, dass der Input notwendigerweise durch Multipay/Card Solutions erfolgen muss.

335. Es stellt sich die Frage, ob die anderen Terminalhersteller den fehlenden Input von Multipay/Card Solutions durch einen entsprechenden Input anderer Acquirer substituieren können. M.a.W. ist zu prüfen, ob die anderen Terminalhersteller die negativen Folgen der Verweigerung der DCC-Fähigkeit durch Multipay/Card Solutions dadurch auffangen können, dass ihre Terminals bei anderen Acquirern (z.B. der Aduno) DCC-fähig sind.

336. Multipay verfügt über eine marktbeherrschende Stellung im Acquiring, welche sich unter anderem durch einen sehr grossen Abstand zum nächstgrösseren Konkurrenten Aduno auszeichnet (vgl. Rz. 188, 191 f. und 234). Der Acquiringmarkt ist zudem durch Skalen- und Verbundeffekte geprägt (vgl. Rz. 197). Für die Terminalhersteller bildet daher die DCC-

---

<sup>315</sup> Vgl. act. n° 47.

<sup>316</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 83. Zu streng daher AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 125, welche verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss. Dies könnte in dem Sinne verstanden werden, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Ein solches Erfordernis würde dazu führen, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

<sup>317</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 65.

<sup>318</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 686.

Fähigkeit ihrer Terminals bei Aduno, B&S und ConCardis auch in einer längerfristigen Perspektive kein Substitut zur DCC-Fähigkeit bei Multipay.

337. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Offenlegung der Schnittstelleninformationen und die Unterstützung der DCC-Funktion durch Multipay für die POS-Terminal-Anbieter notwendige Inputs darstellen, da sie nicht substituiert werden können.

338. Die Parteien legen in ihrer Stellungnahme dar, das Verhalten von Jeronimo im Nachgang zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen zeige, dass diese nicht unerlässlich gewesen seien. Jeronimo habe über 20 Monate benötigt um einen ersten Pilot ihrer DCC-Lösung zu erstellen. Jeronimo habe selber eingestanden, dass im Frühling 2007 die Realisierung einer DCC-Lösung mit Multipay nicht mehr prioritär gewesen sei.

339. Das Verhalten von Jeronimo nach der Offenlegung der Schnittstelleninformationen kann nicht als Hinweis für „fehlende Unerlässlichkeit“ dienen. Jeronimo hat diverse Gründe für die Verzögerung angegeben. Aufgrund des Einlenkens von Multipay konnte Jeronimo ihren Kunden DCC in Aussicht stellen und hat so eine weitere Abwanderung von Kunden verhindern können.<sup>319</sup> Jeronimo hat zudem diverse technische Gründe erwähnt: [2 Gründe, welche als Geschäftsgeheimnisse deklariert wurden], Realisierung und Lancierung der Hardwarelösung „contactless“.<sup>320</sup> Herr Fillistorf hat anlässlich des Hearings offengelegt, dass Jeronimo aufgrund der Vorgaben von RoHS<sup>321</sup> einen neuen Terminal entwickeln musste und davon sämtliche Terminals betroffen waren, so dass diese Entwicklung erste Priorität genossen habe.<sup>322</sup>

340. Anlässlich des Hearings hat Herr Fillistorf, nachdem er in mehreren Voten ausgeführt hatte, dass DCC als Funktion „indispensable“ gewesen sei (vgl. hierzu unten Rz. 388) auf Nachfrage der Parteien folgende Aussagen gemacht:

**Vertreter Parteien :** Vous avez aussi indiqué que un certain nombre de clients ils ont fait le switch pour un autre acquéreur comme par exemple Aduno, parce qu'ils ont dit on veut avoir votre terminal, alors ils étaient contents de faire le switch. Mais alors pour vendre vos terminaux il fallait pas vraiment avoir cette fonction nécessaire.

**Fillistorf :** Si puisqu'on l'avait avec Aduno à ce moment là.

**Vertreter Parteien :** Mais vous avez vendu des terminaux avec la fonction DCC avec Aduno.

**Fillistorf :** Si mais

**Vertreter Parteien :** C'était pas indispensable d'avoir?

**Fillistorf :** Non c'était pas indispensable mais c'était

**Vertreter Parteien :** Ça c'est très intéressant !

**Fillistorf :** C'était très important et très péjorant pour nous de ne pas avoir la fonction DCC avec Telekurs parce que vu la position de Multipay sur le marché, une partie importante des clients ont l'acquiring chez Multipay. Tout ces gens là quand on va les visiter on a potentiellement un problème de DCC. Donc c'est un pack. Du moins sur cette partie là du marché. Si la partie

---

<sup>319</sup> Vgl. act. n° 149 sowie die Aussagen von Herrn Fillistorf bei der Anhörung, act. n° 265.

<sup>320</sup> Vgl. act. n° 94.

<sup>321</sup> RoHS bedeutet *Restriction of the use of certain Hazardous Substances in electrical and electronic equipment*. RoHS geht auf die Richtlinie 2002/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten zurück. RoHS wurde in der Schweiz im Rahmen der Verordnung vom 18. Mai 2005 über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikalienverordnung, ChemV; SR 813.11) umgesetzt.

<sup>322</sup> Vgl. act. n° 265.

de ce bloc là on va pouvoir le transférer Aduno tout une partie on ne peut pas parce que les commerçants veulent rester chez Telekurs, veulent respecter leur contrat d'acquiring, mais veulent cette fonction DCC. Et toute cette partie du marché là est importante. C'est pour cela qu'on a pas eu 100% de ventes en moins mais on a eu 20% de ventes en moins.

- Vertreter Parteien :** Je voudrais alors que ça soit indiqué dans le protocole que M. Fillistorf a dit que c'était pas indispensable et que ça concernait 20% des ventes. Alors ca c'est quelque chose qui était important dans toute la discussion.
- Fillistorf :** Mais qu'est-ce que ca veut dire indispensable? C'était pas vital. C'est-à-dire que on a pas arrêté de vendre des terminaux. J'ai jamais dit qu'on avait arrêté de vendre des terminaux à cause de cette fonction on dépendait heureusement pas à 100% de Telekurs, mais on dépendait beaucoup trop de Telekurs et on l'a vu. C'est pour cette partie de dépendance vis-à-vis de Telekurs et c'est sur cette partie là que nous avons souffert. Mais ce nombre de terminaux en moins pour une PME, si vous enlevez 20% des terminaux que l'on vend par année c'est absolument énorme.
- Vertreter Parteien :** Mais c'est pas indispensable.
- Präsident Weko:** On replacera dans son contexte, mais ca sera verbalisé.
- Fillistorf :** C'est pas vital. Jeronimo n'a pas fait faillite. Mais Jeronimo a eu des difficulté à cause de ça.

341. Herr Fillistorf hat folglich die Aussage gemacht, der Zugang zur DCC-Funktion von Multipay sei nicht „indispensable“ für den Verkauf von Terminals gewesen. Dies könnte als Hinweis dafür genommen werden, dass die Notwendigkeit des Inputs (Unerlässlichkeit) nicht gegeben sein könnte. Allerdings hat Herr Fillistorf anschliessend seine Aussage präzisiert und festgehalten, der Input sei in dem Sinne nicht unerlässlich gewesen, als dass Jeronimo nicht Konkurs gegangen sei. Er hat weiter betont, dass es sich für Jeronimo auf dem Markt sehr nachteilig ausgewirkt habe, dass die DCC-Funktion von Multipay nicht zugänglich war. Der verlorene Anteil an Kunden sei für ein KMU „enorm“ gewesen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ein Input nicht erst dann als notwendig gilt, wenn es ohne den Input zum Marktaustritt kommt, sondern bereits dann, wenn der Input notwendig ist, damit ein Unternehmen auf dem relevanten Markt wirksam konkurrieren zu können und er die negativen Folgen der Verweigerung nicht mindestens langfristig aufzufangen vermag (vgl. oben Rz. 332). Vor diesem Hintergrund stützen die Aussagen von Herrn Fillistorf die oben vorgenommene Analyse, wonach das Erfordernis der objektiven Notwendigkeit des Inputs erfüllt sein muss.

342. Es obliegt nicht der Weko zu beurteilen, ob das Zuwarten der Jeronimo im Nachgang zur Offenlegung wirtschaftlich sinnvoll gewesen ist. Die negative Entwicklung des Anteils von Jeronimo an den Terminalverkäufen in den Jahren 2005 und 2006 (vgl. unten Rz. 385) deutet jedenfalls darauf hin, dass die negativen Folgen der Verweigerung (vgl. oben Rz. 335) in der Folge nicht kompensiert werden konnten. Auch in den Folgejahren 2007 und 2008 waren die Verkäufe weiter rückläufig und Jeronimo verkaufte im Jahr 2008 nur noch etwa halb so viele Terminals wie noch im Jahr 2005. In derselben Zeitperiode hat Card Solutions ihre Terminalverkäufe steigern können. Dementsprechend hat Jeronimo seit dem Jahr 2006 bis zum Jahr 2009 erhebliche Marktanteile eingebüsst (gemessen an den in Betrieb befindlichen ep2-Terminals), während die Card Solutions ihre Marktstellung ausbauen konnte (vgl. vorne Rz. 271 f.).

343. Die Parteien haben im Schreiben vom 11. November 2010 beantragt, es sei abzuklären, wie viele Verkäufe von Jeronimo-Terminals seit deren DCC-Fähigkeit bei Multipay tatsächlich im Zusammenhang mit einem Multipay-Kunden und mit DCC erfolgt seien. Eine solche Erhebung ist aber für die Beurteilung des Sachverhaltes nicht notwendig. Die Parteien haben im Hearing angedeutet, dass bei Unerlässlichkeit der Funktion ein Anstieg der Verkäufe von Jeronimo-Terminals an Multipay-Kunden erwartet werden müsste. Diese Annahme erscheint nicht überzeugend. Herr Fillistorf hat im Hearing darauf hingewiesen, dass

wichtige Kunden während der massgebenden Zeitperiode verloren gegangen sind, welche dann nicht mehr zurückgewonnen werden konnten.<sup>323</sup> Auch SIX hat ausgesagt, dass die Kunden, für die DCC von grossem Interesse war, von Multipay von Beginn weg aktiv angeworben wurden. Mit anderen Worten: zum Zeitpunkt der Zertifizierung von Jeronimo im Jahr 2009 dürften die meisten Kunden, für welche DCC von Bedeutung war, bereits über ein entsprechendes Terminal verfügt haben und aufgrund der Lebensdauer der Terminals noch kein Bedarf für ein neues aufgewiesen haben. In diese Richtung hatten sich Vertreter von SIX bereits anlässlich eines Treffens mit dem Sekretariat im November 2006 während der Vorabklärung geäussert. Die Vertreter von SIX hatten die Auffassung vertreten, der DCC-Markt sei „gesättigt“. Die DCC-Funktion gebe es schon länger und alle potenziellen Händler seien von den Acquirern bearbeitet worden.<sup>324</sup>

344. Im Nachtrag vom 22. November 2010 führen die Parteien aus, dass lediglich [0–10]% der Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händler über eine aufgeschaltete DCC-Funktion verfügen. Aus demselben Nachtrag geht hervor, dass bei [20–30]% der ep2-Terminals von Multipay-Händlern, die DCC-Funktion aufgeschaltet ist (bei [20'000-25'000] von insgesamt [100'000-110'000] ep2-Terminals). Der heutige marginale Anteil von Jeronimo-Terminals bei Multipay-Händlern mit DCC erscheint als weiterer Beleg für die wirksame Verdrängung der Jeronimo-Terminals bei diesen Händlern und taugt aus den oben erwähnten Gründen nicht als Indiz, für die fehlende Notwendigkeit der DCC-Funktion.

#### **B.3.3.3.4 Wettbewerbsbehinderung**

##### **B.3.3.3.4.1 Allgemeines**

345. In der schweizerischen Literatur wird teilweise postuliert, die Geschäftsverweigerung müsse zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.<sup>325</sup> Dieselbe Position nehmen auch die Parteien in ihrer Stellungnahme ein.

346. Oben (Rz. 297 f.) wurde bereits ausgeführt, dass die Prüfung der einzelnen Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen hat. Gemäss dem eindeutigen Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung, d.h., es genügt, wenn ein Verdrängungseffekt vorliegt, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde denn bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG bisher auch noch nie das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung verlangt, sondern es wurde jeweils geprüft, ob eine Behinderung des Wettbewerbs vorliegt:

- In der Untersuchung *Intensiv SA, Grancia*<sup>326</sup> hat die Weko eine unzulässige Geschäftsverweigerung festgestellt. Sie hat dabei zunächst unter dem Titel „Behinderung oder Benachteiligung“ festgehalten: „Eine behindernde beziehungsweise benachteiligende Verhaltensweise liegt nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG namentlich dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbezie-

---

<sup>323</sup> Aussage Fillistorf: „*Les quelques gros clients qui étaient concernés c'était fini, on a perdu ces clients là, avec eux c'était terminé, ils étaient parti pour une nouvelle génération d'appareils, nouvelle période, donc là on avait rien à faire avec ces clients là*“; vgl. Act. N° 265.

<sup>324</sup> Vgl. act. n° 26 (Protokoll des Treffens) sowie act. n° 41 (Bemerkungen der Parteien zum Protokoll).

<sup>325</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 127 ff. m.w.H., welche allerdings teilweise in Widerspruch zu den Ausführungen dieser Autoren in Art. 7 N 97 stehen, in der von einer *Schwächung* der aktuellen Konkurrenten und der *Erschwerung* des Marktzutritts von potenziellen Konkurrenten die Rede ist.

<sup>326</sup> RPW 2001/1, S. 95 ff.

hungen (z.B. durch eine Liefer- oder Bezugssperre) verweigert.<sup>327</sup> Ob die Verweigerung zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen könnte, wurde nicht geprüft, hingegen wurde untersucht, ob sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.

- In der Untersuchung *ETA SA*<sup>328</sup> wurden die Auswirkungen der Geschäftsverweigerung untersucht und die Weko gelangte zu folgender Schlussfolgerung: „Der Abbruch sämtlicher Geschäftsbeziehungen würde den Wettbewerb auf allen nachgelagerten Marktstufen erheblich beeinträchtigen und einige Marktteilnehmer in ihrer Existenz gefährden. [...] Kann das Verhalten von ETA in der Folge nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, ist [...] der nachfolgende Lieferstopp [...] als missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG zu qualifizieren.“<sup>329</sup>
- In der Vorabklärung *Produktbündel „Talk and Surf“*<sup>330</sup> wurde festgehalten: „Rechtsprechung und Lehre verlangen für die Qualifikation einer Verhaltensweise als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen als Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG zwei Anforderungen (vgl. z.B. Watt/Migros-EEF, RWP 2001/2, S. 284 f.). In einem ersten Schritt wird verlangt, dass durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen andere Unternehmen in Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob sich die Weigerung aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Die Begründung der Wettbewerbskommission im erwähnten Fall Watt/Migros-EEF wurde vom Bundesgericht als überzeugend befunden und vollständig gestützt (BGE 129 II 479, E. 6.5.3).

347. Auch in der schweizerischen Lehre wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine unzulässige Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG dann vorliegt, wenn diese zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, ohne dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann.<sup>331</sup>

348. Die Diskussion um das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung ist im Zusammenhang mit der „Essential Facilities“-Doktrin zu sehen.<sup>332</sup> Gemäss dieser Doktrin gelten als „Essential Facilities“ wichtige, nicht duplizierbare Infrastrukturen (z.B. Hafen, Flughafen). In Konstellationen, in denen der Zugang zu diesen verweigert wird, ist ein allfälliger Restwettbewerb auf dem ausschliesslich durch die Benutzung der Essential Facility bearbeitbaren Markt per se nicht möglich.<sup>333</sup> Es ist in solchen Fällen daher auch nicht problematisch, eine Wettbewerbsbeseitigung zu fordern, da eine solche regelmässig vorliegt. Von der „Essential Facilities“-Theorie ist die im vorliegenden Fall massgebende „Monopoly-leveraging“-Theorie abzugrenzen (vgl. Rz. 302 f. und 506 ff.). Bei letzterer geht es insbesondere um den Einsatz einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt, um die Marktstellung auf einem zweiten Markt zu verbessern. Wäre das Unternehmen auf dem zweiten Markt bereits beherrschend, so wäre der Einsatz der beherrschenden Stellung auf dem ersten Markt gar nicht

---

<sup>327</sup> RPW 2001/1, S. 105 ff.; Rz. 47.

<sup>328</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff.

<sup>329</sup> RPW 2005/1, S. 139, Rz. 130 f.

<sup>330</sup> RPW 2004/2, S. 357 ff.

<sup>331</sup> BORER (FN 115), Art. 7 N 12; REINERT (FN 288), Art. 7 N 10 ff., insbes. N 10 und 13; DUCREY (FN 105)Rz 1522 ff.; ZÄCH (FN 310), Rz. 656.

<sup>332</sup> Eine Definition der Essential Facility findet sich bei MILAN JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Immaterialgüter als Essential-Facilities: Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, 2007, S. 4: „Essential Facilities [...] sind rechtlich oder faktisch monopolisierte Infrastrukturen, die ein Unternehmen zwangsläufig benutzen muss, um einen Markt bearbeiten zu können“. Vgl. aus der ökonomischen Literatur MOTTA (FN 442), S. 66 ff.

<sup>333</sup> Vgl. JOVANOVIĆ (FN 332), S. 38.

nötig. Durch das „Monopoly-leveraging“ werden Unternehmen auf dem zweiten Markt behindert.<sup>334</sup>

349. Es ist darauf hinzuweisen, dass sowohl im schweizerischen Recht als auch im EU-Recht Skepsis besteht, ob der „Essential Facility“-Doktrin eine eigenständige Bedeutung zukommt.<sup>335</sup> Die Fallkonstellationen, welche von der „Essential Facility“-Doktrin erfasst werden, werden unter Art. 7 Abs. 2 lit. a KG subsumiert. In der Lehre wird hierzu Folgendes festgehalten: *„Die Zugangsverweigerung und die herkömmliche Geschäftsverweigerung unterscheiden sich nicht derart voneinander, als dass sich eine Beurteilung durch unterschiedliche Kriterien rechtfertigen würde.“*<sup>336</sup> Daran lässt sich anschliessen, dass kein Grund besteht, wegen der spezifischen Gegebenheiten von „Essential Facilities“-Sachverhalten die allgemeinen Kriterien zu verschärfen und anstatt einer Wettbewerbsbehinderung eine Wettbewerbsbeseitigung zu verlangen, nur weil dieses Erfordernis im Falle einer tatsächlichen „Essential Facility“ faktisch erfüllt ist.

350. In der schweizerischen Fallpraxis wurde denn auch in den Fällen, welche den Zugang zu Infrastruktureinrichtungen betroffen haben, die allgemeinen Kriterien für das Vorliegen einer unzulässigen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG festgehalten:

- Im Fall *Watt/Migros v. Entreprises électriques fribourgeoise (EEF)* weigerte sich EEF den Strom der Elektrizitätsgesellschaft Watt über ihr Netz zu leiten um die Migros zu versorgen. Die Weko hielt in ihrer Verfügung fest: *„Pour établir si ce refus constitue un comportement illicite d'une entreprise ayant une position dominante selon l'article 7 LCart, il faut procéder en deux temps. Premièrement, il faut établir si Watt ou Migros sont affectés dans leur capacité concurrentielle ou désavantagés comme partenaires de l'échange par ce refus des EEF. Dans un deuxième temps, il faut examiner si ce refus de se justifie par des motifs économiques.“*<sup>337</sup> Der erste Punkt wurde dann unter dem Titel *„Entrave de l'accès à la concurrence ou à son exercice“* geprüft und bejaht.<sup>338</sup> Dieser Entscheid wurde in der Folge durch die REKO/WEF als *„cas d'entrave“* bestätigt.<sup>339</sup> Schliesslich hat sich auch noch das Bundesgericht den Fall überprüft und hat festgehalten: *„La pratique d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci“*<sup>340</sup> Das Bundesgericht ist dann bei der Prüfung dieser Kriterien auf die „Essential-Facility“-Theorie eingegangen und hat im konkreten Fall festgestellt, dass der Wettbewerb beseitigt wird, ohne jedoch diese Beseitigung zu einem neuen Kriterium aufzuwerten.
- Auch in der Untersuchung *Flughafen Zürich/Valet Parking*<sup>341</sup> wurde die Verweigerung des Zugangs zu einer Infrastruktur, nämlich zu den Parkplätzen des Flughafens anhand der allgemeinen Kriterien gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG überprüft. Im Entscheid der Weko wird ausgeführt: *„Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sach-*

---

<sup>334</sup> Vgl. JOVANOVIĆ (FN 332), 40 f.

<sup>335</sup> Vgl. JOVANOVIĆ (FN 332), 42 f.; BORER (FN 115), Art. 7 N 13; ZÄCH, Rz. 667.

<sup>336</sup> BORER (FN 115), Art. 7 N 13.

<sup>337</sup> RPW 2001/2, S. 284 f., Rz. 169.

<sup>338</sup> RPW 2001/2, S. 285 f., Rz. 170 ff.

<sup>339</sup> REKO/WEF, RPW 2002/4, S. 695 f., E. 7.2.

<sup>340</sup> BGer, RPW 2003/4, S. 961 E. 6.5.1., vgl. auch E 6.1. und 6.4.1. in welchen ebenfalls der Begriff der „entrave“ verwendet wird.

<sup>341</sup> RPW 2006/4, S. 625 ff.

lich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.“<sup>342</sup>

351. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es der Systematik des Art. 7 KG widersprechen würde, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs zu verlangen, während bei allen anderen Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung unbestrittenermassen genügt. Sämtliche Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Beispieltatbestände festlegt. Ebenso wenig ist es sachgerecht, bei einem einzigen Tatbestand von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen und der Generalklausel, wie es opportun wäre, bei einem einzigen Tatbestand die Hürden tiefer zu setzen und damit ein „Einfallstor“ für das Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen. Dass ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestände systemwidrig wäre, ist daraus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten – wie im vorliegenden Fall – gleichzeitig mehrere Tatbestände erfüllen kann.<sup>343</sup>

352. Zudem erscheint die Rechtslage in der EU, auf die sich die Parteien und einige Lehrmeinungen berufen, nicht restlos klar. In der Mitteilung der EU-Kommission zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EGV wird als Erfordernis genannt, dass die Lieferverweigerung wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten wird.<sup>344</sup> Bei der Konkretisierung dieses Kriteriums wird festgehalten, dass die Verweigerung eines objektiv notwendigen Inputs generell geeignet sei, den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt unmittelbar oder im Laufe der Zeit auszuschalten.<sup>345</sup> Diese Passage ist im Zusammenhang mit den allgemeinen Erwägungen in der Mitteilung zu interpretieren, wonach dann von einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung auszugehen ist, wenn den Konkurrenten der Zugang zu Lieferquellen oder Märkten *erschwert* oder unmöglich gemacht wird.<sup>346</sup> Als möglicher Beweis für eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung wird denn auch nicht nur die vollständige Verdrängung von Wettbewerbern betrachtet, sondern etwa auch ein Anstieg des Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens oder eine Verlangsamung seiner Marktanteilsverluste.<sup>347</sup> Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Mitteilung der EU darüber Auskunft gibt, welche Fälle des Behinderungsmissbrauchs *prioritär* zu behandeln sind. Es ist einsichtig, dass eine Geschäftsverweigerung, die zur Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs führen kann, eine höhere Priorität genießt als eine Geschäftsverweigerung, welche den wirksamen Wettbewerb „nur“ beeinträchtigt. So wird gerade im Zusammenhang mit den Prüfkriterien für Lieferverweigerungen wiederholt, dass Praktiken welche alle Voraussetzungen erfüllen „*vorrangig*“ zu prüfen sind.<sup>348</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zulässig wäre. So wird im ausführlicheren „Discussion Paper zur Anwendung von Art. 82 EGV“ der EU-Kommission vom Erfordernis eines „*likely market distorting foreclosure effect*“

---

<sup>342</sup> RPW 2006/4, S. 641 Rz. 99, vgl. auch Rz. 100.

<sup>343</sup> Vgl. auch den Fall Teleclub vs. Cablecom in RPW 2002/4, 557 ff., in welchem die Weko im Rahmen eines Massnahmenentscheides es als glaubhaft erachtete, dass die Verweigerung von Cablecom das Fernsehsignal von Teleclub über ihr Kabelnetz gleichzeitig die Tatbestände der Koppelung, der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und der Einschränkung der technischen Entwicklung erfüllt.

<sup>344</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 81.

<sup>345</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 85.

<sup>346</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 19.

<sup>347</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 20.

<sup>348</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 81; vgl. auch die Formulierung in Rz. 83: „*Um festzustellen, ob eine Lieferverweigerung prioritär behandelt werden sollte [...]*“.

ausgegangen.<sup>349</sup> Kommt hinzu, dass die EU-Kommission bereits zweimal die Auffassung geäußert hat, dass bei der Beurteilung der Verweigerung von Schnittstelleninformationen, welche zur Herstellung von Interoperabilität notwendig sind, ein tieferer Standard anzusetzen ist als bei anderen Verweigerungen.<sup>350</sup> Schliesslich kann auf Stufe der Rechtsprechung des EuG durchaus in Frage gestellt werden, wie streng dieses sein Kriterium anwendet, dass die Verweigerung geeignet sein muss, den *wirksamen* Wettbewerb auszuschalten. Sowohl im Microsoft-Fall und noch vermehrt im aktuelleren Entscheid Clearstream werden die Anforderungen an dieses Kriterium eher tief angesetzt.<sup>351</sup> Im Clearstream-Fall wurde das Vorliegen des Kriteriums bejaht, obwohl neben des verweigerten direkten Zugangs zu Clearingdienstleistungen die Möglichkeit des indirekten Zugangs bestand, dieser aber mit Nachteilen behaftet war (knappere Fristen, ein größeres Risiko, höhere Kosten und mögliche Interessenkonflikte).<sup>352</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Massstab der in der europäischen Praxis tatsächlich ein anderer ist, zumal zwischen dem Erfordernis, dass die Verweigerung den Wettbewerb zu behindern hat und dem Erfordernis, dass die Verweigerung geeignet sein muss, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, ein fließender Übergang stattfindet. Es handelt sich um eine graduelle Frage, ab wann von einer Eignung zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist, so dass nicht von einem Widerspruch zwischen der schweizerischen und der europäischen Praxis ausgegangen werden kann, umso mehr als im konkreten Fall eine beträchtliche Wettbewerbsbehinderung stattgefunden hat (vgl. unten Rz. 355 ff). Wird die rechtsvergleichende Betrachtung ausgedehnt, so wird ersichtlich, dass diverse weitere Jurisdiktionen bei der Geschäftsverweigerung das Erfordernis der Wettbewerbsbehinderung kennen.<sup>353</sup>

353. In der ökonomischen Literatur ist anerkannt, dass eine Marktverschliessung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt führen muss. So werden marktverschliessende Verhaltensweisen oftmals nicht zum Ausbau der Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt angewendet, sondern um eine erodierende Marktstellung auf dem nachgelagerten Markt zu schützen oder eine frühere marktmächtige Position wiederherzustellen.<sup>354</sup> Zudem wurde in der neueren ökonomischen Literatur aufgezeigt, weshalb

---

<sup>349</sup> Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S 65 f.; vgl. auch S. 64: „*the refusal is likely to have a negative effect on competition*“.

<sup>350</sup> Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S 68; Argumentation der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren betreffend Microsoft Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 275 ff., wobei das EuG die Frage eines tieferen Standards für solche Informationen offen lassen konnte, da es davon ausgegangen ist, das Verhalten von Microsoft sei geeignet gewesen, eine Beseitigung des Wettbewerbs zu bewirken Vgl. auch die Publikation von RICHARD WHISH, Competition Law, 6. Aufl., 2009, 792, welche aufzeigt, dass die entsprechenden Äusserungen der Kommission im Discussion Paper durchaus nicht als überholt gelten sondern immer noch Aktualität geniessen. Vgl. weiter ICN, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival under Unilateral Conduct Laws, 2010, S. 23.

<sup>351</sup> Vgl. CLAUDIA SCHMIDT/WOLFGANG KERBER, Microsoft, Refusal to Licence Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test off he EU Commission, Working Paper, 2008, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1297939> (29.11.2010), S. 11 ff.; ALISON JONES/BRENDA SUFRIN, EC Competition Law, 3. Aufl., 2008, S. 574.

<sup>352</sup> Vgl. EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 148 ff.

<sup>353</sup> Vgl. ICN, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival under Unilateral Conduct Laws, 2010, S. 12 f.

<sup>354</sup> Vgl. PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: Handbook of Industrial Organization III, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), Chapter 33, 2007, S. 2145 ff. (2163), auch erhältlich in einer Version aus dem Jahr 2006 unter [www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf](http://www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf) (29.11.2010), S. 22.

sich solche Verdrängungspraktiken für das marktbeherrschende Unternehmen lohnen können.<sup>355</sup>

354. Es ist schliesslich nicht zutreffend, dass das hier verwendete Erfordernis der Wettbewerbsbehinderung (statt Wettbewerbsbeseitigung) dazu führen würde, dass nur die Wettbewerber, nicht aber der Wettbewerb geschützt würde.<sup>356</sup> Auch eine Behinderung führt zu einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs an sich, da sich ein Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten einen Vorteil verschafft, welcher sich nicht aus der Wettbewerbsfähigkeit seiner Produkte oder Dienstleistungen ergibt.

#### **B.3.3.3.4.2 Die konkrete Wettbewerbsbehinderung**

##### **B.3.3.3.4.2.1 Einleitung**

355. Die Geschäftsverweigerung hatte zur Folge, dass Jeronimo und andere Terminallieferanten Händlern, welche über einen Acquiring-Vertrag mit Multipay verfügten oder einen solchen abschliessen wollten, keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Umgekehrt formuliert war einzig Card Solutions in der Lage, diesen Händlern DCC-fähige Terminals zu verkaufen. Durch diese Verhaltensweise wurde der Wettbewerb auf dem Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals<sup>357</sup> eingeschränkt, indem er für ein bestimmtes Kundensegment (Multipay-Händler, welche an DCC interessiert sind), *de facto* vollständig ausgeschlossen wurde.

356. Multipay hat geltend gemacht, die Behinderung von Jeronimo sei nicht erheblich, denn DCC sei nur für eine kleine Gruppe von Händlern von Interesse. Diese Gruppe treffe ihren Kaufentscheid indem sie die Gesamtpakete von Multipay/Card Solutions und Aduno/FCC/Jeronimo<sup>358</sup> vergleiche. Nach Auffassung von Jeronimo stellt DCC hingegen eine für den Kaufentscheid eines Händlers entscheidende Funktion dar und Jeronimo prognostizierte, dass sich die DCC-Fähigkeit zu einem Merkmal entwickeln werde, das ein Gerät einfach anbieten müsse, damit es überhaupt noch gekauft werde.

357. Der Argumentation von Multipay ist bereits rein dogmatisch entgegen zu halten, dass im Gegensatz zu Art. 5 KG bei den Tatbeständen gemäss Art. 7 KG das Merkmal der Erheblichkeit gesetzlich nicht vorgesehen ist. Sofern eine Benachteiligung oder Behinderung vorliegt, spielt der Grad ihrer Erheblichkeit für die Tatbestandmässigkeit des Verhaltens keine Rolle. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist hingegen unter dem Titel der „Schwere“ des unzulässigen Verhaltens im Rahmen der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen (Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im vorliegenden Fall geht allerdings aus der nachfolgenden Darstellung der konkreten Wettbewerbsbehinderung hervor, dass diese beträchtliche Auswirkungen auf dem Terminalmarkt zur Folge hatte.

##### **B.3.3.3.4.2.2 Dynamische Marktphase**

358. Für die Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung ist von Bedeutung, dass sich gemäss übereinstimmender Einschätzung von Multipay und Jeronimo der Terminalmarkt während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung in einer Umbruchphase befunden hat. Per 1. Januar 2005 hatten die internationalen Card Schemes (Visa und MasterCard) einen so genannten Liabilityshift (Haftungsumkehr) eingeführt (vgl. oben Rz. 256), was viele Händler

---

<sup>355</sup> Vgl. MASSIMO MOTTA, The European Commission's Guidance Communication on article 82, E.C.L.R., 2009 (Issue 12), S. 593 ff. m.w.H.; vgl. auch hinten Rz. 507 ff..

<sup>356</sup> So aber AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 129.

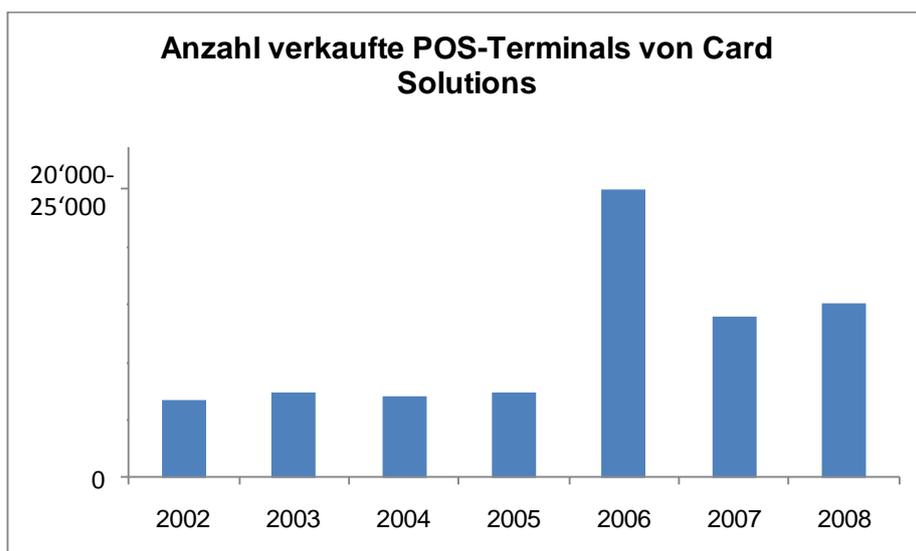
<sup>357</sup> Nur ep2-zertifizierte Terminals sind überhaupt DCC-fähig.

<sup>358</sup> Aduno bietet DCC zusammen mit dem Provider FCC an, vgl. vorne Rz. 284.

dazu bewog, ihre alten, nicht EMV- und nicht ep2-zertifizierten Terminals durch Terminals der neuen Generation (d.h. EMV- und ep2-zertifizierte Terminals) zu ersetzen (vgl. auch oben Rz. 257). So haben beispielsweise die beiden grossen Detailhändler Migros und Coop im Jahr 2006 neue ep2-zertifizierte Terminals der Card Solutions gekauft.<sup>359</sup>

359. Die Marktentwicklung wird durch die nachfolgende Grafik, welche die Anzahl der verkauften POS-Terminals der Card Solutions als grösste Terminalanbieterin in den Jahren 2002–2008 wiedergibt, exemplarisch illustriert:

**Abbildung 14: Anzahl der verkauften POS-Terminals der Card Solutions (2002–2008)<sup>360</sup>**



360. Aus der Grafik geht hervor, dass die Verkäufe in den Jahren 2002–2005 relativ stabil waren um im Jahr 2006 stark anzusteigen und in den Folgejahren 2007 und 2008 auf einem höheren Niveau zu verbleiben. In dieser dynamischen Marktphase wurden auch neue Produkte und Dienstleistungen entwickelt,<sup>361</sup> so wurde namentlich die DCC-Funktion während derselben Zeitperiode auf den Markt gebracht.

361. Weiter ist zu beachten, dass aufgrund des ep2-Standards in der massgebenden Zeitperiode gleichzeitig eine Marktöffnung stattgefunden hat, da ep2-zertifizierte Terminals unabhängig vom Terminalanbieter bei jedem Acquirer eingesetzt werden können. Dadurch wurden die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb auf dem Terminalmarkt geschaffen. Es ist zu diversen Markteintritten gekommen und beim Ersatz der früheren proprietären Systeme verfügten (und verfügen immer noch) die Händler über eine breite Produktpalette von verschiedenen Terminalanbietern. Der Wettbewerb hat auch zu tieferen Terminalpreisen geführt. Eine weitere Folge der Marktöffnung war, dass die Marktanteile der Card Solutions (frühere 3C-Epsys) erodiert sind (von rund 95% im Jahr 2001 auf noch [50–60]% im Jahr 2006). So konnte sich Jeronimo ab dem Jahr 2003 als starker Konkurrent etablieren, welcher im Jahr 2006 über einen beachtlichen Marktanteil von mehr als [20–30]% verfügte (vgl. zur Marktentwicklung ausführlich oben Rz. 269 ff.).

<sup>359</sup> Erläuterungen von Multipay/Card Solutions in act. n° 103, S. 22.

