



---

Abteilung II  
B-831/2011

## Urteil vom 18. Dezember 2018

---

Besetzung

Richterinnen und Richter  
Stephan Breitenmoser (Vorsitz), Marc Steiner,  
Vera Marantelli, Maria Amgwerd, Pascal Richard;  
Gerichtsschreiber Ralf Straub.

---

Parteien

1. **Six Group AG**,  
Selnaustrasse 30, 8001 Zürich,  
2. **SIX Payment Services AG**,  
Hardturmstrasse 201, 8005 Zürich,  
beide vertreten durch  
Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer,  
Borer Rechtsanwälte, Olgastrasse 6, Zürich,  
Beschwerdeführerinnen 1 und 2,

gegen

**Wettbewerbskommission**,  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der  
dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

**Inhaltsverzeichnis:**

<b>Sachverhalt</b> .....	5
<b>Erwägungen</b> .....	32
I. Prozessvoraussetzungen .....	32
1) Sachliche Zuständigkeit.....	32
2) Beschwerdefähigkeit und Beschwerdelegitimation .....	33
3) Sonstige Verfahrensvoraussetzungen.....	35
II. Rechtliche Grundlage der vorinstanzlichen Verfügung .....	35
III. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes .....	36
1) Persönlicher Anwendungsbereich .....	36
2) Sachlicher Anwendungsbereich .....	56
a) Anwendungsausschlüsse .....	56
b) Immaterialgüterrechtsvorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG .....	56
3) Räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich .....	61
4) Zeitlicher Geltungs- und Anwendungsbereich.....	62
IV. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens .....	62
1) Rechtskonforme Verfügungsbehörde.....	62
2) Rechtmässige Verfügungsadressaten.....	65
3) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör.....	79
4) Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz .....	90
5) Der Beweiswert von Parteigutachten .....	95
V. Relevanter Markt .....	100
1) Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz .....	101
a) Sachlich relevanter Markt.....	102
b) Räumlich relevanter Markt.....	128
c) Zeitlich relevanter Markt .....	134
d) Zwischenergebnis.....	134
2) Zahlungskartenterminals .....	135
a) Sachlich relevanter Markt.....	135
b) Räumlich relevanter Markt.....	143
c) Zeitlich relevanter Markt .....	144
d) Zwischenergebnis.....	144
3) Währungsumrechnung .....	144
a) Sachlich relevanter Markt.....	145
b) Räumlich relevanter Markt.....	147
c) Zeitlich relevanter Markt .....	148

d) Zwischenergebnis.....	148
VI. Marktstellung.....	148
1) Marktbeherrschendes Unternehmen.....	149
2) Massgeblicher Beurteilungszeitraum.....	151
3) Markt für Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa.....	156
a) Aktueller Wettbewerb .....	156
b) Potenzieller Wettbewerb.....	165
c) Unternehmensstruktur .....	168
d) Stellung der Marktgegenseite.....	170
e) Zusammenfassung .....	174
4) Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro.....	174
5) Ergebnis.....	177
VII. Unzulässige Verhaltensweise.....	177
1) Formen des unzulässigen Verhaltens .....	177
2) Missbrauchsformenübergreifende Sach- und Rechtsfragen .....	180
a) Fehlende Verwirklichung verschiedener Fallgruppen .....	180
b) Kartellrechtliche Behandlung von Schnittstelleninformationen .....	183
c) Massgebliche Schnittstellen und Schnittstelleninformationen.....	214
d) Einwand der Unternehmensdifferenzierung .....	217
e) Einwand der Test- und Re-Zertifizierungsphase .....	222
f) Einwand des Entwurfs einer einvernehmlichen Regelung .....	244
g) Einwand des Investitions- und Innovationsschutzes .....	249
3) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG.....	254
a) Ausgangslage .....	254
b) Fallgruppen.....	259
c) Marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte .....	265
d) Geschäftsbeziehung.....	276
e) Eingehungsverlangen des Initiators .....	281
f) Ablehnungshandlung.....	288
g) Immaterialgüterrechtliche Rechtsposition .....	295
h) Unerlässlichkeit des Einsatzguts .....	301
i) Produktneuheit .....	323
j) Besonderheiten des Einzelfalls .....	328
k) Wettbewerbsverfälschung .....	328
l) Entgeltregelung .....	380
m) Sachliche Rechtfertigung.....	381

n) Zusammenfassung .....	382
4) Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG .....	383
a) Ausgangslage .....	383
b) Fallgruppen .....	393
c) Marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte .....	398
d) Vertragspartner .....	400
e) Separate Produkte .....	401
f) Verknüpfung .....	404
g) Nachteiliger Effekt .....	418
h) Fehlen von Rechtfertigungsgründen .....	429
i) Ergebnis .....	430
5) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG .....	431
6) Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG ..	431
VIII. Sanktionen .....	432
1) Massgebende Sanktionsvorschriften .....	432
a) Bestimmtheit der Tatbestandsmässigkeit .....	432
b) Bestimmtheit der Rechtsfolge .....	443
2) Verschulden .....	445
a) Sanktionscharakter des Art. 49a KG .....	445
b) Nachweis des Verschuldens .....	448
3) Sanktionsbemessung .....	460
4) Berücksichtigung langer Verfahrensdauer .....	492
IX. Verjährung .....	500
X. Vorinstanzliche Verfahrenskosten .....	522
XI. Gesamtbeurteilung der Beschwerde .....	523
XII. Verfahrenskosten und Parteientschädigung .....	524
<b>Dispositiv</b> .....	<b>526</b>

Hinweis: Alle im Urteil nachfolgend in geschwungenen Klammern aufgeführten Leerstellen, Ersetzungen oder Zahlenangaben bilden Geschäftsgeheimnisse der Parteien oder von Dritten.