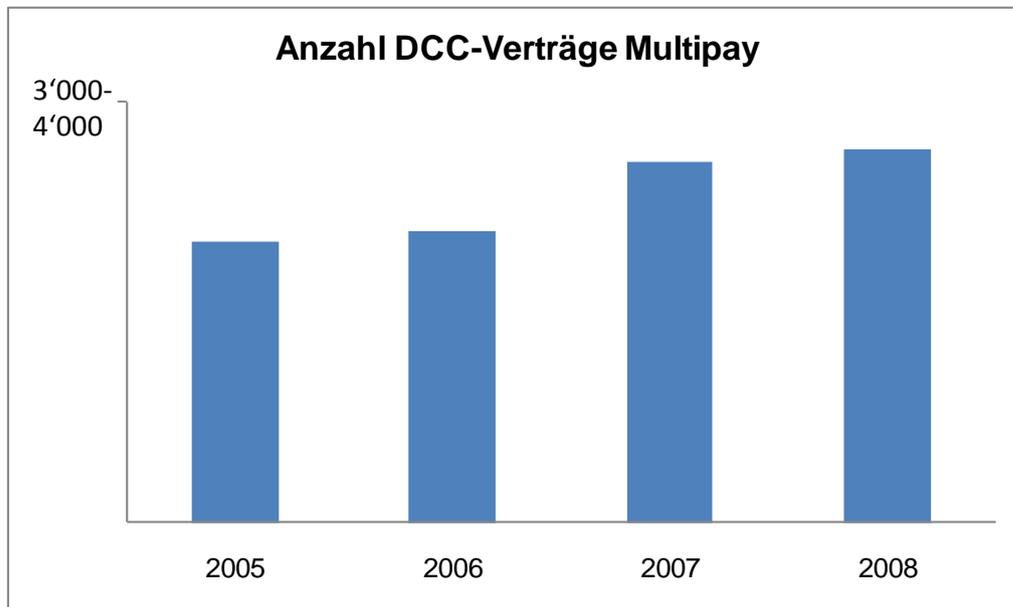
<sup>360</sup> In der Grafik werden nicht nur die durch Card Solutions verkauften, sondern auch die vermieteten POS-Terminals erfasst. Die Anzahl vermietete Terminals betrug in den Jahren 2006–2008 jeweils unter [0–10]% der insgesamt erfassten Terminals.

<sup>361</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme von Carus (act. n° 104), welche neben DCC beispielsweise das Aufladen von Mobiltelefonen via POS-Terminals, Tax Refund (Rückerstattung der MwSt. bei Ausfuhr des Produkts ins Ausland) oder Voucher Services (Ausdrucken und Einlösen von Coupons) als Innovationen erwähnt.

### B.3.3.3.4.2.3 Bedeutung von DCC

362. Während der soeben beschriebenen Umbruchphase auf dem Terminalmarkt begann Multipay ab März 2005 mit dem Abschluss von DCC-Verträgen. Die nachfolgende Abbildung zeigt die Anzahl abgeschlossener DCC-Verträge von Multipay von 2005 bis 2008:

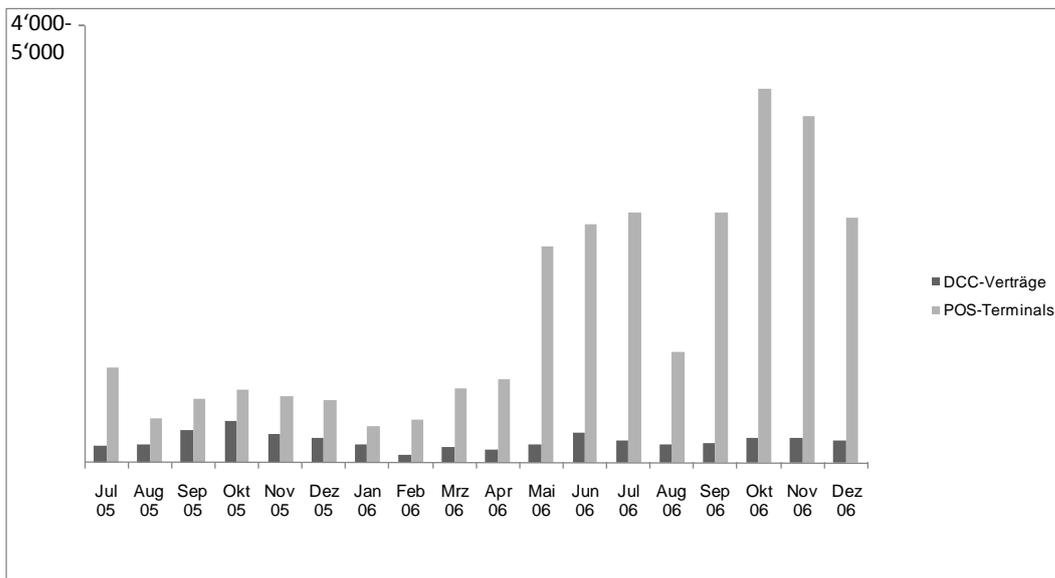
**Abbildung 15: Anzahl DCC-Verträge Multipay 2005–2008**



363. Die Anzahl abgeschlossener DCC-Verträge zeigt auf, dass diese Funktion durchaus von erheblicher Bedeutung ist. Seit dem Jahr 2005 wurden bis Ende 2008 mit insgesamt [10'000–15'000] Händlern DCC-Verträge abgeschlossen, was rund [10–20%] aller Businesspartner von Multipay entspricht (vgl. zur Entwicklung der Umsätze und Transaktionen, bei welchen DCC zum Einsatz kommt und die ebenfalls die zunehmende Bedeutung von DCC aufzeigt, oben Rz. 288 ff.).

364. Wird die Entwicklung für die Zeit der Geschäftsverweigerung von Juli 2005 bis Dezember 2006 betrachtet, so präsentiert sich die Anzahl abgeschlossener DCC-Verträge von Multipay sowie die Anzahl verkaufter POS-Terminals von Card Solutions wie in der nachfolgenden Abbildung dargestellt:

**Abbildung 16: Anzahl DCC-Verträge Multipay und verkaufte POS-Terminals Card Solutions Juli 2005 – Dezember 2006**



365. Multipay bringt vor, dass die Gegenüberstellung von Terminalverkäufen und DCC-Verträgen aufzeige, dass die Verkäufe in erster Linie vom Wechsel auf die EMV- und ep2-Technologie getrieben werde, während die DCC-Funktionalität kaum Einfluss auf die Anzahl der verkauften Terminals habe.<sup>362</sup>

366. Vorab gilt es bezüglich dieser Argumentation eine Relativierung anzubringen. Während jeder Händler nur einen DCC-Vertrag abschliesst, ist die Zahl der Terminals pro Händler keineswegs auf 1 beschränkt. Rund [25–35]% der Händler haben in der massgebenden Zeitperiode mehr als 1 Terminal gekauft. Im Durchschnitt hat in dieser Zeit jeder Händler [2–3]<sup>363</sup> Terminals gekauft. Dies führt dazu, dass die Bedeutung der DCC-Verträge grösser ist, als es aufgrund der Grafik den Anschein macht. Die Parteien haben in ihrer Stellungnahme durch Einreichung der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen nachgewiesen, dass die DCC-Funktion bei der Umrüstung der alten auf neue ep2-Terminals bei den beiden grossen Detailhändlern Migros und Coop keine Rolle gespielt hat. Dies hat einen zweifachen Effekt auf die obigen Ausführungen. Einerseits ist bei der Betrachtung der Abbildung 16 zu berücksichtigen, dass eine erhebliche Anzahl der Terminalverkäufe auf Migros und Coop entfallen. Würden diese abgezogen, so wäre die Differenz zwischen der Anzahl verkaufter Terminals und der Anzahl abgeschlossenen DCC-Verträge wesentlich kleiner. Andererseits sinkt gemäss Angaben der Parteien bei einer Nicht-Berücksichtigung der Terminalkäufe von Migros und Coop die durchschnittliche Anzahl gekaufter Terminals pro Händler auf [1–2]. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass gemäss den eingereichten Unterlagen die Ausschreibungen von Migros und Coop bereits im Jahr 2004 erfolgten und damit zu einem Zeitpunkt, in dem die DCC-Funktion noch gar nicht angeboten wurde. Auch die Offerten der Card Solutions vom 1. Februar 2005 fanden zu einem Zeitpunkt statt, in welchem sich die DCC-Funktion noch nicht in der Marktausbreitungsphase befand. Zudem wurde aufgrund der Stellungnahme der Parteien ersichtlich, dass Migros und Coop in Folge ihrer Grösse über ei-

<sup>362</sup> Vgl. act. n<sup>o</sup> 103, S. 24.

<sup>363</sup> Berechnung aufgrund der Angaben aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions (SBS). Act. n<sup>o</sup> 103, Beilage 8a. Berücksichtigt wurden alle Verkäufe mit dem Belegtyp „Rechnung“ vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006.

ne gewisse Nachfragemacht verfügen dürften (vgl. vorne Rz. 228). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Anreiz für Multipay diese beiden Detailhändler als Acquiring-Kunden zu halten, dazu geführt hätte, Migros und Coop bei Interesse an DCC ein Angebot zu unterbreiten, unabhängig von der Wahl des Terminallieferanten. In diesem Sinne werden nachfolgend die Terminalkäufe für Migros und Coop bei der Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung ausgeblendet.

367. Für die übrigen Händler erschliesst sich die tatsächliche Bedeutung der DCC-Funktion, wenn daran erinnert wird, dass sich Terminals mit und ohne DCC-Funktion für den Händler preislich nicht unterscheiden. Die DCC-Funktion führt beim Händler somit zu zusätzlichen Einnahmen, da er an den DCC-Erträgen partizipiert, ohne dass für ihn zusätzliche Kosten bei der Terminalanschaffung anfallen würden.

368. Es ist Multipay/Card Solutions zuzustimmen, dass die Umstellung auf EMV- und ep2-Terminals der Hauptgrund für den starken Anstieg der Terminalverkäufe im Jahr 2006 darstellt (vgl. schon Rz. 358). Dies ist jedoch nicht der für die Beurteilung des vorliegenden Falles entscheidende Faktor. Entscheidend ist nämlich, dass bei der Auswahl eines neuen ep2-Terminals in dieser Umbruchphase die Terminals der Card Solutions über den Vorteil verfügten, als einzige die von der Multipay angebotene DCC-Funktion zu unterstützen.

369. Es gilt zu berücksichtigen, dass der Händler zum Zeitpunkt der Beschaffung eines neuen ep2-Terminals, i.d.R. bereits einen Acquiringvertrag abgeschlossen hat und damit einen bestimmten Acquirer gewählt hat (auch wenn keine Exklusivitätsklauseln vorgesehen sind, vgl. vorne Rz. 203 f.). Der Acquirer wird nicht in Abhängigkeit der Terminals gewählt, sondern umgekehrt das Terminal in Abhängigkeit des Acquirers. Im Jahr 2005 verfügten [80–90]% der Multipay-Händler über einen Acquiringvertrag mit einer Laufzeit von 2 Jahren oder mehr und [70–80]% über einen solchen mit einer Laufzeit von 3 Jahren oder mehr (vgl. Tabelle 2). Bei einem Grossteil dieser Händler kommt zum Zeitpunkt der Terminalbeschaffung der von Multipay geltend gemachte Wettbewerb zwischen der DCC-Lösung Multipay/Card Solutions und derjenigen von Aduno/FCC und einem Drittanbieter von Terminals (z.B. Jeronimo) nur eingeschränkt zum Tragen. Immerhin verfügt die Mehrheit der Händler über einen gültigen und laufenden Acquiringvertrag. Grundsätzlich ist dies heute nicht mehr problematisch, da der ep2-Standard sicherstellt, dass jedes ep2-zertifizierte POS-Terminal unabhängig vom Terminalanbieter bei jedem Acquirer funktioniert. Da die Funktionsfähigkeit der ep2-Terminals gewährleistet ist, treten der Preis und die anderen Terminaleigenschaften in den Vordergrund und sind für den Kaufentscheid massgebend. Bei der DCC-Fähigkeit handelt es sich um eine Terminaleigenschaft, welche für den Händler nur positive Auswirkungen zeitigt und bei der Beschaffung erst noch keinen Aufpreis zur Folge hat. Da jedoch das DCC-Angebot der Multipay nur mit den ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions genutzt werden konnte, verfügten diese Terminals bei den Multipay-Händlern über einen klaren Wettbewerbsvorteil gegenüber den Terminals der Konkurrenten. Insbesondere für Händler mit zahlreichen Fremdwährungstransaktionen stellt die DCC-Fähigkeit unbestrittenmassen ein wichtiges Entscheidungskriterium dar. Aber auch bei zahlreichen anderen Händlern dürfte die DCC-Fähigkeit des Terminals eine Rolle gespielt haben, weil ein POS-Terminal während durchschnittlich 7–8 Jahren verwendet wird und der Händler sich so die DCC-Funktion als zukünftige Option offen halten kann.

370. Jeronimo hat sich im Mai 2007 wie folgt zur Bedeutung von DCC geäußert: *„Es ist nochmals mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass die Frage ob die DCC-Funktionalität angeboten werden kann oder nicht, seit 2005 in den allermeisten durch Jeronimo geführten Verkaufsgesprächen eine zentrale Bedeutung gespielt hat. Der Umstand, dass der Kunde für diese Funktionalität nichts bezahlt, aber damit Rückvergütungen oder Gebührennachlässe generieren kann, hat vollumfänglich genügt, dass diese Funktionalität jeweils hauptsächlich diskutiert wurde. Dabei war es völlig nebensächlich, ob der entsprechende Kunde tatsächlich mit Fremdwährungstransaktionen rechnen konnte oder nicht. Bloss in etwa 10% der Ver-*

kaufgespräche war DCC kein Thema. Daran kein Interesse zeigten nur diejenigen (wenigen) Geschäfte, die nur Debitkartentransaktionen anbieten oder diejenigen, die offensichtlich und absehbar keine ausländischen Kunden haben“. Die Terminallieferanten Jeronimo, Pay-Sys und Ingenico haben diverse wichtige Unternehmen („Key Accounts“) genannt, die sie in den Jahren 2005/2006 deshalb als Kunden verloren hatten, weil sie Händlern kein Terminal anbieten konnten, welches die DCC-Funktion der Multipay unterstützte. Dabei wurden insbesondere Unternehmen aus den Bereichen Tourismus (z.B. Bergbahnen) und Bijouterie erwähnt.<sup>364</sup>

371. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung Drittanbieter von ep2-zertifizierten POS-Terminals den Multipay-Händlern aufgrund der Behinderung keine gleichwertigen Konkurrenzprodukte anbieten konnten. Bei den Multipay-Händlern, welche während dieser Periode einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, wurde der Wettbewerb folglich *de facto* beseitigt. Hatte sich ein Multipay-Händler entschieden, einen DCC-Vertrag abzuschliessen, so kam für ihn nur noch ein Card Solutions-Terminal in Frage, da ansonsten der Vertrag für ihn nutzlos war. Dass er dann trotz laufendem Acquiringvertrag und DCC-Vertrag mit Multipay ein Terminal eines anderen Anbieters gewählt oder gar das „Paket“ gewechselt hätte (zu Aduno/FCC/Drittanbieter), war faktisch ausgeschlossen. Bezüglich der Multipay-Händler, welche in der massgebenden Zeitperiode einen DCC-Vertrag mit Multipay geschlossen haben, war daher der Wettbewerb zwischen den Terminalanbietern *de facto* beseitigt.

#### **B.3.3.3.4.2.4 Terminalverkäufe der Card Solutions an Multipay-Händler**

372. Die Card Solutions hat in der massgebenden Zeitperiode vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 [25'000–30'000] DCC-fähige POS-Terminals für insgesamt CHF [35–45] Mio. verkauft.<sup>365</sup>

373. Da aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions nicht hervorgeht, wie viele dieser Terminals an Multipay-Händler verkauft wurden, wird nachfolgend eine Annäherungsrechnung basierend auf zwei Elementen vorgenommen:

- (1) Vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 wurden insgesamt [25'000–30'000]<sup>366</sup> ep2-zertifizierte Terminals der Card Solutions in Betrieb genommen.<sup>367</sup> Davon sind [25'000–30'000] bei der Multipay aufgeschaltet worden. Dies bedeutet, dass in der massgebenden Zeitperiode [90–100]% der Card-Solutions-Terminals bei Multipay-Händlern aufgeschaltet wurden.

---

<sup>364</sup> Vgl. act. n° 101, act. n° 1. Eine Nachverfolgung der Wechsel der Händler von einem Terminalanbieter zu einem anderen während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung ist nicht möglich, da die entsprechenden Daten von den Terminalherstellern nicht erhoben werden und dementsprechend nicht erhältlich waren.

<sup>365</sup> Angaben aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions (SBS). Das SBS enthält keine Angaben zu Verträgen mit Acquirern oder DCC-Funktionalitäten. Vgl. act. n° 103, Beilage 8a. Berücksichtigt wurden alle Verkäufe mit dem Belegtyp „Rechnung“ in der massgebenden Zeit.

<sup>366</sup> Die Diskrepanz zwischen der Anzahl verkaufter Terminals und der Anzahl aufgeschalteter Terminals ergibt sich daraus, dass Fakturierung und Aufschaltung des Terminals auseinanderfallen. So wurden in der massgebenden Zeit Terminals aufgeschaltet, welche zu einem früheren Zeitpunkt fakturiert wurden.

<sup>367</sup> Angaben aus dem Terminalmanagementsystem der Card Solutions (SCS). Vgl. act. n° 103, Beilage 8b. Im SCS werden alle erforderlichen technischen Informationen pro Terminal aufgeführt, u.a. Aufschaltdatum, Vertrag mit Multipay, DCC-Vertrag. Eine Zuordnung eines Terminals vom SCS zum SBS ist nicht gewährleistet.

- (2) Am Ende des Jahres 2006 waren [80–90]% der ep2-zertifizierten Terminals der Card Solution bei Multipay im Einsatz (am Ende des Jahres 2009 waren es sogar [85–95]%).

374. Wird nun bei einer vorsichtigen Annäherungsrechnung vom tieferen Wert von [80–90]% ausgegangen, so hat Card Solutions in der massgebenden Zeitperiode rund [20'000–25'000] Terminals für eine Verkaufssumme von rund CHF [30–40] Mio. an Multipay-Händler verkauft. Davon abzuziehen sind gemäss der Stellungnahme der Parteien [10'000–15'000] Terminals, die an Migros und Coop verkauft wurden. Es verbleiben daher – konservativ geschätzt – [10'000–15'000] Terminals für eine Verkaufssumme von rund CHF [15–25] Mio. Bei diesen Terminalverkäufen standen aufgrund der Behinderung die ep2-zertifizierten POS-Terminals von Jeronimo und anderer Drittanbieter nicht als gleichwertige Konkurrenzprodukte zur Auswahl.

#### **B.3.3.3.4.2.5 Terminalverkäufe der Card Solutions an Multipay-Händler mit DCC-Vertrag**

375. Aus dem Fakturierungssystem der Card Solutions lässt sich nicht entnehmen, wie viele Terminals an Multipay-Händler mit DCC-Vertrag verkauft wurden. Es ist hingegen bekannt, dass Multipay vom Juli 2005 bis zum Dezember 2006 [3'500–4'500] DCC-Vertragspartner zugelassen hat.

376. Die Parteien haben aufgrund des Antrags des Sekretariates Auswertungen weiterer Datenbanken vorgenommen, welche dem Sekretariat nicht zur Verfügung standen.<sup>368</sup> Durch die Auswertungen und den Abgleich dieser Datenbanken konnte eruiert werden, wie viele Händler, die in der massgebenden Zeit einen DCC-Vertrag geschlossen, in derselben Zeitperiode auch ein ep2-zertifiziertes Terminal der Card Solutions gekauft und die DCC-Funktion aufgeschaltet haben. Es handelt sich gemäss Angaben der Parteien um [1'000–2'000] Händler.

377. Bezüglich dieser [1'000–2'000] Händler kann folglich eine Marktverschliessung als erstellt gelten. Bezüglich der restlichen [1'500–2'500] Händler, welche in der fraglichen Zeitperiode einen DCC-Vertrag abgeschlossen aber kein Terminal der Card Solutions gekauft haben, gehen die Parteien davon aus, dass keine Wettbewerbsbehinderung vorliegt. Sie führen dabei aus, dass

- gewisse Händler allenfalls bereits vor der Vertragsunterzeichnung über ein ep2-zertifiziertes Terminal der Card Solution verfügt hätten;
- zum Teil bei Vertragsabschlüssen die Option einer DCC-Funktion gewählt worden sei, ohne dass die Funktion genutzt worden sei bzw. ohne dass gleichzeitig oder kurzfristig nach Abschluss der Option seitens des Händlers ein Kauf erfolgt sei, z.B. aus technischen Gründen (Kassenintegration, Kommunikationsleitungen, etc.);
- es sich bei der DCC-Funktion zudem um eine Vertragsoption handle, die im Rahmen des üblichen Akzeptanzvertrags durch Ankreuzen eines zusätzlichen Feldes abgeschlossen werden konnte. Das Ankreuzen der Option habe keine Kosten verursacht, so dass es vorkommen könne, dass ein Händler die DCC-Option wähle, ohne dass er jedoch kurz- oder mittelfristig die Absicht habe, diese zu nutzen bzw. hierfür ein Terminal zu kaufen.
- Die Auffassung, dass bezüglich dieser [1'500–2'500] Händler keine Wettbewerbsbehinderung vorliege, greift zu kurz. Das erste Argument hat eine gewisse Berechtigung, wobei die Bedeutung dieser Händler nicht überschätzt werden darf. Aus den

---

<sup>368</sup> Vgl. act. n° 242.

Projektstatusberichten der Card Solutions geht hervor, dass die Mehrheit der Händler bei Abschluss des DCC-Vertrages noch nicht über ein ep2-fähiges Terminal verfügte (die entsprechende Passagen der Berichte sind in Tabelle 8 wiedergegeben). Bezüglich der Händler, die in die zweite oder dritte Kategorie fallen, muss festgehalten werden, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die spätere Verhaltensanpassung der Parteien nicht absehbar war. Die Händler mussten davon ausgehen, dass sie die DCC-Funktion nur mit einem Terminal der Card Solutions nutzen können. Für diese Händler wäre die Terminalwahl ebenfalls vorbestimmt gewesen, wenn die Parteien nicht unter dem Druck des kartellrechtlichen Verfahrens Drittanbieter zugelassen hätten. Die Wettbewerbsbehinderung mag sich in der Folge allenfalls nicht realisiert haben, was aber bei einer Beurteilung des Behinderungspotenzials der Verhaltensweise aus damaliger Sicht irrelevant ist. Dass sich die Behinderung für diese Händler in einer „*ex post*“-Betrachtung nicht unmittelbar ausgewirkt hat, kann im Rahmen der Sanktionierung berücksichtigt werden.

378. Theoretisch müsste die Anzahl der restlichen Händler [1'500–2'500] noch mit dem von den Parteien berechneten Faktor von [1–2]<sup>369</sup> multipliziert werden (durchschnittliche gekaufte Anzahl Terminals pro Händler) um das Potenzial der Wettbewerbsbehinderung genauer zu bestimmen. Im Sinne der Vermeidung einer vorgespiegelten Scheingenaugigkeit kann hierauf jedoch verzichtet werden. Während dieser Faktor die Anzahl betroffener Terminals grundsätzlich erhöht, führt die Berücksichtigung der Händler, die bereits vorgängig über ein ep2-zertifiziertes POS-Terminal der Card Solutions verfügten, zu einer Verminderung der entsprechenden Anzahl. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die beiden Elemente in etwa die Waage halten, so dass die Verhaltensweise das Potenzial hatte, rund [1'500–2'500] Terminalkäufe zu präjudizieren.

379. Aufgrund dieser Erwägungen ergibt sich, dass in der massgebenden Zeitperiode nachweislich [0–10]% der gesamten Terminalverkäufe der Card Solutions<sup>370</sup> ([25'000–30'000]) von einer Marktverschliessung betroffen waren.<sup>371</sup> Die Verhaltensweise hatte zudem aus damaliger Sicht das Potenzial, den Kauf von weiteren [1'500–2'500] Terminals zu prädestinieren, was einem Anteil von weiteren [0–10]% an den Terminalverkäufen von Card Solutions entspricht.

380. Die Parteien führen aus, bei der Berechnung der behaupteten Marktverschliessung unterliege der Antrag einem Denkfehler. Es müsse geprüft werden wie hoch der prozentuale Anteil der eingeschränkten Verkäufe in Relation zum gesamten Marktpotenzial sei. Die Parteien berechnen für das Jahr 2006 ein Marktpotenzial für die Umrüstung auf ep2-Terminals von [50'000–70'000] Terminals. Die im Antrag als problematisch bezeichneten Verkäufe würden demnach weniger als 2% dieses Marktpotenzials ausmachen. Es könne daher nicht von einer Marktverschliessung oder Behinderung gesprochen werden.

381. Der Vorwurf eines Denkfehlers ist unbegründet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt der Behinderung das Verhalten der Multipay geeignet war, einen weitaus grösseren Anteil des Gesamtmarktpotenzials zu verschliessen. Erst die später erfolgte Aufgabe des Verhaltens hat dazu geführt, dass der Markt wieder geöffnet wurde. Wenn denn schon eine Berechnung des Anteils der von einer Wettbewerbsbeseitigung betroffenen Terminals des gesamten Marktpotenzials durchgeführt werden sollte, so muss sie auf die damals vorliegenden Umstände abstellen. Von den [1'000–2'000] betroffenen ep2-zertifizierten POS-Terminals wurden [0–1'000] im Jahr 2005 verkauft, was rund [0–5]% der in diesem Jahr

---

<sup>369</sup> Vgl. oben Rz. 366.

<sup>370</sup> Ausgehend von [20'000–25'000] verkauften Terminals gemäss Rz. 372.

<sup>371</sup> Dies entspricht rund [0–10]% der Verkäufe der Card Solutions an Multipay Händler (ausgehend von [20'000–25'000] Terminals gemäss Rz. 374).

insgesamt auf dem Markt abgesetzten ep2-Terminals entspricht. Der Verkauf der restlichen [1'000–2'000] betrifft das Jahr 2006 und entspricht rund [0–5]% aller auf dem Markt verkauften ep2-Terminals. Ohne Aufgabe des Verhaltens wäre folglich das gesamte restliche Marktpotenzial von einer entsprechenden Marktverschliessung von ca. [0–5]% betroffen gewesen. Dabei basieren diese Zahlen nur auf dem Anteil der Terminals, bei welchen effektiv eine Wettbewerbsbeseitigung stattgefunden hat. Wie oben bereits dargelegt, ist jedoch die Anzahl Terminals, bei welchen zwar keine Beseitigung aber doch eine Behinderung der anderen Terminalanbieter stattgefunden hat erheblich grösser. Bezüglich [10'000-15'000] in der massgebenden Zeitperiode verkauften Terminals der Card Solutions konnten die anderen Terminalanbieter nicht mit einem gleichwertigen Angebot konkurrenzieren. Dies entspricht – wiederum konservativ geschätzt – rund [15–25]% der gesamten Verkäufe von ep2-zertifizierten POS-Terminals durch sämtliche Terminalanbieter während dieser Zeit. Würde nun das Gedankenspiel der Parteien in Bezug auf das gesamte Marktpotenzial fortgeführt, so müsste davon ausgegangen werden, dass ohne die aus damaliger Sicht nicht vorhersehbare Aufgabe des Verhaltens der Parteien die Behinderungssituation bei mindestens [15–25]% der Terminals fortbestanden hätte. Der Mindestanteil von [15–25]% ergibt sich dadurch, dass die in den Jahren 2005 und 2006 realisierten grossen Terminalkäufe von Migros und Coop nicht als von der Behinderung betroffene Verkäufe der Card Solutions qualifiziert wurden. Da der Grossteil der von Card Solutions verkauften ep2-Terminals bei der Schwestergesellschaft Multipay zum Einsatz kommt, entsprach die maximal denkbare Wettbewerbsbehinderung bezüglich des damaligen Marktpotenzials folglich approximativ dem Marktanteil der Card Solutions.

#### **B.3.3.3.4.2.6 Behinderungswirkung aus Sicht der Drittanbieter von POS-Terminals**

382. Wird die Situation aus der Sicht von Jeronimo betrachtet, so ist – ausgehend von einem Preis von CHF 1'179.-- für das günstigste und von CHF 2'790.-- für das teuerste Jeronimo-Terminal – von einem Marktvolumen von CHF 19–30 Mio.<sup>372</sup> auszugehen, bei dem Jeronimo aufgrund der Behinderung nicht als gleichwertiger Konkurrent gegenüber Card Solutions auftreten konnte bzw. von einem Volumen von CHF 3–4.8Mio.<sup>373</sup>, von welchem Jeronimo de facto vollständig ausgeschlossen wurde. Entsprechendes gilt für die anderen Terminalanbieter.

383. Die Grössenordnung der Behinderung wird deutlich, wenn berücksichtigt wird, dass Jeronimo als grösster Konkurrent von Card Solutions in der Zeit von Juli 2005 bis Dezember 2006 insgesamt [5'000–6'000] Terminals verkauft hat. PaySys hat rund [4'000–5'000] Terminals abgesetzt und alle anderen Anbieter haben weniger als [4'000] Terminals verkauft. Dies bedeutet, dass schon nur die faktische Verschliessung des Zugangs zu den Händlern, welche tatsächlich einen DCC-Vertrag mit Multipay abgeschlossen haben, rund einem Drittel des Absatzes eines der beiden grösseren Terminalanbieter während der massgebenden Zeitperiode bzw. der Hälfte des Absatzes der kleineren Anbieter entspricht.

384. Die nachfolgende Abbildung zeigt die Marktanteile der verschiedenen Terminalanbieter gemessen an der Anzahl verkauften Terminals für die Jahre 2004-2006.<sup>374</sup>

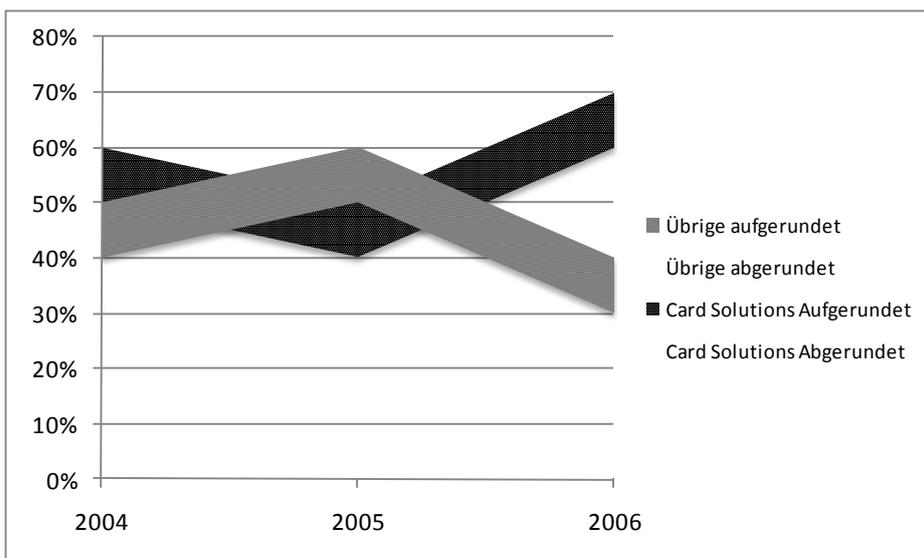
---

<sup>372</sup> Das Volumen ergibt sich auf der Basis der [10'000–15'000] Terminals gemäss Rz. 374.

<sup>373</sup> Das Volumen ergibt sich auf der Basis der [1'000–2'000] Terminals gemäss Rz. 376.

<sup>374</sup> Im Gegensatz hierzu wurde in den Rz. 271 ff. der Marktanteil der Terminalanbieter anhand der in Betrieb befindlichen Terminals gemessen. Nicht berücksichtigt wurden die Terminalanbieter ARS und Ingenico (damals XA SA), welche keinen vollständigen Datensatz einliefern konnten.

**Abbildung 17: Anteile an den Terminalverkäufen 2004–2006**



385. Die Abbildung veranschaulicht, dass die Card Solutions im Jahr 2006 eine eigentliche Trendumkehr bewirken konnte. Während die Marktanteile der Card Solutions seit dem Jahr 2001 stark erodierten (vgl. oben Rz. 361) und die Konkurrenten bis zum Jahr 2005 Marktanteile gewinnen konnten, hat sich die Situation im Jahr 2006 gekehrt. Die Card Solutions konnte ihren Anteil an den verkauften Terminals massiv um über [20–30] Prozentpunkte auf rund [60–70]% ausbauen während alle anderen Terminalanbieter Marktanteile verloren haben<sup>375</sup> und Hauptkonkurrent Jeronimo stark zurückgebunden wurde. Der Anteil von Jeronimo an den Terminalverkäufen hat sich im Jahr 2006 gegenüber den beiden Vorjahren mehr als halbiert und ist auf rund [10–20]% eingebrochen.

386. Die obige Grafik gibt die Entwicklung des Gesamtmarktes an, d.h. sie enthält auch die Terminalverkäufe an Migros und Coop. Würde ein hypothetischer Markt ohne die Käufe von Migros und Coop bestimmt, so wären sowohl die Marktanteilsgewinne der Card Solutions als auch die Marktanteilsverluste der Konkurrenten etwas weniger ausgeprägt, wenn auch immer noch deutlich vorhanden.<sup>376</sup>

#### **B.3.3.3.4.2.7 Hearing und Eingabe der Parteien zum Hearing**

##### **a. Hearing**

387. Anlässlich des Hearings haben die Parteien erneut ausgeführt, dass die Nichtoffenlegung der Schnittstelleninformationen „nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung oder Beseitigung führen [konnte]. 95% aller verkauften Terminals von SIX waren von dieser Funktion nicht betroffen. 98% des Marktpotenzials war völlig frei verfügbar.“<sup>377</sup> Die Bedeutung der DCC-Funktion wurde weiter mit dem Hinweis relativiert, dass nur rund [0–10]% aller Transaktionen auf ausländische Karteninhaber entfallen.<sup>378</sup> Sofern DCC aufgeschaltet sei, würden

<sup>375</sup> Ausnahme bildet die Carus, welche erst im Jahr 2005 in den Markt eingetreten ist (im Jahr 2004 hat Carus in der Schweiz lediglich [0–10] Terminals verkauft).

<sup>376</sup> Die Card Solutions würde in diesem Fall ihren Marktanteil von [40–50]% auf [50–60]% um [10–20] Prozentpunkte steigern, während Hauptkonkurrent Jeronimo um [10–20] Prozentpunkte von [20–30]% auf einen Marktanteil von [10–20]% einbricht.

<sup>377</sup> Vgl. act. n° 264.

<sup>378</sup> Die von den Parteien erwähnte Zahl vermittelt ein falsches Bild. Wird auf dem als relevant abgegrenzten Markt für die Kreditkarten Visa und MasterCard der Anteil Transaktionen ausländischer Kar-

ca. 10–25%<sup>379</sup> der Transaktionen mit DCC-Umrechnung bezahlt. Die Frage eines Kommissionsmitglieds nach dem Anteil der heute in der Schweiz betriebenen Terminals, die über einen DCC-Vertrag verfügen, wurde wie folgt beantwortet:

- **CEO Card Solutions:** „Sie können davon ausgehen, dass die neuen Terminals von uns und auch von unseren Konkurrenten, die über die letzten 2–3 Jahre verkauft wurden, wahrscheinlich alle DCC fähig sind. Rein vom Hardware und Software her, alle. Aber wir kennen die anderen Acquirer nicht und wir wissen nicht, was sie für Verträge haben.“
- **CEO Multipay:** „Es sind [5'000–10'000]. Es kann sein, dass [1'000–3'000] davon DCC gar nie anwenden, weil sie vergessen haben, wie es funktioniert. Man muss schon etwas machen, und wenn pro Monat nur zwei Transaktionen getätigt werden, dann vergisst man das. [...] Ich würde sagen, dass wir im Moment etwa [5'000–10'000] Kunden haben, die DCC bewusst aufgeschaltet haben und beim Rest unserer Kunden, unter anderem Migros/Coop, ist DCC kein Thema.“
- **Rechtsvertreter der Parteien:** „Man sieht das auch aus den Akten. Per 31.12.2008 haben wir [100'000–120'000] Terminals eingegeben und Terminals mit DCC waren [10'000–20'000], also etwa [5–15]%.“

388. Die Bedeutung der DCC-Funktion für den Terminalmarkt wurde anschliessend während des Hearings von Herrn Fillistorf thematisiert. Während dieser Anhörung wurden u.a. folgende Aussagen gemacht:

- **Fillistorf:** „On avait deux problèmes qu'on sentait sur le marché. L'un avec les clients importants, c'est-à-dire ceux qui avaient nos terminaux depuis des années, qui s'intéressaient à nos terminaux et qui avaient l'acquiring chez Telekurs. Ces gens-là voulaient la possibilité de choisir leur terminal et de choisir leur acquéreur sans avoir de blocage entre les deux. Le DCC provoquait ce blocage. Ce qui les obligeait à choisir soit Jeronimo avec un autre acquéreur soit Telekurs avec Telekurs, Multipay avec SIX. On a eu plusieurs fois des commerçants qui refusaient, qui regrettaient, de devoir absolument choisir un camp et de ne pas avoir la liberté de pouvoir choisir leur terminal et leur acquirer.“

A côté de cela on a beaucoup de petits clients qui ne connaissaient pas DCC mais à qui Telekurs proposait DCC comme un élément de différenciation. DCC a été proposé dans des pharmacies, dans des boulangeries, des lieux qui n'avaient pas d'intérêt de DCC. Pour que le DCC soit intéressant il faut une majorité de clientèle étrangère potentiellement avec des transactions relativement élevées et, dans le cas présent, il n'y avait pas d'intérêt à présenter à ces branches là le DCC. Mais pour le commerçant c'était potentiellement un revenu à la fin de l'année, même si ca représentait quelques dizaines de francs, c'est un revenu quand même et dans le doute il prenait tout chez Telekurs, le terminal et l'acquiring. Donc pour nous sur le marché, on a perdu beaucoup de petites affaires auprès de petits clients qui représentaient la majorité de nos clients.“

- **Fillistorf:** „Mais la fonction DCC est indispensable sur le marché suisse. Beaucoup plus importante que dans d'autres pays. Le marché suisse était un des marchés qui démarrait fort avec le DCC, parce que tous les touristes, les étrangers qui viennent

---

teninhaber in der Schweiz (AIS) am Total der Transaktionen gemessen, so ergibt sich, dass bei Multipay über die Jahre 2005 bis 2008 [20–30]% des Transaktionsvolumens (MSV) und [20–30]% der Transaktionen auf ausländische Karteninhaber in der Schweiz entfallen.