## **Sachverhalt:**

### **A. Gegenstand**

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Vorinstanz (nachfolgend auch: WEKO oder Weko) am 29. November 2010 erlassene Verfügung in Sachen Untersuchung 32-0205 betreffend SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion DCC (nachfolgend: angefochtene Verfügung, publ. in: RPW 2011/1, 96). Danach hätte die SIX-Gruppe im Zeitraum vom 5. Juli 2005 bis 8. Dezember 2006 (nachfolgend: relevanter Zeitraum) durch (i) die Verweigerung der Bereitstellung von bestimmten Informationen über die rechtlich nicht geschützte Schnittstelle zwischen der elektronischen Plattform zur Verarbeitung von Zahlungskartentransaktionen und den hierzu anzubindenden elektronischen Geräten für Kredit- und Debitkartenzahlungen (nachfolgend: Zahlungskartenterminals, POS-Terminals) gegenüber anderen Terminalherstellern sowie durch (ii) die Koppelung des Akzeptanzgeschäfts von Zahlungskarten mit der Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung und dem Verkauf von Zahlungskartenterminals für die dynamische Währungsumrechnung gegenüber Händlern eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) verwirklicht, weshalb die Beschwerdeführerinnen mit einem Betrag gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren waren.

### **B. Beschwerdeführerinnen**

B.a Die Beschwerdeführerinnen sind beide Gruppengesellschaften einer Unternehmensgruppe, die unter der Bezeichnung „SIX Group“ auftritt (nachfolgend: SIX-Gruppe). Der Beschwerdeführerin 1 kommt die Stellung als Konzernobergesellschaft der SIX-Gruppe zu, während die Beschwerdeführerin 2 als einfache Konzerngesellschaft zu qualifizieren ist.

B.b Die SIX-Gruppe entstand im Jahr 2007 durch einen Unternehmenszusammenschluss der Unternehmensgruppen SWX Group (Dienstleistungen in den Bereichen Handel und Zulassung von Effekten), SIS Swiss Financial Services Group (Dienstleistungen im Bereich von Wertschriftentransaktionen), der Telekurs-Gruppe (Dienstleistungen in den Bereichen Zahlungsverkehr, Zahlungsmittel und Finanzinformationen) und des Vereins SXW Swiss Exchange, der von der Vorinstanz geprüft und unter Auflagen genehmigt worden war (vgl. zu den Einzelheiten die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens, WEKO, 9.10.2007, RPW 2007/4, 557). Dabei wurde die Beschwerdeführerin 1, die bis dahin unter ihrem frühe-

ren Namen SWX Holding AG die Stellung als oberste Gruppengesellschaft der SWX Group einnahm, als Konzernobergesellschaft der verschiedenen Unternehmenssparten eingesetzt und unter dem neuen Namen SIX Group AG weitergeführt. Die bisherigen obersten Gruppengesellschaften der anderen Gruppensparten, die Telekurs Holding AG und die SIS Swiss Financial Services Group AG wurden gemäss Handelsregister als Zwischenholdings und 100%-ige Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin 1 weitergeführt.

B.c Die SIX-Gruppe deckt den gesamten Bereich der Finanzplatzinfrastruktur vom Wertschriftenhandel über die Wertschriftendienstleistungen bis hin zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs und der Aufbereitung von Finanzinformationen ab.

B.d Die Beschwerdeführerin 2 ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Telekurs Holding AG (nachfolgend: Telekurs). Sie ist im April 2012 aus einer Fusion von zwei früheren 100%-igen Tochtergesellschaften der Telekurs, der SIX Multipay AG (bis zur Gründung der SIX Group: Telekurs Multipay AG; nachfolgend: Multipay) und der SIX Card Solutions AG (bis zur Gründung der SIX Group: Telekurs Card Solutions; nachfolgend: Card Solutions, früher: Beschwerdeführerin 3), hervorgegangen, wobei gemäss Handelsregister die Multipay die Card Solutions übernommen hat (vgl. SHAB vom 23.4.2012).

B.e Gemäss Handelsregister war die Besetzung der jeweils fünf Personen umfassenden Verwaltungsräte der Telekurs sowie der Multipay und der Card Solutions in der Zeit von September 2004 bis Januar 2008 identisch. Zudem war der Vorsitzende der Geschäftsleitung der Multipay auch gleichzeitig Mitglied der Geschäftsleitung der Telekurs. Die Card Solutions verfügte über keine Geschäftsleitung. Nach Gründung der SIX-Gruppe wurde der Präsident des Verwaltungsrats der Telekurs Mitglied im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1.

B.f Multipay und Card Solutions waren gemäss dem jeweils im Handelsregister ausgewiesenen Gesellschaftszweck im Bereich der Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs tätig. Darüber hinaus wurde im Rahmen des Gesellschaftszwecks ausdrücklich festgehalten, dass die jeweilige Gesellschaft eine Tochtergesellschaft der Konzernmutter ist und ihre Geschäftstätigkeit im Konzerninteresse ausübt.

### **C. Sonstige Unternehmen**

C.a Den Beschwerdeführerinnen stehen verschiedene andere Unternehmen gegenüber, die ebenfalls im Bereich bargeldloser Zahlungssysteme tätig sind.

C.b Zum einen sind mehrere Unternehmen als Hersteller oder Lieferanten von Zahlungskartenterminals (nachfolgend: Terminalhersteller) zu berücksichtigen. Diese waren mit Multipay in Kontakt getreten, weil sie an einer Überlassung von besonderen Schnittstelleninformationen interessiert waren, damit sie die von ihnen vertriebenen Zahlungskartenterminals (vgl. SV F) für eine ordnungsgemässe Anbindung innerhalb des Zahlungskartensystems (vgl. SV D) entsprechend ausstatten konnten.

C.c Die CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA mit Sitz in Gland (nachfolgend: Jeronimo) ist eine Lieferantin von Terminalsystemen für elektronische Zahlungssysteme mit Kredit- und Debitkarten in der Schweiz. Jeronimo ist die schweizerische Ländergesellschaft der CCV-Gruppe, die über Ländergesellschaften in den Niederlanden, Deutschland und Belgien im Bereich der elektronischen Zahlungssysteme in Europa tätig ist. Ihre Muttergesellschaft ist die niederländische Van de Velden Holding B.V. mit Sitz in Arnheim (nachfolgend: Van de Velden).

C.d Die Ingenico (Schweiz) AG (nachfolgend: Ingenico; vormals XA SA) mit Sitz in Granges-Paccot ist die schweizerische Gruppengesellschaft der internationalen Ingenico-Gruppe unter Führung einer französischen Muttergesellschaft, welche auf dem Gebiet der Entwicklung und Herstellung von gesicherten Transaktions- und Zahlungssystemen weltweit tätig ist.