<sup>379</sup> In früheren Eingaben haben die Parteien diesen Wert mit rund [40–50]% beziffert, vgl. act. n° 103, S. 39 sowie Beilage 20m (interne Präsentation); act. n° 12, S. 21.

en Suisse, sont potentiellement des utilisateurs de DCC, ce qui n'est pas le cas dans un pays européen ou une bonne partie de son tourisme se fait par d'autres clients européens et on parle pas de DCC puisque la monnaie est la même. Donc certains pays, comme la Suisse, qui plus est avec le commerce qu'on connaît, le luxe, est un pays DCC typique. La Suisse, Singapour, etc, c'est dans ces pays là que le DCC a démarré fortement. Donc c'est aussi à ce moment là que le DCC démarrait et c'était important d'avoir DCC en Suisse.

- **CEO Multipay:** „Ich möchte da nur anfügen, praktisch kein Key-Account von Multipay im Acquiring hat DCC. Praktisch kein Grosskunde hat DCC, aus den heute Nachmittag erwähnten Gründen. Man muss da immer wieder auf dem Laufenden sein. DCC kommt dort zum Einsatz, wo ein Potenzial ist von den Touristen. Das ist nicht die Bäckerei in Lützelflüh und es ist nicht die Metzgerei in Burgdorf.“
- **Fillistorf:** „Je suis absolument d'accord que le DCC n'est pas fait pour une boulangerie ni une charcuterie, mais néanmoins vos vendeurs l'ont utilisé pour les boulangers et les charcuteries. C'était un argument de vente dans toutes les branches. Des pharmacies, des branches qui ne sont pas des branches DCC [...] Par contre tous les clients qu'on a cités sont pour nous des gros clients. Peut-être pas pour vous. Mais pour nous, un [Name Firma] avec 100 et quelques terminaux, un [Name Firma] et [Name Firma] avec 600 et quelques terminaux, [Name Firma], [Name Firma], 150 terminaux, pour nous c'est des gros clients. Il faut voir quelle est la notion de gros clients pour Telekurs et pour Jeronimo. Et tous ces gens là veulent travailler avec du DCC [...] [Name Firma] nous a annoncé le chiffre d'économies, le chiffre de revenu qu'ils estimaient faire avec le DCC. C'est très important. C'est presque 2/3 du prix du renouvellement de son parc de terminaux. Donc en une année ils récupèrent 2/3 de l'investissement sur les terminaux. C'est pas négligeable, l'intérêt est très important. Et [Name Firma] c'est un target direct pour DCC. Mais aujourd'hui il y a du DCC presque partout.“

#### **b. Eingabe der Parteien**

389. In ihrer Eingabe vom 11. November 2010 haben die Parteien geltend gemacht, derzeit verfügten von über [85'000–95'000] Vertragspartnern im Acquiring lediglich [4'000–5'000] über einen DCC-Vertrag, was lediglich [0–10]% entspreche. Im Nachtrag vom 22. November 2010 haben sie ergänzt, dass per 17. November 2011 [10–20]% der Terminals bei Multipay-Händlern in der Lage seien, DCC aktiv zu nutzen ([20'000–25'000] Terminals von insgesamt [130'000–140'000] Terminals).

390. SIX bringt weiter vor, Herr Fillistorf habe mehrfach ausgeführt, dass Multipay DCC an Apotheken, Bäckereien und Metzgereien angeboten habe und hierdurch Jeronimo bezüglich dieser Kunden viele Geschäfte verloren habe („on a perdu beaucoup de petites affaires auprès de petits clients qui représentaient la majorité de nos clients“). Tatsächlich verfügten nur [0–50] Bäckereien (von mehr als 2000 Bäckereien und Konditoreien in der Schweiz = [0–2] %), [25–75] Apotheken (von 1731 bei Pharma Suisse registrierten Apotheken = [0–5]%) und weniger als [0–20] Metzgereien (von ca. 1500 Metzgereien in der Schweiz = [0–2]%) über einen DCC-Vertrag mit Multipay. Aufgrund der absolut minimalen Anzahl von Kleinstkunden in diesen Bereichen sei jedoch schon auf dieser Basis klar, dass es faktisch unmöglich sei, dass Jeronimo bei derartigen Kunden aufgrund der DCC-Funktion eine Vielzahl von Geschäften hätte verlieren können. Die entsprechenden Aussagen von Herrn Fillistorf würden folglich nicht den Tatsachen entsprechen.

391. Bezüglich der von Herrn Fillistorf genannten Grosskunden von Jeronimo sei abzuklären, aus welchen Gründen die genannten Unternehmen keine Jeronimo-Terminals gekauft hätten, wie viele Terminals dies betroffen habe und bei wievielen Verkaufsgesprächen DCC effektiv von Relevanz gewesen sei. In diesem Zusammenhang seien die entsprechenden

Kunden und Kundengruppen entweder insgesamt oder stichprobenweise nach deren Überlegungen und Entscheidungsgrundlagen im Zusammenhang mit dem Kauf von Terminals zu befragen. Zudem sei Jeronimo aufzufordern, sämtliche Dokumentationen im Zusammenhang mit Verkaufsgesprächen in den Jahren 2005 und 2006 dem Sekretariat zuzustellen und den Parteien sei Einsicht in diese Akten zu gewähren.

392. Weiter bringen die Parteien vor, Herr Fillistorf habe im Hearing angegeben, dass 60-80% bzw. 90% der Terminals mit der DCC-Funktion verkauft würden. Diese Aussage sei entweder falsch oder irreführend, da weniger als [0–5]% der Multipay-Händler über einen DCC-Vertrag verfügen würden. Es sei daher der tatsächliche Anteil zu eruieren.

393. Schliesslich verlangen die Parteien, die Behinderungswirkung des Verhaltens sei für den gesamten CCV-Konzern zu betrachten. Es sei daher abzuklären, wie viele Terminals der CCV-Konzern weltweit verkauft habe.

394. Letztlich bringen die Parteien vor, der Nachweis einer Behinderungswirkung sei nicht erbracht, weil die betroffenen Kunden nicht nach ihren Entscheidungsgrundlagen beim Terminalkauf befragt worden seien.

**c. Würdigung des Hearings und der Eingabe der Parteien**

395. Der Ansicht der Parteien, die Behinderungswirkung sei nicht nachgewiesen, kann nicht gefolgt werden. Die Untersuchung hat sich gerade nicht darauf beschränkt, einen Nachweis bezüglich einzelner Kunden zu erbringen, was angesichts der Anzahl betroffener Händler eher illustrativen Charakter gehabt hätte. Selbst wenn den Parteien gefolgt würde und nur bezüglich der [1'000–2'000] Händler, welche gleichzeitig einen Terminal gekauft und einen DCC-Vertrag geschlossen haben, von einer Behinderung bzw. Beseitigung des Wettbewerbs ausgegangen würde, so ist Wirkung des Verhaltens bereits für eine derart grosse Anzahl Händler nachgewiesen, dass sich eine Befragung der durch Herrn Fillistorf genannten Grosskunden erübrigt. Die wettbewerbsbehindernde Wirkung des Verhaltens ist bereits dadurch genügend nachgewiesen, dass der Wettbewerb in der massgebenden Zeitperiode bezüglich [1'000–2'000] Händlern beseitigt wurde. Wird diese Verschliessung in Relation zu den Verkaufszahlen des grössten Konkurrenten Jeronimo während derselben Zeitperiode gesetzt [5'000–6'000 Terminals], so ergibt sich ein Wert von rund [25–35]%. Der Missbrauch ist bereits damit erstellt. Kommt hinzu, dass die anlässlich des Hearings und in der Eingabe vorgebrachten Einwände der Parteien – wie nachfolgend aufgezeigt wird – zu keiner neuen Einschätzung der Bedeutung der DCC-Funktion führen.

396. Die Parteien versuchen, die Bedeutung der DCC-Funktion damit zu relativieren, dass heute nur noch [4'000–5'000] Multipay-Händler über einen DCC-Vertrag verfügten. Diese Anzahl ist erstaunlich tief, war doch während des Hearings noch die Sprache von rund [5'000–10'000] Kunden und geht doch aus den durch die Parteien während der Untersuchung eingereichten Zahlen hervor, dass von 2005–2008 eine erheblich grössere Anzahl Händler einen DCC-Vertrag abgeschlossen hat. Die Zahlen in der nachfolgenden Tabelle stammen allesamt von den Parteien.<sup>380</sup>

**Tabelle 9: Anzahl abgeschlossene DCC-Verträge 2005–2008**

Tabelle : Abgeschlossene DCC-Verträge													
	Jan	Feb	Mrz	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez	Total
<b>2005</b>	0	0	100-200	100-200	100-200	200-300	100-200	100-200	300-400	400-500	200-300	200-300	<b>2000-3000</b>
<b>2006</b>	100-200	0-100	100-200	100-200	100-200	300-400	200-300	100-200	200-300	200-300	200-300	200-300	<b>2000-3000</b>
<b>2007</b>	200-300	200-300	200-300	200-300	200-300	200-300	300-400	200-300	200-300	200-300	200-300	100-200	<b>2000-3000</b>
<b>2008</b>	100-200	200-300	100-200	200-300	200-300	200-300	300-400	200-300	200-300	300-400	200-300	300-400	<b>3000-4000</b>
<b>Gesamttotal Abgeschlossener DCC-Verträge 2005-2008:</b>													<b>10000-15000</b>

<sup>380</sup> Vgl. act. n° 151 und 103.

397. Die Tabelle zeigt auf, dass in den Jahren 2005–2008 über [10'000–15'000] DCC-Verträge abgeschlossen wurden. Selbst wenn angeblich nur noch [4'000–5'000] Verträge aktuell sind, zeigt die Tabelle auf, dass im Verlaufe der Zeit DCC für eine weitaus grössere Anzahl Händler immerhin derart von Interesse war, dass sie einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben. Massgebend ist aber, dass der heutige Bestand weniger geeignet ist die Bedeutung von DCC während den Jahren 2005 und 2006 wiederzugeben als zeitnähere Zahlen. Die Parteien haben im Mai 2007 folgende Angaben gemacht: „Total von TKM selektionierte und zugelassene DCC-Vertragspartner Januar 05–Dezember 06: [4'000–5'000]“.<sup>381</sup> Per Ende 2006 hatten [50'000–60'000] Händler einen Acquiringvertrag für Kredit- oder Debitkarten mit Multipay abgeschlossen.<sup>382</sup> Damit verfügten Ende 2006 rund [0–10]% dieser Händler über einen DCC-Vertrag. Der CEO von Multipay hat anlässlich des Hearings darauf hingewiesen, dass DCC-Kunden in der Regel über mehrere Terminals verfügen.<sup>383</sup> Im Hearing wurde in diesem Zusammenhang angegeben, aus den Akten gehe hervor, dass per Ende 2008 rund [15'000–20'000] Terminals bei Multipay „mit DCC“ gewesen seien, was rund [0–10]% aller Terminals entspreche. Es ist zutreffend, dass die Parteien in der Untersuchung eingegeben haben, dass Ende 2008 bei [15'000–20'000] Terminals die DCC-Funktion aufgeschaltet war.<sup>384</sup> Allerdings verwenden die Parteien bei ihrer Anteilsberechnung die falsche Gesamtzahl Terminals. Massgebend sind nicht alle Terminals (in den [100'000–120'000]Terminals, welche von den Parteien als Gesamtanzahl verwendet werden, finden sich noch alte Terminals, Tankstellenautomaten und ATMs), sondern nur die als relevanter Markt definierten ep2-POS-Terminals. Per 31.12.2008 betrug deren Anzahl gemäss Angaben der Parteien [60'000–70'000]. Daraus folgt, dass per Ende 2008 die Händler bei rund [20–30]% ihrer neuen, DCC-fähigen ep2-Terminals auch die DCC-Funktion aktiviert hatten. Die gleichen Vorbehalte sind bezüglich der Anteilsberechnung der Parteien im Nachtrag vom 22. November 2010 anzubringen. Ausgehend von der massgebenden Anzahl ep2-Terminals von [100'000–110'000] ergibt sich, dass [15–25]% der Terminals bei Multipay-Händlern in der Lage waren die DCC-Funktion aktiv zu nutzen (DCC-Vertragsoption und Aufschaltung).

398. Bezüglich der von Fillistorf erwähnten Grosskunden[Name Kunde], [Name Kunde], [Name Kunde], [Name Kunde]und[Name Kunde], lässt sich feststellen, dass[Name Kunde], [Name Kunde]und [Name Kunde]zu denjenigen Branchen gehören, in welchen auch nach Einschätzung der Parteien Interesse an DCC besteht. Es sind dies Branchen mit internationaler Kundschaft, namentlich Hotellerie, Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode, Schmuck und Uhren.<sup>385</sup> Es lässt sich zudem belegen, dass alle diese Unter-

---

<sup>381</sup> Damit übersteigt die Anzahl DCC-Verträge im Jahr 2006 die von den Parteien geltend gemachte Anzahl im Jahr 2010. Dies wirft die Frage auf, ob die Berechnung der Parteien der Anzahl von [1'000–2'000] Terminals, die im Jahr 2005 und 2006 verkauft wurden und die gleichzeitig mit einem DCC-Vertrag und einer DCC-Aufschaltung verbunden waren, nicht zu tief liegt. Bei der Berechnung sind nämlich nur Terminals eingeflossen, die zum (grundsätzlich nicht relevanten) Zeitpunkt der Auswertung im Juni 2010 über einen aktiven Multipay-Acquiringvertrag verfügten für den mindestens bei einem Brand die DCC-Vertragsoption aktiviert war (vgl. act. n° 246). Da aber wie bereits erwähnt auch bei einer Anzahl von [1'000–2'000] Terminals von einem Missbrauch auszugehen ist, ist eine weitere Überprüfung der Angaben der Parteien nicht erforderlich.

<sup>382</sup> Vgl. act. n° 161.

<sup>383</sup> Aussage CEO Multipay: „Kunden haben ja mehrere Terminals. Wenn ich [5'000–10'000] Kunden sage, das sind ja meistens Hotelbetriebe und haben in der Regel mehrere Terminals. Es sind auch grössere Betriebe. Es sind nicht Blumenhändler in Lützenflüh, die ein Terminal haben. Der Schnitt ist eher noch höher“, vgl. act. n° 264.

<sup>384</sup> Act. n° 151.

<sup>385</sup> Vgl. act. n° 264, vgl. weiter die Mitteilungen zu DCC auf der Homepage von Multipay vom 23. Mai 2005 ([www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?&id=24204](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=24204); 29.11.2010) und vom 6. Juni 2005 ([www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?&id=25350](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=25350); 29.11.2010).

nehmen in der massgebenden Zeitperiode (5. Juli 2005 bis 8. Dezember 2006) ep2-Terminals von Card Solutions gekauft<sup>386</sup> ([Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals und [Name Kunde]: [0–100] Terminals; insgesamt [200–300] Terminals für rund CHF [500'000–1'000'000]) und diese bei Multipay als Acquirer aufgeschaltet, einen DCC-Vertrag abgeschlossen und die DCC-Funktion aktiviert haben<sup>387</sup> ([Name Kunde]: [0–100] Terminals aufgeschaltet; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; [Name Kunde]: [0–100] Terminals; insgesamt [200–300] Terminals). Die Zahlen bestätigen die Aussagen von Herrn Fillistorf anlässlich des Hearings. Diese früheren Grosskunden von Jeronimo haben sich entschieden, das DCC-Angebot ihres Acquirers Multipay zu nutzen, so dass für sie nur der Kauf eines Card Solutions-Terminals in Frage gekommen ist. Jeronimo wurde bei diesen Kunden durch Card Solutions *de facto* verdrängt.

399. Bezüglich der Behinderung in Zusammenhang mit den von Herrn Fillistorf anlässlich der Anhörung erwähnten Kleinkunden, haben die Parteien die Äusserungen von Herrn Fillistorf offensichtlich missverstanden. Herr Fillistorf hat nicht ausgeführt, dass Jeronimo wegen DCC eine Vielzahl von Händlern aus den Branchen der Bäckereien, Metzgereien und Apotheken verloren habe. Herr Fillistorf hat im Hearing Händler mit 1-3 Terminals als „petits clients“ definiert und nicht nur die Händler aus den drei genannten Branchen. Diese wurden vielmehr durch Fillistorf als Beispiel dafür aufgeführt, dass SIX selbst in Branchen, in denen DCC nicht von Interesse ist, mit dieser Funktion geworben habe. Die Eingabe der Parteien bestätigt nun, dass Multipay tatsächlich auch DCC-Verträge in Branchen abgeschlossen hat, welche gemäss übereinstimmender Einschätzung der Parteien und von Herrn Fillistorf für DCC eigentlich uninteressant sind. Wird die Aussage von Herrn Fillistorf in dem Sinne verstanden, dass er viele Kleinkunden mit 1-3 Terminals verloren hat, weil Multipay bei diesen DCC als Verkaufsargument benutzt hat, so lässt sich dies mit folgender Werbebotschaft von Multipay belegen:<sup>388</sup>

### **DCC: Installieren und sofort profitieren**

**Noch nie war es für Sie so einfach, Ihren Kunden einen Extra-Service zu bieten und gleichzeitig Ihren Kommissionssatz bis zu einem vollen Prozentpunkt zu senken. Dynamic Currency Conversion DCC von Telekurs Multipay, die automatische Währungsumwechslung direkt am Terminal, ist sofort betriebsbereit, kinderleicht zu bedienen und dank Währungsgewinn auch finanziell äusserst attraktiv.**

### **Mehr Kundenzufriedenheit, weniger Kommission**

Für die Kunden einen Mehrwert zu schaffen, ist nicht nur grossen „Häusern“ vorbehalten und verlangt auch nicht zwingend einen finanziellen Kraftakt. Dass daraus aber gleich im Handumdrehen ein konkreter

---

<sup>386</sup> Vgl. act. n° 103, Beilage 8b (Fakturierungssystem SBS von Card Solutions).

<sup>387</sup> Die Parteien haben Ende Mai 2007 dem Sekretariat die Daten des Terminalmanagementsystems SCS eingereicht (act. n° 103, Beilage 8a). Aus diesem System werden pro Terminal aufgeführt: Aufschaltdatum, Kundenname und Adresse, Artikelbezeichnung, Multipay-Vertrag (J/N), DCC auf Terminal aktiviert (J/N), DCC-Fähigkeit des Terminals J=ep2. In act. n° 246 wird als Problem bei der Datenermittlung der Umstand genannt, dass der Datenbestand im SCS nicht historisch verfügbar sei. Somit sei nicht eruiierbar, ob ein Terminal im Zeitpunkt des Verkaufs in der Lage war DCC zu verarbeiten (Terminalsoftware), der DCC-Indicator (für den DCC-Vertrag) gesetzt war und der DCC aktiviert war. Da der beim Sekretariat eingereichte Datensatz von Ende Mai 2007 stammt, d.h. in zeitlicher Nähe zur Aufgabe des Verhaltens im Dezember 2006, erscheint das durch die Parteien vorgebrachte Problem als wenig relevant. Es ist möglich aufzuzeigen, ob ein während der massgebenden Periode aufgeschaltetes Terminal spätestens im Mai 2007 mit einem DCC-Vertrag verbunden und ob die Funktion aktiviert war.

<sup>388</sup> Mitteilung von Multipay vom 6. Juni 2005 ([www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?&id=25350](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=25350); 29.11.2010).

Gewinn resultiert, ist trotzdem ungewöhnlich. DCC macht's möglich. Mithilfe dieser Währungsumwechslung erkennt das Terminal selbständig, in welchem Land eine Kreditkarte ausgestellt worden ist. Das zahlt sich für Sie von Beginn an durch zufriedenerere und deshalb oftmals kauflustigere Kunden und reduzierte Gebühren ab der ersten Fremdwährungstransaktion aus; nicht nur, wenn Sie ein Fünf-Sterne-Hotel führen, sondern auch als Betreiber einer kleinen Pension oder Besitzer eines Sportgeschäfts. Von Vorteil ist dies auch vor allem dann, wenn Sie regelmässig internationale Kundschaft bedienen, wie das in erster Linie in Branchen wie Hotellerie, Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode oder Schmuck und Uhren der Fall ist.

### **Plug&Play**

Für alle Vertragspartner gilt aber, dass der Aufwand für den Betrieb der automatischen Währungsumwechslung äusserst gering ist, nicht nur bei der Installation – Sie benötigen dafür Terminals der neusten, ep2-fähigen Generation –, sondern vor allem auch in der täglichen Arbeit. Dank Plug&Play ist DCC sofort einsatzbereit und die Handhabung einfach und unkompliziert.

Erste Erfahrungen zeigen, dass Karteninhaber und Vertragspartner gleichermassen auf ihre Rechnung kommen. Gäste und Kunden fühlen sich noch besser umsorgt, Sie steigern Ihr Renommée und reduzieren Ihren Kommissionssatz.

Weitere Informationen zur automatischen Wechselkursumrechnung finden Sie auf unserer Website im Kapitel „Service“ unter [Dynamic Currency Conversion](#). Dort können Sie sich auch direkt für unseren neuen Service anmelden. Sie können nur profitieren.

400. Multipay spricht hier direkt die kleineren Händler an, DCC ist nicht nur für grosse „Häuser“ wie 5-Sterne-Hotels, sondern auch für eine kleine Pension oder ein Sportgeschäft interessant. Dabei werden die Vorteile angepriesen und der Aufwand (entgegen den Ausführungen des CEO von Multipay während dem Hearing) als äusserst gering beschrieben. So waren im Terminalmanagementsystem SCS der Card Solutions unzählige kleine Händler aus den Branchen Gastronomie, Hotellerie, Sportgeschäfte, Bergbahnen und Mode zu finden, aber beispielsweise auch einige Coiffeursalons, Buchläden oder Ärzte, welche im Mai 2007 über ein Terminal verfügten, welches während der massgebenden Zeitperiode aufgeschaltet wurde und gleichzeitig einen DCC-Vertrag abgeschlossen und DCC auf dem Terminal aktiviert hatten.

401. Es ist schliesslich nochmals zu betonen, dass auch bei den Multipay-Händlern, die in der massgebenden Zeit ein Terminal der Card Solutions gekauft haben, und die nicht gleichzeitig einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, von einer Behinderung auszugehen ist, weil die DCC-Funktion geeignet war, ihren Kaufentscheid zu beeinflussen. Die Bedeutung der DCC-Funktion beim Terminalkauf ist beispielsweise daran ersichtlich, dass Multipay und Card Solutions bei der Lancierung ihres neuen Terminals Da Vinci jeweils hervorgehoben haben, dass dieses DCC-fähig sei: *„Das Telekurs davinci erfüllt die höchsten Ansprüche, die der Handel heutzutage an ein Terminal stellen kann. Dazu gehört neben ep2/EMV-Fähigkeit und dem automatischen Fremdwährungs-Umwandler DCC erstmals ein Internet-fähiger Minicomputer“*.<sup>389</sup> Im Februar 2005 war das Thema DCC auf der Startseite der Homepage von Card Solutions platziert, mit dem Hinweis darauf, dass sämtliche Card Solutions-Terminals DCC-fähig seien (vgl. zum Ganzen unten Rz. 443).

402. Angesichts der obigen Erwägungen sowie der weiteren Ausführungen in der vorliegenden Verfügung kann das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung als erstellt gelten, so dass die von den Parteien in ihrer Eingabe vom 11. November 2010 verlangten (und teilweise im Schreiben vom 26. November 2010 wiederholten) weiteren Sachverhaltsabklärungen

---

<sup>389</sup> Mitteilung auf der Homepage von Multipay vom 14. Dezember 2004 ([www.currency-iso.org/de/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?&id=23253](http://www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?&id=23253); 29.11.2010); vgl. auch die weitgehend identische Aussage im Kundenmagazin Accept 03/04, S. 4 ([www.telekurs-multipay.com/de/accept03\\_dez2004](http://www.telekurs-multipay.com/de/accept03_dez2004); 29.11.2010).

nicht erforderlich sind. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Auskunftsbegehren durchaus den Versuch unternommen haben, von den Terminalanbietern Angaben zu allen Kunden zu erhalten, die sie während der massgebenden Zeitperiode verloren haben. Die Terminalanbieter (inklusive Jeronimo) haben angegeben, sie würden über keine differenzierte Übersicht der Kunden verfügen, die in den Jahren 2005 und 2006 als Kunden verloren gegangen seien.<sup>390</sup> Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass auch Card Solutions die Frage nach einer Übersicht der verlorenen Kunden abschlägig beantwortet hat. Der Wortlaut der Frage war wie folgt: *„Reichen Sie bitte eine elektronische Liste derjenigen Firmen ein, welche seit der Einführung von DCC als Kunden von TKC verloren gegangen sind (Kauf eines anderen Terminals). Geben Sie an, welche von diesen Kunden auch den Acquiringvertrag mit TKM gekündigt haben. Geben Sie zudem – sofern bekannt – den Kündigungsgrund an“*. Die Antwort lautete: *„Die Frage nach konkreten Firmen kann nicht beantwortet werden, da uns detaillierte Informationen dazu fehlen. Beim Kauf eines Terminals handelt es sich in der Regel um eine einmalige Gelegenheit. So kauft der Kunde in der Schweiz meistens ein Terminal und verwendet dieses während 7–10 Jahren. Der Kunde ist nicht verpflichtet, einen Wartungsvertrag für das Terminal abzuschliessen. Daher ist TKC nicht bekannt, wenn ein Kunde ‚verloren‘ geht, weil er ein anderes Terminal kauft. Es gibt auch Kunden, die Terminals von mehr als einem Terminalhersteller einsetzen. Die Aussendienstmitarbeiter berichten zwar mündlich, wenn sie ein erhofftes Geschäft nicht abschliessen konnten, doch wird dies nicht systematisch erfasst“*. Die Parteien haben weiter angegeben: *„Es wird bei TKM nicht erfasst, bei wie vielen Händlern die DCC-Funktion im Verkaufsgespräch nicht angeboten worden ist“*. Aus diesen Antworten wird ersichtlich, dass die Parteien nun Beweismassnahmen verlangen, welche teilweise bereits durchgeführt worden sind und bei denen sie selbst nicht in der Lage waren, die entsprechenden Angaben einzuliefern. Bezüglich der Protokolle, die von Jeronimo einverlangt werden sollen, ist noch klarzustellen, dass Herr Fillistorf im Hearing ausgesagt hat, es bestünden Protokolle der internen Treffen der Terminalverkäufer von Jeronimo nicht aber Protokolle der Verkaufsgespräche dieser Verkäufer mit den Kunden.

403. Weiter ist festzuhalten, dass die Aussage von Herrn Fillistorf, dass 90% der Terminals mit der DCC-Funktion verkauft würden, mit einer in den Akten befindlichen schriftlichen Eingabe von Jeronimo übereinstimmt.<sup>391</sup> In diesem Aktenstück hat Jeronimo ausgeführt, dass ein einziges (integriertes) Terminal-Modell von Jeronimo bei Multipay-Händlern nicht DCC-fähig ist. Auf dieses Modell würden rund 10% der Terminals entfallen. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage von Herrn Fillistorf so zu verstehen, dass 90% der ausgelieferten Jeronimo-Terminals DCC-fähig sind. Dies stimmt auch mit der oben wiedergegebenen Aussage des CEO von Card Solutions überein, dass heutzutage grundsätzlich alle Terminals DCC-fähig sind. Weitere Abklärungen zu diesem Punkt sind daher nicht erforderlich (vgl. auch oben Rz. 343).

404. Schliesslich ist auch der Antrag der Parteien, es seien die weltweiten Terminalverkäufe des CCV-Konzerns zu eruieren und bei der Beurteilung der Behinderungswirkung zu berücksichtigen, abzulehnen. Der durch die Parteien verfolgte Ansatz zur Beurteilung der Behinderungswirkung ist falsch. Massgebend ist die Behinderungswirkung auf dem relevanten Markt. Dieser ist der schweizerische Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals (vgl. Rz. 251 ff.). Die Terminal-Verkäufe des CCV-Konzerns auf anderen, namentlich ausländischen Märkten haben keine Auswirkungen auf die Behinderungswirkung auf dem relevanten Markt.

---

<sup>390</sup> Vgl. act. n° 94.

<sup>391</sup> Act. n° 149.

#### **B.3.3.3.4.2.8 Ergebnis bezüglich der konkreten Wettbewerbsbehinderung**

405. Während der Zeitdauer der Verweigerung konnte die Card Solutions ihre Marktanteilsverluste gegenüber der Konkurrenz nicht nur stoppen, sondern ihren Marktanteil massiv ausbauen. Diese Entwicklung wurde massgeblich durch die Behinderung im Bereich DCC beeinflusst. Es kann festgehalten werden, dass von Juli 2005 bis Dezember 2006 Card Solutions rund [10'000–15'000] POS-Terminals verkauft hat, bei welchen aufgrund der Geschäftsverweigerung der wirksame Wettbewerb behindert wurde. Bezüglich [1'000–2'000] Händlern ist es zu einer Wettbewerbsbeseitigung gekommen. Zudem hatte die Verhaltensweise der Parteien das Potenzial, den Kauf von weiteren [1'500–2'500] Terminals zu prädestinieren.

406. Im Ergebnis kann den Ausführungen der Parteien nicht gefolgt werden, wonach das Verhalten der Parteien nur einen derart geringen Effekt auf dem Markt gehabt habe, dass gar nicht von einer Beseitigung oder Behinderung der Wettbewerbs gesprochen werden könne. Zunächst ist eine Wettbewerbsbeseitigung beim Verkauf von [1'000–2'000] Terminals bereits ein genügender Effekt, um von einer Behinderung des Wettbewerbs auszugehen. Hinzu kommt, dass bei einer Beurteilung des Verhaltens aus damaliger Sicht das Behinderungspotenzial bedeutend war, zumal auch nicht absehbar war, dass die Parteien ihr Verhalten aufgeben würden. Die Beurteilung der Parteien berücksichtigt zudem nicht, dass ein Terminalkauf auch dann von der Möglichkeit der Inanspruchnahme der DCC-Funktion beeinflusst sein kann, wenn diese Option in der Folge nicht in Anspruch genommen wird. Die Aufgabe des Verhaltens führt zu einer Reduktion der massgebenden Behinderungsdauer aber nicht zu einer anderen materiellen Beurteilung des Verhaltens selbst.

#### **B.3.3.3.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe**

##### **B.3.3.3.5.1 Allgemeines**

407. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) rechtfertigen lässt.<sup>392</sup>

408. Als sachliche Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe („kaufmännische Grundsätze“<sup>393</sup>) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.<sup>394</sup> Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde.<sup>395</sup> Als sachliche Gründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.<sup>396</sup>

409. Eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen kommt nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine

---

<sup>392</sup> Vgl. Verfügung der Weko vom 19. Oktober 2009 i.S. Swisscom ADSL II, Rz. 27 (erhältlich unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch), Rubrik Aktuell/Letzte Entscheide; 29.11.2010); RPW 2008/4, S. 579, Rz. 174; RPW 2008/3, S. 397, Rz. 128; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 569.

<sup>393</sup> Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 569.

<sup>394</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 28 ff.

<sup>395</sup> Vgl. RPW 2004/3, S. 884 f., E. 4.5.; vgl. auch RPW 2008/4, S. 579, Rz. 174 f.

<sup>396</sup> Vgl. RPW 2004/3, S. 798 ff., Rz. 69 ff.; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 63 ff.

alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten (Gebot der Unerlässlichkeit).<sup>397</sup>

410. Bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder – gerade im Zusammenhang mit der Offenlegung von geistigem Eigentum oder von Schnittstelleninformationen – zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist.<sup>398</sup>

#### **B.3.3.3.5.2 Vorbringen von Multipay/Card Solutions**

411. Multipay/Card Solutions haben im Verlauf des Verfahrens folgende Gründe vorgebracht, welche als sachliche Rechtfertigungsgründe in Frage kommen:

- Technische Gründe
- Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes
- Schutz von Investitionen und Anreizen für Innovationen

412. Nachfolgend wird geprüft, ob diese Elemente die wettbewerbsbehindernde Verhaltensweise von Multipay/Card Solutions zu rechtfertigen vermögen.

##### **B.3.3.3.5.2.1 Technische Gründe**

413. Multipay hat zu Beginn des Verfahrens zahlreiche technische Rechtfertigungsgründe für das eigene Verhalten geltend gemacht. Namentlich würde die Zulassung eines Terminals von einem anderen Anbieter zu erheblichem Anpassungsbedarf im Verarbeitungssystem führen und damit einen unverhältnismässig hohen Aufwand verursachen.

414. Im Schlussbericht der Vorabklärung hat das Sekretariat darauf hingewiesen, dass Multipay/Card Solutions gar nie ernsthaft geprüft haben, welche technischen Lösungsmöglichkeiten bestehen könnten. Namentlich wurde die durch Jeronimo vorgeschlagene Lösung zunächst auch unter Berufung auf technische Gründe kategorisch abgelehnt und erst anlässlich des Treffens vom 8. Dezember 2006 wurde Bereitschaft gezeigt, Lösungsmöglichkeiten zwischen den Multipay/Card Solutions und Jeronimo „auszuloten“<sup>399</sup>. Das Sekretariat erachtete vor diesem Hintergrund die technischen Einwände von Multipay bereits zum damaligen Zeitpunkt als nicht stichhaltig.<sup>400</sup>

415. In der Zwischenzeit bieten Jeronimo und Ingenico Terminals an, welche auf der Basis der Schnittstellen- und Terminalspezifikationen der Card Solutions entwickelt wurden und die von Multipay zur DCC-Funktion zugelassen wurden.

**Tabelle 10: DCC-Implementierung von Drittanbietern**

Terminalanbieter	Pilot	Kontrollierte Verbreitung	Freigabe
CCV-Jeronimo	26.09.2008	12.11.2008	08.04.2009
Jeronimo Pinpad (für cCredit)	03.10.2008	05.12.2008	09.02.2009
Ingenico	07.11.2008	24.02.2009	15.04.2009

<sup>397</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 69 ff. und 135; CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 28 ff.

<sup>398</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 89 f.; Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 709 ff.

<sup>399</sup> Vgl. act. n° 39, S. 5.

<sup>400</sup> Vgl. Act. n° 54, Rz. 116.

416. Die Implementierung war nicht nur möglich, sondern der dafür benötigte Aufwand von Multipay/Card Solutions hat sich in engen Grenzen gehalten: „Im Rahmen der Aufschaltung eines neuen Terminal-Typs entsteht dem Acquirer, und demnach im Anwendungsfall auch SIX, ein gewisser Zusatzaufwand im Zusammenhang mit der Prüfung des Terminals und der Konfiguration der eigenen Systeme für die Zusammenarbeit mit dem Terminal. Dieser Aufwand beläuft sich je nach Qualität der Umsetzung durch den jeweiligen Hersteller insgesamt auf bis zu ca. 7–8 Arbeitstage. Die Kosten pro Tag werden auf ca. CHF [500–1'500.--] geschätzt. Der Aufwand bezieht sich insgesamt auf alle notwendigen Vorkehrungen des Acquirers und schliesst auch die Funktionsfähigkeit der DCC-Funktion ein. Für die DCC-Funktion kann je nach Qualität der Umsetzung durch den Hersteller mit einem Aufwand von bis zu ca. 1–2 Arbeitstagen gerechnet werden.“<sup>401</sup> Dies bedeutet, dass der Aufwand für die Aufschaltung der DCC-Funktion wesentlich geringer ist als derjenige für die Aufschaltung eines neuen Terminal-Typs und Gesamtkosten von rund CHF [1'000.-- bis CHF 3'000.--] entspricht. Damit dürften die ursprünglichen Einwände von Multipay/Card Solutions, welche einen unverhältnismässigen technischen Anpassungsbedarf vorbrachten, widerlegt sein.

### **B.3.3.3.5.2 Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes**

417. Im Zusammenhang mit den Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes hat Multipay zunächst in genereller Weise geltend gemacht, die strengen Auflagen der Card Schemes würden der Zulassung von Terminals anderer Anbieter als Card Solutions entgegen stehen. Zudem hat Multipay konkret vorgebracht, dass eine Offenlegung der Schnittstellen erst nach der definitiven Zertifizierung der Card Schemes zweckmässig sei. Auf diese beiden Vorbringen wird nachfolgend getrennt eingegangen:

#### **a. Zertifizierungsanforderungen**

418. Multipay hat zu Beginn des Verfahrens ausgeführt, für die Beschränkung von DCC auf einen Terminalanbieter gebe es sachliche Gründe, denn nur so könne sichergestellt werden, dass die strengen Auflagen der Card Schemes beim Gebrauch von DCC eingehalten würden. Diese Auflagen betreffen insbesondere die Aufklärungspflichten der Händler gegenüber dem Karteninhaber, was eine entsprechende Schulung der Händler bedinge. Die Card Schemes überprüfen mittels Stichproben die Einhaltung dieser Auflagen. Falls die Kontrollen nicht zufriedenstellend ausfallen, drohen dem Acquirer Sanktionen, im Extremfall der Lizenzentzug. Die Risiken einer suboptimalen Zusammenarbeit, welche entweder auf ein unzureichendes Terminal, eine schlecht funktionierende Schnittstelle zwischen Terminal und Acquiring oder auf eine ungenügende Schulung der Händler zurück geführt werden könnte, seien gross und liessen sich nur ausschliessen, wenn gewisse Mindeststandards gewährleistet seien.<sup>402</sup>

419. Die Vorgaben der Card Schemes im Bereich des Ablaufs der DCC-Transaktion am Terminal betreffen insbesondere folgende Elemente: der Karteninhaber muss unbedingt die Wahl haben, die DCC-Transaktion durchzuführen (in seiner Heimwährung) oder in der lokalen Währung zu bezahlen; er muss zudem über Wechselkurs und Gebühren informiert werden.<sup>403</sup> Es handelt sich dabei um Vorgaben, welche weitgehend über entsprechende Ausgestaltung der DCC-Software gelöst werden können.<sup>404</sup> Durch die Offenlegung der Spezifikationen gegenüber den Drittanbietern kann sichergestellt werden, dass die Abläufe auf deren

---

<sup>401</sup> Act. n° 151.