C.e Die PaySys AG mit Sitz in Embrach (nachfolgend: PaySys) ist eine schweizerische Gesellschaft, die Zahlungskartenterminals von Drittanbietern vertreibt und Dienstleistungen in den Bereichen Service und Support von Zahlungskartenterminals erbringt.

C.f Zum anderen waren ab 2005 im Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz (vgl. SV E) neben der Multipay verschiedene Unternehmen in der Schweiz tätig.

C.g Bis Mitte 2005 hatte die Còrner Banca einen Geschäftsbereich Kreditkartenakzeptanz betrieben. Ab Juli 2005 wurde dieser Geschäftsbereich von der Visa Card Services, einem schweizerischen Unterneh-

men im Besitz von verschiedenen Banken, übernommen und in die neu gegründete Aduno SA (nachfolgend: Aduno) mit Sitz in Bedano überführt. Später wurden beide Unternehmen der Führung der Aduno Holding AG mit Sitz in Zürich unterstellt. Die Aduno-Gruppe ist ein Komplettanbieter im Bereich des bargeldlosen Zahlungsverkehrs.

C.h Die ConCardis Schweiz AG mit Sitz in Zürich (nachfolgend: ConCardis) ist eine Tochtergesellschaft der deutschen ConCardis-Gruppe, die europaweit als Komplettanbieter im Bereich des bargeldlosen Zahlungsverkehrs tätig ist.

C.i Die B+S Card Services GmbH mit Sitz in Frankfurt (nachfolgend: B+S) ist ein deutsches Unternehmen im Akzeptanzgeschäft, das zur deutschen Sparkassenfinanzgruppe gehört und in mehreren Ländern Europas tätig ist. B+S bearbeitet den schweizerischen Markt grenzüberschreitend aus Deutschland heraus.

#### **D. Zahlungskartensysteme**

D.a Zur Bezahlung des Entgelts bei Transaktionen zwischen einzelnen Wirtschaftssubjekten können verschiedene Zahlungsverfahren herangezogen werden. Die möglichen Zahlungsverfahren reichen dabei von der Zahlung mit Bargeld vor Ort bis zur Zahlung im Rahmen von elektronischen Systemen. Eine Klassifizierung der verschiedenen Zahlungsverfahren kann anhand verschiedener Kriterien vorgenommen werden, wie z.B. dem Einsatzort (Bezahlung in der Verkaufsstelle oder im Fernhandel, der den Versandhandel und den Internethandel umfasst), dem Zeitpunkt der Zahlung (vor oder nach Lieferung der Ware bzw. der Erbringung der Dienstleistung), dem Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, elektronisches Geld) oder der Häufigkeit der Zahlung (einmalig, wiederkehrend). Allerdings besteht bislang weder eine übereinstimmende noch eine eindeutige Klassifizierung für alle Zahlungsverfahren.

D.b Der vorliegende Sachverhalt verlangt nach einer Beurteilung von bargeldlosen Zahlungen mittels Zahlungskarten in einer Verkaufsstelle (engl.: Point of Sale, Abk.: POS) unter Nutzung von Zahlungskartenterminals.

D.c Der bargeldlose Zahlungsverkehr in einer Verkaufsstelle umfasst im relevanten Zeitraum im Wesentlichen die Möglichkeit zur Abwicklung von Transaktionen unter Einsatz von Zahlungskarten in Zahlungskartensystemen sowie unter Einsatz von Bank- und Postgirosystemen, Checksys-



temen, Kundenkartensystemen und Wertkartensystemen. Die in jüngster Zeit aufkommenden weiteren elektronischen Zahlungsverfahren können im Rahmen der vorliegenden Betrachtung ausser Acht gelassen werden.

D.d Ein Zahlungskartensystem ist eine gewerbliche technische Infrastruktur zur Abwicklung von Zahlungsvorgängen unter Einsatz von Zahlungskarten als Zahlungsmittel (vgl. MAURER DAVID, Einblicke in die Ökonomie der Zahlungskartensysteme, 2009, unter: [www.snb.ch/de/mmr/reference/Zahlungskarten/source/Zahlungskarten.de](http://www.snb.ch/de/mmr/reference/Zahlungskarten/source/Zahlungskarten.de), zuletzt abgerufen am 30.4.2018, zit. *Einblicke*). Die in Europa am meisten verbreiteten internationalen Kartenzahlungssysteme sind diejenigen von MasterCard, VISA, American Express und Diners Club International. Verbreitete nationale Kartenzahlungssysteme sind Maestro, VISA V-Pay, Postcard und M-Card. Nachfolgend werden die jeweiligen Markennamen der Kartenzahlungssysteme in einfacher Schreibweise abgekürzt angeführt (z.B. Mastercard, Visa, Diners).

D.e Ein Kartenzahlungssystem umfasst die folgenden Teilnehmer:

- Der Lizenzgeber einer Zahlungskarte (nachfolgend: Kartenlizenzgeber) wird durch den Gründer und Entwickler der jeweiligen Kartenorganisation bestimmt. Dabei handelt es sich um die oberste Gruppengesellschaft oder eine andere Gruppengesellschaft. Der Kartenlizenzgeber entwirft die jeweiligen Nutzungsregeln für die Teilnehmer des Kartenzahlungssystems und überwacht deren Einhaltung. Zudem erteilt er die notwendigen Lizenzen an die Kartenaussteller und die Kartenakquisiteure und überwacht deren Tätigkeiten;
- der Aussteller einer Zahlungskarte (nachfolgend: Kartenaussteller; engl.: Issuer) nimmt die Ausstellung von Zahlungskarten an die einzelnen Karteninhaber vor;
- der Inhaber einer Zahlungskarte (nachfolgend: Karteninhaber) benutzt die Zahlungskarte im Rahmen der bestehenden Regelungen des Kartenvertrags mit dem Kartenaussteller zur bargeldlosen Bezahlung des jeweiligen Entgelts für den Bezug von Waren oder Dienstleistungen gegenüber einem Händler als Anbieter dieser Produkte;
- der Anbieter von Produkten in Form von Waren und Dienstleistungen (nachfolgend: Händler) nimmt als Entgelt für die Abgabe von Produkten bargeldlose Zahlungen durch eine bestimmte Zahlungskarte ent-

gegen, soweit er sich über einen Kartenakquisiteur dem jeweiligen Zahlungskartensystem angeschlossen hat;

- der Anwerber von Händlern für die Akzeptanz der jeweiligen Zahlungskarte im Rahmen von Geschäften zwischen Händlern und Karteninhabern (nachfolgend: Kartenacquisiteur; engl.: Acquirer) ist für die Abwicklung und Verarbeitung der Zahlungskartentransaktion zwischen Karteninhaber, Händler und Kartenaussteller verantwortlich;
- die Verarbeitung von Zahlungskartentransaktionen erfolgt durch den Kartenakquisiteur oder den Kartenaussteller, wobei diese Tätigkeit auch intern auf einen speziellen Dienstleister (nachfolgend: Transaktionsverarbeiter), der die hierfür notwendige Infrastruktur bereitstellt, übertragen werden kann.

D.f Bei den bestehenden Zahlungskartensystemen können vorwiegend solche mit vier oder fünf Parteien unterschieden werden, wobei diese in der Praxis gleichwohl unter Ausserachtlassung des Kartenlizenzgebers als Drei-Parteiensysteme oder Vier-Parteiensysteme bezeichnet werden. Bei 4-Parteiensystemen erfolgen die Abwicklung und Verarbeitung einer Zahlungskartentransaktion im Verhältnis zwischen Karteninhaber, Händler und Kartenaussteller durch den Kartenakquisiteur als zusätzlich zwischen die anderen Teilnehmer geschaltete Partei. Um ein 4-Parteiensystem handelt es sich bei Mastercard, Visa sowie Maestro und V-Pay. Bei 3-Parteiensystemen erfolgen die Abwicklung und Verarbeitung einer Zahlungskartentransaktion unmittelbar durch den Kartenaussteller; hierbei wird die Funktion des Kartenakquisiteurs nicht durch ein weiteres Unternehmen besetzt. Um ein 3-Parteiensystem handelt es sich bei American Express, Diners und M-Card sowie Postcard – wobei bei den beiden letzteren der Kartenlizenzgeber und der Kartenaussteller der gleichen Unternehmensgruppe angehören.

D.g Zahlungskarten sind Plastikkarten mit technischer und elektronischer Ausstattung, mit denen der Karteninhaber das jeweilige Entgelt für den Bezug von Waren und Dienstleistungen bargeldlos entrichten kann. Zahlungskarten lassen sich unter verschiedenen Kriterien differenzieren. Wesentliche Bedeutung kommt der Differenzierung aufgrund der Art des Ausgleichs einer Kartenzahlung zu, wobei Kreditkarten und Debitkarten zu unterscheiden sind. Zudem lassen sich z.B. aufgrund der Art des Karteninhabers Privatkunden- und Firmenkarten voneinander unterscheiden. Aufgrund der Art des Ausstellers sind Bankkarten, bei denen die Zah-

lungskarten von Kreditinstituten ausgegeben werden, von Unternehmenskarten, die von anderen Unternehmen ausgegeben werden, abzugrenzen.

D.h Kreditkarten sind Zahlungskarten, mit denen der Karteninhaber innerhalb eines bestimmten Kreditrahmens Entgelte für Waren und Dienstleistungen begleichen kann. Der daraus resultierende Gesamtbetrag wird jeweils nach Ablauf eines vorgegebenen Zeitraums gegenüber einem Girokonto oder einem speziellen Kreditkartenkonto des Karteninhabers verrechnet und ausgeglichen. Kreditkarten sind z.B. solche der Kartenlizenzgeber von Mastercard, Visa, American Express oder Diners.

D.i Debitkarten sind Zahlungskarten, mit denen der Karteninhaber unmittelbar ein von ihm geführtes Konto beim Kartenaussteller mit dem jeweiligen Zahlungsbetrag belasten kann. Debitkarten sind Zahlungskarten von Maestro, V-Pay, Postcard und M-Card.

D.j Eine Verkaufsstelle ist eine Einrichtung eines Händlers zur Abgabe von Produkten, die mit einem Zahlungskartenterminal ausgestattet ist, wodurch das Entgelt für den Bezug dieser Produkte durch den Karteninhaber vor Ort bargeldlos entrichtet werden kann. Die Verbindung zum jeweiligen Zahlungskartensystem der Zahlungskarte wird dabei durch das Zahlungskartenterminal heute entweder als mobiler Zahlungsverkehr über das Telefon oder als elektronischer Zahlungsverkehr über das Internet vorgenommen.

D.k Der Zahlungsvorgang wurde früher über spezifische physische Abzugsgeräte abgewickelt, während aufgrund der technischen Entwicklung mittlerweile Zahlungskartenterminals zum Einsatz gelangen. Dabei werden Zahlungskarten durch die Verwendung von Abzugsgeräten oder durch den Einsatz von Zahlungskartenterminals bei den jeweiligen Verkaufsstellen identifiziert und zur Auslösung von Zahlungsvorgängen durch den Karteninhaber genutzt.

D.l Bei Zahlungskartensystemen ergibt sich folgende prinzipielle Systematik der Zahlungsabwicklung:

- Der Kartenlizenzgeber erteilt dem Kartenaussteller im Rahmen eines Lizenzvertrags die Berechtigung zur Ausstellung von Zahlungskarten, wofür der Kartenaussteller dem Kartenlizenzgeber im Gegenzug eine Lizenzgebühr bezahlt;
- der Kartenaussteller wiederum stellt seinem Kunden als Karteninhaber

eine Zahlungskarte auf der Grundlage eines Kartenvertrags aus, wobei der Karteninhaber regelmässig eine Gebühr für die Ausstellung zu bezahlen hat;

— mit der Zahlungskarte entrichtet der Karteninhaber bei einem Händler das Entgelt für den Erwerb eines Produkts;

— das Entgelt des Händlers wird bei einem 4-Parteiensystem vom Kartenakquisiteur gegenüber dem Kartenaussteller abgerechnet. Der Kartenakquisiteur erhält von diesem den jeweiligen Entgeltbetrag unter Abzug einer sog. Interchange Fee erstattet;

— bei einem 3-Parteiensystem wird die Abrechnung unmittelbar durch den Kartenaussteller vorgenommen;

— bei beiden Arten von Zahlungskartensystem erhält der Händler den jeweiligen Entgeltbetrag unter Abzug einer sog. Händlerkommission vom Kartenakquisiteur bzw. dem Kartenaussteller erstattet;

— der Kartenaussteller belastet den jeweiligen Entgeltbetrag aus einer Kartentransaktion dem Konto des Karteninhabers.