<sup>402</sup> Vgl. act. n° 12, Rz. 68 ff.

<sup>403</sup> Vgl. act. n° 103, Beilage 14a.

<sup>404</sup> Was auch tatsächlich geschehen ist. Im Rahmen der Rezertifizierung von DCC bei Visa wurde die DCC-Software derart angepasst, dass der Karteninhaber am Terminal explizit gefragt wird, ob DCC als Option erwünscht ist oder nicht. Vgl. act. n° 180, Beilage 13.

Terminals dem Ablauf auf einem Card Solutions-Terminal entsprechen. Zudem haben Jeronimo und andere Terminalhersteller zu diesem Zeitpunkt bereits DCC-Lösungen mit anderen Acquirern und DCC-Providern angeboten und waren daher mit den Vorgaben der Card Schemes durchaus vertraut. Jedenfalls sind bei der Aduno schon zu Beginn des Jahres 2005 Terminals von drei verschiedenen Herstellern aufgeschaltet worden (Jeronimo, Commtrain, Carus). Bereits zum damaligen Zeitpunkt konnte das Risiko, dass Multipay aufgrund der Zulassung von anderen Terminalherstellern Sanktionen oder gar ein Lizenzentzug drohen könnte, als gering eingestuft werden.<sup>405</sup> Diese Einschätzung wird aus heutiger Sicht dadurch bestätigt, dass zwischenzeitlich die auf der Basis der offengelegten Spezifikationen entwickelten Terminals der Drittanbieter keine negativen Auswirkungen auf die Zertifizierung durch die Card Schemes gehabt haben. Bei der Aduno verfügen mittlerweile sämtliche Anbieter über DCC-fähige Terminals (inklusive Card Solutions).

420. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Schulung der Händler einzugehen. Multipay hat ausgeführt, die Schulung der Händler habe durch den Acquirer zu erfolgen. Die Schulung werde aufwändiger, wenn verschiedene Terminals verwendet würden. Multipay sei nicht bereit, die Verantwortung für die Schulung von Händlern zu übernehmen, welche DCC über Terminals von Drittanbietern beziehen möchten. Dem gilt es entgegenzuhalten, dass die DCC-Schulung der Händler auf jeden Fall erfolgen muss, unabhängig davon, von welchem Anbieter das Terminal stammt. Die Schulung umfasst die Verhaltensregeln für den Händler (z.B. jeden Inhaber einer ausländischen Karte vor der DCC-Transaktion anfragen, ob er in seiner Kartenwährung bezahlen möchte; alle DCC-Informationen, die den Karteninhaber betreffen, zwingend gut sichtbar zu platzieren; den Karteninhaber auf Anfrage über die Dienstleistung DCC und die Rechte des Karteninhabers zu informieren etc.).<sup>406</sup> Diese Verhaltensregeln bestehen unabhängig vom benutzten Terminal, so dass der hierfür benötigte Schulungsaufwand identisch sein dürfte. Bei der Schulung wird auch der Ablauf am Terminal erläutert und eine Testtransaktion durchgeführt.<sup>407</sup> Dieser Ablauf ist aber bei Terminals, welche aufgrund der Card Solutions-Spezifikationen entwickelt wurden, identisch mit demjenigen eines Card Solutions-Terminals. Auch kann dasselbe Schulungs- und Informationsmaterial verwendet werden. Bereits im Schlussbericht hat daher das Sekretariat ausgeführt, es sei nicht einzusehen, weshalb der Schulungsaufwand, je nachdem ob ein Terminal von Card Solutions oder von einem Drittanbieter eingesetzt wird, unterschiedlich hoch ausfallen sollte. Weiter wurde darauf hingewiesen, ein marktbeherrschendes Unternehmen verhalte sich unzulässig, wenn es einen Aufwand, welcher für eine Schwestergesellschaft ohne Weiteres übernommen werde, Drittanbietern verweigern würde. Auch bezüglich dieses Punktes zeigt ein Vergleich mit Aduno (welche von Beginn weg mehrere Terminals zugelassen hat) sowie mit der heutigen Situation bei Multipay auf, dass die DCC-Schulung der Händler offenbar problemlos bewältigt werden kann, selbst wenn diese über ep2-zertifizierte POS-Terminals unterschiedlicher Anbieter verfügen. Der Schulungsaufwand dürfte nicht oder jedenfalls nicht in einem Ausmass erhöht worden sein, als dass er als sachlicher Grund für die Geschäftsverweigerung gelten könnte. Dabei ist zu beachten, dass ein sachlicher Rechtfertigungsgrund stets in einem angemessenen Verhältnis zur Verweigerung stehen muss. Ein allenfalls geringfügig erhöhter Schulungsaufwand vermag daher die Geschäftsverweigerung nicht zu rechtfertigen.

421. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes, inklusive der von ihnen verlangten Schulung der Händler, keinen sachlichen Grund für die Geschäftsverweigerung bilden.

---

<sup>405</sup> Vgl. den Schlussbericht vom 10. Januar 2007, Rz. 117 ff. (act. n° 54).

<sup>406</sup> Vgl. act. n° 41.

<sup>407</sup> Vgl. act. n° 41.

## **b. Offenlegung vor „definitiver“ Zertifizierung**

422. Multipay bringt vor, die Anfrage von Jeronimo im Juli 2005 sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich das Produkt DCC noch in der Entwicklung befunden habe.<sup>408</sup> Eine Offenlegung von Schnittstellen sei erst dann zweckmässig und sinnvoll, wenn das entsprechende Produkt vollständig entwickelt und marktfähig sei. Dabei verweist Multipay darauf, dass am 5. Juli 2005 noch keine Zertifizierung durch Visa erfolgt war. Vielmehr habe Visa im Dezember 2005 eine Sistierung der DCC-Lösung der Multipay verlangt. Sie habe signifikante Anpassungen gefordert und zusätzliche Zertifizierungsbedingungen festgelegt. Im Rahmen der Rezertifizierung bestehe auch die Möglichkeit, eine besser geeignete technische Lösung zur Gewährleistung der Wahlfreiheit des Karteninhabers zu präsentieren. Für die Wiederzulassung musste die verbesserte DCC-Lösung eine Rezertifizierung und anschliessend einen zweimonatigen Requalifikationsprozess durchlaufen, welcher erst im April 2006 abgeschlossen worden sei. Im Zeitpunkt des Schreibens der Jeronimo vom 20. Februar 2006 sei die DCC-Lösung der Multipay/Card Solutions noch nicht rezertifiziert gewesen (Rezertifizierung am 1. März 2006). Im Zeitpunkt des Schreibens der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006 sei die Requalifizierung noch ausstehend gewesen (vgl. zum zeitlichen Ablauf auch Tabelle 8: Zeittabelle).

423. Entgegen den Ausführungen von Multipay hat zum Zeitpunkt der Anfrage der Jeronimo vom 5. Juli 2005 durchaus ein marktfähiges Produkt vorgelegen und die Offenlegung der Schnittstelleninformationen wäre möglich gewesen. Dies ergibt sich klar aus den Projektstatusberichten und dem Marktverhalten der Multipay:

- Gemäss dem Projektstatusbericht vom 8. März 2005 erfolgte per 1. März 2005 die Überführung des Pilotbetriebs in den regulären Betrieb.<sup>409</sup> Während im Pilotbetrieb die Anzahl Terminals beschränkt ist, gibt es im regulären Betrieb keine solchen Beschränkungen mehr (sog. „Ausbreitungsphase“).<sup>410</sup>
- Bereits im Februar 2005 acquirierte Multipay DCC-Verträge mit Startdatum 1. März 2005.<sup>411</sup>
- Die folgenden Abbildungen zeigen auf, dass ab März 2005 bis zur Anfrage im Juli 2005 die Anzahl durch Multipay abgeschlossener DCC-Verträge, die Anzahl Terminals der Card Solutions, die in dieser Zeit mit der DCC-Funktion aufgeschaltet wurden, sowie der Umsatz und die Anzahl Transaktionen bei welchen die DCC-Funktion zum Einsatz gekommen ist, Grössenordnungen erreicht haben, welche klar belegen, dass das Produkt ab dem 1. März 2005 nicht nur marktfähig war, sondern auch erfolgreich am Markt eingeführt wurde.

---

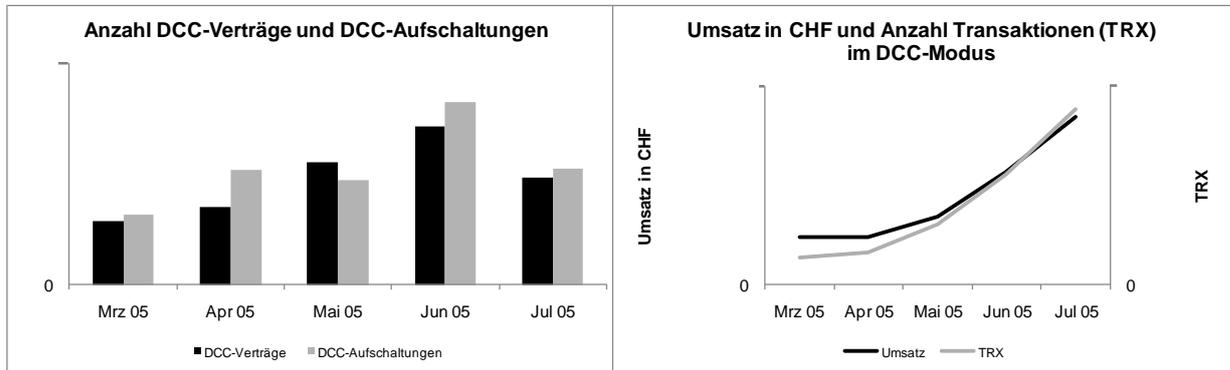
<sup>408</sup> Vgl. act. n° 103, S. 44 f.

<sup>409</sup> Vgl. Projektstatusbericht vom 8. März 2005, act. n° 180, Beilage 5.

<sup>410</sup> Vgl. Projektstatusbericht vom 8. Februar 2005, act. n° 180, Beilage 5.

<sup>411</sup> Vgl. Projektstatusbericht vom 8. Februar 2005, act. n° 180, Beilage 5.

**Abbildung 18: Entwicklung der DCC-Funktion bei Multipay von März bis Juli 2005<sup>412</sup>**



- Im Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005 wurde festgehalten: „Im Juni wurden gut [20'000–25'000] Transaktionen für knapp CHF [0–10] Mio. im DCC Modus abgewickelt. Bis heute (05.07.) sind rund [1'000–1'500] Händler mit DCC-Verträgen im PASS [= Payment Acquiring Service System] erfasst. Davon sind gut [400–500] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. Weitere ca. [0–100] VPs haben ein ep2 Terminal, aber machen noch keine DCC Transaktionen. Rund ½ der Händler mit DCC Vertrag haben noch kein ep2 Terminal von TKC [= Telekurs Card Solutions]“.<sup>413</sup>

424. Es kann daher festgehalten werden, dass ab dem 1. März 2005 ein marktfähiges und auch tatsächlich kommerzialisiertes Produkt vorhanden war. Zum Zeitpunkt der Anfrage von Jeronimo am 5. Juli 2005 kann aufgrund der dargestellten Daten die Markteinführung sogar schon als fortgeschritten bezeichnet werden.

425. Multipay weist darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Anfrage noch diverse Anpassungen an der DCC-Lösung offen waren. Es handelt sich um die folgenden Funktionen: „Manual Entries im PASS für DCC Transaktionen“; „Tip“-Funktion (=Trinkgeld-Funktion), Kursabfrage-Funktion auf dem Terminal, Erweiterung der Anzahl möglicher DCC-Währungen und Anpassungen aufgrund der Monitoring Anforderungen von Multipay.<sup>414</sup> Aus den obigen Daten geht allerdings hervor, dass diese ausstehenden Anpassungen nicht dazu geführt haben, dass Multipay/Card Solutions bei sich selber die Aufschaltung von DCC-fähigen Terminals unterbrochen hätte. Es handelt sich um Anpassungen und Weiterentwicklungen, wie es sie im Software-Bereich bei jedem Produkt gibt. Es handelt sich um Zusätze und Verbesserungen, welche die Marktfähigkeit des Produktes nicht in Frage stellen. Zum Vergleich kann etwa darauf hingewiesen werden, dass selbst die ep2-Spezifikationen von Zeit zu Zeit angepasst werden und mittlerweile bei der Version 5.0.1. angelangt sind. Es kann weiter darauf hingewiesen werden, dass die offenen Punkte Multipay/Card Solutions nicht daran gehindert haben, zum gleichen Zeitpunkt in dem die Verweigerung gegenüber Jeronimo geschehen ist, mit der Firma [Name Firma]eine Implementierung von DCC für die [Name Firma] (Hotellösung) auszuarbeiten.<sup>415</sup> Die Argumente, welche gegen eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber anderen Terminalanbietern vorgebracht werden, haben daher bei

<sup>412</sup> Anzahl DCC-Verträge und Anzahl DCC-Aufschaltungen (aufgeschaltete Card Solutions-Terminals mit DCC-Funktion) sowie Umsatz in CHF und Anzahl Transaktionen im DCC-Modus.

<sup>413</sup> Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005, act. n° 180, Beilage 5.

<sup>414</sup> Vgl. Change Requests vom 8. Februar und 8. April 2005, act. n° 180, Beilagen 7 und 8.

<sup>415</sup> Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005, act. n° 180, Beilage 5.

der Zusammenarbeit mit Unternehmen, welche nicht in Konkurrenz mit Card Solutions auf dem Terminal Markt stehen, keine Rolle gespielt. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, die Entwicklung der Hotellösung durch [Name Firma] habe nicht beendet werden können und sei eingestellt worden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das (erst aus der heutigen Perspektive bekannte) Scheitern dieses Projektes, etwas daran ändern sollte, dass es zu einem Zeitpunkt in Angriff genommen wurde, in dem Jeronimo eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen verweigert wurde. Im Kundenmagazin Accept wurde in der Ausgabe 03/05 über die Anbindung an das Fidelio-System berichtet und zudem kommuniziert, dass die DCC-Hotellösung auch für andere Softwarehersteller offen sei.<sup>416</sup>

426. Ähnliches gilt für das durch Visa verlangte Rezertifizierungsverfahren. Zwar trifft es zu, dass aufgrund der Anforderungen von Visa die DCC-Software überarbeitet werden musste und dass zu Beginn des Prozesses Visa mit Schreiben vom 16. Dezember 2005 verlangt hatte, dass DCC während einer zweimonatigen Requalifikationsperiode bei maximal 100 Händlern aufgeschaltet bleiben dürfe. Allerdings hat SIX mit Schreiben vom 19. Januar 2006 bei Visa erfolgreich beantragt, auf die Reduktion auf 100 Händler zu verzichten. Während der Rezertifizierung und Requalifikation ist es in der Folge zu keinen Einschränkungen bezüglich der DCC-Funktion gekommen. Während der Zeit von Dezember 2005 bis zum April 2006 hat Multipay nicht nur den Status quo gehalten, sondern sogar [800–900] neue DCC-Verträge abgeschlossen. Zudem wurden weitere [1000–1100] Terminals der Card Solutions mit der DCC-Funktion aufgeschaltet. Insgesamt wurden in dieser Zeit rund [450'000–500'000] Transaktionen im DCC-Modus abgewickelt, was einem Umsatz von rund CHF [140–150] Mio. entspricht. Diese Zahlen belegen, dass der Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess keinen wesentlichen Einfluss auf das Marktverhalten von Multipay/Card Solutions gehabt hat.

427. Die Bedeutung des Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess wird durch folgende Umstände weiter relativiert:

- Von der Rezertifizierung und Requalifikation war nicht nur Multipay, sondern zahlreiche europäische Acquirer betroffen, deren DCC-Lösungen als ungenügend taxiert wurden. Dabei war die Frage, ob die POS-Terminals nur von einem oder von mehreren Anbietern eingesetzt werden, nicht relevant. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Aduno, welche ihre DCC-Lösung mit mehreren Terminalanbietern umgesetzt hat, die Anforderungen der Card Schemes erfüllt hat und keine Rezertifizierung durchlaufen musste.
- Der zeitliche und finanzielle Aufwand für die Anpassung der DCC-Software der Card Solutions war eher unbedeutend. Der entsprechende „Change Request“ wurde am 10. Januar 2006 erstellt und mit CHF [10'000–20'000.--] (bzw. [10–20] Personentagen) veranschlagt. Im Vergleich dazu betrug das Projektbudget bis zu diesem „Change Request“ CHF [500'000–600'000.--]. Die Rezertifizierung erfolgte bereits am 1. März 2006.
- Für Multipay stand offenbar bereits von Anfang an fest, dass die neuen Anforderungen erfüllt werden können. Im Business Meeting der Multipay vom 16. Januar 2006 wurde festgehalten: „Kommunikation gegen aussen: wir sind zertifiziert“.<sup>417</sup>

428. Entscheidend ist zudem, dass *keine Kausalität* zwischen dem Rezertifizierungs- und Requalifikationsprozess und der Geschäftsverweigerung besteht. Bei der Geschäftsverweigerung gegenüber anderen Terminalherstellern handelt es sich um einen Grundsatzentscheid, welcher bei Multipay spätestens am 20. Juli 2005 feststand (vgl. oben Rz. 314). Im

---

<sup>416</sup> Accept 03/05, S. 7 ([www.telekurs-multipay.com/de/accept03\\_dez2005](http://www.telekurs-multipay.com/de/accept03_dez2005); 29.11.2010).

<sup>417</sup> Act. n° 103, Beilage 22 t.

Protokoll der gemeinsamen Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions vom 9. Januar 2006 wurde Traktandum 9: „Zusammenarbeit mit anderen Terminalherstellern/DCC“ wie folgt protokolliert: „Die GL bestätigt die bisherige Haltung, dass für andere Terminalhersteller die DCC-Lösung nicht freigegeben wird (ebenso andere Dienstleistungen wie z.B. topup)“. Diese Passage macht deutlich, dass die Geschäftsverweigerung für Multipay und Card Solutions nicht in Zusammenhang mit der in derselben Sitzung behandelten Rezertifizierung durch Visa stand. Die Verweigerung wurde vielmehr bereits früher beschlossen („bestätigt bisherige Haltung“) und ist eine kategorische, welche nicht nur DCC, sondern auch andere Dienstleistungen betrifft. Es handelte sich daher um eine geschäftspolitische Strategie von Multipay und Card Solutions bezüglich DCC und anderen Dienstleistungen, nicht mit anderen Terminalherstellern zusammenzuarbeiten. Gerade das Element, dass auch andere Dienstleistungen als DCC nicht freigegeben werden sollten, zeigt auf, dass das Rezertifizierungsverfahren von Visa bezüglich DCC für die Geschäftsverweigerung gar keine Rolle gespielt hat. Dies wird weiter dadurch bestätigt, dass Multipay/Card Solutions auch nach der definitiven Rezertifizierung und Requalifikation nicht auf das am 17. März 2006 nochmals klar formulierte Anliegen der Jeronimo auf Offenlegung der Schnittstelleninformationen zurückgekommen ist.

429. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass weder die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes an sich noch das Rezertifizierungsverfahren von Visa als legitime business reasons für die Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sind.

430. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 vor, im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung sei das Sekretariat mit den Parteien einverstanden gewesen, dass eine Zugangsgewährung zu Schnittstelleninformationen nicht vor Abschluss der Test und Zertifizierungsphase erfolgen müsse. Die Parteien leiten dies aus einer Passage aus dem Vorschlag des Sekretariates vom 9. Juni 2010 für eine einvernehmliche Regelung ab, welche wie folgt lautete.<sup>418</sup>

Die Gewährung von Zugang zu Produkten der SIX Group AG erfolgt wenn das Produkt marktfähig ist, und nicht mehr aufgrund von Tests oder Zertifizierungen potenziell angepasst werden muss. Es besteht somit grundsätzlich keine Pflicht im Sinne von Ziff. 4.1 und 4.2 zur Gewährung von Zugang zu Produkten der SIX Group AG

- (i) bevor die Produkte der SIX Group AG, für welche Zugang verlangt wird, eine Test- und Zertifizierungsphase (z.B. durch die Card Schemes) definitiv abgeschlossen haben, oder
- (ii) vor definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase ohne Zertifizierung bei Produkten der SIX Group AG, die getestet aber nicht von den Card Schemes zertifiziert werden müssen.

431. Es sei einzig eine restriktive Ausnahme bezüglich der Offenlegung von Schnittstelleninformationen vorgesehen worden für den Fall, dass sich die Drittpartei zu einer Haftungsübernahme verpflichtete und die Card Schemes ihr Einverständnis erklärten. Bezüglich des Elements des Zeitpunktes der Zugangsgewährung sei daher ein Konsens gefunden worden. Dies gehe auch aus dem Schreiben der Parteien vom 24. Juni 2010 hervor, in welchem zur Kenntnis genommen wird, „dass auch das Sekretariat davon ausgeht, dass eine Zugangsgewährung zu den Schnittstelleninformationen vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase grundsätzlich nicht erfolgen muss“.<sup>419</sup>

432. Dem Vorbringen der Parteien muss auf verschiedenen Ebenen entgegnet werden. Zunächst gilt es ganz allgemein festzustellen, dass Ausführungen und Äusserungen des Sekre-

---

<sup>418</sup> Vgl. act. n° 208.

<sup>419</sup> Vgl. act. n° 217a.

tariates die Weko bei der Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Verhaltensweise nicht zu binden vermögen. Die Weko ist als Entscheidbehörde weder an den Antrag noch an andere Schreiben und Aussagen des Sekretariates gebunden: nach explizitem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG steht die Entscheidbefugnis in der Hauptsache allein der Weko zu.<sup>420</sup> Im Zusammenhang mit der Frage der Sanktionierbarkeit eines Verhaltens hat das Bundesverwaltungsgericht denn auch kürzlich festgehalten, dass der zuständige Abteilungsleiter nicht ermächtigt ist, die Sanktionskompetenz der Weko durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen und hat weiter seine Rechtsprechung bestätigt, dass derartige Zusicherungen auch keinen Vertrauensschutz zu begründen vermögen.<sup>421</sup> Nichts anderes gilt, wenn das Sekretariat eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG abschliesst, denn diese bedarf der formellen Genehmigung durch die Weko (Art. 29 Abs. 2 KG). Selbst wenn eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien und dem Sekretariat zustande gekommen wäre, so hätte die Weko über die Möglichkeit verfügt, ihr die Genehmigung zu versagen.<sup>422</sup> Zudem ist es ausgeschlossen, dass die einvernehmliche Regelung die materiell-rechtliche Beurteilung zum Gegenstand haben kann. Sachverhalt und Rechtsfragen sind nicht verhandelbar, sondern von der rechtsanwendenden Behörde hoheitlich zu entscheiden.<sup>423</sup> Bereits aus diesem Grund können Aussagen des Sekretariates während Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung des Falles durch die Weko haben. Dies ist im Übrigen auch deshalb sachgerecht, weil ein eigentliches Verhandeln, welches i.d.R. auch Veränderungen der Position des Sekretariates bedingt,<sup>424</sup> verunmöglicht würde, wenn danach jedes Mal die während den Verhandlungen gemachten Äusserungen, Kompromisse oder Zugeständnisse des Sekretariates von den Parteien „verwertet“ werden könnten, selbst wenn diese dann nicht Gegenstand der einvernehmlichen Regelung werden oder eine einvernehmliche Regelung wie im vorliegenden Fall gar nicht zustande kommt.

433. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist i.d.R. die konkrete Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft.<sup>425</sup> Im vorliegenden Fall haben die Parteien ihr Verhalten bereits vor der Untersuchungseröffnung angepasst. Die einvernehmliche Regelung sollte denn auch gar nicht eine zukünftige Lösung für den konkreten Fall beinhalten, sondern gemäss dem Entwurf des Sekretariates „den Zugang zu Schnittstelleninformationen, zum Zweck der Herstellung und Gewährleistung der Interoperabilität von POS-Terminals betreffend Produkte der SIX Group AG, welche Händlern und Dienstleistungsanbietern im Zusammenhang mit dem Acquiring von Kredit- und Debitkarten angeboten werden“<sup>426</sup> regeln und damit eine Lösung zu finden, welche – wie in der Stellungnahme der Parteien ausgeführt – im Interesse des gesamten Industriezweiges sein sollte. Da der Entwurf eine generelle Lösung für die Zukunft darstellen sollte, erscheint es umso weniger nachvollziehbar, weshalb er die Beurteilung des vergangenen Verhaltens im konkreten Fall präjudizieren sollte.

434. Die Vorbringen der Parteien scheitern nicht nur bereits an diesen grundsätzlichen Hürden, sondern sind auch inhaltlich unzutreffend. Die durch die Parteien wiedergegebene Pas-

---

<sup>420</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 30 N 56.

<sup>421</sup> Vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 7.4.5.4. unter Hinweis auf BVGer, Urteil vom 3. Oktober 2007 i.S. Unique (B-2157/2006) E. 4.2.6 (publiziert in RPW 2007/4, S. 653 ff.).

<sup>422</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 93.

<sup>423</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 30 m.w.H.

<sup>424</sup> Vgl. BGer, RPW 2004/2, S. 661 f., E. 3.4.7.

<sup>425</sup> Vgl. ZIRLICK/TAGMANN (FN 197), Art. 29 N 26 ff. m.w.H.

<sup>426</sup> Vgl. act. n° 208.

sage des Entwurfs der einvernehmlichen Regelung wird durch folgenden Abschnitt ergänzt.<sup>427</sup>

Sofern jedoch das Card Scheme nicht ausdrücklich die Verwendung von Terminals eines Drittherstellers ausschliesst und sich die Drittpartei gegenüber der SIX Group AG uneingeschränkt zur Übernahme der Haftung und sämtlicher Kosten und Risiken, die sich aus der Zugangsgewährung ergeben (insbesondere gegenüber den Card Schemes und den Händlern, sowie gegenüber anderen Entwicklern sowie für allfällige Zusatzaufwände der SIX Group AG) verpflichtet, wird die SIX Group AG die Schnittstelleninformationen dieser Drittpartei vor definitivem Abschluss der *Test- und Zertifizierungsphase* offen legen.

435. Nach Auffassung des Sekretariates sollte es sich dabei nicht wie von den Parteien vorgebracht um eine „restriktive Ausnahme“ handeln, sondern grundsätzlich dazu führen, dass Schnittstelleninformationen bereits vor dem definitivem Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase offengelegt werden müssen, sofern die Drittanbieter die Haftung übernehmen. Ob eine solche Haftungsübernahme der Drittanbieter eine realistische Option dargestellt hätte und ob die Offenlegungsmodalitäten für die Drittanbieter überhaupt sinnvoll gewesen wären, sollte in einem Markttest geklärt werden. Das Sekretariat hat bereits zu Beginn der Verhandlungen zur Bedingung gemacht, dass ein Markttest durchgeführt wird. Im Begleitschreiben zum Entwurf vom 9. Juni 2010 wurde nochmals festgehalten: „Das Sekretariat möchte daran erinnern, dass es bei einer grundsätzlichen Einigung vor der Unterzeichnung noch einen Markttest durchführen wird und sich je nach Ergebnis des Markttests vorbehält, Anpassungen zu verlangen oder vom Abschluss einer EVR Abstand zu nehmen“. Dieser Vorbehalt des Sekretariates macht deutlich, dass bezüglich keinem Punkt des Entwurfes ein definitiver Konsens bestand, sondern die einvernehmliche Regelung nur unterzeichnet worden wäre, wenn diese durch die anderen Marktteilnehmer als sinnvoll erachtet worden wäre. Die Verhandlungen wurden durch das Sekretariat aber abgebrochen, bevor ein solcher Markttest durchgeführt werden konnte. In materieller Hinsicht ist die Auffassung der Parteien abzulehnen, dass eine Zugangsgewährung zu Schnittstelleninformationen nicht vor Abschluss der Test und Zertifizierungsphase erfolgen muss. Es kann in diesem Zusammenhang auf den Microsoft-Entscheid verwiesen werden, welcher eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen zu dem Zeitpunkt vorsieht, in welchem ein neues Produkt potenziellen Kunden als Beta-Version zu Testzwecken zur Verfügung gestellt wird.<sup>428</sup>

436. Zum Schluss gilt es darauf hinzuweisen, dass selbst wenn der Rechtsauffassung der Parteien gefolgt würde, dass eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen grundsätzlich erst nach Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase erfolgen müsste, bezüglich DCC die Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung erfüllt gewesen wären. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang vor, die Behauptung, es habe sich bei der DCC-Funktion um ein marktfähiges Produkt gehandelt, sei reine Spekulation und aktenwidrig. Auch sei es aktenwidrig zu behaupten, es bestehe keine Kausalität zwischen der „Test- und Pilotphase“ und der Nichtoffenlegung gegenüber Drittanbietern. Dem kann nicht gefolgt werden. In den obigen Erwägungen wurde nachgewiesen, dass es sich bei der DCC-Funktion nicht nur um ein marktfähiges Produkt gehandelt hat, sondern um ein tatsächlich am Markt eingeführtes Produkt und das Rezertifizierungsverfahren für die Verweigerung der Offenlegung nicht kausal war. An dieser Stelle werden die Hauptgründe nochmals wiederholt:

- Aus den internen Dokumenten geht eindeutig hervor, dass die DCC-Funktion per 1. März 2005 am Markt eingeführt wurde. Der Projektstatusbericht vom 8. März 2005 hält fest: *„Der Pilotbetrieb wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären*

---

<sup>427</sup> Vgl. act. n° 208.

<sup>428</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 1009.

*Betrieb überführt*<sup>429</sup>. Dies entspricht auch der externen Kommunikation: im Geschäftsbericht der Telekurs Group für das Jahr 2005 wurde festgehalten: „Die im Februar 2005 lancierte automatische Währungsumrechnung Dynamic Currency Conversion (DCC) erwies sich von Beginn weg als Erfolg.“<sup>430</sup> Die Markteinführung lässt sich schliesslich anhand der Entwicklung der Vertragsabschlüsse sowie der im DCC-Modus vorgenommenen Transaktionen belegen (vgl. oben Rz. 423).

- Zum Zeitpunkt der Anfragen von Jeronimo und der anderen Terminalanbieter sowie zum Zeitpunkt der Information des CEO von Multipay an der Geschäftsleitungssitzung der Card Solutions vom 20. Juni 2005, „dass für Geronimo kein DCC angeboten wird“ war noch gar nicht bekannt oder absehbar, dass Visa eine Rezertifizierung und Requalifizierung verlangen würde. Das erste Schreiben von Visa datiert nämlich erst vom 16. Dezember 2005. Für die vorgängige Verweigerung kann daher gar keine Kausalität bestehen.
- Auch danach ist das Rezertifizierungsverfahren nicht kausal für die Verweigerung. Aus dem Protokoll der gemeinsamen Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions vom 9. Januar 2006 geht hervor, dass es sich um einen *strategischen Entscheid* handelt, bezüglich DCC und anderen Dienstleistungen nicht mit anderen Terminalanbietern zusammenzuarbeiten, welcher unabhängig vom Rezertifizierungsverfahren für die Nichtoffenlegung ausschlaggebend ist (vgl. oben Rz. 428). Dies wurde durch Multipay gegenüber Jeronimo auch mit folgenden Worten klar kommuniziert: „Wir haben in der Geschäftsleitungssitzung von letzter Woche das Thema diskutiert und es wurde beschlossen, dass wir grundsätzlich firmenintern entwickelte Dienstleistungen nicht freigeben“<sup>431</sup> (vgl. oben Rz. 315). Auch auf das bereits nach der Rezertifizierung eingegangene Schreiben der Van de Velden Holding B.V. wurde nicht etwa auf die noch ausstehende Requalifizierung hingewiesen, sondern Multipay antwortete mit dem Einzeiler „Bezüglich Ihres Ersuchens betreffend DCC Multipay sehen wir keine Veranlassung unsere Position zu ändern“<sup>432</sup> (vgl. oben Rz. 428).

437. Anlässlich des Hearings haben die Parteien erneut vorgebracht, dass sich DCC zum Zeitpunkt der Anfragen in einer Pilotphase befunden habe. Dabei haben die Vertreter der Parteien erstmals vorgebracht, es sei ein Pilot mit [500–600] Händlern durchgeführt worden:

- CEO Multipay: „Das [Tests mit echten Händlern] muss man machen. Unabhängig von DCC, wenn ein neues Terminal auf den Markt kommt – es gibt ja diese ep2, wo der Handel dabei ist – damit man das möglichst effizient und kostengünstig macht, gibt man das Terminal in einer Pilot- bzw. Testphase frei. Dann schaut man während 1–2 Monaten, wie alles läuft. Vorher macht man Laborversuche, die man in-house macht. Damit wirklich nachgewiesen werden kann, dass ein Terminal richtig funktioniert, hat man die Möglichkeit Pilots zu fahren. Dann wird zertifiziert. Nach dieser Zertifizierung gibt es Roll-Outs. Man kann sich fragen, wie viele es braucht: Braucht man 50, 500, 5'500. Das ist eine individuelle Sache. Wir haben mit [0–100] angefangen und dann mit[500–500].“
- CEO Multipay: „Der erste Roll-Out kam Mitte 2005, bevor die Software durch Card Solutions überarbeitet wurde. Es war sehr wichtig, dass die Kunden den Karteninhabern immer fragen: Willst Du mit Deiner Währung zahlen oder willst Du in Schweizer Franken zahlen? Das war ein Must. Als dann Tests durch Visa und MasterCard ge-

---

<sup>429</sup> Projektstatusbericht vom 8. März 2005, act. n° 180, Beilage 5

<sup>430</sup> Vgl. Telekurs Geschäftsbericht 2005, S. 11, [www.telekurs.com/de/dl\\_tkhoch\\_company\\_publications\\_gb05.pdf](http://www.telekurs.com/de/dl_tkhoch_company_publications_gb05.pdf) (29.11.2010).

<sup>431</sup> Act. n° 103, Beilage 19b.

<sup>432</sup> Act. n° 103, Beilage 19g.

*macht wurden, hat man festgestellt, dass viele Kunden das nicht gefragt haben. [...] Unsere Software-Applikation wurde dann verbessert. Card Solutions hat das gehandhabt, dass nicht nur der Händler Ja/Nein drücken muss, sondern auch der Karteninhaber selber. Das ist eine Software-Applikationsänderung gewesen, die in der zweiten Phase des Pilots stattgefunden hat. Dann wurde rezertifiziert und dann ging es zu den Testkäufen und dann hiess es: Ja, euer System ist gut. Ihr könnt damit ein Roll-Out machen. Das war im 2006.“*

- CEO Multipay auf Frage des Präsidenten der Weko, ob jeder Kunde die DCC-Funktion erhalten habe: *„Nein, weil wir gezielt repräsentativ Kunden ausgesucht haben. Das hätten auch 1'500 sein können, nicht nur [500–500]. Wir hatten ein repräsentatives Sample.“*
- CEO Multipay auf Frage des Präsidenten der Weko, ob denn Kunden abgelehnt worden sind: *„Ich sage hier Nein, weil mir kein Fall bekannt ist“* und *„Es ist mir nicht bekannt. Ich weiss es nicht. Ich glaube nicht“*.
- CEO Card Solutions: *„Wir haben gesagt, dass wir ca. 600 Pilotkunden wollten. Wenn wir 600 gehabt hätten, und das Hotel in Zermatt auch noch kommen würde, ich nehme an, dass wir Ja gesagt hätten. Aber nicht bei vielen mehr, weil wir das alles noch managen mussten. Das waren aber bestehende Kunden.“*

438. Vorab ist auf eine Ungereimtheit in den Aussagen des CEO von Multipay hinzuweisen. In seiner ersten oben wiedergegebenen Aussage erklärte er zunächst den üblichen Testablauf. Zuerst erfolgen in-house Laborversuche, anschliessend wird eine Pilotphase durchgeführt. Dann wird zertifiziert. Nach der Zertifizierung erfolgt der „Roll-Out.“ In seiner zweiten oben wiedergegebenen Aussage, gibt er an, der erste Roll-Out sei Mitte 2005 gekommen. Diese Aussage steht im Widerspruch zu den anderen Voten, in welchen geltend gemacht wird, man habe sich zu diesem Zeitpunkt immer noch in der zeitlich vorgelagerten Pilotphase befunden.

439. Die durch den CEO von Multipay erwähnten Entwicklungsphasen entsprechen grundsätzlich den Phasen, die ein Terminal im Rahmen seiner ep2-Zertifizierung zu durchlaufen hat. Vor der ep2-Zertifizierung muss eine Pilotphase erfolgreich abgeschlossen werden. Die Pilotphase wird mit rund 5–50 Terminals durchgeführt und dauert mind. 5 Wochen und max. 3 Mte. Bei bedienten Terminals müssen mindestens 1000 Transaktionen mit Maestro/MasterCard und 1000 Transaktionen mit Visa/V-PAY absolviert werden.<sup>433</sup> Werden diese Anforderungen an den Pilot für die Zertifizierung eines Terminals betrachtet, so zeigt sich wie unwahrscheinlich es ist, dass für eine Zusatzapplikation eine Pilotphase mit über [500–600] Kunden, über eine Zeitdauer von mehr als einem Jahr und über ein Volumen von über [200'000–250'000] Transaktionen im Wert von rund CHF [80–90] Mio. durchgeführt wird.

440. Ausschlaggebend ist jedoch, dass es für die Durchführung einer Pilotphase mit [500–600] ausgesuchten Kunden keinerlei Anhaltspunkte in den Akten gibt, weder in den Projektstatusberichten für DCC noch in den Protokollen der Geschäftsleitungssitzungen von Multipay oder Card Solutions. Die entsprechenden Aussagen im Hearing können vielmehr durch schriftliche Dokumente, die von den Parteien selber stammen, widerlegt werden. Folgende Passagen stammen aus den Projektstatusberichten (PB) der Card Solutions (vgl. auch schon oben Tabelle 8):<sup>434</sup>

---

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

<sup>434</sup> Alle Projektstatusberichte finden sich in Beilage 5 zu act. n° 180, Hervorhebungen in den nachfolgenden Zitaten hinzugefügt.

- *PB vom 2.12.2004:* „Die Testphase ist abgeschlossen [...] Die Pilotphase wird ab 18.1. mit zuerst drei Zürcher Hotels starten. Weitere Hotels in Crissier, Arosa, Bad Ragaz und St. Moritz werden folgen [...]“.
- *PB vom 8.2.2005:* „Der produktive Pilot hat am 20.1. begonnen. [...] Die anfänglichen Schwierigkeiten mit der Terminalsoftware konnten ausgeräumt werden. Sowohl Terminal wie Host [...] verarbeiten DCC Transaktionen ohne Probleme. **Der Pilot dauert bis Ende Februar ([10–20] Terminals in [10–20] Hotels). Ab 1.3. beginnt die Ausbreitungsphase.** TKM acquiriert bereits heute DCC Verträge mit Startdatum 1.3.“
- *PB 8.3.2005:* „**Der Pilot wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären Betrieb überführt**“.
- *PB 10.5.2005 (falsch datiert):* „Bis heute (14.6.) sind knapp **[800–900]** Händler mit DCC Verträgen im PASS erfasst. Davon sind rund [200–300] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen. Weitere ca. [0–100] VPs haben ein ep2 Terminal, aber machen noch keine DCC Transaktionen. Rund ½ der Händler mit DCC Vertrag haben noch kein ep2 Terminal von TKC“.
- *PB 13.09.2005:* „Bis heute sind gut **[2'000–2'100]** Händler mit DCC Verträgen im PASS erfasst. **Davon sind gut [700–800] mit einem DCC fähigen ep2 Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC Transaktionen**“.

441. Die Projektstatusberichte belegen, dass die Pilotphase mit einer beschränkten Anzahl Terminals durchgeführt und Ende Februar 2005 abgeschlossen wurde. Danach folgte die Ausbreitungsphase. Bereits im Juni 2005 hatte Multipay mit mehr Händlern DCC-Verträge abgeschlossen als den im Hearing behaupteten [500–600] Kunden. Im September 2005 machten dann auch bereits mehr Händler aktiv DCC-Transaktionen als die behaupteten [500–600] Kunden. Die Berichte zeigen weiter auf, dass die Anzahl Händler und Terminals während der massgebenden Zeitperiode kontinuierlich zugenommen hat, was ebenfalls der Grundkonzeption eines Pilots widerspricht. Die Projektstatusberichte zeigen weiter auf, dass die Mehrheit der Händler, welche einen DCC-Vertrag schlossen, „noch“ über „kein ep2 Terminal von TKC“ verfügten. Dies belegt einerseits, dass bei einer Mehrheit der Händler, die einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, nicht einfach die DCC-Software auf ein bestehendes Terminal aufgespielt werden konnte, sondern dass jene zuerst noch ein Terminal kaufen mussten. Andererseits wird deutlich, dass damit gerechnet wurde, dass diese Kunden ein Card Solutions-Terminal kaufen würden.

442. Auch im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung von Card Solutions vom 30. Mai 2005 findet sich eine Passage, welche der behaupteten Testphase mit [500–600] Kunden widerspricht: „R. Oechslin bringt das Thema DCC zur Diskussion und äussert seine Unzufriedenheit mit dem **Stand der Kampagne im Sales**. Als Massnahme wurden **[1'000–2'000]** Adressen zur Bearbeitung an den Aussendienst von TKC übergeben.“<sup>435</sup>

443. Neben diesen internen Quellen wurde die Lancierung auf dem Markt auch extern kommuniziert. Auf den Jahresbericht 2005 der Telekurs Group wurde bereits hingewiesen (vgl. oben Rz. 436). Aber bereits am 6. Februar 2005 wurde die Kundschaft auf der Homepage der Card Solutions über das neue Angebot informiert.<sup>436</sup> Direkt auf der Startseite fand

---

<sup>435</sup> Act. n° 103, Beilage 21b, Hervorhebung hinzugefügt. An dieser Geschäftsleitungssitzung waren u.a. Vertreter von Card Solutions anwesend, welche auch bei der Anhörung Auskunft erteilt haben (Herren [CEO Card Solutions und Vertreter Card Solutions], Herr [CEO Multipay] war entschuldigt).

<sup>436</sup> Vgl. die Homepage [www.telekurs-card-solutions](http://www.telekurs-card-solutions) in der Version vom 6. Februar 2005 im Internet Archive (<http://web.archive.org/web/20050206155230/http://www.telekurs-card-solutions.com>; 29.11.2010).

sich unter „Aktuelles“ folgender Hinweis: „*Automatische Währungsumwandlung (DCC). Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf allen ep2-Terminals der Telekurs Card Solutions*“. Wurde dieser Hyperlink angeklickt, so folgten weitere Informationen: „*Die Dynamic Currency Conversion (DCC) ist eine neue Dienstleistung von Telekurs Multipay [...] DCC verlangt Terminals der neuen Generation. Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf ep2-fähigen Terminals (davinci, EPSYS smash). Wenn Sie bereits Terminals der neuen Generation im Einsatz haben, können Sie die Software mit wenig Aufwand updaten. Zudem benötigen Sie einen gültigen DCC-Vertrag mit Telekurs Multipay. **Verfügbar ist unsere neue Dienstleistung ab Februar 2005.***“<sup>437</sup> Neben der Bestätigung, dass die Funktion im Frühjahr 2005 lanciert wurde, zeigen diese Passage auch auf, dass ein anlässlich des Hearings vorgebrachter Einwand, dass DCC zunächst nur für eine Produktfamilie aufgeschaltet worden sei,<sup>438</sup> unzutreffend ist.

444. Aber auch die Multipay verkündete am 18. Februar 2005 öffentlich den Abschluss der Pilotphase: „*DCC: Dynamisch auf Erfolgskurs! Die Dynamic Currency Conversion (DCC) bewährte sich in einem Pilotversuch mit namhaften Schweizer Hotels. Die Vorteile von DCC liegen auf der Hand, für Sie und Ihre internationale Kundschaft: Kredit- oder Maestro-Zahlungen werden bequem, schnell, sicher und automatisch in 13 Fremdwährungen umgerechnet. Und dabei profitieren Sie sogar noch von tieferen Gebühren und der neusten Terminalgeneration! **Dass sich DCC im täglichen Einsatz bewährt, davon überzeugten sich rund 10 führende Schweizer Hotels in einem zweimonatigen Pilotversuch. Die Hotellerie, mit vielen ausländischen Kunden eine ideale Testbranche, prüfte die neue Dienstleistung von Telekurs Multipay auf Herz und Nieren – und war begeistert!** [...] Als erster Schweizer Acquirer bietet Ihnen Telekurs Multipay diese vorteilhafte Dienstleistung mit einem EMV/ep2-fähigen Terminal (z. B. EPSYS smash, Telekurs davinci) an. Im Kapitel «Service» finden Sie unter [Dynamic Currency Conversion](#) weitere Informationen dazu. Haben wir Ihr Interesse geweckt? Kontaktieren Sie uns, wir unterbreiten Ihnen gerne ein Angebot.*“<sup>439</sup> Am 6. Juni 2005 erfolgte eine weitere Information durch Multipay, welche mit einer Pilotphase nicht kompatibel erscheint, sondern die Vermarktung von DCC durch Multipay belegt: „*DCC: Installieren und sofort profitieren. Noch nie war es für Sie so einfach, Ihren Kunden einen Extra-Service zu bieten und gleichzeitig Ihren Kommissionssatz bis zu einem vollen Prozentpunkt zu senken. Dynamic Currency Conversion DCC von Telekurs Multipay, die automatische Währungsumwechslung direkt am Terminal, ist sofort betriebsbereit, kinderleicht zu bedienen und dank Währungsgewinn auch finanziell äusserst attraktiv. [...] Weitere Informationen zur automatischen Wechselkursumrechnung finden Sie auf unserer Website im Kapitel „Service“ unter Dynamic Currency Conversion. **Dort können Sie sich auch direkt für unseren neuen Service anmelden.** Sie können nur profitieren.*“<sup>440</sup>

445. Gleichzeitig wurde das Produkt auch aktiv beworben. Das Thema DCC wurde im Zusammenhang mit der Einführung dieses Angebots im Jahr 2005 in jeder Ausgabe des Kundenmagazins von Multipay namens „accept“ thematisiert.<sup>441</sup> Der erste Artikel findet sich be-

---

<sup>437</sup> Vgl. <http://web.archive.org/web/20050112102032/www.telekurs-card-solutions.com/dcc.asp> (29.11.2010); Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>438</sup> Vgl. act. n° 264.

<sup>439</sup> Vgl. das Informationsarchiv auf der Website von Multipay ([www.telekurs-multipay.com/de/-tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?id=23878](http://www.telekurs-multipay.com/de/-tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?id=23878); 29.11.2010), Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>440</sup> Vgl. das Informationsarchiv auf der Website von Multipay ([www.telekurs-multipay.com/de/-tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_news/tkmpch\\_news\\_info/tkmpch\\_news\\_info\\_archive.htm?id=25350](http://www.telekurs-multipay.com/de/-tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_news/tkmpch_news_info/tkmpch_news_info_archive.htm?id=25350); 29.11.2010), Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>441</sup> Alle Ausgaben abrufbar unter: [www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch\\_index/tkmpch\\_home/tkmpch\\_customerservice/tkmpch\\_customerservice\\_publications/tkmpch\\_customerservice\\_publications\\_accept/tkmpch\\_customerservice\\_publications\\_acceptarchive.htm](http://www.telekurs-multipay.com/DE/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_customerservice/tkmpch_customerservice_publications/tkmpch_customerservice_publications_accept/tkmpch_customerservice_publications_acceptarchive.htm) (29.11.2010).

reits in accept 03/04: „DCC: So dynamisch – und profitabel – war die Umrechnung in Fremdwährungen noch nie“. Im Jahr 2005 enthielt dann jede Ausgabe Ausführungen zu DCC: accept 01/05: „DCC: Das Wechselwunder“; in der Ausgabe 02/05 folgten gleich zwei Artikel: „DCC jetzt auch für kassenintegrierte Terminals“ und „DCC: Die ultimative Outdoor-Lösung“. Schliesslich in Accept 03/05 der Beitrag „Premiere im Seedamm Plaza: Fidelio mit DCC“.

446. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Parteien sowie ihrer Ausführungen anlässlich des Hearings am Ergebnis festzuhalten ist, dass sich DCC während der relevanten Zeitperiode nicht mehr in einer Pilotphase befunden hat und das Rezertifizierungsverfahren von Visa keine „legitimate business reasons“ für die vorgenommene Verweigerung von Geschäftsbeziehungen begründet. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berufung auf die (aus dem Gesamtzusammenhang gerissenen) Äusserungen des Sekretariates im Rahmen der Verhandlungen für eine einvernehmliche Regelung.

### **B.3.3.3.5.2.3 Investitions- und Innovationsanreize**

#### **a. Investitions- und Innovationsanreize als Begründung für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen**

447. In der ökonomischen Lehre wird der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen („refusal to deal“) in erster Linie als eine Problematik der Investition wirtschaftlicher Ressourcen und der Innovation verstanden. Bei der Prüfung des Vorliegens von „legitimate business reasons“ im Sinne von Effizienzgründen sind daher gerade im Zusammenhang mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen die Investitions- und Innovationsanreize generell zu berücksichtigen.<sup>442</sup>

448. Wenn das verweigerte Gut das Resultat von gewichtigen und riskanten Investitionen darstellt, so ist im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG dafür Sorge zu tragen, dass der Investitions- und Innovationswille der Unternehmen langfristig nicht beeinträchtigt wird.<sup>443</sup>

449. Vor diesem Hintergrund, d.h. zur Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen, kann einem marktbeherrschenden Unternehmen allenfalls die Möglichkeit gewährt werden, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Demgegenüber kann der Umstand, dass Dritten Zugang zum Geschäftsverkehr mit dem marktbeherrschenden Unternehmen gewährt wird, sowohl die Wettbewerbssituation verbessern als auch seinerseits wiederum Investitionen zur Folge haben (z.B. von den zugelassenen Dritten).<sup>444</sup> Die EU-Kommission hält hierzu fest: „*Enforcement policy towards refusals to supply has to take into account both the effects of having more short-run competition and the possibility of long-run effects on investment incentives.*“<sup>445</sup>

450. In der Literatur und Praxis wird die Frage des Innovations- und Investitionsschutzes als Rechtfertigung für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen vor allem im Zusammenhang mit „Essential Facilities“<sup>446</sup> sowie immaterialgüterrechtlich geschützten Innovationen

---

<sup>442</sup> Vgl. REY/TIROLE (FN 354), S. 75 ff.; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, S. 64 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 112 m.w.H.

<sup>443</sup> Vgl. MOTTA (FN 355), S. 65 f.

<sup>444</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 113 m.w.H.

<sup>445</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), Rz. 213.

<sup>446</sup> Vgl. statt vieler ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 112 und 143 ff.

diskutiert.<sup>447</sup> Da im vorliegenden Fall die Verweigerung von Schnittstelleninformationen zur Diskussion steht, wird nachfolgend auf den zweiten Themenkomplex eingegangen.

### **b. Investitions- und Innovationsanreize im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten**

451. Im Zusammenhang mit der Prüfung der vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 2 KG wurde festgehalten, dass im Rahmen der materiellen kartellrechtlichen Prüfung die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts angemessen zu berücksichtigen sind (vgl. Rz. 112 und 131).

452. Die Zuerkennung von immaterialgüterrechtlichen Exklusivrechten für einen begrenzten Zeitraum soll Anreize für technische Innovationen schaffen. Die Exklusivitätsrechte verbessern die Aussicht der Unternehmen, ihre Innovationskosten zu decken bzw. ihre Investitionen zu amortisieren. Während der Schutzdauer wird der Imitationswettbewerb ausgeschaltet und das innovierende Unternehmen wird vor Trittbrettfahrern geschützt.<sup>448</sup> Allerdings stellt die Tatsache, dass das von der Geschäftsverweigerung betroffene Gut immaterialgüterrechtlich geschützt ist, nicht *per se* eine Rechtfertigung für die Verweigerung dar.<sup>449</sup>

453. Zur Prüfung der Frage, ob die Verweigerung des Zugangs zu immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern sachlich gerechtfertigt ist, hat die EU-Kommission den sogenannten „*Incentives Balance Test*“ entwickelt. Es handelt sich dabei nicht um einen mathematischen Test, sondern darum, dass eine Abwägung erfolgt, ob die durch eine Zwangslizenz bzw. Offenlegung von Schnittstelleninformationen bewirkte Reduktion der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen durch die erhöhten Innovationsanreize der Wettbewerber übertroffen wird.<sup>450</sup>

### **c. Investitions- und Innovationsanreize im konkreten Fall**

#### *aa) Vorbringen der Multipay*

454. Multipay hat vorgebracht, sie habe gute Gründe gehabt, die DCC-Spezifikationen nicht gegenüber Jeronimo zu öffnen. Im Vordergrund stehe hier der Investitionsschutz für die in den vergangenen Jahren getätigten bedeutenden Investitionen.<sup>451</sup> Die sofortige Pflicht zur Zwangslizenzierung (wenige Monate nach der Marktreife eines Produkts) verwehre einem Unternehmen im dynamischen Wettbewerb den Anreiz zum Streben nach Innovationen und

---

<sup>447</sup> Vgl. statt vieler ausführlich AMSTUTZ/CARRON (FN 197), Art. 7 N 115 ff. und 148.

<sup>448</sup> Vgl. ausführlich zu den klassischen Begründungen des Immaterialgüterschutzes ANDREAS HEINEMANN, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 12 ff.; vgl. auch FIALA (FN 119), S. 3 ff.

<sup>449</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 148 m.w.H.

<sup>450</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 709–712 und 783; vgl. auch FRANÇOIS LÉVÊQUE, Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licencing in the EU Microsoft case, World Competition 28, 2005, S. 71 ff., öffentlich zugänglich im Internet unter [www.cerna.ensmp.fr/Documents/Innovation\\_leveraging\\_and\\_essential\\_facilities: Interoperability licencing in the EU Microsoft case.pdf](http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/Innovation_leveraging_and_essential_facilities:_Interoperability_licencing_in_the_EU_Microsoft_case.pdf) (29.11.2010), März 2005, S. 7 ff.; CLAUDIA SCHMIDT/WOLFGANG KERBER, Microsoft, Refusal to Licence Intellectual Property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission, Working Paper, 2008, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1297939> (29.11.2010), S. 2, 7 f.; PIERRE LAROUCHE, The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation, 2008, TILEC Discussion Paper No. 2008-021, erhältlich unter <http://ssrn.com/abstract=1140165> (29.11.2010), S. 11 f.

<sup>451</sup> Act. n° 12, S. 16.

Weiterentwicklungen, da gleich nach der Markteinführung Dritthersteller die Funktionalitäten des neuen Produkts imitieren könnten, ohne selbst ein neues Produkt anzubieten.<sup>452</sup>

455. Es gilt nun zu prüfen, ob im konkreten Fall die Geschäftsverweigerung deshalb gerechtfertigt werden kann, weil sie der Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen dient. Dabei sind im Sinne eines Incentive Balance Tests einerseits die Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions und andererseits der anderen Terminalanbieter zu berücksichtigen.

#### *bb) Offenlegung von Schnittstelleninformationen*

456. Bei der Prüfung, ob im vorliegenden Fall ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegt, wurde ausführlich darauf eingegangen, weshalb Schnittstellen und Schnittstelleninformationen urheberrechtlich nicht geschützt sind. Dabei wurde dargelegt, dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen das auch im Zusammenhang mit den Investitions- und Innovationsanreizen zentrale Thema des Imitationsschutzes nicht tangiert, da die Zielsetzung der Offenlegung die Herstellung von Interoperabilität ist (vgl. oben Rz. 117 ff., insbesondere Rz. 124). Mit anderen Worten kann festgehalten werden, dass ein Produkt nicht wegen seiner Schnittstellen und der entsprechenden Schnittstelleninformationen entwickelt wird. Die Innovation stellt das Produkt dar, aus dessen Vermarktung die dafür aufgewendeten Investitionen amortisiert bzw. Gewinne erzielt werden können. Die Investitions- und Innovationsanreize würden beeinträchtigt, wenn Konkurrenten ermöglicht würde, dieses Produkt zu kopieren. Die Schnittstellen sind demgegenüber nur die Übergänge zu anderen Produkten. Ihre Offenlegung ermöglicht nicht die Kopie des Produkts, sondern die Entwicklung ergänzender Produkte.

457. Es wurde ebenfalls bereits darauf eingegangen, dass die Verweigerung von Schnittstelleninformationen eine typische Fallkonstellation der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt und auf internationaler Ebene wichtige Leitentscheide von Kartellbehörden vorliegen, welche eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen erzwungen haben (vgl. oben Rz. 303).

458. Entsprechend diesen Ausführungen geht auch die EU-Kommission davon aus, dass die Verweigerung von Schnittstelleninformationen einen besonders problematischen Fall der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt, bei dem die Anforderungen an eine kartellrechtliche Verpflichtung zur Offenlegung tiefer als in anderen Konstellationen anzusetzen sind: *„even if such information [information needed for interoperability] may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same<sup>453</sup> high standards for intervention.“<sup>454</sup>*

459. Im Fall „Microsoft“ gelangte die EU-Kommission zum Ergebnis, dass der nicht-diskriminierende Zugang zu Schnittstelleninformationen zu mehr Innovationen auf dem nachgelagerten Markt führt, als wenn nur der Inhaber der Schnittstelleninformationen Applikationen zu seinem Produkt entwickelt.<sup>455</sup> In der ökonomischen Literatur wird teilweise vorgebracht, es gebe Gründe zur Annahme, dass in Computermärkten aus einer wohlfahrtsökonomischen Perspektive die beste Lösung offene Schnittstellen in Verbindung mit einem

---

<sup>452</sup> Act. n° 151, S. 9.

<sup>453</sup> Dies bezieht sich auf die übrigen Praktiken, welche unter den Tatbestand der Geschäftsverweigerung fallen (vgl. Rz. 243).

<sup>454</sup> Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), Rz. 241; vgl. auch die entsprechende Argumentation der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren betreffend Microsoft Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 275 ff.

<sup>455</sup> Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 698 f.; vgl. auch SCHMIDT/KERBER (FN 450), S. 30 f.

immateriälgüterrechtlichen Schutz für Hard- und Software darstellen würde.<sup>456</sup> Eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen erscheint insbesondere dann als gerechtfertigt, wenn ähnlich wie bei einer Essential Facility ein „Flaschenhals“ (bottleneck) besteht, welcher eher eine Folge von Grössen- und Verbundvorteilen im Markt und weniger das Ergebnis einer innovativen Geschäftsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens ist.<sup>457</sup> In der Literatur wird denn auch ausgeführt, dass Schnittstellen marktbeherrschender Unternehmen oftmals *de facto*-Standards bilden, welche als wesentliche Einrichtungen qualifiziert werden können.<sup>458</sup>

460. Auf den konkreten Fall übertragen bedeutet dies, dass den Investitions- und Innovationsanreizen als Rechtfertigungsgrund bereits deshalb nur eine beschränkte Bedeutung zukommt, weil die Verweigerung die Schnittstelleninformationen betroffen hat, welche die Terminalhersteller zur Herstellung von Interoperabilität mit der von Multipay angebotenen DCC-Lösung benötigt hätten. Die Gefahr einer Verdrängung von Investitions- und Innovationsanreizen ist vor allem dann gegeben, wenn der Programmcode offengelegt werden muss, so dass eine Imitation des Produktes ermöglicht wird.<sup>459</sup> Dies war *in casu* nicht der Fall. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Multipay auf dem Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie auf dem Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro marktbeherrschend ist. Das Acquiring-Geschäft ist – wie weiter vorne aufgezeigt (vgl. Rz. 226 ff.) –, durch Grössen- und Verbundvorteile geprägt. Die Bedeutung des Zugangs zu den Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion ergibt sich nicht aus dessen Innovationsgehalt, sondern aus der den sehr hohen Marktanteilen von Multipay im Acquiring kombiniert mit dem Umstand, dass DCC für den Händler eine Standardoption darstellt. Aufgrund dieser Elemente kommt der von Multipay angebotenen DCC-Funktion die Bedeutung eines *de-facto* Standards zu, was für dessen Offenlegung spricht.

461. Nach diesen Erwägungen, welche im vorliegenden Fall bereits grundsätzlich das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung aus Gründen des Investitions- und Innovationsschutzes fraglich erscheinen lassen, wird nachfolgend konkret auf die Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions sowie der anderen Terminalanbieter eingegangen.

#### *cc) Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions*

462. Es gilt zu betonen, dass DCC nicht eine Innovation respektive ein neues Produkt von Multipay und Card Solutions darstellt, sondern dass diese Dienstleistung bereits vor der Lancierung durch Multipay und Card Solutions in zahlreichen europäischen Ländern angeboten wurde. So hat beispielsweise die zur Global Refund Gruppe gehörende FCC die DCC-Dienstleistung bereits im Jahr 2001 in England auf den Markt gebracht (in Zusammenarbeit

---

<sup>456</sup> Vgl. SUZANNE SCOTCHMER, *Innovation and Incentives*, MIT Press, Cambridge 2004, S. 298 ff.; MARIA J. GIL-MOLTÓ, *Economic Aspects of the Microsoft Case: Networks, Interoperability and Competition*, Working Paper (forthcoming in *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Luca Rubini [Hrsg.], August 2010), Leicester 2008, erhältlich unter (<https://lra.le.ac.uk/bitstream/2381/7581/1/dp08-39%5b1%5d.pdf>; 29.11.2010), S. 31.

<sup>457</sup> Vgl. REY/TIOLE (FN 354), S. 76: “Interventions in the form of forced access is more warranted if the bottlenecks origin is increasing returns to scale or scope than when it results from an innovative strategy.”

<sup>458</sup> Vgl. HEINIMANN (FN 448), S. 515 ff.

<sup>459</sup> KAI-UWE KÜHN/JOHN VAN REENEN, *Interoperability and Market Foreclosure in the European Microsoft Case*, in: *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*, B Lyons (Hrsg.), Cambridge, 2009, erhältlich als Working Paper aus dem Jahr 2008 unter ([http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability\\_and\\_Market\\_Foreclosure\\_In\\_the\\_European\\_Microsoft\\_Case.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/4664/1/Interoperability_and_Market_Foreclosure_In_the_European_Microsoft_Case.pdf)) (29.11.2010), S. 22.

mit Barclays).<sup>460</sup> FCC hat ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz im Juli 2003 mit der Unterzeichnung eines Zusammenarbeitsvertrags mit der Cornèr Banca begonnen. Dieser Vertrag wurde im Jahr 2005 auf die Aduno übertragen. Die ersten DCC-Transaktionen der Kooperation FCC/Aduno erfolgten im Februar 2005, beinahe gleichzeitig mit der Markteinführung von DCC durch Multipay.

463. Die Innovationsleistung von Multipay/Card Solutions ist daher auf eine eigenständige Umsetzung der DCC-Dienstleistung beschränkt mit teilweise von der Konkurrenz abweichenden Produkteigenschaften (z.B. mehr Währungen). Die Grundidee der Währungsumrechnung direkt am POS-Terminal sowie das Geschäftsmodell, wonach die Einnahmen zwischen Acquirer, DCC-Provider und Händler aufgeteilt werden, stammt nicht von Multipay/Card Solutions, sondern war bereits in zahlreichen Ländern im Markt eingeführt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Schutz von Innovationsanreizen im vorliegenden Fall überhaupt zur Diskussion steht, jedenfalls liegt höchstens ein *sehr beschränkter Innovationsgehalt* vor.

464. Bei den *Investitionen* von Multipay/Card Solutions handelt es sich nicht um risikoreiche und bedeutende Investitionen. Da die DCC-Funktion in anderen Ländern bereits erfolgreich im Markt eingeführt worden waren, sind Multipay/Card Solutions bei ihren Investitionen nur ein sehr limitiertes Risiko eingegangen. Dieses Risiko wurde weiter dadurch vermindert, dass Multipay/Card Solutions von einer sicheren Nachfrage ausgehen konnten, da für Multipay-Händler nur die eigene DCC-Lösung in Frage gekommen ist.

465. Die Gesamtinvestitionen, welche bei der Card Solutions im Zusammenhang mit der Entwicklung der DCC-Leistung angefallen sind, belaufen sich auf rund CHF [500'000–600'000.--]. Bis zum Projektabschlussberichts vom 10. April 2006 wurden Einnahmen von CHF [5–10] Mio. generiert, welche wie folgt aufgeteilt wurden: Anteil Card Solution CHF [0–1] Mio. (= [10–20]%), Anteil Multipay CHF [0–5] Mio. (= [50–60]%) und Kickback Merchants CHF [0–5] Mio. (= [30–40]%).<sup>461</sup> Die Investitionen waren demnach nach rund einem Jahr schon mehr als amortisiert. Die relative Bedeutung dieser Investitionen ist weiter daraus ersichtlich, dass Card Solutions im Jahr 2006 einen Umsatz von CHF [50–60] Mio. auf dem Terminalmarkt und von insgesamt CHF [100–150] Mio. aufweist und Multipay einen solchen von CHF [100–150] Mio.<sup>462</sup>

466. Von grosser Bedeutung ist schliesslich, dass durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen weder die Einnahmen der Multipay noch der Card Solutions aus der DCC-Leistung gemindert werden. Der Grund liegt darin, dass die Einnahmen aus dem Gebrauch der DCC-Funktion zwischen Acquirer, DCC-Provider und Händler aufgeteilt werden (vgl. oben Rz. 465). Die Terminalanbieter erwirtschaften hingegen weder Erträge aus der Nutzung der DCC-Funktion durch den Händler, noch hat diese Funktion einen Einfluss auf den Terminalpreis. Das Argument, die Verweigerung erfolge zum Schutz der für die Innovation notwendigen Investitionen bzw. soll einen gerechtfertigten Gewinn aus der Innovation generieren, geht damit im vorliegenden Fall fehl. Die Verweigerung lässt sich daher auch nicht durch eine Beeinträchtigung der Investitions- und Innovationsanreize von Multipay/Card Solutions rechtfertigen.

#### *dd) Positive Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb im Terminalmarkt*

467. Durch die Gewährung von Interoperabilität können Konkurrenten mit Card Solutions in einen fairen Wettbewerb treten („Level Playing Field“), so dass die Produkteigenschaften ihrer Terminals zum Tragen kommen. Dies fördert den Innovationswettbewerb auf dem Termi-

---

<sup>460</sup> Vgl. act. n° 162; Presseartikel vom 6. September 2001 ([www.dfnionline.com/print/1065786.html](http://www.dfnionline.com/print/1065786.html); 29.11.2010).

<sup>461</sup> Vgl. act. n° 180, Beilage 6.

<sup>462</sup> Umsatz unter Ausschluss der Interchange Fees, die den Issuern weitergeleitet werden.

nalmarkt, selbst bei der Card Solutions, welche sich einem erhöhten Wettbewerbsdruck ausgesetzt sieht.

468. Die Gewährung der Interoperabilität hat weiter zur Folge, dass die Terminalprodukte der Konkurrenten der Card Solutions attraktiver werden und somit ihr Absatz steigt. Dies mindert die anteiligen Kosten von Innovationen von Dritten, da jede Innovation auf mehr verkaufte Einheiten verteilt werden kann. Dadurch werden die Investitions- und Innovationsanreize der anderen Terminalanbieter weiter erhöht.<sup>463</sup>

#### *ee) Ergebnis*

469. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist, weshalb durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen die Investitions- und Innovationsanreize bei Multipay/Card Solutions verloren gehen sollten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die positiven Folgen der Offenlegung der Schnittstelleninformationen auf den Innovationswettbewerb überwiegen. Die Geschäftsverweigerung der Multipay lässt sich insofern nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen.

470. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, Jeronimo habe gerade keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion der Card Solutions anbieten wollen. Vielmehr habe Jeronimo selbst die DCC-Funktion der Card Solutions anbieten wollen. Dieser Einwand ist unzutreffend. Jeronimo wollte zu keinem Zeitpunkt als DCC-Provider auftreten und die DCC-Funktion der Card Solutions anbieten. Jeronimo hat die Offenlegung der Schnittstelleninformationen verlangt, um die Interoperabilität der eigenen Terminals mit der durch Multipay den Händlern angebotenen DCC-Funktion sicherzustellen. Dies dient entgegen der Auffassung der Parteien sowohl dem Markt wie auch den Kunden, wird doch der Innovationswettbewerb auf dem Terminalmarkt nicht mehr durch die fehlende Interoperabilität der Terminals von Drittherstellern verfälscht.

#### **B.3.3.3.5.2.4 Weitere vorgebrachte Gründe**

471. Multipay hat weiter vorgebracht, bei gewissen Händlern lohne sich der Aufwand, diese mit DCC auszurüsten und zu schulen, gar nicht. Dies kann nicht als sachlicher Grund für die Geschäftsverweigerung gelten. Diese Frage hat nämlich keinen Zusammenhang mit der Terminalfrage. Sofern Multipay tatsächlich die Auffassung vertritt, bei einem bestimmten Händler mache DCC keinen Sinn, so steht es Multipay grundsätzlich offen, diesem keinen DCC-Vertrag anzubieten. Dies gilt jedoch unabhängig davon, von welchem Hersteller das Terminal stammt.

472. Kein sachlicher Grund ist zudem darin zu erblicken, wenn Multipay geltend macht, die Card Solutions-Terminals seien technisch den Terminals der Konkurrenz überlegen und würden daher für den Händler die bessere Lösung darstellen. Es obliegt nicht Multipay zu entscheiden, welches für den Händler der beste Terminal ist. Diese Wahl kommt einzig und allein dem Händler zu.<sup>464</sup> Kommt hinzu, dass auf dem Terminalmarkt die Funktionsfähigkeit der Terminals durch die EMV- und ep2-Zertifizierung sichergestellt wird.

#### **B.3.3.3.5.2.5 Vergleich mit dem Verhalten von Aduno**

473. In Lehre und Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, dass zulässiges Verhalten dann anzunehmen ist, „wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders ver-

---

<sup>463</sup> KÜHN/VAN REENEN (FN 459), S. 23.

<sup>464</sup> Vgl. CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 277; vgl. auch Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 29 m.w.H.

hält, als auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss dies in der gleichen Situation tun würde.“<sup>465</sup>

474. Auch wenn der Umkehrschluss, dass unzulässiges Verhalten dann anzunehmen ist, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen anders verhält als ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss, nicht generelle Gültigkeit haben kann, wird im vorliegenden Fall das Fehlen von „legitimate business reasons“ durch einen Vergleich mit dem Konkurrenten Aduno unterstrichen. Die Aduno hat ebenfalls im Jahr 2005 damit begonnen, in Zusammenarbeit mit FCC als DCC-Provider (vgl. oben Rz. 284), ihren Händlern die DCC-Funktion anzubieten. Im Gegensatz zur Multipay hat Aduno von Beginn weg mehreren Terminalanbietern Zugang zur DCC-Funktion gewährt und heute verfügen alle Terminalanbieter über Terminals, welche bei Aduno DCC-fähig sind. Dies obwohl Aduno denselben Anforderungen der Card Schemes (z.B. bezüglich Schulung der Händler) unterliegt wie Multipay.

475. Hinzu kommt, dass jeder Einsatz der DCC-Funktion beim Acquirer zusätzliche Einkünfte generiert (vgl. oben Rz. 465 und 466). Der Acquirer hat (wie auch der DCC-Provider) einen Anreiz auf eine möglichst starke Verbreitung von DCC hinzuwirken. Er hat daher auch ein Interesse daran, dass möglichst viele Terminals DCC-fähig sind, und zwar unabhängig vom Terminalanbieter. Die durch Multipay vorgenommene Beschränkung auf Card Solutions-Terminals erscheint aus Sicht von Multipay als Acquirer sowie von Card Solutions als DCC-Provider nicht als rationale Strategie. Das Verhalten von Multipay wird erst dann erklärbar, wenn ihre marktbeherrschende Stellung berücksichtigt wird, welche ihr über die DCC-Funktion die Möglichkeit zur Verdrängung von Konkurrenten ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt eröffnet. Die Absicht des marktbeherrschenden Unternehmens, seine Marktmacht auf einem benachbarten Markt zu restituieren, schützen oder auszudehnen, indem Wettbewerber verdrängt oder behindert werden oder Markteintritte erschwert oder verhindert werden, kann keinesfalls als legitimate business reason gelten.<sup>466</sup>

476. In diesem Zusammenhang ist auch auf den von den Parteien in ihrer Stellungnahme angeführten Vorwurf einzugehen, der Antrag beinhalte keine sinnvoll nachvollziehbare wirtschaftliche Schädigungstheorie („Theory of Harm“). Insbesondere führen die Parteien an, dass Multipay kein wirtschaftliches Interesse an den Terminalverkäufen der Card Solutions hätte, da sie davon in keiner Weise profitieren würde. Zudem hätte auch die Card Solutions kein Interesse an der Behinderung anderer Terminallieferanten. Vielmehr hätte sie ein Interesse, als Acquiring-Processor möglichst viele DCC-Transaktionen zu verarbeiten.

477. Zunächst ist festzuhalten, dass der Entscheid (und auch schon der Antrag) sehr wohl eine ökonomisch nachvollziehbare „theory of harm“ enthält. Diese lautet kurz zusammengefasst, dass die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung in den Acquiringmärkten dazu verwendet hat, die Marktstellung ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt zu stärken, indem sie die anderen Terminalanbieter beim Zugang zur DCC-Funktion behindert hat. Es handelt sich somit um eine klassische, in Literatur und Praxis anerkannte „Foreclosure“-Theorie (vgl. Rz. 299 ff.). Die Überprüfung, ob eine „Theory of Harm“ widerlegt werden kann oder nicht, ist sodann Gegenstand der Untersuchung. Dabei gilt es die folgenden drei Aspekte zu berücksichtigen: (1) Besteht die *Möglichkeit* für ein anti-kompetitives Verhalten, (2) bestehen *Anreize* für ein solches Verhalten und (3) ist das Verhalten *volkswirtschaftlich schädlich*. Im Rahmen der Untersuchung wurden alle diese Aspekte sorgfältig geprüft.

---

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

<sup>466</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 134.