## **E. Akzeptanzgeschäft**

E.a Die Tätigkeit eines Kartenakquisiteurs besteht in der Anwerbung von Händlern für ein Kartenzahlungssystem und dadurch der Akzeptanz von Zahlungskarten durch einen Händler (nachfolgend: Akzeptanzgeschäft; engl. Acquiring) sowie infolgedessen die Erbringung von Dienstleistungen gegenüber den Händlern in Zusammenhang mit der Abwicklung von Transaktionen bei Einsatz von Zahlungskarten (nachfolgend: Akzeptanzdienstleistungen).

E.b Grundlage der Tätigkeit des Kartenakquisiteurs gegenüber dem Händler als Kartenakzeptant bildet ein Vertrag über die Annahme einer bestimmten Zahlungskarte in der Verkaufsstelle des Händlers (nachfolgend: Akzeptanzvertrag).

E.c Die grundlegende Dienstleistung des Kartenakquisiteurs besteht in der Aufnahme in ein bestimmtes Kartenzahlungssystem. Dadurch wird dem Händler ein Zugang zu einem Kartenzahlungssystem eröffnet, der ihm die Entgegennahme von bargeldlosen Zahlungen mittels einer Zahlungskarte durch seine Kunden ermöglicht.

E.d Die weiteren wesentlichen Dienstleistungen des Kartenakquisiteurs umfassen die Abwicklung und die Abrechnung der jeweiligen Kartenzahlungstransaktionen des Händlers.

E.e Darüber hinaus kann die Tätigkeit des Kartenakquisiteurs weitere Dienstleistungen umfassen, die z.B. in Abhängigkeit von der Ausgestaltung der Zahlungskarte als Kredit- oder Debitkarte unterschiedlich ausgestaltet sind.

## **F. Zahlungskartenterminals**

F.a Zentrales Element der Abwicklung von Zahlungskartentransaktionen in einer Verkaufsstelle bildet das Zahlungskartenterminal. Dabei handelt es sich um das elektronische Gerät, welches beim Händler dazu benutzt wird, die Zahlungskarten einzulesen, die Daten der Transaktion an die jeweilige Verarbeitungsplattform des Kartenakquisiteurs bzw. des Kartenausstellers zu übermitteln, und welches dem Händler ermöglicht, den schriftlichen Transaktionsbeleg auszustellen, der vom Karteninhaber zu unterzeichnen ist.

F.b Die Zahlungskartenterminals müssen vom Händler beschafft werden. Die Beschaffung erfolgt entweder direkt bei einem Terminalhersteller bzw. einem von dessen Vertriebspartnern, bei einem auf Zahlungskartenterminals spezialisierten Unternehmen oder bei einem Kartenakquisiteur, der dem Händler das eigene Zahlungskartenterminal oder dasjenige eines Drittherstellers liefert. Die Beschaffung besteht in der Regel im Kauf der Zahlungskartenterminals durch den Händler. Teilweise erfolgt auch nur eine Gebrauchüberlassung des Zahlungskartenterminals an den Händler aufgrund eines Mietvertrags.

F.c Beim Einsatz des Zahlungskartenterminals ergeben sich zwei verschiedene Schnittstellen: einerseits zwischen der Zahlungskarte und dem Zahlungskartenterminal sowie andererseits zwischen dem Zahlungskartenterminal und der Verarbeitungsplattform des Kartenakquisiteurs bzw. des Kartenausstellers. Für die ordnungsgemäße Abwicklung einer Transaktion ist es erforderlich, dass die jeweiligen Schnittstellen aller an der Transaktion beteiligten Komponenten (Zahlungskarte, Zahlungskartenterminal, Verarbeitungsplattform, jeweils installierte Software etc.) untereinander kompatibel sind und die Informationen jeweils korrekt weiterleiten. Im Rahmen der Ausgestaltung dieser Schnittstellen sind auch Sicherheitsaspekte zu berücksichtigen. Die Interoperabilität ist demnach ein notwendiger Aspekt der verschiedenen Komponenten eines Zahlungskartensystems für dessen ordnungsgemäßes Funktionieren.

F.d Auf internationaler Ebene wurden sowohl die Schnittstellenproblematik als auch Sicherheitsprobleme durch EMVCo – ein Joint Venture von führenden Unternehmen der Zahlungskartenbranche (American Express, JCB, Mastercard, UnionPay und Visa), welches auf die Vereinheitlichungsmassnahmen von Europay, Mastercard und Visa („EMV“) zurückgeht – angegangen. Dadurch konnte 1998 der Standard EMV im Markt eingeführt und bis heute weiterentwickelt werden. EMV basiert auf dem Einsatz der Chip-Technologie, welche verschiedene Vorteile gegenüber der bis dahin benutzten Magnetstreifentechnik vorweist. Mit dem EMV-Standard wird zum einen eine Normierung für die Kommunikation der elektronischen Komponenten in den Zahlungskarten und den für die Zahlungsabwicklung benutzten Geräten und Software sichergestellt, die eine erhöhte Sicherheit gegenüber einem missbräuchlichen Karteneinsatz bietet. Die Normierung setzt die vom Magnetstreifen bereits bekannte Interoperabilität fort, durch welche die system- und länderübergreifende Karten- und Terminalnutzung gewahrt wird. Darüber hinaus wird die Flexibilität erhöht, d.h. die Möglichkeit für jedes Zahlungskartensystem, individuelle Aspekte realisieren zu können, die über die reine Interoperabilität hinausgehen. Die Chip-Technologie bietet eine erhöhte Sicherheit bei der Identifizierung; zudem kommt eine Verschlüsselung zum Einsatz, die nicht aufgedeckt werden kann. Die Zahlungskartenterminals, die Zahlungskarten gemäss EMV-Standard verarbeiten, werden nachfolgend als „EMV-Terminals“ bezeichnet.

F.e In der Schweiz wurden die EMV-Spezifikationen durch die Unternehmen, die im Bereich des Zahlungskartenverkehrs tätig sind, unter der Bezeichnung „ep2-Standard“ adaptiert und durch bestimmte nationale Spezifikationen ergänzt. Dadurch wird sichergestellt, dass jedes in der Schweiz gemäss ep2-Standard zertifizierte Zahlungskartenterminal hinsichtlich aller normierten Leistungen eines in der Schweiz tätigen Kartenakquisiteurs kompatibel ist. Im Rahmen der ep2-Zertifizierung werden sowohl die Hardware als auch die Software des Zahlungskartenterminals überprüft und zugelassen. Der ep2-Standard wurde zum 31. Mai 2003 eingeführt. Seit dem Jahr 2007 ist der Verein Technical Cooperation ep2 (nachfolgend: TeCo ep2) für eine Zertifizierung sowie die Betreuung und Weiterentwicklung des ep2-Standards zuständig. Mitglieder dieses Vereins sind neben der Beschwerdeführerin 2 weitere Unternehmen, die im Bereich des Zahlungskartenverkehrs tätig sind, einschliesslich von Jeronimo, der schweizerischen Aduno SA, der ConCardis GmbH, der schweizerischen Tochtergesellschaft einer deutschen Gruppe, sowie des Verbands elektronischer Zahlungsverkehr. Die Zahlungskartenterminals, die

Zahlungskarten gemäss ep2-Standard verarbeiten, werden nachfolgend als „ep2-Terminals“ bezeichnet.

F.f Ab dem 1. Januar 2005 wurden die Haftungsregelungen im Kreditkartengeschäft geändert. Bei einem betrügerischen Kreditkartenmissbrauch unter Einsatz einer Zahlkarte mit EMV-Chip haftet danach diejenige an der Abwicklung beteiligte Partei, deren Geräte die EMV-Chiptechnologie nicht unterstützt. Für die Händler in der Schweiz ergab sich daher die Notwendigkeit, ihre vorhandenen Zahlungskartenterminals ohne entsprechenden EMV-Standard gegen solche mit ep2-Technologie auszutauschen, wenn sie eine eigene Haftung aufgrund Mängel der eigenen Zahlungsinfrastruktur ausschliessen wollten.

### **G. Dynamische Währungsumrechnung – DCC**

G.a Eine besondere Zusatzleistung, die beim Einsatz von Zahlungskarten vorgesehen werden kann, ist die sog. Dynamische Währungsumrechnung für Auslandstransaktionen (nachfolgend: DCC, engl.: Dynamic Currency Conversion).

G.b Durch die Bereitstellung dieser Zusatzleistung ermöglicht ein Händler einem ausländischen Zahlungskarteninhaber unmittelbar vor Abschluss der Zahlungstransaktion die Wahl, ob er das jeweilige Entgelt in seiner, vom Zahlungskartenterminal automatisch erkannten „Heimwährung“, d.h. der am Ausstellungsort der Zahlungskarte geltenden Währung, oder der „Lokalwährung“, d.h. der am Ort des Händlers geltenden Währung, bezahlen will.

G.c Hierzu wird dem Karteninhaber vor Abschluss der Zahlungstransaktion der Zahlungsbetrag in der Heimwährung angezeigt, indem eine Umrechnung des jeweiligen (Kauf-)Preises von der Fremdwährung in die Heimwährung auf der Basis eines Tageskurses, d.h. einem aktuellen Devisenwechsellkurs, vorgenommen wird. Der Karteninhaber kennt dadurch bereits bei Abschluss der Zahlungstransaktion den massgeblichen Preis in seiner Heimwährung. Die Währungsumrechnung wird in diesem Fall durch den Kartenakquisiteur oder durch ein Drittunternehmen vorgenommen, welches im Auftrag des Kartenakquisiteurs oder des Händlers handelt. Wählt der Karteninhaber eine Zahlung in der Lokalwährung, erfolgt die Umrechnung in die Heimwährung erst nach Abschluss der Zahlungstransaktion bei Vornahme der Abrechnung durch den Kartenausstel-

ler. Dabei kommt regelmässig der zum Zeitpunkt der Abrechnung massgebliche Wechselkurs zur Anwendung.

G.d Für den Karteninhaber ergibt sich durch den Einsatz der Währungsumrechnung eine verbesserte Preistransparenz beim Einsatz seiner Zahlungskarten im Ausland. Ob und inwieweit sich für ihn auch ein finanzieller Vorteil einstellt, ist zum einen davon abhängig, wie sich der Umrechnungskurs zwischen Einsatz der Karte und Abrechnung durch den Kartenaussteller tatsächlich entwickelt, sowie zum anderen von den jeweiligen Gebühren, die einerseits auf Seiten des Kartenakquisiteurs bzw. des Drittunternehmens und andererseits auf Seiten des Kartenausstellers für die Abwicklung der Zahlungstransaktion angesetzt werden. Denn für die Währungsumrechnung wird vom Kartenaussteller regelmässig eine Gebühr von 3% des Transaktionswertes verrechnet.

G.e Die Währungsumrechnung führt demzufolge zu einer Verlagerung des Wechselkursgeschäfts und dessen Erlösen vom Kartenaussteller zum Kartenakquisiteur bzw. einem Drittunternehmen. Die Einnahmen aus dem Wechselkursgeschäft werden regelmässig unter den beteiligten Parteien, d.h. dem Kartenakquisiteur und dem Händler sowie gegebenenfalls einem involvierten Drittunternehmen, aufgeteilt. Für den Händler ergibt sich als Folge einer Nutzung der Umrechnungsdienstleistung effektiv eine geringere Händlerkommission.

G.f Die Voraussetzungen für die Nutzung der Währungsumrechnung durch den Händler sind kumulativ folgende Aspekte: (i) eine Vereinbarung mit einem Kartenakquisiteur, der Fremdwährungstransaktionen verarbeitet; (ii) eine Vereinbarung mit einem Anbieter von Währungsumrechnungsdienstleistungen, wobei es sich hierbei um den Kartenakquisiteur, ein Drittunternehmen oder den Lieferanten des Zahlungskartenterminals handeln kann; (iii) das Vorhandensein eines Zahlungskartenterminals mit der Möglichkeit zur Anzeige der Währungsumrechnung.