478. So wurde die marktbeherrschende Stellung der Multipay auf den Acquiring-Märkten gründlich abgeklärt, welche die Grundvoraussetzung für die Möglichkeit eines missbräuchliches Verhalten darstellt (vgl. Rz. 132 ff.).

479. Betreffend der Anreizfrage wurden vorstehend alle Argumente der Parteien ausführlich geprüft, welche eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen rechtfertigen könnten bzw. eine solche Verhaltensweise hätten rational erscheinen lassen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang nochmals auf den unauflösbaren Widerspruch der Aussage der Parteien, dass sie keine wirtschaftlichen Anreize zu einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hätten, mit ihrem tatsächlichen Verhalten hinzuweisen. So ist es aktenkundig, dass sich die Geschäftsleitung der Multipay und Card Solutions mehrmals kategorisch geweigert hat, im DCC-Bereich mit anderen Terminallieferanten zu kooperieren (vgl. Rz. 309 ff., insbesondere Rz. 314 sowie Rz. 428).

480. Ergänzend kann bezüglich des wirtschaftlichen Interesses der Multipay und der Card Solutions an einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen Folgendes angeführt werden: Aufgrund der überragenden Stellung der Multipay auf den Acquiring-Märkten hat der Umstand, dass die DCC-Funktion nur in Kombination mit einem Terminal der Card Solutions angeboten wurde, offenbar zu keiner Abwanderung von Händlern geführt. Isoliert betrachtet hatte somit die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen keinen negativen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Multipay. Dasselbe gilt für das Geschäftsergebnis der Card Solutions in ihrer Rolle als Acquiring-Processor für Multipay, da dieses – aufgrund des direkten Zusammenhangs zwischen Acquiring und Processing – eng mit dem Geschäftsergebnis der Multipay korreliert. Statisch betrachtet wirkte sich folglich das Verhalten der Multipay/Card Solutions neutral auf das Acquiring- und Processing-Geschäft aus, während die Umsätze bei den Terminalverkäufen gesteigert werden konnten. Ein wirtschaftliches Interesse an einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kann in einer solchen Konstellation somit ohne weiteres bejaht werden. Dynamisch betrachtet kommt zudem hinzu, dass durch die Verhaltensweise die Tendenz, alles aus einer Hand zu beziehen, verstärkt wird. In diesem Sinne äusserte sich auch Herr Fillistorf anlässlich des Hearings als er ausführte, dass die Terminalverkäufe von Card Solutions für den Acquirer Multipay den Vorteil mit sich bringen, Kenntnis von geplanten Acquirerwechseln der Händler zu erhalten (da der Terminal für einen solchen Wechsel durch Card Solutions auf den neuen Acquirer umgestellt werden muss), was Multipay die Möglichkeit eröffnet, den Wechsel allenfalls durch ein neues Acquiringangebot zu verhindern.<sup>467</sup> Generell erleichtert das beanstandete Verhalten die längerfristige Realisierung von Verbundvorteilen („economies of scope“), was sich als Expansionshindernis für Konkurrenten auswirken kann und die Stellung der SIX insgesamt verstärkt (vgl. auch Rz. 199).

481. Schliesslich wird im Entscheid (wie schon im Antrag) auch auf die volkswirtschaftlichen Schäden der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eingegangen. Insbesondere wurde erläutert (vgl. Rz. 347 ff.), dass von einer volkswirtschaftlich schädlichen Verhaltensweise auszugehen ist, wenn der Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder verunmöglicht wird. Ein möglicher Beweis für eine solche schädliche Verhaltensweise beinhaltet dann gemäss EU-Praxis nicht nur die vollständige Verdrängung von Wettbewerbern, sondern auch ein Anstieg des Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens oder eine Verlangsamung seiner Marktanteilsverluste. Genau dies wurde vorliegend nachgewiesen. Auch hier kann ergänzend angeführt werden, dass die Verhaltensweise der Parteien zudem – wie der markante Anstiegs ihrer Marktanteile aufzeigt – durchaus Potenzial hatte, um längerfristig Konkurrenten aus dem Terminalmarkt zu verdrängen oder diese zumindest massiv zu behindern. Im Extremfall hätten die Parteien ihre frühere marktmächtige Stellung restituieren können, was i.d.R. mit Preiserhöhungen oder der Nichtweitergabe von Preissenkungen an

---

<sup>467</sup> Vgl. act. 265.

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

#### **B.3.3.3.5.3 Ergebnis bezüglich sachlicher Rechtfertigungsgründe**

482. Es kann festgehalten werden, dass keine legitime business reasons vorliegen, welche die Geschäftsverweigerung zu rechtfertigen vermögen.

#### **B.3.3.3.6 Ergebnis bezüglich Verweigerung von Geschäftsbeziehungen**

483. Aus der oben vorgenommenen, ausführlichen Analyse aller massgebenden Umstände des vorliegenden Falles ergibt sich, dass die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Multipay/Card Solutions vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

### **B.3.3.4 Diskriminierung von Handelspartnern**

#### **B.3.3.4.1 Allgemeines**

484. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.<sup>468</sup> Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.<sup>469</sup> Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (legitimate business reasons).<sup>470</sup>

485. Aus dem Gesetz geht hervor, dass der Tatbestand des Art. 7 Abs. 2. lit. b KG erfüllt ist, wenn kumulativ (1) eine Diskriminierung vorliegt, welche (2) Handelspartner betrifft. Diese Diskriminierung muss gemäss Art. 7 Abs. 1 KG (3) andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand). Schliesslich darf (4) die Diskriminierung nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein.<sup>471</sup>

#### **B.3.3.4.2 Diskriminierung**

486. Eine Diskriminierung kann sich aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.<sup>472</sup> Eine *direkte Diskriminierung* liegt dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein ungleiches Verhalten auf gleichartige Sachverhalte anwendet.

---

<sup>468</sup> Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2005/3, S. 525, E. 5.4.; RPW 2008/3, S. 399, Rz. 140 f.; BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 571 f.; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 84.

<sup>469</sup> Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2005/3, S. 525, E. 5.4.; REINERT (FN 288), Art. 7 N 15.

<sup>470</sup> Vgl. RPW 2008/4, S. 590, Rz. 224; LÜSCHER (FN 190), Rz. 94 f.; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Basel 2005, Rz. 8.87.

<sup>471</sup> Vgl. auch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 198.

<sup>472</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 205.

Diese Lagen müssen nicht identisch sein; es genügt, wenn sie äquivalent sind. Bei der *indirekten Diskriminierung* wird demgegenüber eine gleichartige Verhaltensweise auf ungleiche Situationen angewendet.<sup>473</sup>

487. Eine Diskriminierung kann namentlich dann vorliegen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbeziehungen einzugehen, obwohl es mit vergleichbaren Unternehmen solche unterhält. Die sogenannte *geschäftsverweigernde Diskriminierung* kann die Wettbewerbsbedingungen zwischen dem von der Geschäftsverweigerung Betroffenen und dessen Wettbewerber verfälschen, so dass dieses Verhalten unter Art. 7 Abs. 2 lit. b KG fällt.<sup>474</sup>

488. Gemäss der Praxis der Weko greift das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG auch dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die zum gleichen Konzern gehörenden Gesellschaften anders behandelt als deren Konkurrenten: „Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen der positiven Pflicht, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten“<sup>475</sup>. Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als diejenigen für die eigenen Wirtschaftseinheiten.<sup>476</sup> Einschlägig ist in diesem Zusammenhang die Untersuchung „Telecom PTT/Blue Window“, in welcher die Weko befand, dass die Telecom PTT durch die bevorzugte Behandlung des eigenen Internetdienstes Blue Window und durch ungenügende Information der übrigen privaten Provider Art. 7 Abs. 2 lit. b KG verletzt hat<sup>477</sup>. Zuvor hatte die Weko mittels vorsorglicher Massnahmen die Pläne der Telecom PTT unterbunden, die neue 0842-Nummer in einer Einführungsphase nur ihrem eigenen Dienst Blue Window und nicht den anderen Internet Providern anzubieten.<sup>478</sup> Auch in der europäischen Praxis und Rechtsprechung wird der Tatbestand der Diskriminierung auf Sachverhalte erfasst, bei welchen konzerninterne und externe Wirtschaftseinheiten unterschiedlich behandelt werden.<sup>479</sup>

---

<sup>473</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2008/4, S. 590, Rz. 224; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 206 und 211; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 165.

<sup>474</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 108; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 121. Vgl. auch den Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 234 ff.; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156, welche die nicht fristgerechte Zugangsgewährung zu primären Clearingdienstleistungen sowohl unter dem Aspekt der Geschäftsverweigerung als auch unter demjenigen der Diskriminierung geprüft und beide bejaht haben.

<sup>475</sup> RPW 2002/3, S. 446, Rz. 43.

<sup>476</sup> Vgl. RPW 2004/2, S. 439 ff., Rz. 142 ff.; RPW 2002/3, S. 446, Rz. 43; RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 48 ff.; ROBERTO DALLFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 7 N 103; DUCREY (FN 105), Rz. 1535; Nicht zu folgen ist daher der Auffassung von AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 200 ff., welche Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nur dann anwenden wollen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem betroffenen vor- oder nachgelagerten Markt nicht tätig ist bzw. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG soll keine Anwendung finden, wenn damit eine Verdrängung von Konkurrenten beabsichtigt wird.

<sup>477</sup> RPW 1997/2, S. 161 ff., insbes. S. 167 f., Rz. 48 ff.

<sup>478</sup> Vgl. RPW 1997/1, S. 44 ff.; RPW 1997/2, S. 167, Rz. 40–42.

<sup>479</sup> Vgl. Im Fall *Deutsche Bahn (DB)* hat das EuG im Entscheid vom 21. Oktober 1997 (T-229/94, Slg. 1997 II 1689 ff.) das Vorliegen einer Verletzung von Art. 82 Abs. 2 lit. c EGV (Diskriminierung) mit folgender Schlussfolgerung (Rz. 93) bejaht: „*Nach alledem hat die Kommission ausreichende Beweise zur Stützung ihrer Beurteilung des Verhaltens der DB erbracht und rechtlich hinreichend dargetan, daß die DB durch ihr Verhalten unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen erzwungen und dadurch ihren Handelspartnern, die auf den Weststrecken tätig sind, einen Nachteil im Wettbewerb mit ihr selbst und ihrer Tochtergesellschaft Transfracht zugefügt hat*“ (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch den entsprechende Entscheid der EU-Kommission vom 29. März 1994 in Sachen HOV SVZ/MCN, ABI. 1994 L 104/34, S. 34-57. Rz. 157 ff. Vgl. weiter den Entscheid der EU-

489. Im vorliegenden Fall hat Multipay entschieden, die den Händlern angebotene DCC-Funktion nur für die ep2 POS-Terminals der eigenen Konzernschwester Card Solutions freizugeben (vgl. Rz. 314). Den Wettbewerbern von Card Solutions auf dem Terminalmarkt wurde der Zugang zu dieser Funktion verweigert, was eine geschäftsverweigernde Diskriminierung während der massgebenden Zeitperiode darstellt. Oder anders ausgedrückt: Da die Offenlegung im Dezember 2006 doch noch erfolgt ist, kann die Diskriminierung auch in der um ein Jahr und fünf Monate verspäteten Offenlegung der Schnittstelleninformationen erblickt werden. Diese Bevorzugung der eigenen Schwestergesellschaft gegenüber anderen Terminalanbietern ist als direkte Diskriminierung zu qualifizieren, befanden sich doch alle Terminalanbieter in einer gleichartigen Lage. Die Äquivalenz ergibt sich daraus, dass alle Terminalanbieter auf demselben Markt miteinander im Wettbewerb stehen und äquivalente Produkte anbieten. Die Äquivalenz der Produkte wird im vorliegenden Fall in besonderem Mass durch den ep2-Standard sichergestellt. Dieser Standard führt dazu, dass auch für den Acquirer die unterschiedlichen ep2-Terminals der verschiedenen Terminalanbieter äquivalent sind (vgl. Rz. 253 ff.). Weiter haben die anderen Terminalanbieter von Multipay ein äquivalentes Verhalten verlangt, wie es Multipay gegenüber der Card Solutions gezeigt hat (Möglichkeit, den Multipay-Händlern Terminals anbieten zu können, welche mit der von Multipay angebotenen DCC-Funktion interoperabel sind).

490. Die Parteien bestreiten die Äquivalenz unter Hinweis auf den Umstand, dass sich die DCC-Funktion noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden habe, weshalb die Einhaltung der Anforderungen der Card Schemes primär konzernintern habe sichergestellt werden müssen. Die Argumentation der Parteien, die DCC-Funktion habe sich zum Zeitpunkt der Anfragen von Jeronimo noch in einer Pilotphase befunden, wurde oben ausführlich behandelt und widerlegt (vgl. oben Rz. 422 ff.). Zudem belegt die in der Zwischenzeit auf der Grundlage der offengelegten Schnittstellen erfolgte Implementierung der durch Multipay angebotenen DCC-Funktion auf den Terminals der Wettbewerber deren Äquivalenz.

491. Die Parteien bringen zudem vor, eine Diskriminierung liege nicht vor, da sich Card Solutions als Inhaberin der Rechte an der DCC-Funktion nicht ungleich bezüglich ihrer eigenen Wettbewerber verhalten könne. Auch auf dieses Argument wurde bereits im Rahmen der Prüfung der Geschäftsverweigerung eingegangen und dargelegt, weshalb die beanstandete Verhaltensweise Multipay zuzurechnen ist (vgl. oben Rz. 325 ff.). Diese Zurechnung gilt auch im Zusammenhang mit der Qualifizierung der Verhaltensweise von Multipay unter dem Diskriminierungstatbestand.

#### **B.3.3.4.3 Betroffenheit von Handelspartnern**

492. Die Diskriminierung muss gegen Handelspartner gerichtet sein, die auf vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten tätig sind. Dabei genügt es, wenn das von der Diskriminierung betroffene Unternehmen vergebens versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. M.a.W. handelt es sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt wurden.<sup>480</sup>

493. Gemäss Lehre und der Praxis der Weko ist der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens von der diskriminierenden Verhaltensweise betroffen sind.<sup>481</sup>

---

Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 234 ff.; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156.

<sup>480</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 215.

<sup>481</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 399, Rz. 141; RPW 2006/4, S. 656, Rz. 195 und S. 658, Rz. 210; RPW 2004/2, S. 440, Rz. 146; vgl. auch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 217.

494. Im vorliegenden Fall richtet sich die Diskriminierung von Multipay gegen die Konkurrenten von Card Solutions auf dem benachbarten Terminalmarkt. Diverse Terminalanbieter, namentlich Jeronimo, haben Kontakt mit Multipay aufgenommen, um die Interoperabilität ihrer Terminals mit der von Multipay den Händlern angebotenen DCC-Funktion herstellen zu können (vgl. oben Rz. 309 ff.). Das Erfordernis der Betroffenheit von Handelspartnern bzw. Konkurrenten ist somit gegeben.

#### **B.3.3.4.4 Wettbewerbsbehinderung**

495. Diskriminierende Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens sind insofern wettbewerbsrechtlich relevant, als sie den ungünstiger behandelten Handelspartner im Wettbewerb behindern.<sup>482</sup>

496. Durch das diskriminierende Verhalten wurden die Terminalanbieter I gegenüber der Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert, da sie Multipay-Händlern keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Die konkreten Auswirkungen sind dieselben, welche bereits bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen dargestellt wurden (vgl. ausführlich zu den Auswirkungen auf dem Terminalmarkt oben Rz.355 ff.), so dass an dieser Stelle nur einige Kernpunkte wiederholt werden:

- Die Diskriminierung hatte zur Folge, dass Jeronimo und andere Terminallieferanten Händlern, welche über einen Acquiring-Vertrag mit Multipay verfügten oder einen solchen abschliessen wollten, keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten. Umgekehrt formuliert war einzig Card Solutions in der Lage, diesen Händlern DCC-fähige Terminals zu verkaufen. Die anderen Terminalanbieter erlitten einen Wettbewerbsbehinderung, da sie für ein bestimmtes Kundensegment (Multipay-Händler, welche an DCC interessiert sind), de facto vollständig vom Markt ausgeschlossen wurden.
- Bei der DCC-Fähigkeit handelt es sich um eine Terminaleigenschaft, welche für den Händler positive Auswirkungen zeitigt (da er an den mit dieser Funktion erwirtschafteten Erträgen beteiligt ist) und bei der Beschaffung erst noch keinen Aufpreis zur Folge hat.
- In gewissen Branchen mit zahlreicher ausländischer Kundschaft (namentlich Hotellerie, Gastronomie, Tourismus und Sport, Autovermietung, Mode, Schmuck und Uhren) ist die grosse Bedeutung der DCC-Funktion unbestritten. Aber auch in anderen Branchen und bei kleineren Händlern hat die DCC-Funktion als Argument beim Terminalverkauf eine Rolle gespielt. Ein POS-Terminal wird während durchschnittlich 7–8 Jahren verwendet, so dass die DCC-Funktion beim Kaufentscheid auch für Händler von Relevanz war, welche zwar die DCC-Funktion nicht unmittelbar aufschalten wollten, sich aber eine allfällige zukünftige Inanspruchnahme dieser Funktion nicht verbauen wollten.
- Die Behinderungswirkung kann quantifiziert werden. Ausgangspunkt sind einerseits die Anzahl DCC-Verträge, welche mit Händlern in der massgebenden Zeitperiode abgeschlossen wurden, da sich bei diesen Händlern das Interesse an DCC manifes-

---

<sup>482</sup> Vgl. BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 11.1.1., wonach der Diskriminierungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG den Behinderungssachverhalten zuzuordnen ist; so schon auch REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 525 f., E.5.4.1. Insofern unscharf RPW 2008/3, S. 399, Rz. 140, welcher von „Wettbewerbsnachteilen“ spricht (vgl. BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk [B-2050/2007], E. 11.1.2). Vgl. auch EuG im Entscheid vom 21. Oktober 1997 (T-229/94, Slg. 1997 II 1689 ff.), *Deutsche Bahn*, Rz. 78 und 93; Entscheid der EU-Kommission vom 2. Juni 2004 (Comp/38.096) in Sachen Clearstream, Rz. 301; bestätigt in EuG, Entscheid vom 9. September 2009 (T-301/4), Clearstream, Rz. 156 f.

tiert hat. Andererseits sind die Verkäufe von Card Solutions an Multipay-Händler in der massgebenden Zeitperiode zu berücksichtigen, da bei diesen Verkäufen die anderen Terminalhersteller nicht mit einem gleichwertigen Produkt konkurrenzieren konnten. Es wurden nachweislich [1'000–2'000] Terminals an Multipay-Händler verkauft, welche gleichzeitig einen DCC-Vertrag mit Multipay geschlossen haben. Bezüglich dieser Händler kann der Wettbewerb als beseitigt gelten. Damit ist die Wettbewerbsbehinderung erstellt. Kommt hinzu, dass bei den weiteren rund [1'500–2'500] Multipay-Händlern, die in der massgebenden Zeitperiode einen DCC-Vertrag abgeschlossen haben, aus damaliger Sicht der Wettbewerb auf dem Terminalmarkt ebenfalls ausgeschlossen war. Schliesslich kann beim Verkauf von rund [10'000–15'000] Terminals der Wettbewerb als behindert gelten.

- Die Bedeutung der Behinderungswirkung für die Konkurrenten wird ersichtlich, wenn deren Verkaufszahlen berücksichtigt werden. So entsprechen die [1000–2'000] Terminals, bei welchen der Wettbewerb während der massgebenden Zeitperiode beseitigt wurde, rund [25–35]% der Verkäufe des grössten Konkurrenten Jeronimo während desselben Zeitabschnitts.
- Während die Marktanteile der Card Solutions seit dem Jahr 2001 stark erodierten und die Konkurrenten bis zum Jahr 2005 Marktanteile gewinnen konnten, ist es in der massgebenden Zeitperiode zu einer eigentlichen Trendumkehr gekommen. Die Card Solutions konnte ihren Anteil an den verkauften Terminals massiv ausbauen, während alle anderen Terminalanbieter Marktanteile verloren haben und Hauptkonkurrent Jeronimo stark zurückgebunden wurde.

497. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nachgewiesen ist, dass die diskriminierende Verhaltensweise eine Wettbewerbsbehinderung bewirkt hat.

#### **B.3.3.4.5 Sachliche Rechtfertigungsgründe**

498. Die Ungleichbehandlung durch Multipay wäre dann zulässig gewesen, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht hätte. Die möglichen sachlichen Gründe für die Bevorzugung der Terminals der Card Solutions sind dieselben, welche bereits im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen geprüft wurden. Es handelt sich um (1) technische Gründe; (2) die Zertifizierungsanforderungen der Card Schemes bzw. die Argumentation der Parteien, die DCC-Funktion habe sich noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden; und (3) der Innovations- und Investitionsschutz (vgl. oben Rz. 407 ff.). Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die oben vorgenommene Analyse verwiesen werden, welche zum Ergebnis geführt hat, dass keine legitime business reasons vorliegen (vgl. oben Rz. 482). Weitere sachliche Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

#### **B.3.3.4.6 Ergebnis betreffend Diskriminierung von Handelspartnern**

499. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG ebenfalls erfüllt ist.

#### **B.3.3.5 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung**

500. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG stellen die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen dar, welche missbräuchlich sein können. Das marktbeherrschende Unternehmen verhält sich

unzulässig, wenn es künstliche Barrieren für den Markteintritt schafft, ohne dass sich diese aus einer normalen Marktentwicklung ergeben würden.<sup>483</sup>

501. Im vorliegenden Fall ist die Einschränkung der technischen Entwicklung einschlägig. Betroffen sind sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu oder die Diffusion von technologischen Ressourcen verknappt oder aufhebt. Typischerweise schränkt das marktbeherrschende Unternehmen die technische Entwicklung von Drittunternehmen ein. Zu denken ist insbesondere „an die verspätete oder unzureichende Mitteilung von technischen Daten (beispielsweise Schnittstellen) an weitere Marktteilnehmer, um wettbewerbswilligen Dritten die Teilnahme am relevanten Markt zu verunmöglichen oder zumindest erheblich zu erschweren“.<sup>484</sup>

502. Durch die Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen (bzw. verspäteten Mitteilung derselben) verhinderten Multipay/Card Solutions bei den konkurrierenden Terminalherstellern die rasche Entwicklung von Terminals, welche bei Multipay-Händlern DCC-fähig sind. Dies hat zu einer künstlichen Verknappung des Terminal-Angebots für Multipay-Händler geführt, welche an DCC interessiert sind. Diese Händler konnten sich so nicht für den aus ihrer Sicht optimalen Terminal entscheiden, sondern mussten aus Gründen der Interoperabilität das Terminal der Card Solutions wählen. Erst nach Offenlegung der Schnittstelleninformationen konnten die anderen Terminalhersteller die allfälligen technischen Vorteile ihrer Terminals auch gegenüber Multipay-Händlern zur Geltung bringen, so dass eine echte „Competition on the Merits“ entstehen konnte, bei welcher das Gewicht von Terminal-eigenschaften unverfälscht zum Tragen kommt. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die anderen Terminalhersteller die Produkteigenschaften ihrer Terminals nur beschränkt zur Geltung bringen was geeignet ist, deren Innovationsanreize zu beeinträchtigen.<sup>485</sup>

503. Die Einschränkung der technischen Entwicklung hat nicht nur die Konkurrenten auf dem Terminalmarkt behindert (vgl. hierzu ausführlich Rz. 285 ff.), sondern gleichzeitig den Händler in seiner Auswahl beschränkt.

504. Diese Einschränkung der technischen Entwicklung ist im vorliegenden Fall missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG, da – wie bereits im Zusammenhang mit Geschäftsverweigerung nachgewiesen (vgl. oben Rz. 314 ff.) – keine sachlichen Rechtfertigungsgründe für das Verhalten von Multipay/Card Solutions bestanden.

### **B.3.3.6 Koppelungsgeschäfte**

#### **B.3.3.6.1 Allgemeines**

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

---

<sup>483</sup> Vgl. BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 574; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 246 m.w.H.

<sup>484</sup> BORER (FN 115), Art. 7 N 26. Vgl. auch BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 575; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 419 und 455 m.w.H.

<sup>485</sup> Vgl. zum Ganzen die entsprechenden Erwägungen im Entscheid der EU-Kommission vom 24. März 2004 i.S. Microsoft (COMP/C-3/37.792), Rz. 693 ff. bestätigt durch den Entscheid des EuG vom 17. September 2007 i.S. Microsoft (T-201/04), Rz. 643 ff.

<sup>486</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 107.

<sup>487</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 503; CLERC (FN 192), Art. 7 LCart N 268.

506. Koppelungsgeschäfte beeinträchtigen die Freiheit des Vertragspartners, Geschäfte nach seinem Willen abzuschliessen, und können – ohne dass dies leistungsmässig begründet wäre – die Wettbewerbssituation auf dem Markt des gekoppelten Guts zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens verändern.<sup>488</sup> Sie kann wie die Geschäftsverweigerung zur Verdrängung von Wettbewerbern eingesetzt werden. In der Literatur wird die Koppelung sogar primär als Verdrängungsmisbrauch qualifiziert,<sup>489</sup> wobei ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführt und so seine Marktmacht auf diesen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt übertragen kann („Leverage“-Theorie<sup>490</sup>).

507. Dem traditionellen Leverage-Argument wurde in der Ökonomie seitens der Chicago School die ‚single monopoly profit‘ Kritik entgegengehalten.<sup>491</sup> Diese gründet auf der vertikalen (resp. verbundenen) Struktur der Märkte und damit auf der Tatsache, dass es letztendlich nur ein einziges Endprodukt und deshalb auch nur eine Monopolrente gebe. Insofern habe das marktbeherrschende Unternehmen gar keine Anreize, Marktteilnehmer auf dem benachbarten Markt zu behindern, denn es werde seinen Monopolgewinn im beherrschten Markt abschöpfen. Durch Wettbewerbsbehinderungen erzielte höhere Gewinne im benachbarten Markt wirkten sich negativ auf die Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens im beherrschten Markt aus. Solche Wettbewerbsbehinderungen seien somit für den Monopolisten nicht vorteilhaft.<sup>492</sup> Die Chicago School Kritik gründet dabei auf sehr restriktiven Annahmen, welche in der Praxis oft nicht alle erfüllt sind.<sup>493</sup>

508. In der neueren ökonomischen Literatur werden – entgegen den Vorbringen der Chicago School – verschiedene strategische Argumente aufgezeigt, weshalb ein marktbeherrschendes Unternehmen Anreize haben kann, seine Marktmacht auf benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte zu übertragen. Nachfolgend werden einige ökonomischen Argumente für ein Leveraging angesprochen, welche in Fallkonstellationen wie der Vorliegenden von Bedeutung sein können:

- (1) WHINSTON<sup>494</sup> (1990) zeigt auf, dass die Koppelung<sup>495</sup> von Gütern aus unabhängigen<sup>496</sup> Märkten dem marktbeherrschenden Unternehmen als „Commitment“-

---

<sup>488</sup> Vgl. ZÄCH (FN 310), Rz. 702.

<sup>489</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 524 sowie N 516 ff.; vgl. auch RPW 2008/3, 404, Rz. 195 sowie Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 47; Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 54.

<sup>490</sup> Vgl. MICHAEL D. WHINSTON, Tying, Foreclosure, and Exclusion, *The American Economic Review*, 1990, Vol. 80, No. 4, S. 837-859.

<sup>491</sup> “When the monopolized market supplies an input used by a downstream industry, the motivation for foreclosure cannot be the desire to extend market power, since there is a single final product and thus a single monopoly profit. It is further argued that there is a single source of monopoly profit, and that a bottleneck monopolist can already earn the entire monopoly profit without extending its market power to related segments; and so in the absence of efficiency gains, vertical integration cannot increase the profitability of the merging firms. Relatedly, it questioned the rationale for excluding downstream competitors, who by offering product diversity, cost efficiency or simply benchmarking of the internal downstream producer, can be the source of extra monopoly profits” (REY/TIROLE, 2006, S. 11).

<sup>492</sup> Vgl. hierzu PATRICK REY/JEAN TIROLE, A primer on foreclosure, in: *Handbook of Industrial Organization III*, Mark Armstrong/Rob Porter (Hrsg.), 2007, Chapter 33, (2163), auch erhältlich in einer Version aus dem Jahr 2006 unter [www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf](http://www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf) (29.11.2010), S. 11; European Advisory Group of Competition Policy (EAGCP), *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 23 ff.

<sup>493</sup> Einen Überblick der Annahmen der Chicago School Theory geben NICHOLAS ECONOMIDES/WILLIAM N. GERBERT, *Patents and Antitrust: Application to adjacent Markets*, *Journal on Telecommunication & High Tech Law*, 2008, Vol. 6, S. 455-481 (S. 465, N 39).

<sup>494</sup> WHINSTON (FN 490), S. 837-59.

Strategie<sup>497</sup> dienen kann, um Markteintritte zu be- resp. verhindern. Gelingt es dem marktbeherrschenden Unternehmen sich zu verpflichten die beiden unabhängigen Produkte nur im „Bündel“ anzubieten, kann es glaubhaft signalisieren, dass es eine sehr aggressive Preispolitik fahren würde, falls es zu einem Markteintritt kommt. Dies wiederum hemmt Markteintritte.<sup>498</sup>

- (2) CHOI/STEFANADIS<sup>499</sup> (2001) gehen von der Annahme aus, dass Markteintritte mit Risiko behaftet sind, wie z.B. in Innovationsmärkten, in denen Wettbewerb über Innovationen und F&E stattfindet. Durch die Koppelung von komplementären Produkten kann ein marktbeherrschendes Unternehmen Markteintritte insofern be- resp. verhindern, als dass ein erfolgreicher Markteintritt einen simultanen Markteintritt in beiden Märkten erfordert. Dies wiederum mindert gerade bei kostspieligen und risikoreichen Markteintritten die Anreize und Möglichkeiten von potenziellen Konkurrenten in einen Markt einzutreten.
- (3) CARLTON/WALDMAN<sup>500</sup> (2002) zeigen ebenfalls ein für den vorliegenden Fall relevantes Argument im Zusammenhang mit *komplementären Produkten*<sup>501</sup> auf. Angenommen ein Unternehmen profitiert von Skalen- und/oder Verbundvorteilen in der Produktion. Indem das marktbeherrschende Unternehmen sein Produkt an das Produkt eines Unternehmens in einem benachbarten Markt koppelt, kann es in diesen Markt eintretenden Unternehmen den Zugang zu einem grossen Marktvolumen verhindern und damit Kostennachteile (minimum efficient scale) für das markteintretende Unternehmen bewirken und so Markteintritte behindern.
- (4) GENAKOS/KÜHN/REENEN<sup>502</sup> (2009) zeigen auf, unter welchen Umständen ein Monopolist einen Anreiz hat, seine Marktmacht durch *Einschränkung der Interoperabilität* auf einen benachbarten Markt mit komplementären Gütern zu übertragen. Die durch die eingeschränkte Interoperabilität geringere Wettbewerbsintensität auf dem benachbarten Markt erlaubt es dem Monopolisten, auf dem beherrschten Markt für Konsumenten mit unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten unterschiedliche Preise zu verlangen, d.h. *Preisdiskriminierung* zu betreiben. Auf diese Weise kann der Monopolist auf dem beherrschten Markt höhere Renten abschöpfen.

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

---

<sup>495</sup> Koppelung resp. „Exclusive Dealing“ wird vorliegend als „Commitment“ des marktbeherrschenden Unternehmens definiert, nicht mit alternativen Unternehmen im nachgelagerten (resp. benachbarten) Markt zusammen zu arbeiten.

<sup>496</sup> D.h. weder Substitute noch Komplemente.

<sup>497</sup> MOTTA (FN 442), S. 467 weist auf das „Commitment“-Problem des marktbeherrschenden Unternehmens hin.

<sup>498</sup> Das „Commitment“-Problem kann durch ein *technologisches* Tying gemindert werden. Vgl. MOTTA (FN 442), S. 483, Fn. 89.

<sup>499</sup> JAY P. CHOI/CHRISTODOULOS STEFANADIS, Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory, Rand Journal of Economics, 32, 2001, S. 52-71.

<sup>500</sup> DENNIS W. CARLTON/MICHAEL WALDMAN, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, Rand Journal of Economics, Vol. 33, No. 2, 2002, S.194-220.

<sup>501</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei Acquiring und Terminals als auch bei Terminals und DCC-Dienstleistungen um komplementäre Produkte handelt.

<sup>502</sup> CHRISTOS GENAKOS/KAI-UWE KÜHN/JOHN V. REENEN, Leveraging Monopoly Power by Limiting Interoperability: Theory and evidence from computer markets, Draft, 2009.

macht auf einen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt auszuweiten. Die entsprechenden Modelle geben einen guten Überblick über die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit dies der Fall ist (z.B. ein komplementärer Zusammenhang zwischen zwei Produkten, Kosten und Risiken des Markteintritts, Grössen- und Verbundvorteile in der Produktion oder ein mögliches unwiederrufbares ‚Committment‘ via Koppelung).

510. Koppelungsgeschäfte können nicht nur zu wettbewerbsbeschränkenden Zwecken eingesetzt werden, sondern sie können auch Ursache von Effizienzgewinnen sein.<sup>503</sup> Es handelt sich insofern um Verhaltensweisen mit mehrschichtigen wettbewerblichen Konsequenzen.<sup>504</sup>

511. Die ökonomische Literatur<sup>505</sup> empfiehlt denn auch für die Analyse von Koppelungsgeschäften die Anwendung einer „Rule-of-Reason“<sup>506</sup> respektive eines wirkungsbasierten Ansatzes<sup>507</sup>, wobei sowohl die pro- als auch die anti-kompetitiven Effekte untersucht und anschliessend einander in einer Gesamtbetrachtung gegenüber gestellt werden.

### **B.3.3.6.2 Missbrauchsmerkmale**

512. Gestützt auf das KG werden vorliegend die Tatbestandsmerkmale des Koppelungsgeschäfts überprüft. Dabei werden die wettbewerbsschädlichen Effekte der Verhaltensweise von Multipay und Card Solutions untersucht und anschliessend wird aufgezeigt, ob und welche effizienzsteigernden Effekte diese Verhaltensweise bewirken kann. Nur wenn sich die Koppelung nicht objektiv rechtfertigen lässt, ist das vorliegende Verhalten gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. f KG wettbewerbsrechtlich unzulässig.

513. Der Tatbestand der Koppelung nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Produkts folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:<sup>508</sup>

- (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter;
- (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung der beiden Güter vor;
- (3) die Koppelung hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt;
- (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen (legitimate business reasons).

### **B.3.3.6.3 Trennung der Güter**

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

---

<sup>503</sup> Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 49.

<sup>504</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), N 506.

<sup>505</sup> Vgl. MOTTA, (FN 442), S. 467 f.

<sup>506</sup> Vgl. JEAN TIROLE, The Analysis of Tying Cases: A Primer, Competition Policy International, 1/2005, 1-25.

<sup>507</sup> AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 522.

<sup>508</sup> Vgl. RPW 2005/4, S. 610, Rz. 62; Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 47 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 524.

<sup>509</sup> Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 51.

515. Bei Dienstleistungen und Produkten, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.<sup>510</sup> Vorliegend handelt es sich um getrennte Produkte aus den drei unterschiedlichen Märkten Acquiring, POS-Terminals und Umrechnungsdienstleistungen, bei denen keine Notwendigkeit besteht, diese gemeinsam zu verkaufen. Auf den drei Märkten sind unterschiedliche Unternehmen tätig, und es besteht eine autonome Nachfrage für die drei Leistungen. Es gibt zwar in der Praxis eine Präferenz der Nachfrage zum Bezug aller Produkte vom gleichen Anbieter (vgl. Rz. 199 f. und 273), aber gerade die Entwicklung des Terminalmarkts infolge der ep2-Standardisierung und die damit verbundene Aufgabe proprietärer Lösungen der Acquirer belegt, dass getrennte Güter vorliegen.

#### **B.3.3.6.4      Geschäftsverweigernde technologische Koppelung**

516. Der vorliegende Sachverhalt lässt sich als geschäftsverweigerndes Koppelungsgeschäft unter Art. 7 Abs. 2 lit. f KG subsummieren. Die Koppelung besteht darin, dass der Abnehmer (Händler) bei der Wahl einer zusätzlichen Leistung nicht frei ist. Ihm wird durch das Unternehmen, welches auf dem Markt für das koppelnde Gut marktbeherrschend ist, vorgegeben, bei wem er die zusätzlichen Leistungen zu beziehen hat.<sup>511</sup>

517. Ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring Vertrag abgeschlossen hatte, konnte die DCC-Dienstleistung bei Multipay nur über ein Terminal der Card Solutions beziehen. Im vorliegenden Fall liegen insofern zwei Koppelungen vor: Erstens kann ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring-Vertrag geschlossen hat, DCC nicht bei einem unabhängigen DCC-Provider beziehen, sondern muss diese Leistung von Multipay in Anspruch nehmen und zweitens war der Händler bis zur Anpassung des Verhaltens gezwungen, ein Terminal von Card Solutions zu kaufen, da die Terminals von Drittherstellern bei Multipay nicht DCC-fähig waren. Damit koppelt Multipay das Acquiring mit der Umrechnungsdienstleistung sowie mit dem Kauf des Terminals von Card Solutions. Das koppelnde Gut ist somit das Acquiring verbunden mit dem DCC-Angebot der Multipay und die gekoppelten Güter sind die ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions.