G.g Aufgrund dessen sind im Rahmen der Währungsumrechnung folgende wesentlichen Elemente zu unterscheiden: (i) die Erbringung von Währungsumrechnungsdienstleistungen als Gesamtheit der Leistungen, die gegenüber den Händlern als Währungsumrechnung erbracht werden; (ii) die tatsächliche Währungsumrechnung, d.h. die technischen Abläufe, mit der zum einen die Umrechnung des Kaufpreises in den Zahlungsbetrag vorgenommen wird sowie zum anderen die entsprechenden Daten in den Kartenzahlungssystemen übermittelt und verarbeitet werden (nachfol-



gend: DCC-Funktion); (iii) die Anzeige der Währungsumrechnung am Zahlungskartenterminal (nachfolgend: DCC-Anzeige).

G.h Die Währungsumrechnung wurde erstmals 2001 von einem englischen Unternehmen eingeführt. Auf internationaler Ebene haben sich seither diverse Unternehmen auf die Erbringung von Währungsumrechnungsdienstleistungen spezialisiert. Seit März 2005 bietet Multipay die Währungsumrechnung gegenüber Händlern im Markt an. Auch die anderen, in der Schweiz tätigen Kartenakquisiteure haben entsprechende Angebote in Zusammenarbeit mit einem spezialisierten Drittunternehmen eingeführt. Aduno kooperiert mit First Currency Choice (Schweiz) AG (nachfolgend: FCC Schweiz); ConCardis arbeitet mit Fexco zusammen; B&S bietet die Leistungen von FCC Service Europa AB an.

G.i Weder die DCC-Funktion selbst noch die DCC-Anzeige sind allerdings Bestandteil des ep2-Standards. Dies hat zur Folge, dass keine einheitliche technische Struktur für die Abwicklung der Währungsumrechnung zur Verfügung steht. Kartenakquisiteur und Terminalhersteller sind demzufolge darauf angewiesen, technisch kompatible Schnittstellen für die Akzeptanz-Plattform und Zahlungskartenterminals bereit zu stellen.

G.j Die Abwicklung der Währungsumrechnung innerhalb der SIX-Gruppe erfolgte im relevanten Zeitraum über die DCC-Funktion auf den Processing-Servern der Card Solutions und die DCC-Funktion in den Zahlungskartenterminals. Der Wechselkurs der DCC-Währungsumrechnung wurde durch Multipay festgelegt.

G.k Bis zum 30. Mai 2007 bestand zwischen Multipay und Card Solutions keine schriftliche Kooperationsvereinbarung, mit der die Bereitstellung der DCC-Funktion für Multipay durch Card Solutions sowie deren Verwendung gegenüber den Händlern durch Multipay geregelt wurden. Der Leistungsaustausch erfolgte durch faktisches Handeln aufgrund einer völlig allgemein gehaltenen Abrede, nach der Card Solutions die DCC-Funktion entwickelt und zur Verfügung stellt und dafür  $\{0,1-[\bullet,\bullet]-1,5\}$ % des Umsatzes, welcher durch die DCC-Dienstleistung generiert wird, von Multipay ausbezahlt erhält.

## **H. Marktverhältnisse**

H.a Hinsichtlich der relevanten Märkte und der Position der Beschwerdeführerinnen auf diesen Märkten während des relevanten Zeitraums sind folgende Aspekte von Bedeutung.

H.b Auf dem Markt für Kreditkarten waren vier Kreditkartennetzwerke vertreten. Dabei ergeben sich aufgrund der von den einzelnen Kartenakquisiteuren und Kartenlizenzgebern für das Jahr 2010 angegebenen Zahlen die folgenden grundlegenden Marktdaten: Mastercard weist über 100'000 Akzeptanzstellen, rund 2,3 Mio. Karteninhaber und einen Marktanteil an Karteninhabern von etwa 54% auf. Visa weist über 100'000 Akzeptanzstellen, rund 1,7 Mio. Karteninhaber und einen Marktanteil von Karteninhabern von etwa 40% auf. American Express weist über 70'000 Akzeptanzstellen, rund 200'000 Karteninhaber und einen Marktanteil an Karteninhabern von etwa 5% auf. Diners weist über 65'000 Akzeptanzstellen, rund 40'000 Karteninhaber und einen Marktanteil an Karteninhabern von etwa 1% auf.

H.c Sämtliche in der Schweiz tätigen Kartenakquisiteure boten gleichzeitig die Kartenakzeptanz von Mastercard und Visa an. Bei der grossen Mehrheit der Kartenakquisiteure kommen für Mastercard und Visa die gleichen Kommissionssätze sowie die ähnlichen Geschäftsbedingungen zur Anwendung.

H.d Auf dem Markt der Debitkarten waren drei Kartennetzwerke vorhanden: Maestro von Mastercard, die Postcard der Postfinance und die M-Card der Migrosbank. Zudem war eine Einführung von V-Pay der Visa Europe auf dem schweizerischen Markt im Gespräch; ihre Einführung hat sich allerdings über den Abschluss der Untersuchung durch die Vorinstanz hinaus verzögert. Dabei ergaben sich folgende Marktdaten: Im Jahr 2008 waren ca. 5 Mio. emittierte Maestro-Karten im Umlauf, weitere 2,7 Mio. Karten verteilten sich auf Postcard und M-Card. Maestro ist ein internationales Debitkartenprodukt, während die Postcard und die M-Card nur innerhalb der Schweiz genutzt werden können.

H.e Bis zum Jahr 2005 verfügte in der Schweiz nur Multipay über eine Lizenz für die Debitkartenakzeptanz Maestro. Erst ab 2006 konnten auch die übrigen, in der Schweiz tätigen Kartenakquisiteure eine Lizenz erwerben, um Kunden für Maestrokarten zu gewinnen und Debitkartenakzeptanzgeschäfte abzuwickeln.