518. Vorliegend handelt es sich hinsichtlich der Koppelungstechnik um eine sog. technologische Koppelung, welche auf einer technischen Entscheidung gründet, indem die betreffenden Güter technisch miteinander verbunden werden. „Eine technologische Koppelung besteht solange, als es den Konkurrenten nicht möglich ist, oder sie unfähig sind, kompatible Güter hervorzubringen.“<sup>512</sup> Vorliegend bestand die technologische Koppelung so lange, als mit Card Solutions konkurrierende Terminalanbieter (z.B. Jernonimo, PaySys) keine mit Multipay kompatiblen DCC-fähigen Terminals entwickeln konnten.

#### **B.3.3.6.5      Wettbewerbsbehinderung**

519. Ein Koppelungsgeschäft kann nur dann kartellrechtlich unzulässig sein, wenn es zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.<sup>513</sup> Wie bereits erwähnt, stellen Koppelungspraktiken meistens eine Form des Behinderungs- resp. Verdrängungsmisbrauchs dar (vgl. oben Rz. 506 sowie ausführlich Rz. 301 ff.).

520. Eine Koppelungsstrategie kann es dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglichen, die Anzahl von Handelspartnern, welche mit Konkurrenten auf dem Markt für das ge-

---

<sup>510</sup> Vgl. RPW 2008/3, S. 404, Rz. 196; ZÄCH (FN 310), Rz. 703 ff.; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 503.

<sup>511</sup> Vgl. ZÄCH (FN 310), Rz. 710.

<sup>512</sup> AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 499.

<sup>513</sup> Vgl. auch Mitteilung zu Art. 82 EGV (FN 186), Rz. 52 ff. welches beim Tying/Bundling die Voraussetzung der „anti-competitive foreclosure in the tied/or tying market“ vorsieht.

koppelte Gut kontrahieren können, zu reduzieren und somit seinen Marktanteil zu erhöhen (sog. Horizontale Foreclosure<sup>514</sup>). Weiter kann ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführen und so seine Marktmacht auf diesen Markt übertragen („Leverage“-Theorie<sup>515</sup>). Letzteres tritt vor allem dann auf, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sowohl auf dem Markt des koppelnden als auch auf dem Markt des gekoppelten Gutes tätig ist.

521. Vorliegend führt das geschäftsverweigernde technologische Koppelungsgeschäft dazu, dass Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen durch die Koppelung der Terminals sowie der Umrechnungsdienstleistung von Card Solutions an ihr eigenes Acquiring ihre Marktmacht auf diese (benachbarten) Märkte übertragen konnte. Eine solche technologische Koppelung kann Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere auch dazu verwenden, kompatible Lösungen der Konkurrenten zu verhindern oder zumindest zu behindern.

522. Die technologische Koppelung zwischen dem Acquiring verbunden mit der DCC-Dienstleistung der Multipay und den ep2-zertifizierten POS-Terminals der Card Solutions führt dazu, dass die Konkurrenz durch interoperable Terminals von Drittanbietern ausgeschlossen wurde. Das Koppelungsgeschäft hat insofern die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen wie die weiter vorne beschriebene Geschäftsverweigerung, nämlich die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der Multipay im Acquiring, um die Marktstellung der Schwestergesellschaft Card Solutions zu Lasten der Wettbewerber zu verstärken.

523. Ein Unterschied zwischen dem Koppelungsgeschäft und der Geschäftsverweigerung liegt darin, dass ersteres eine glaubwürdige Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens bedingt, sich an die Koppelung zu halten.<sup>516</sup> Dies kann dadurch erzielt werden, dass die Koppelung direkt im Produktdesign integriert wird<sup>517</sup>, z.B. wie vorliegend in Form einer speziellen technischen Spezifikation der Schnittstelle.

524. Die wettbewerbsbehindernden Effekte der Verhaltensweise von Multipay/Card Solutions wurden sodann bereits ausführlich unter dem Tatbestand der Geschäftsverweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen analysiert und quantifiziert (vgl. Rz. 281 ff.).

#### **B.3.3.6.6 Sachliche Rechtfertigungsgründe**

525. Die möglichen Legitimate Business Reasons wurden bereits im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung ausführlich diskutiert (vgl. Rz. 465 ff.). Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden.

#### **B.3.3.6.7 Ergebnis betreffend Koppelungsgeschäft**

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

---

<sup>514</sup> Vgl. hierzu REY/TIROLE (FN 354), S. 49 ff.; BORER (FN 115), Art. 7 N 24 und CARLTON/WALDMAN (FN 500), S. 194-220.

<sup>515</sup> Vgl. WHINSTON, (FN 490), S. 837-859.

<sup>516</sup> Vgl. MOTTA (FN 442), S. 483: “A difference between incompatibility and tying decisions is that the former is more likely to be built in product design and is therefore unlikely to have the commitment problems.”

<sup>517</sup> MOTTA (FN 442), S. 467.

### B.3.4 Ergebnis

527. Es ist festzustellen, dass das Verhalten von Multipay vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG und zugleich mehrere der Einzeltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt hat, nämlich Art. 7 Abs. 2 lit. a, b, d und e. Es wurden nicht nur Wettbewerber (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern) sondern auch die Händler (Einschränkung der Wahlfreiheit durch Kopplungsgeschäfte) sowie die technische Entwicklung behindert.

## B.4 Sanktionierung

### B.4.1 Allgemeines

#### B.4.1.1 Einleitung

528. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

529. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 7 KG ist damit eine Belastung respektive Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG unterliegen seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine direkte Sanktion kann folglich nur bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen, die nach dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, ausgesprochen werden, während allfällige vor dem 1. April 2004 ausgeübte Wettbewerbsbeschränkungen nicht direkt sanktionierbar sind<sup>518</sup>. Im vorliegenden Fall hat die unzulässige Verhaltensweise vom 5. Juli 2005 bis zum 8. Dezember 2006 angedauert. Sie ist vollumfänglich nach dem 1. April 2004 erfolgt und dementsprechend direkt sanktionierbar.

530. In zwei aktuellen Leitentscheiden hat sich das Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der kartellgesetzlichen Sanktionierung befasst und dabei Folgendes festgestellt:<sup>519</sup>

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

---

<sup>518</sup> BOTSCHAFT 03 (FN 145), S. 2048.

<sup>519</sup> Vgl. zum Ganzen BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4 und 5; BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1. ([www.bundesverwaltungsgericht.ch/20100430\\_b2977.pdf](http://www.bundesverwaltungsgericht.ch/20100430_b2977.pdf); 29.11.2010).

forderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips. Wird hingegen Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit einem der in Art. 7 Abs. 2 KG konkretisierenden Beispieltatbeständen als untrennbare Einheit angewendet, so wird Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nicht verletzt. Auch die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Rechtsfolge ist genügend vorhersehbar und verstösst – obwohl kein betragsmässig festgelegter absoluter Strafraum besteht – nicht gegen die EMRK.

531. Die vorliegende Untersuchung ist zum Ergebnis gekommen, dass Multipay gegen Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit jedem der folgenden Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG verstossen hat: lit. a (Geschäftsverweigerung), lit. b (Diskriminierung), lit. e (Einschränkung der technischen Entwicklung) und lit. f (Koppelungsgeschäfte). Diese Tatbestände sind – jeweils als untrennbare Einheit mit Art. 7 Abs. 1 KG angewendet – genügend konkret, um Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK zu wahren.

## B.4.2 EMRK-Konformität der Sanktionierung

### B.4.2.1 Art. 6 EMRK

532. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 vor, eine Sanktionierung verletze die EMRK. Sie rügen, der Anspruch auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK sei verletzt, da die Weko als nichtrichterliche Behörde eine Sanktion mit Strafcharakter ausspreche. Dies stelle einen schwerwiegenden Mangel dar, welcher auch nicht durch das Bundesverwaltungsgericht geheilt werden könne.

533. Wie bereits erwähnt, hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit dieser Frage und der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR in zwei aktuellen Entscheiden auseinandergesetzt und klar festgehalten, dass bei einer Sanktionierung durch die Weko in Anwendung von Art. 49a KG die Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht verletzt werden. Die Weko teilt bezüglich dieser Frage vollumfänglich die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts, so dass auf die dortigen umfassenden Ausführungen verwiesen werden kann und an dieser Stelle nur noch auf einige Kernargumente eingegangen wird:

534. Art. 6 Abs. 1 EMRK wird nicht verletzt, soweit die strittige (und daher noch nicht rechtskräftige) Sanktion zumindest von einem Gericht beurteilt werden kann, das institutionell und hinsichtlich Kognition den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen vermag. Dabei geht aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass die einmalige gerichtliche Überprüfung mit voller Kognition nicht nur für Bagatelldelikte genügt, sondern auch im Bereich der kartellrechtlichen Sanktionen. Dies ergibt sich aus den beiden Entscheiden *Jussila gegen Finnland* sowie *Mamidakis gegen Griechenland*. Im ersten Entscheid hat der EGMR folgendes festgehalten:

*„There are clearly „criminal charges“ of differing weight. What is more the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law for example administrative penalties (Öztürk v. Germany), [...], **competition law** (Société Stenuit v. France, judgment of 27 February 1992, Series A, no. 232-A) [...]. Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed in the first instance, by an administrative or non judicial body: a contrario, Findlay v the United Kingdom, ...).”<sup>520</sup>*

---

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

535. Der EGMR unterscheidet demnach zwei verschiedene Arten von Straftatbeständen (mit Bezug auf den Entscheid des EGMR in Sachen *Jussila gegen Finnland* vom 23. November 2006, application no. 12547/86, Rz. 30 ff.), nämlich Sanktionen im Bereich des Kernbereichs des Strafrechts („hard core of criminal law“) und weniger weitreichende strafrechtliche Sanktionen und weist Verwaltungssanktionen des Wettbewerbsrechts der zweiten Kategorie zu.<sup>521</sup> Im Entscheid *Mamidakis gegen Griechenland* bestätigte der EGMR diese Rechtsprechung im Hinblick auf hohe Verwaltungsstrafen, indem er die Verhängung einer Verwaltungssanktion durch eine Zollbehörde (kein unabhängiges Gericht erster Instanz) in Höhe von über 3 Mio. Euro als mit den Anforderungen von Art. 6 EMRK im Einklang befunden hat.<sup>522</sup> Es ist daher festzuhalten, dass zwischen dem Kernbereich des Strafrechts, bei welchem sämtliche sog. „criminal-head guarantees“ gewährleistet werden müssen, und dem erweiterten Bereich des Strafrechts (zu dem das Wettbewerbsrecht zu zählen ist), in dem die Anforderungen an die Verfahrensrechte weniger hoch anzusetzen sind und die strafrechtlichen Garantien eben nicht zur vollen Anwendung gelangen. Die institutionelle Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden in Europa ist je nach Land sehr unterschiedlich und reicht vom (häufigen) Verwaltungsmodell bis zum (eher seltenen) Gerichtsmodell. Der EGMR auferlegt sich daher bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Systeme eine gewisse Zurückhaltung. Die Weko geht daher davon aus, dass die institutionelle Ausgestaltung im Bereich des Kartellgesetzes bei einer Beurteilung „in globo“<sup>523</sup> EMRK-Konform ist.

536. Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht vor diesem Hintergrund bereits bestätigt, dass aufgrund der Rechtsprechung des EGMR die angeblich fehlende organisatorisch-funktionelle Unabhängigkeit der Weko gar keinen „Mangel“ darstellt, welcher durch das Bundesverwaltungsgericht „geheilt“ werden müsste.<sup>524</sup> Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht ist das innerstaatliche Verfahren EMRK-konform, sofern die strittige Sanktion durch eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass es die Kognitionserfordernisse von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt.<sup>525</sup>

## **B.4.2.2 Art. 7 EMRK**

### **B.4.2.2.1 Vorbringen der Parteien**

537. Die Parteien bringen weiter vor, der Anspruch auf Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit (Art. 7 EMRK) sei verletzt, weil aufgrund des Gesetzeswortlautes, der Praxis und der Verhaltensweise der Behörde nicht erkennbar gewesen sei, dass die Verhaltensweise der Parteien als unzulässig qualifiziert werden könnte.

---

<sup>521</sup> Vgl. auch WOUTER P.J. WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Conventions on Human Rights*, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 33, No. 1, March 2010, S. 15.

<sup>522</sup> Urteil des EGMR vom 11. April 2007, *Mamikadis gegen Griechenland*, application no. 35533/04, Rz. 30; SIMON HIRSBRUNNER/JENS WERNER, *Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?*, in: *Jusletter* vom 20. September 2010, Rz. 6 ff. kritisiert die *Jussila*-Rechtsprechung u.a. unter Hinweis auf die geringe Höhe des dort beurteilten Strafzuschlags von rund 308 Euro ohne auf das *Mamidakis*-Urteil einzugehen; HEINEMANN (FN 270), Rz. 29 leitet demgegenüber aus dem *Mamidakis*-Urteil ab, dass die Verhängung eines hohen Bussgeldes durch eine Verwaltungsbehörde mit den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, wenn der Weg zu einer umfassenden Kontrolle durch die Gerichte offen steht.

<sup>523</sup> Vgl. FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9. Aufl. 2008, 370.

<sup>524</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, *Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007)*, E. 5.6.

<sup>525</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, *Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007)*, E. 5.6.

538. Die Parteien nehmen Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, gemäss welcher die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu genügen vermag (vgl. oben Rz. 298). Sie führen dann weiter aus, auch für die einzelnen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG gelte der Grundsatz *nulla poena sine lege*. Folglich müsse auch bei der Auslegung der Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG ein Minimum an Vorhersehbarkeit bestehen. Dies sei gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann der Fall, wenn eine reichhaltige in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis bestehe. Sofern keine ausreichende Fallpraxis bestehe, sei dem Legalitätsprinzip und der Vorhersehbarkeit nicht genüge getan, es sei denn es lasse sich direkt aufgrund des Wortlauts des Gesetzes ableiten, welche Verhaltensweise als unzulässig zu erachten sei. Andernfalls sei einzig das Aussprechen einer symbolischen Strafe möglich. Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts könne sich die Wettbewerbsbehörde jedoch im Rahmen des Aussprechens von strafrechtlichen Sanktionen nicht auf die ausländische oder allenfalls europäische Fallpraxis abstützen. Es sei ausgeschlossen, dass der Schweizer Rechtsunterworfenen aktive Kenntnis allfälliger ausländischer Entscheidungen haben müsse, um sich gesetzeskonform nach Schweizer Recht verhalten zu können.

539. In Bezug auf den vorliegenden Fall führen die Parteien aus, der Schweizer Entscheidungspraxis, insbesondere zur Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, seien keine Beispiele zu entnehmen, in welchen ein Unternehmen gezwungen worden wäre, seine eigenen, urheberrechtlich geschützten Produktentwicklungen den Wettbewerbern offen zu legen, noch bevor das Produkt effektiv vollständig entwickelt sei. Sämtliche bekannten Fälle im Bereich der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen würden sich erstens auf Produkte beziehen, die schon auf dem Markt als definitive Produkte verfügbar waren und zweitens betreffe keiner dieser Fälle die Frage der Notwendigkeit der Lizenzierung von Schnittstelleninformationen. Aus keiner der bisherigen Entscheidungen der Weko könne abgeleitet werden, unter welchen Umständen immaterialgüterrechtlich geschützte Schnittstelleninformationen Wettbewerbern zur Verfügung gestellt werden müssen. Selbst wenn eine entsprechende Praxis vorhanden wäre, so bestünden zudem auch keine Anhaltspunkte dafür, ob bzw. unter welchen Umständen entsprechende Schnittstelleninformationen offengelegt werden müssten noch bevor das Produkt definitiv fertig entwickelt sei.

540. Bezüglich der in Rz. 303 aufgeführten Beispiele ausländischer Entscheide zur Frage der Offenlegung von Schnittstellen bringen die Parteien vor, diese seien nicht einschlägig bezüglich der vorliegenden Situation. Der Fall AT&T betreffe eine rein telekommunikationsrechtliche Frage und stamme aus den Fünfzigerjahren. Die Verfahren der EU-Kommission in Sachen IBM und Microsoft hätten Produkte betroffen, welche bereits auf dem Markt verfügbar gewesen seien. Zudem hätten diese Fälle Konstellationen anvisiert, in welchen den Unternehmen vorgeworfen worden sei, Interoperabilität mit einem marktbeherrschenden Produkt zu verhindern. Im vorliegenden Fall bestehe jedoch keine marktbeherrschende Stellung der Card Solutions auf dem Terminalmarkt.

#### **B.4.2.2.2 Bedeutung von Art. 7 EMRK**

541. Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen. Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen. Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können. Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach dem EGMR vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheits-

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

#### **B.4.2.2.3 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG**

542. Den Vorbringen der Parteien ist zunächst in grundsätzlicher Hinsicht entgegenzuhalten, dass die Weko der Ansicht ist (und diese Ansicht auch im Rechtsmittelverfahren bezüglich des Publigruppe-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vertritt), dass Art. 7 Abs. 1 KG auch für sich alleine betrachtet eine ausreichende Vorhersehbarkeit aufweist und damit als Rechtsnorm für eine strafrechtliche Verurteilung ausreicht, ohne dass eine Anklage auf einem der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Beispieltatbestände abgestützt werden müsste. Die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs und der marktbeherrschenden Stellung haben in Lehre und Rechtsprechung der EU und der Schweiz einen so hohen Grad der Konkretisierung, dass von ausreichender Bestimmtheit auszugehen ist.<sup>527</sup>

543. Kommt hinzu, dass der Gesetzgeber, um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG geschaffen hat.<sup>528</sup> Gemäss dem Gutachten RHINOW/GUROVITS vermag die Möglichkeit der Vorabmeldung die unausweichliche Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren.<sup>529</sup>

544. Im vorliegenden Fall ist die Frage der Vorhersehbarkeit einer Bestrafung allein auf der Grundlage der Generalklausel aber insofern nicht relevant, als dass die Weko sich bei der Prüfung bewusst an die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts gehalten hat und Art. 7 Abs. 1 KG und die einschlägigen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG jeweils als untrennbare Einheit angewendet hat (vgl. oben Rz. 297 f.).

#### **B.4.2.2.4 Vorhersehbarkeit einer Bestrafung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen gemäss Art. 7 Abs. 2 KG**

545. Wie bereits erwähnt bringen die Parteien vor, die einzelnen Tatbestände gemäss Art. 7 Abs. 2 KG genügten nur dann, wenn eine reichhaltige in- und ausländische Fallpraxis bestehe oder wenn sich direkt aufgrund des Wortlautes ableiten lasse, ob eine Verhaltensweise als unzulässig zu erachten ist. In der Stellungnahme wird danach nur noch auf die Frage der genügenden Fallpraxis eingegangen. Dabei übersehen die Parteien, dass die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Anwendung von Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG dazu führen kann, dass die Bestimmtheit der Gesetzesnorm

---

<sup>526</sup> Vgl. zum Ganzen BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.3. und BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.4 beide mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR sowie die Literatur.

<sup>527</sup> Vgl. HEINEMANN (FN 270), Rz. 22 ff., welcher in rechtsvergleichender Sicht darauf hinweist, dass gewisse EU-Mitgliedsstaaten (Niederlande) den Missbrauchstatbestand durch keinen gesetzlichen Beispielkatalog konkretisieren.

<sup>528</sup> BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 4.6.1.; BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigruppe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.1.6.

<sup>529</sup> RPW 2001/3, 592 ff. (610 ff.).

bereits aufgrund des Gesetzeswortlautes als genügend erachtet werden kann. So hat im Fall *Swisscom Terminierungspreise* das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich festgehalten, dass keine in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten bestehe. Das „Prüfungsschema“ des Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 lit. c KG welches vorsieht, dass eine Marktbeherrscherin die Marktgegenseite ausbeutet, indem sie unangemessene Preise erzwingt, wurde durch das Bundesverwaltungsgericht als genügend bestimmt erachtet. Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt dabei, dass nach der Rechtsprechung des EGMR technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen können und sich die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 lit. c KG) auch mit zahlreichen offen formulierten Normen des StGB vergleichen lässt.

546. Die Prüfungsschemata im vorliegenden Fall sind vergleichbar klar, wie dasjenige der durch das Bundesverwaltungsgericht beurteilten Erzwingung unangemessener Preise. Bei Art. 7 Abs. 2 lit. a KG behindert die Marktbeherrscherin andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs, durch „die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre)“. Auch bei den weiteren in casu angewandten Tatbeständen des Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b, e und f KG erscheint der Wortlaut im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie des EGMR als hinreichend bestimmt, um eine Sanktionierung zu erlauben. Die Weko vertritt die Auffassung, dass dies sogar hinsichtlich sämtlicher Beispieltatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG der Fall ist.

547. Im Gegensatz zum Fall *Swisscom Terminierungspreise* kommt hinzu, dass in casu eine reichhaltige in- und ausländische Fallpraxis im Sinne des *Publigroupe-Urteils* besteht (vgl. vorne Rz. 303, Rz. 346 sowie gleich nachfolgend).<sup>530</sup>

548. Zunächst ist die Behauptung der Parteien, dass keine Schweizer Entscheidpraxis, bestünde unzutreffend. Es ist hierzu nämlich nicht notwendig, dass bereits ein in allen Details gleich gelagerter Fall entschieden wurde, damit die Vorhersehbarkeit gegeben ist. Entscheidend ist allein, dass die in den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 2 KG verwendeten Begriffe, wie namentlich die „Verweigerung von Geschäftsbeziehungen“, die „Diskriminierung“, die „Einschränkung der technischen Entwicklung“ und die Koppelungsverträge durch Gesetz, Lehre und Praxis weiter konkretisiert worden sind. Abgesehen vom Tatbestand der Einschränkung der technischen Entwicklung, mit dem sich die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden bisher selten auseinandergesetzt haben,<sup>531</sup> besteht bezüglich der anderen in casu angewandten Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG eine reichhaltige Praxis. Dies gilt gerade auch für den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, für den die Parteien selber zahlreiche Entscheide in ihrer Stellungnahme zitieren.<sup>532</sup> Die Parteien führen aus, keine dieser Fälle betreffe die Frage der Lizenzierung immaterialgüterrechtlich geschützter Schnittstelleninformationen von noch nicht fertig entwickelten Produkten, aber wie soeben dargelegt, muss nicht bereits eine Praxis in dem Sinne bestehen, dass bereits ein genau gleicher Fall entschieden wurde. Würden die Anforderungen an Präzedenzfälle derart eng verstanden, wie von den Parteien postuliert, so könnte nie eine Sanktion ausgesprochen werden, da für den

---

<sup>530</sup> Vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, *Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*. (B2977/2007), E. 8.1.5.

<sup>531</sup> Vgl. AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 401; siehe aber immerhin RPW 2002/4, S. 583 f., Rz. 77 ff. In diesem Fall wurde im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen eine Einschränkung der technischen Entwicklung für glaubhaft erachtet, als die Cablecom sich weigerte, andere Set-Top-Boxen als die eigenen auf ihrem Netz zuzulassen.

<sup>532</sup> Vgl. act. n° 242, S. 35. Vgl. weiter AMSTUTZ/CARRON (FN 268), die bezüglich der Tatbestände der Geschäftsverweigerung (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) und der Koppelungsverträge (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) eine reichhaltige Schweizer Kasuistik nachweisen: Art. 7 N 75 ff., 158 ff. und 471 ff.

ersten zu behandelnden Fall nie ein Präzedenzfall vorliegen würde. Ginge man zudem im Extremfall davon aus, dass es sich bei einem Präzedenzfall um einen völlig gleichgelagerten Fall handeln muss, wie es die Parteien zumindest implizit tun, so könnte schon gar kein Präzedenzfall entstehen, da praktisch nie völlig gleichgelagerte Fälle vorliegen. Die vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte direkte Sanktionierbarkeit missbräuchlicher Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG würde damit in der Konsequenz wieder aufgehoben.

549. Die weitere Argumentation der Parteien, ausländische Entscheidungen dürften für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit einer Sanktion wegen eines Verstosses gegen Art. 7 KG nicht berücksichtigt werden, widerspricht nicht nur der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, sondern verkennt, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Art. 7 KG (Generalklausel und Beispielkatalog) an der entsprechenden Norm des europäischen Kartellrechts orientiert hat (heute Art. 102 AEUV, ehemals Art. 82 EGV).<sup>533</sup> Aufgrund der Anlehnung an das Kartellrecht der EU ist es sachgerecht, dass die Praxis der EU-Kommission zur Konkretisierung der schweizerischen Bestimmung des Art. 7 KG konsultiert wird.<sup>534</sup>

550. Diese Konkretisierung des Schweizer Rechts durch die Mitberücksichtigung der Praxis der EU-Kommission ist für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar. Bereits in der Botschaft wird festgehalten, eine Orientierung am europäischen Recht haben den Vorteil, auf ein „in der Praxis erprobtes und bewährtes System zurückgreifen zu können“<sup>535</sup>, denn das europäische Recht ist gemäss der Botschaft aus dem Jahr 1994 „in den vergangenen dreissig Jahren durch Grundsatzentscheide der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, aber auch durch eine Reihe von Ausführungserlassen kontinuierlich weiterentwickelt worden. Es weist heute einen hohen Grad der Konkretisierung und an inhaltlicher Kohärenz auf“<sup>536</sup>. In der Praxis der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden zu Art. 7 KG wird denn auch oftmals Bezug auf die europäische Praxis genommen<sup>537</sup> und aus der Schweizer Standardliteratur zum Kartellrecht ist für den Rechtsunterworfenen ebenfalls ersichtlich, dass die Tatbestände des Art. 7 Abs. 1 und 2 KG auch durch ausländische Fallpraxis konkretisiert werden können.<sup>538</sup> Es ist daher überzeugend, wenn das Bundesverwaltungsgericht die ausländische, insbesondere die europäische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis berücksichtigt bei der Klärung der Frage, ob die Tatbestände des Art. 7 KG den Anforderungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK genügen.

551. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass aufgrund mehrerer einschlägiger in- und ausländischer Entscheide für die Parteien vorhersehbar war, dass ihre Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG unzulässig sein kann.

552. Die Konstellation, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt dazu missbraucht, um seine Konkurrenten (bzw. die Konkurrenten

---

<sup>533</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 570; vgl. auch BVGer, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007), E. 12.3; AMSTUTZ/CARRON (FN 268), Art. 7 N 9.

<sup>534</sup> In RPW 2004/2, S. 369, Rz. 60 wird festgehalten: „Eine Bezugnahme auf das europäische Wettbewerbsrecht rechtfertigt sich, da Artikel 7 KG weitgehend Artikel 82 [EGV] nachempfunden ist. Es wird denn auch anerkannt, dass Artikel 7 KG und Artikel 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten“; vgl. auch CLERC, (FN 192) Art. 7 LCart N 44.

<sup>535</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 530.

<sup>536</sup> BOTSCHAFT 95 (FN 115), S. 529.

<sup>537</sup> Vgl. etwa RPW 2005/1, S. 98 f., Rz. 273 ff.; RPW 2004/2, S. 439 ff.; RPW 2004/2, S. 269, Rz. 60; RPW 2000/3, 488 E. 6a;

<sup>538</sup> Vgl. etwa die Kommentierung des Art. 7 KG durch AMSTUTZ/CARRON (FN 268), CLERC (FN 192) oder auch schon ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Zürich 1997; vgl. weiter die Ausführungen zur Behinderung und Benachteiligung durch marktbeherrschende Unternehmen in ZÄCH (FN 310), Rz. 619 ff.

einer anderen Gesellschaft desselben Konzerns) auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Konkurrenten zu behindern, wurde bereits in mehreren Schweizer Verfahren untersucht.<sup>539</sup> Es besteht zur Foreclosure-Problematik auch reichhaltige ausländische Rechtsprechung sowie zahlreiche juristische und ökonomische Publikationen.<sup>540</sup>

553. Selbst bezüglich der spezifischen Fragestellung der Verweigerung von Schnittstelleninformationen besteht eine Fallpraxis. Es handelt sich dabei um eine traditionelle, seit Jahrzehnten bekannte kartellrechtliche Problematik, wie der aus den Fünfzigerjahren stammende Fall AT&T aufzeigt. Schliesslich handelt es sich entgegen der Auffassung der Parteien bei den beiden europäischen Verfahren IBM und Microsoft um Fälle, welche genau die im vorliegenden Fall relevante Frage der Offenlegung von Schnittstelleninformationen betrifft. Die Auffassung der Parteien, aus diesen Fällen lasse sich nichts ableiten, weil sie die „Interoperabilität mit einem Produkt“ betreffen würden und Card Solutions nicht marktbeherrschend sei auf dem Terminalmarkt, ist nicht nachvollziehbar. Zunächst kann es nicht darauf ankommen, ob es um Interoperabilität mit einem Produkt oder einer Dienstleistung geht. Im vorliegenden Fall geht es um die Herstellung und Gewährleistung der Interoperabilität mit einer Dienstleistung (Umrechnungsdienstleistung), die vom marktbeherrschenden Unternehmen Multipay seinen Händlern angeboten wird. Wie im Fall Microsoft wurde durch die Verweigerung der Offenlegung der Schnittstelleninformationen verhindert, dass auf dem nachgelagerten bzw. benachbarten nicht beherrschten Markt Wettbewerber gleichwertige Konkurrenzprodukte anbieten konnten (vgl. oben Rz. 303). Zum Zeitpunkt des Verhaltens der Parteien hatte die EU-Kommission namentlich ihr Discussion-Paper zur Anwendung von Art. 82 EGV bekannt gegeben, welches ebenfalls auf die Problematik der Verweigerung von Schnittstelleninformationen eingeht.<sup>541</sup>

554. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall eine Sanktionierung nicht gegen Art. 7 Abs. 1 EMKR verstösst.

### **B.4.3 Vorwerfbarkeit**

555. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG noch ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.<sup>542</sup> Doch bereits die frühere Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hatte diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzubeherrschenden seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.<sup>543</sup>

556. Die Weko behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur *Vorwerfbarkeit*. Dabei hat die Weko fest-

---

<sup>539</sup> Vgl. etwa RPW 1997/2, S. 167 f., Rz. 40 ff.; 2002/4, S. 582 f., Rz. 73 ff.; 2004/1, S. 117 ff., Rz. 51 ff.

<sup>540</sup> Vgl. zum Ganzen bereits oben Rz. 300 ff. und 345 ff. mit den dortigen Hinweisen.

<sup>541</sup> Vgl. Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 68.

<sup>542</sup> BOTSCHAFT 03 (FN 145), S. 2034.

<sup>543</sup> Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2002/2, S. 386 ff. E. 3.3.2.

gehalten, es müsse mindestens eine *objektive Sorgfaltspflichtverletzung* vorliegen.<sup>544</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.<sup>545</sup>

557. Die Weko hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft.<sup>546</sup> Die diesbezügliche Praxis der Weko wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die Weko hatte Publigroupe vorgeworfen, es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass diese Sichtweise nicht zu beanstanden sei.<sup>547</sup>

558. Vorwerfbarkeit liegt demnach schon dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden kann.<sup>548</sup> Im Kartellrecht ergeben sich die Sorgfaltspflichten in erster Linie aus dem Kartellgesetz, d.h. Unternehmen haben missbräuchliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG zu unterlassen. Weisen die Wettbewerbsbehörden einen Kartellrechtsverstoss nach, ist die objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Regelfall gegeben.<sup>549</sup> Dass bei Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ein Sorgfaltsmangel des betreffenden Unternehmens i.d.R. vorliegt, ist mit dem Umstand begründet, dass das Kartellgesetz sowie die Praxis der WEKO und der Rechtsmittelbehörden bei den Unternehmen grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden darf.<sup>550</sup> Entsprechend wird nur im Einzelfall kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, wenn beispielsweise die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>551</sup>

559. Im vorliegenden Fall ist Multipay mehr als ein blosser Organisationsmangel vorzuwerfen, sondern es ist von einem zumindest eventualvorsätzlichen Kartellrechtsverstoss auszugehen<sup>552</sup>:

560. Es wurde bereits erwähnt, dass das Kartellgesetz für Unternehmen allgemein als bekannt vorausgesetzt werden darf.<sup>553</sup> Bei Multipay ist auch tatsächliche Kenntnis des Kartellgesetzes gegeben, da Multipay bereits vor dem hier massgebenden Sachverhalt an mehreren kartellrechtlichen Verfahren beteiligt war.<sup>554</sup>

561. Im Mai 2003 hat die Telekurs Group das Visa-Acquiring-Geschäft der UBS Card Center AG erworben. Im Jahr 2004 hielt die Weko im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen fest, es sei glaubhaft, dass Multipay seit dieser Übernahme auf dem Markt für Kreditkartennacquiring über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.<sup>555</sup> Bezüglich des Debitkarten-

---

<sup>544</sup> RPW 2006/1, S. 169 ff., Rz. 197 ff.

<sup>545</sup> REKO/WEF, in: RPW 2007/4, S. 672, Rz. 4.2.6.

<sup>546</sup> Vgl. etwa RPW 2006/4, S. 660 f., Rz. 228 ff.; RPW 2007/2, S. 232 ff., Rz. 306 ff.; RPW 2008/3, S. 407 f., Rz. 223 ff.; RPW 2009/3, S. 211 f., Rz. 105 ff.

<sup>547</sup> Vgl. Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.2.2.1.

<sup>548</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; RPW 2007/2, S. 234, Rz. 307 ff.

<sup>549</sup> Vgl. REINERT (FN 288), Art. 49a N. 5; TAGMANN (FN 560), S. 73.

<sup>550</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; TAGMANN (FN 560), S. 73.

<sup>551</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106; RPW 2007/2, S. 234, Rz. 309; REINERT (FN 288), Art. 49a N. 5.

<sup>552</sup> Vgl. BVGer, in: RPW 2007/4, S. 672, E. 4.2.6.

<sup>553</sup> Vgl. RPW 2009/3, S. 212, Rz. 106 m.w.H.

<sup>554</sup> Vgl. etwa RPW 2003/1, S. 106 ff.

<sup>555</sup> RPW 2004/4, S. 1009 ff., Rz. 36 ff. (insbes. Rz. 47).

marktes wurden Indizien für eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.<sup>556</sup> In der Untersuchung „Kreditkarten/Interchange Fee“ wurde festgehalten, dass die hohen Marktanteile auf eine dominante Stellung der Multipay im Kreditkarten-Acquiring hindeuten.<sup>557</sup> Multipay musste sich daher zumindest bewusst sein, dass sie sich nach Einschätzung der Wettbewerbsbehörden wahrscheinlich in einer marktbeherrschenden Stellung befand, und entsprechend dafür sensibilisiert sein, dass die Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG auf Multipay angewendet werden könnte.

562. Es geht aus den Protokollen der Geschäftsleitung von Multipay und Card Solutions hervor, dass es sich um einen bewussten strategischen Entscheid auf Ebene der Geschäftsleitung gehandelt hat, bezüglich DCC nicht mit anderen Terminalanbietern als der Card Solutions zusammenzuarbeiten (vgl. Rz. 309 ff., insbesondere Rz. 314 sowie Rz. 428). Dabei hat Jeronimo am 20. Februar 2006 sogar noch darauf hingewiesen, dass das Verhalten der Multipay unzulässig sein könnte: *„Aujourd’hui, le fait que jeronimo ne puisse toujours pas offrir la fonction DCC à ses clients TKM [=Telekurs Multipay] est clairement un acte de concurrence déloyale.“*<sup>558</sup> Im Schreiben der Van de Velden Holding B.V. vom 17. März 2006 wurde weiter ausgeführt: *„We take the position that the refusal of Telekurs Multipay SA to supply the DCC protocols to the Company constitutes an unlawful act [...] we will not hesitate to bring this matter to the attention of authorities which are competent to assess such unlawful conduct“*.<sup>559</sup>

563. Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass die kartellrechtliche Problematik der Verweigerung von Schnittstelleninformationen durch marktbeherrschende Unternehmen spätestens seit dem medienträchtigen Microsoft-Entscheid der EU-Kommission aus dem Jahr 2004 über Spezialistenkreise hinaus als bekannt gelten kann.

564. Aus dem Gesagten geht hervor, dass sich Multipay vorsätzlich dazu entschieden hat, die Konkurrenten der Card Solutions zu behindern und eine Kartellrechtsverletzung zumindest eventualvorsätzlich in Kauf genommen hat. Das Erfordernis der subjektiven Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist damit erfüllt.

565. Die Parteien kritisieren in ihrer Stellungnahme, der Sorgfaltsmasstab der Weko führe zu einer unzulässigen, verschuldensunabhängigen Strafbarkeit. Für den Vorwurf eines eventualvorsätzlichen Handelns würden die Anhaltspunkte fehlen. Das Sekretariat habe zugestanden, dass eine Verweigerung vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase zulässig sei, so dass nicht auf ein eventualvorsätzliches Verhalten geschlossen werden könne. Auch der Hinweis auf den Microsoft-Fall sei nicht hilfreich, da sich dieser massgeblich vom vorliegenden Fall unterscheiden würde.

566. Die Kritik der Parteien ist zurückzuweisen. Die Vorwerfbarkeit wurde oben in Übereinstimmung mit der durch das Bundesverwaltungsgericht geschützten ständigen Praxis der Weko geprüft und bejaht. Im Gegensatz zu anderen Fällen konnte im vorliegenden Fall zudem aufgezeigt werden, dass das Verhalten auf einem bewussten Entscheid auf Stufe der Geschäftsleitung basierte. Auf das „Zugeständnis“ des Sekretariates, dass eine Verweigerung vor Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase zulässig sei, wird ausführlich in Rz. 430 ff. eingegangen, worauf verwiesen wird. Für die Ausführungen zur „Nicht-Vergleichbarkeit“ mit dem Fall Microsoft kann weiter auf die Rz. 553 verwiesen werden.

---

<sup>556</sup> RPW 2004/4, S. 1014, Rz. 57 ff.

<sup>557</sup> RPW 2006/1, S. 95, Rz. 243.

<sup>558</sup> Act. n° 103, Beilage 19e.

<sup>559</sup> Act. n° 103, Beilage 19f.

#### B.4.4 Bemessung

567. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Massgebend sind dabei die drei dem Entscheid der Weko vorangehenden Geschäftsjahre und nicht etwa die drei Geschäftsjahre vor der Untersuchungsöffnung oder vor der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens.<sup>560</sup>

568. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

##### B.4.4.1 Maximalsanktion

569. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>561</sup> finden analoge Anwendung.

570. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 lit. a–d VKU). Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind.

571. Während der Zeitdauer der missbräuchlichen Verhaltensweise gehörte Multipay zur Telekurs Holding. Im Jahr 2007 erfolgte der Zusammenschluss der SWX Group, SIS Group und Telekurs Holding zur heutigen SIX Gruppe.<sup>562</sup> Mit der Einbindung der Telekurs Holding, einschliesslich der Tochtergesellschaft Multipay in die SIX Gruppe ist neben den Aktiven und Passiven auch die Verantwortlichkeit für Verstösse gegen das Kartellgesetz auf die SIX Gruppe übergegangen. Es ist daher zulässig, für die Berechnung der Maximalsanktion auf den Gesamtumsatz der SIX Gruppe in den letzten 3 Geschäftsjahren abzustellen.<sup>563</sup>

572. Der Gesamtumsatz der SIX Gruppe in der Schweiz betrug im Jahr 2007 CHF [800–900] Mio., im Jahr 2008 1'348 Mio. und im Jahr 2009 1'253 Mio.<sup>564</sup>

---

<sup>560</sup> Vgl. REINERT (FN 288), Art. 49a N 10; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 49a N 48; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss., Zürich 2007, S. 229.

<sup>561</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

<sup>562</sup> Vgl. RPW 2007/4, S. 557 ff.

<sup>563</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 24. September 2009, Erste Bank (C-125/07 P), Rz. 76 ff. und EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich (T-259/02), Rz. 323 ff.

<sup>564</sup> Act. n° 201, die Zahlen für die Jahre 2008 und 2009 sind auch aus dem Geschäftsbericht 2009 der SIX Group ersichtlich ([www.six-group.com/download/publications/annual\\_reports/2009/six\\_group\\_annual\\_report\\_2009\\_de.pdf](http://www.six-group.com/download/publications/annual_reports/2009/six_group_annual_report_2009_de.pdf); 29.11.2010). Dabei gilt es zu beachten, dass die Zahl für das Jahr 2007 deshalb wesentlich tiefer ausfällt, weil in diesem Jahr der Zusammenschluss von SWX Group, Telekurs Group und SIS Group stattgefunden hat und daher nur der Umsatz der SWX Group als Käuferin aus den Akten hervorgeht. Dies ist im vorliegenden Fall allerdings nicht problematisch, da die Obergrenze des Basisbetrags viel tiefer als die auf diese Weise berechnete Maximalsanktion ist.

573. Der kumulierte Gesamtumsatz der SIX Gruppe für die letzten 3 Geschäftsjahre beträgt CHF [3'400–3'500] Mio. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf CHF [340–350] Mio.

#### **B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung**

574. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die SVKG<sup>565</sup> geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

##### **B.4.4.2.1 Basisbetrag**

575. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

##### **B.4.4.2.1.1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)**

576. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

577. Im vorliegenden Fall wurde eine marktbeherrschende Stellung der Multipay auf diversen Acquiringmärkten festgestellt (vgl. Rz. 249). Diese marktbeherrschende Stellung wurde dadurch missbraucht, dass Konkurrenten der Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert wurden und die Wahlfreiheit der Händler auf diesem Markt eingeschränkt wurde. Von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist daher der Terminalmarkt, so dass für die Berechnung der Obergrenze des Basisbetrags der Umsatz der Card Solutions auf dem Terminalmarkt massgebend ist.<sup>566</sup>

578. Die Card Solutions hat auf dem Terminalmarkt in den letzten drei Geschäftsjahren folgende Umsätze erzielt: im Jahr 2007 CHF [40–50] Mio., im Jahr 2008 CHF [40–50] Mio. und im Jahr 2009 CHF [40–50] Mio. Daraus ergibt sich einen kumulierten Umsatz für die letzten drei Geschäftsjahre von CHF [120–150] Mio. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10% dieses Umsatzes, im vorliegenden Fall somit CHF [12–15] Mio.

579. Im Rahmen der Stellungnahme haben die Parteien eine falsche Bussgeldberechnung geltend gemacht, da in den oben verwendeten Umsätzen auch Umsätze mit „Wartung, Projekten und Services“ enthalten sind. Die Parteien bringen vor, aufgrund des Antrages stehe fest, dass die Behörde nur die Umsätze mit dem *Verkauf* von ep2-zertifizierten POS-Terminals als relevante erachte. Bei der Berechnung des Basisbetrags seien daher folgende Verkaufserlöse mit ep2-zertifizierten Terminals zu berücksichtigen: im Jahr 2007 CHF [20–30] Mio., im Jahr 2008 [20–30] Mio. und im Jahr 2009 CHF [20–30] Mio. Dies ergebe einen Gesamtumsatz von CHF [60–90] Mio. für die letzten drei Geschäftsjahre. Die Obergrenze des Basisbetrags würde in diesem Fall CHF [6–9] Mio. betragen.

580. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass im vorliegenden Entscheid ein Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals abgegrenzt wurde. Eine Einschränkung auf den *Verkauf* solcher

---

<sup>565</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

<sup>566</sup> Vgl. TAGMANN (FN 560), S. 220.

Terminals findet sich an keiner Stelle. Trotzdem ist den Parteien zugutezuhalten, dass ihr Einwand eine gewisse Berechtigung hat. Die Frage, welche in diesem Zusammenhang zu klären ist, besteht darin, ob für den Bereich „Wartung, Projekte und Services“ ein eigener relevanter Markt abgegrenzt werden kann, ein sogenannter „Aftermarket“ (auch „Secondary Market“ bzw. „Sekundärmarkt“).<sup>567</sup> Solche Aftermarkets beinhalten generell komplementäre Produkte oder Dienstleistungen, welche im Anschluss an den Kauf eines Primärproduktes nachgefragt werden. Als Standardbeispiele können Ersatzteile für langlebige Konsumgüter oder auch Software-Updates im IT-Produkte angeführt werden. Typischerweise sind Aftermarkets in Fällen zu finden, in denen das Sekundärprodukt nur in Verbindung mit einem spezifischen Primärprodukt verwendet werden kann, obwohl für das Primärprodukt Substitutionsmöglichkeiten vorhanden sind.

581. Zum heutigen Zeitpunkt stellt sich die Situation so dar, dass bei der Card Solutions die sekundären Dienstleistungen in „Servicepakete für Zahlkartenterminals“ integriert sind.<sup>568</sup> Dabei hat der Kunde die Wahl zwischen zwei Servicepaketen für die Aktivierung des Terminals, eines mit und eines ohne Installation und Inbetriebnahme vor Ort. Für den Terminalbetrieb werden vier unterschiedliche Servicepakete angeboten. Das einfachste Servicepaket umfasst die Elemente Systembetrieb, Gratishotline, Transaktionsjournal, Software-Aktualisierung und Sicherheitsspeicher. Bei den weiteren Servicepaketen kommen die Störungsbeseitigung per Post bzw. vor Ort, jährliche Inspektion und Wartung vor Ort sowie eine „Vollkasko“ (Reparatur oder Ersatz defekter Geräte unabhängig von der Ursache) dazu. Aus dem Terminalkaufvertrag der Card Solutions geht hervor, dass die Servicepakete obligatorisch sind. Ziff. 3 der AGB für den Kaufvertrag lautet:

582. „Um die Inbetriebnahme sowie die Aufrechterhaltung des Betriebs eines Geräts sicherzustellen, hat der Vertragspartner zwingend die entsprechenden Servicepakete auszuwählen. Ohne vereinbarte Servicepakete kann das entsprechende Gerät nicht in Betrieb genommen werden bzw. wird ausser Betrieb gesetzt. Eine Wiederinbetriebnahme ist nur möglich, sofern die erforderlichen Servicepakete vereinbart sind. Servicepakete für die Inbetriebnahme von Geräten werden im Kaufvertrag vom Vertragspartner bestimmt. Die Leistungen der Servicepakete sind nachfolgend beschrieben (Ziffer 4.1 bis 4.5). Servicepakete für die Aufrechterhaltung des Betriebs sind Bestandteil eines separaten Servicevertrags.“<sup>569</sup>

583. Im entsprechenden Servicevertrag der Card Solutions wird festgehalten: „Für die Aufrechterhaltung des Betriebs eines jeden Terminals ist ein Servicevertrag zwingend notwendig. Ohne laufenden Servicevertrag wird das betroffene Terminal ausser Betrieb gesetzt.“<sup>570</sup> Heute besteht somit eine Pflicht für den Käufer eines Terminals, auch die Servicepakete der Card Solutions zu beziehen. Die Pakete für die Inbetriebnahme des Terminals sind sogar Bestandteil des eigentlichen Kaufvertrages. Der Konnex zwischen dem Terminal und den damit verbundenen Dienstleistungen erscheint damit als derart ausgeprägt, dass es sehr fraglich erscheint, ob zum heutigen Zeitpunkt von einem eigenständigen Markt für Servicedienstleistungen ausgegangen werden könnte. Es scheint eher ein sog. „Systemmarkt“ vor-

---

<sup>567</sup> Vgl. ausführlich Discussion Paper zu Art. 82 EGV (FN 192), S. 68 ff.; vgl. auch REINERT/BLOCH (FN 268), Art. 4 Abs. 2 N 176.

<sup>568</sup> Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen die „Servicebroschüre“ der Card Solutions, [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0130\\_Servicepakete%20Zahlterminals%20\(2\).pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0130_Servicepakete%20Zahlterminals%20(2).pdf) (29.11.2010) sowie die Informationen auf der Website der Card Solutions zu ihren Services und Dienstleistungen.

<sup>569</sup> Vgl. Kaufvertrag inkl. AGB der Card Solutions unter [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0134\\_Kaufvertrag\\_int.pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0134_Kaufvertrag_int.pdf) (29.11.2010).

<sup>570</sup> Vgl. Servicevertrag inkl. AGB der Card Solutions unter [www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0140\\_Servicevertrag\\_int\[1\].pdf](http://www.six-card-solutions.com/DE/Downloadcenter/W0140_Servicevertrag_int[1].pdf) (vgl. insbesondere auch Ziff. 2 der AGB; 29.11.2010).

zuliegen, d.h. ein Markt für ein zusammengesetztes Produkt bestehend aus ep2-POS-Terminals und den damit verbundenen Servicedienstleistungen.<sup>571</sup>

584. Während der massgeblichen Periode in den Jahren 2005 und 2006 haben die Terminalkaufverträge noch keine obligatorischen Servicepakete vorgesehen. Die Parteien machen geltend<sup>572</sup>, nur eine geringe Anzahl Händler schliesse gleichzeitig mit dem Terminalvertrag auch einen Wartungsvertrag ab (2007: [20–30]%; 2008: [10–20]%; 2009: [10–20]%). Zudem seien verschiedene Drittfirmen auf dem Markt tätig, welche auf die Erbringung von Wartungsdienstleistungen spezialisiert seien. Als Beispiele werden die Firma ITRIS Maintenance GmbH, welche die Wartungsdienstleistungen für sämtliche Migros-Filialen erbringe, IBM und uniQservice erwähnt, welche Wartungsdienstleistungen markenübergreifend anbieten würden.<sup>573</sup> In der Eingabe vom 11. November 2010 verlangen die Parteien, sofern die Umsätze mit den Servicedienstleistungen berücksichtigt werden sollen, müssten weitere Sachverhaltsabklärungen erfolgen.

585. Entgegen der Auffassung der Parteien hat gerade das Hearing die noch offenen Fragen zu dieser Frage ausgeräumt. Es ist vorab festzuhalten, dass gewisse Services auch in den Jahren 2005 und 2006 nur durch den Terminallieferanten erbracht werden konnten, so dass die dazugehörigen Umsätze bei der Berechnung einzubeziehen sind. Es sind dies beispielsweise die Umsätze welche mit der Inbetriebnahme des Terminals verbunden sind (CHF 50.-- bei einer Zustellung des Terminals per Post und eigenständiger Inbetriebnahme bzw. CHF 280.-- bei einer Inbetriebnahme und Produktschulung vor Ort durch die Card Solutions) oder die durch die Inanspruchnahme der Hotline-Dienste, welche den „Vertragspartner in der Gerätebedienung sowie bei technischen Abklärungen von Störungen und deren Behebung“ unterstützt<sup>574</sup> (CHF 90.--/Jahr).<sup>575</sup>

586. Diese Services finden sich auch direkt im Terminalkaufvertrag von Card Solutions in der von den Parteien eingereichten Version 06/2005.<sup>576</sup> In den AGB zu diesem Vertrag wird in Ziff. 9 festgehalten, dass ansonsten bei der Hotline erhöhte Gebühren anfallen.<sup>577</sup> Der Terminalkaufvertrag sieht auch vor, dass der Käufer mit seiner Unterschrift bestätigt, „die allgemeinen Vertragsbedingungen für Terminalkäufe und Terminal-Wartungsdienstleistungen erhalten und gelesen zu haben sowie damit einverstanden zu sein.“ Umgekehrt findet sich in den allgemeinen Vertragsbedingungen für Terminal-Wartungsdienstleistungen die Ziff. 2, welche festhält: „Die Preise für Hotline- und Wartungsdienstleistungen sind im Kaufvertrag geregelt“.<sup>578</sup> Diese Elemente zeigen auf, dass bereits in den Jahren 2005 und 2006 ein starker Konnex zwischen Terminalkauf und den damit verbundenen Dienstleistungen bestand.

587. Dem Argument der Parteien, nur eine Minderheit der Kunden habe einen Wartungsvertrag abgeschlossen (Wartung vor Ort: Montag–Sonntag, innert 48 Stunden; Wartung im Postversand: Rücksendung innert 48 Stunden nach Eingang des Pakets), kann entgegen gehalten werden, dass die Umsätze mit Wartungsdienstleistungen keinen Wartungsvertrag

---

<sup>571</sup> Vgl. RPW 1999/2, S. 251 ff., Rz. 26 ff.; REKO/WEF, in: 2000/4, S. 737 E. 5.3; RPW 2003/4, S. 735 ff., Rz. 15 ff.; vgl. auch REINERT/BLOCH (FN 268), Art. 4 Abs. 2 N 175 ff.

<sup>572</sup> Vgl. act. n° 250.

<sup>573</sup> Beispielsweise die Firma uniQservice AG, [www.uniqservice.ch](http://www.uniqservice.ch) (29.11.2010).

<sup>574</sup> Beschreibung der Dienstleistung auf der Homepage von Card Solutions in der Version vom 31. Dezember 2005 (<http://web.archive.org/web/20051214080457/www.telekurs-card-solutions.com/services.asp>; 29.11.2010).

<sup>575</sup> Vgl. Preisliste von Card Solutions in der Version vom 1. August 2005, [http://web.archive.org/web/20051231205033/www.telekurs-card-solutions.com/download/pricelist\\_terminal\\_de.pdf](http://web.archive.org/web/20051231205033/www.telekurs-card-solutions.com/download/pricelist_terminal_de.pdf) (29.11.2010).

<sup>576</sup> Act. n° 250, Beilage 1.

<sup>577</sup> Act. n° 250, Beilage 2.

<sup>578</sup> Act. n° 250, Beilage 4.

bedingen. Verzichtete ein Händler auf den gleichzeitigen Abschluss eines Wartungsvertrages, so wurden ihm „Reparaturen im Postversand oder Einsätze vor Ort wie Behebung von Störungen, Nachschulungen oder Installationsprüfungen [...] nach Aufwand gemäss der jeweils gültigen Preisliste in Rechnung gestellt“. Auch diese Umsätze von Card Solutions sind direkt mit den verkauften Terminals verbunden.

588. Die Parteien bringen weiter vor, dass die Wartungsdienstleistungen auch durch unabhängige Dritte (ITRIS, uniQservice) erbracht würden. Die Anhörungen haben jedoch aufgezeigt, dass grundsätzlich jeder Terminallieferant diese Dienstleistungen für seine Terminals (und nur für seine Terminals) erbringt.

- Auszug aus der Anhörung von Herrn Fillistorf:

**Präsident** SIX nous indique qu'il y a un marché un peu distinct de la vente de terminaux ce sont les services liés à ces terminaux. On parle de «*Wartung*», le «*suivi*» et d'autres services voire même des projets de développement j'imagine avec des grands clients. Comment est-ce que vous appréciez cela? Est-ce que vous voyez un lien entre les terminaux et ce service ? Est-ce qu'on peut dissocier les deux ? Quelle est votre appréciation?

Jeronimo vend son terminal, ensuite il y a un service à faire s'il tombe en panne, il faut remplacer le terminal, enfin il y a différents services d'entretien largement à fournir. Est-ce que vous voyez un lien entre la vente du terminal et ces différents services qui sont fournis? Est-ce que vous les dissociez?

**Fillistorf :** Non, en ce sens qu'à mon avis c'est complètement lié. Dans le sens où la vie du terminal ne peut pas avoir lieu correctement s'il n'y a pas un suivi régulier. Il faut, par exemple, mettre à jour le logiciel de terminal régulièrement pour des nouvelles versions des P2 ou des corrections etc. On doit être capable d'intervenir soit à distance soit physiquement sur le terminal. Les commerçants, aujourd'hui, ont des exigences très élevées en terme de service de ces terminaux. Le terminal est presque plus important que la caisse enregistreuse. Si la caisse enregistreuse tombe en panne pendant deux heures ou pendant une journée, ils ont souvent un bloc, ils peuvent faire des factures – je parle de petits commerces – et ils vont pouvoir s'en sortir. S'il le terminal tombe en panne, c'est toute une partie des transactions qu'ils ne peuvent plus accepter. Et donc la pression sur le fournisseur de terminal est élevée pour que les temps de réaction soient très courts, que le terminal redémarre correctement très rapidement. Il y a 10 ans ou 15 ans, le commerçant envoyait volontiers son terminal par Poste, il attendait quelques jours, le temps qu'on le lui renvoie, il vivait quelques jours sans terminal. Aujourd'hui c'est plus du tout accepté. Il n'est plus possible...

Le niveau d'exigence est élevé comme le niveau de service. On a des Host qui gèrent les terminaux et les transactions sur ces terminaux. On doit être capable en tout temps de réagir, de mettre à jour etc... Donc c'est intimement lié.

**Präsident :** Vous, Jeronimo vend des terminaux et offre ces services?

**Fillistorf :** Absolument

**Präsident :** Vous avez des concurrents spécifiques pour ces services que vous offrez pour vos propres terminaux?

**Fillistorf :** Chaque fournisseur de terminal offre ce service pour ses terminaux.

**Präsident :** Vous, si vous vendez 10'000 terminaux Jeronimo sur quel pourcentage vous allez assurer le service? 10000 ? 8000 ? 5000 seulement?

**Fillistorf :** Sur le 100% des terminaux

**Präsident :** 100%. Ca c'est quelque chose qui est usuel sur le marché ? ou est-ce spécifique à Jeronimo?

**Fillistorf :** C'est usuel. Il y a des discussions pour qu'un acteur puisse s'occuper de faire la maintenance pour plusieurs terminaux, mais à ma connaissance c'est pas quelque chose qui a pris de l'ampleur. Parfois, à Zermatt ou dans certaines stations, certains endroits dans les Grisons qui pour nous étaient difficiles d'accès, on a des gens sur place qui peuvent être des acteurs locaux, un électricien etc...qui peuvent faire les premiers secours sur le terminal et qui a ensuite une certaine habitude pour débloquer les situations pour nous éviter d'intervenir trop loin. C'est pas la gestion complète d'un parc de terminaux. C'est intimement lié au terminal, parce qu'il y a des

spécificités qui sont liées au hardware et au software qui a été développé.

- Auszug aus der Anhörung der Parteien:

**Präsident :** Ist diese Dienstleistung [Wartungsdienstleistung] nicht eine unmittelbare Folge des Terminalverkaufs? Man kauft doch das Terminal und dann kommt die Dienstleistung?

**Vertreter Card Solutions (VCS) :** Wenn Sie davon ausgehen würden, dass das alles Wartungsarbeiten/Wartungsverträge sind, dann ja. Also wenn ich ein Terminal kaufe und dann auch gleichzeitig einen Wartungsvertrag abschliessen würde. Dem ist aber nicht so. Sondern es ist so, dass sehr viele sagen: Das Terminal ist so stabil, da brauche ich gar keinen Wartungsvertrag. Sie sagen: Ich bezahle die Reparatur. Darin sind die Reparaturen, die wir für die Händler ausführen und dann geben wir das Terminal wieder zurück. Da drin sind auch die Installationsarbeiten. Wir nehmen beim Händler die Installation des Terminals vor. Deshalb ist die Wartung ein Teil. Wir haben Abklärungen gemacht. Das sind etwa [15–25]%, die direkt mit dem Terminal verbunden werden.

[...]

**Präsident :** Card Solutions erbringt diese Dienstleistungen?

**VCS :** Auch.

**Präsident :** Machen Sie das nur für Ihre Terminals?

**VCS :** Ja.

**Präsident :** Oder auch für andere?

**VCS :** Nein, nur für unsere. Die anderen machen es für unsere und auch andere Terminals.

**Präsident :** Aber Sie machen das nur für Ihre Terminals?

**VCS :** Ja, sonst wäre es zu viel Aufwand für uns.

**Präsident :** Wieso ist das?

**VCS :** Dann müssten wir alle andere Terminals kennen. Wir sind kein Wartungsunternehmen, wir sind Terminalverkäufer.

**VCS :** Es sind spezialisierte Unternehmen, die nichts anderes oder die sich primär darauf ausrichten, diese Maschinen zu warten. Itris oder uniQservice. Itris z.B. übernimmt sämtliche Migros-Filialen und sorgt für die Wartung dieser Geräte, obwohl Apparate von SIX Card Solutions drin stehen.

**Präsident :** Warum kennen dann diese Unternehmen Ihre Terminals?

**VCS :** Weil wir auch Terminals kaufen. Wir produzieren ja nicht selber. Z.B. kaufen wir von Atos. Wenn es ein Softwarefehler ist, dann kommt das Gerät sowieso zu uns. Dann muss das Terminal auch nicht getauscht werden. Wir machen dann die Erneuerung der Software sofort.

**Präsident :** Das machen Sie selbst?

**VCS :** Ja.

**CEO Card Solutions** Für Software haben wir auch keine Wartungsverträge. Wir haben nur Wartungsverträge für Hardware. Software müssen wir selber erledigen. Wir liefern Software aus, die funktioniert. Wir können dann nicht einen Wartungsvertrag machen und sagen: Wenn Ihr Fehler anbaut, dann könntet Ihr nochmals bezahlen. Software wird bei uns immer ohne Wartungsvertrag gemacht.

[...]

**CEO Card Solutions** Es kommt dann noch etwas dazu: Die grossen Kunden, Herr Mamane hat das z.B. bei Itris für Migros erklärt, diese wollen einen Support aus einer Hand. Nicht nur für die Terminals, sondern auch für die Kassen, Wagen, Infrastruktur usw. Das sind spezialisierte Firmen. Das wollen wir nicht und können wir nicht. Unsere Installateure oder unsere Techniker, sie gehen zum Installieren, wenn das gewünscht wird und wenn es einen Wartungsvertrag gibt, dann gehen sie auch das Terminal abholen. Heute kann man die Terminals nicht mehr reparieren, weil sie aus Sicherheitsgründen sozusagen selbsterstörerisch sind. Wir müssen sie immer an den Hersteller einschicken. Das kann man gar nicht mehr reparieren. Sobald irgendetwas passiert, verlieren die Terminals die Schlüssel und sind unbrauchbar, damit kein Betrug gemacht werden kann. Das kann nur der Hersteller wiederherstellen.

**Präsident :** Was können die anderen Anbieter machen? Die echte Wartung können sie bei [15–25]% der Geräte nicht machen und Software auch nicht. Was können sie dann sonst eigentlich machen?

**VCS :** Wichtig ist, dass sie einen Wartungsvertrag haben. Dort steht, in welcher Zeit das Terminal ersetzt wird. Das ist das Thema. Sie wollen ja am Checkout bezahlen können. Sonst ist die Kasseninfrastruktur nicht mehr oder nur beschränkt mit Bargeld verfügbar. Es geht also darum, wie schnell man ein neues Terminal bekommt und es wird ein Austausch gemacht und man nimmt das Terminal zurück und es wird geschaut, woran das Problem liegt. Das ist das, was der Wartungspartner macht. Wenn es ein Hardware-Problem ist, dann muss das Terminal zurückgeschickt werden.

**Präsident :** Was ist die eigentliche Leistung?

**VCS:** Die eigentliche Leistung ist, das Terminal rechtzeitig zu ersetzen.

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

590. Selbst wenn entgegen den obigen Ausführungen von einem eigenständigen Aftermarket ausgegangen würde, so würde daraus nicht folgen, dass die entsprechenden Umsätze der Card Solutions bei der Sanktionierung nicht zu berücksichtigen wären. Es wäre vielmehr so, dass ein solcher Markt als ebenfalls von der Behinderung betroffener relevanter Markt betrachtet werden müsste. Da grundsätzlich jeder Terminalhersteller diese Dienstleistungen für seine eigenen Terminals erbringt, gehen ihm mit jedem Terminal, welches an einen anderen Terminalanbieter verkauft werden, Umsätze aus den mit diesem Terminal verbundenen Dienstleistungen verloren. Daraus folgt, dass eine Behinderung beim Terminalverkauf auch eine Behinderung auf dem Aftermarket zur Folge hat. Dies lässt sich beispielsweise mit einer internen Präsentation von Multipay vom 13. Juli 2006 belegen, welche den Verkauf von Card Solutions Terminals inklusive DCC durch Agenturen (insbesondere Jeronimo) zum Gegenstand hatte.<sup>579</sup> In dieser Präsentation hielt Multipay fest, dass ein Verkauf von Card Solutions-Terminals für Jeronimo nur dann interessant sei, wenn die Ausfälle bei den Wartungserträgen kompensiert werden könnten. Dabei hatte Multipay konkrete Berechnungen angestellt, welcher Ertragsausfall bei Jeronimo zu erwarten wäre. Diese Berechnung zeigt eine klare Zuweisung der Wartungserträge zu den verkauften Terminals auf und macht deutlich, dass die Terminalhersteller diese Erträge fest einkalkulieren.

591. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Sanktionsberechnung von einer Obergrenze des Basisbetrags von CHF [12–15] Mio. ausgegangen wird.

#### **B.4.4.2.1.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses**

592. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.<sup>580</sup> Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

593. Die Erläuterungen zur SVKG halten fest, dass sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen soll. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorgehensweise im Zusammenhang mit den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, bestätigt, hingegen bezüglich Art. 7 KG darauf hingewiesen, dass bezüglich der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände die gesamte Bandbreite von 0–10% des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden.<sup>581</sup>

---

<sup>579</sup> Act. n° 103, Beilage 20m.

<sup>580</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 2 f.

<sup>581</sup> BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. (B2977/2007), E. 8.3.4.

594. Im vorliegenden Fall handelt es sich von der Art her nicht um einen leichten Verstoss gegen das Kartellgesetz. Es ist vielmehr ein Musterfall von „Leverage“, indem die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung dazu genutzt hat, den Terminals ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Von der Behinderung war auch nicht nur ein einziger, sondern alle Konkurrenten der Card Solutions betroffen. Dabei hat es sich um einen bewussten und strategischen Entscheid von Multipay/Card Solutions gehandelt. Schliesslich ist die Behinderung in einer besonders wichtigen Marktphase erfolgt, so dass sie ganz erhebliche Folgen für die Wettbewerber der Card Solutions gezeitigt und die Marktentwicklung massgeblich beeinflusst hat. Gleichzeitig wurde auch die Wahlfreiheit der Multipay-Händler eingeschränkt und die technische Entwicklung auf dem Terminalmarkt gebremst. Eine Sanktion im unteren Drittel der Bandbreite von 0–10% ist ausgeschlossen.

595. Die Verhaltensweise von Multipay hat jedoch nicht dazu geführt, dass die Terminals von Konkurrenten der Card Solutions für Multipay-Händler generell ausgeschlossen waren. Ein gewisser Restwettbewerb bezüglich Multipay-Händlern, welche nicht an der DCC-Funktion interessiert waren, blieb bestehen. Da die Behinderung nach einem Jahr und 5 Monaten aufgegeben wurde, hat sie zu keinen Marktaustritten auf dem Terminalmarkt geführt. Eine Ansiedlung der Sanktion im oberen Drittel der Bandbreite von 0–10% erscheint daher nicht angezeigt.

596. Unter Berücksichtigung der oben genannten Elemente sowie in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalles, wird der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer qualifiziert. Der Basisbetrag wird in der Mitte des mittleren Drittels auf 5% des kumulierten Umsatzes der letzten drei Jahre auf dem relevanten Markt festgesetzt.<sup>582</sup> Dies ergibt einen Basisbetrag von CHF [6–7.5] Mio.

#### **B.4.4.2 Dauer des Verstosses**

597. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich.<sup>583</sup>

598. Im vorliegenden Fall hat der Verstoss 1 Jahr und 5 Monate gedauert. Er ist damit nicht mehr als kurzer Verstoss von weniger als einem Jahr zu qualifizieren, sondern es ist eine Erhöhung des Basisbetrages vorzunehmen. Der Verstoss hat zwar einerseits die Dauer von einem Jahr nur um 5 Monate überschritten, andererseits ist er zu einem besonders sensiblen Zeitpunkt erfolgt, da insbesondere in den Jahren 2005 und 2006 der Ersatz alter Terminals durch neue ep2-Geräte erfolgt ist. Ein Zuschlag von 10% erscheint daher als angemessen.

599. Der Basisbetrag ist aufgrund der Dauer des Verstosses um 10% zu erhöhen, was CHF [600'000–750'000.--] entspricht.

#### **B.4.4.3 Erschwerende und mildernde Umstände**

600. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

---

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

<sup>583</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

#### B.4.4.2.3.1 Mutmasslicher Gewinn

601. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG Rechnung zu tragen.<sup>584</sup>

602. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoß gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

603. Im vorliegenden Fall geht es nicht um einen Ausbeutungsmisbrauch, sondern um eine nicht-preisliche Behinderungspraktik, welche die Verdrängung der Wettbewerber beabsichtigt und erst nach erfolgter Verdrängung die Möglichkeit eröffnet, Monopolrenten abzuschöpfen. Es ist daher nicht von einem besonders hohen Gewinn auszugehen, so dass sich weitere Gewinnberechnungen oder -schätzungen erübrigen.

604. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, bei der Sanktionsbemessung müsse auch das Element einfließen, wenn ein Gewinn sehr gering ausfalle. Im vorliegenden Fall sei der Ertrag aus dem Verkauf von POS-Terminals während der als relevant erachteten Zeitperiode sehr gering. Das Sekretariat hätte die notwendigen Abklärungen treffen müssen und dann erkennen können, dass das Unternehmensergebnis (nach Abzug der Serviceleistungen, Wartungen, etc.) für diese Zeitperiode ca. CHF [1–2] Mio. betrage. Würde der Gewinn auf den gemäss Parteien einzig relevanten [1'000–2'000] Terminals berechnet, so betrage dieser lediglich CHF [100'000–200'000.--]. Ausgehend von der im Antrag berechneten Busse von rund CHF 7 Mio. würde der entstandene Gewinn [50–100]-fach abgeschöpft. Dies sei willkürlich und verfassungswidrig.

605. Es wurde oben bereits dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn bei nicht-preislichen Behinderungspraktiken kein geeignetes Kriterium darstellt, um die Sanktion zu mindern. Zudem berücksichtigt die Gewinnberechnung der Parteien nur die [1'000–2'000] Terminals, bei welchen sich eine Wettbewerbsbeseitigung realisiert hat. Dies wird dem tatsächlichen Behinderungspotenzial der Verhaltensweise nicht gerecht. Von der Behinderung waren während der massgebenden Zeitperiode rund [10'000–15'000] Terminals betroffen. Zudem hatte die Verhaltensweise aus damaliger Sicht das Potenzial, den Wettbewerb auf längere Sicht zu behindern, da die Änderung des Verhaltens nicht absehbar war. Dass die Verhaltensweise aufgegeben wurde und damit nur eine beschränkte Wirkung zeitigte, wurde bereits im Rahmen der Festsetzung des Basisbetrags berücksichtigt, bei welchem es aufgrund der Stellungnahme der Parteien zu einer nochmaligen Senkung gekommen ist. Für eine weitere Senkung aufgrund des gleichen Umstandes unter dem Titel der Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns besteht daher kein Raum.

606. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Sanktionen für ein Unternehmen spürbar sein müssen und eine abschreckende Wirkung zu entfalten haben.<sup>585</sup> Der mutmassliche Gewinn stellt nur eines von verschiedenen Bemessungskriterien dar<sup>586</sup> und bildet keinesfalls eine „Obergrenze“ bei der Sanktionsberechnung.<sup>587</sup> Es ist vielmehr aus Präventionsgründen dafür zu sorgen, dass *mindestens* der mutmassliche Gewinn abgeschöpft wird.

---

<sup>584</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4.

<sup>585</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz. 240.

<sup>586</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 665, Rz. 265.

<sup>587</sup> Dies geht auch aus der Rechtsprechung des BVGer hervor, welche im Fall Publigroupe eine Busse von CHF 2.5 Mio. nicht beanstandet hat, obwohl der (schwer zu bestimmende) Gewinn von

607. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Sanktionsminderung aufgrund des mutmasslichen Gewinns nicht angezeigt und der Verzicht auf eine Senkung weder willkürlich noch verfassungswidrig ist.

#### **B.4.4.2.3.2 Einvernehmliche Regelung**

608. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

609. Im vorliegenden Fall wurden zwar Verhandlungen geführt, es ist aber nicht zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gekommen. Eine Sanktionsmilderung unter diesem Titel scheidet daher aus.

#### **B.4.4.2.3.3 Weitere erschwerende und mildernde Umstände**

610. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen<sup>588</sup>.

611. In casu sind keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG ersichtlich.

612. Art. 6 Abs. 1 SVKG nennt als Milderungsgrund den Umstand, dass das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet. Da das Sekretariat aber vor der Eröffnung einer Vorabklärung gar keine Eingriffe vornehmen kann, ist dieser Milderungsgrund so auszulegen, dass eine Milderung dann in Frage kommt, wenn das Unternehmen nach dem ersten Eingreifen des Sekretariates nach Mitteilung der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG die Wettbewerbsbeschränkung beendet.<sup>589</sup> Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Das erste Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erfolgte mit der Eröffnung der Vorabklärung vom 20. Juli 2006. Die Multipay stellte ihre Verhaltensweise allerdings nicht sofort ein, sondern dies geschah erst rund 4 Monate später am 8. Dezember 2006, nachdem diverse Untersuchungshandlungen des Sekretariates erfolgt waren.

613. Aus den obigen Erläuterungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall keine erschwerenden und mildernden Umstände gemäss den Art. 5 und Art. 6 SVKG vorliegen.

#### **B.4.5 Ergebnis**

614. Zusammenfassend ergibt sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktionsberechnung:

---

Publigroupe durch die Behinderung „kaum markante Veränderungen erfahren haben dürfte“, vgl. BVGer, Urteil vom 27. April 2010, Publigroupe gg. Weko i.S. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (B2977/2007), E. 8.3.7.

<sup>588</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.

<sup>589</sup> Vgl. TAGMANN (FN 560), S. 273.

**Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung**

Bestandteil	Berechnung	CHF
Gesamtumsatz in der Schweiz	SIX Group	[3'400–3'500] Mio.
Maximalhöhe der Sanktion (Art.49a Abs. 1 KG, 7 SVKG)	10% des Gesamtumsatzes	[340–350] Mio.
Umsatz auf dem relevanten Markt	Terminalmarkt (ep2-Terminals inkl. „Wartung, Services, Projekte“)	[120–130] Mio.
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10% des Umsatzes auf dem relevanten Markt	[12–15] Mio.
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses. Basisbetrag (Art. 3 SVKG):	5% der Obergrenze Basisbetrag	[6-7.5] Mio.
Dauer	+ 10% des Basisbetrags	[600'000-750'000.--]
Mutmasslicher Gewinn (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG):	+/- 0% des Basisbetrags	
Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG):	+/- 0% des Basisbetrags	
<b>Total:</b>		<b>7'029'000</b>

615. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die Weko eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 7'029'000.-- als dem Verstoss von Multipay/Card Solutions gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

## C Kosten

616. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

617. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 lit. b und c e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

618. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.--. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

619. Die aufgewendete Zeit für die vorliegende Untersuchung beträgt 1096 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 50 Stunden ein Stundenansatz von CHF 120.--, für 45 Stunden von CHF 130.-- (Praktikanten); für 945 Stunden von CHF 200.-- (wissenschaftliche Mitarbeiter); für 36 Stunden von CHF 250.-- und für 20 Stunden von CHF 290.-- (Direktionsstufe). Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 215'650.--

620. Die Gebühren werden der SIX Group als materielle Verfahrensadressatin auferlegt.

## **D Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Weko:

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

### **Wettbewerbskommission**

Prof. Vincent Martenet  
Präsident

Dr. Rafael Corazza  
Direktor