H.f Für den Einsatz von Kredit- und Debitkarten lassen sich wesentliche Unterschiede feststellen. Der Verbreitungsgrad der Kreditkarten ist niedriger als derjenige der Debitkarten. Im Jahr 2008 waren rund 7,6 Mio. Debitkarten, aber nur 4,5 Mio. Kreditkarten im Umlauf. Gemäss den Feststellungen der Schweizerischen Nationalbank wurde eine Kreditkarte im

Jahr 2008 rund 27-mal, eine Debitkarte hingegen 43 mal eingesetzt. Dabei lag der durchschnittliche Transaktionsbetrag in den Jahren 2000 bis 2008 für die Kreditkarten zwischen 183 CHF und 196 CHF, während der gleiche Wert für die Debitkarten zwischen 83 CHF und 86 CHF schwankte. Gemäss der Studie Cards 06 aus dem Jahr 2006 werden Debitkarten ganz überwiegend für kleine und mittlere Beträge bis 1'000 CHF eingesetzt, während Kreditkarten auch für Beträge bis 10'000 CHF zur Anwendung gelangen. Im Jahr 2008 verfügten rund 68% der Händler über einen Akzeptanzvertrag sowohl für Kreditkarten als auch für Debitkarten. Bei Multipay verfügten von 2006 bis 2008 sogar {80-[••]-90}% ihrer Geschäftspartner gleichzeitig über einen Akzeptanzvertrag für Kredit- und Debitkarten. Die Kosten des Händlers für die Kreditkartenakzeptanz sind wesentlich höher als diejenigen für die Debitkartenakzeptanz. Im Jahr 2008 betrug die vom Händler zu bezahlende Kommission 1,8% der Transaktionssumme, während z.B. für eine Debitkartentransaktion bei Maestro lediglich 0,20 CHF je Transaktion unabhängig von der Transaktionssumme anfielen.

H.g Im relevanten Zeitraum waren in der Schweiz neben Multipay noch Aduno sowie ConCardis und B+S als Kartenakquisiteure tätig.

H.h Multipay kommt eine beachtliche Position auf den Märkten der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa sowie der Debitkartenakzeptanz von Maestro zu, die mindestens {55-[••]-65}% bzw. {85-[••]-95}% betrug (vgl E. 422 ff., E. 495 ff.).

H.i Der schweizerische Markt der ep2-Terminals wurde im relevanten Zeitraum von sieben Terminalherstellern bearbeitet, die mehrheitlich internationale Produkte anbieten.

H.j Die Umrechnungsdienstleistungen werden gegenüber den Händlern angeboten, welche diese besondere Dienstleistung in Auftrag geben und bezahlen müssen.

H.k Auf dem Markt für Umrechnungsdienstleistungen kamen unterschiedliche Absatzsysteme zum Einsatz. Zum einen bieten einzelne Kartenakquisiteure (Aduno, B&S, ConCardis) die Währungsumrechnung als zusätzliche externe Leistung eines Dritten als besonderen Kooperationspartner an; der Händler muss daher mit dem Kooperationspartner seines Kartenakquisiteurs einen gesonderten Vertrag über die Währungsumrechnung abschliessen. Zum anderen bietet Multipay die Währungsum-

rechnung als eigene Vertragsleistung an, auch wenn die Währungsumrechnung durch Card Solutions als Subunternehmer von Multipay erbracht wird; der Händler schliesst hier nur einen Vertrag mit Multipay ab. Dies bedeutet, dass die Wahl des Dienstleisters für die Währungsumrechnung mit der Wahl des Kartenakquisiteurs verbunden ist, weil jeder Kartenakquisiteur nur mit einem Dienstleister für Währungsumrechnung zusammenarbeitet.

H.I Multipay war im relevanten Zeitraum im Wesentlichen als Kartenakquisiteur tätig.

H.m Card Solutions war im relevanten Zeitraum im Wesentlichen als Terminalhersteller tätig. Die Zahlungskartenterminals wurden dann durch die Aufspielung weiterer Software mit dem ep2-Standard ausgerüstet. Darüber hinaus trat Card Solutions auch als Erbringer von Währungsumrechnungsdienstleistungen in Erscheinung. Card Solutions hatte im Jahr 2004 ein Softwareprogramm zur Anwendung der Währungsumrechnung für ihre ep2-Terminals entwickelt.

H.n Die Umrechnungsdienstleistung wurde im relevanten Zeitraum den Händlern nicht durch Card Solutions direkt, sondern durch Multipay angeboten. Darauf hat Card Solutions selbst in Werbeanpreisungen ausdrücklich hingewiesen. Die von Multipay angebotene DCC-Funktion konnte im Zeitraum von ihrer Einführung im März 2005 bis mindestens Januar 2007 – dem Zeitpunkt, an dem Jeronimo die Schnittstelleninformationen Jeronimo mitgeteilt wurden – sowie während eines nicht verifizierten Zeitraums für die anschliessende Entwicklung der Zahlungskartenterminals mit Währungsumrechnung durch den Terminalhersteller von einem Händler nur bei Einsatz eines Zahlungskartenterminals der Card Solutions genutzt werden.

## **I. Geschehensablauf**

I.a Hinsichtlich des konkreten Geschehensablaufs sind mehrere Ereignisse und Aspekte von wesentlicher Bedeutung.

I.b Im September 2004 lancierte die Card Solutions das DCC-Projekt und erstellte im Laufe des Oktobers 2004 die Systemspezifikationen. Im Dezember 2004 wurde die interne Erprobungsphase abgeschlossen. Zwischen Januar und Februar 2005 wurden im Rahmen einer Pilotphase mit ausgewählten Kunden von Multipay die DCC-Terminals im Praxisbetrieb

eingesetzt. Dabei wurden anfänglich auftretende Schwierigkeiten der Terminalsoftware beseitigt.

I.c Spätestens ab Januar 2005 begann die Vermarktung der DCC-Funktion durch Multipay im Markt gegenüber bestehenden und potenziellen Kunden (vgl. E. 702).

I.d Bereits mit Beginn der Vermarktung erfolgte auch der Absatz der DCC-Funktion seitens von Multipay (vgl. E. 706).

I.e Für die Nutzung der DCC-Funktion durch die interessierten Händler war der Abschluss von besonderen DCC-Verträgen mit Multipay erforderlich. Die konkrete Ausgestaltung der DCC-Verträge war von der jeweiligen Vertragsbeziehung zum Händler abhängig. Bei Neuabschluss einer allgemeinen Vereinbarung über die Akzeptanz bargeldloser Zahlungsmittel mit Multipay konnte der Händler neben sonstigen Zusatzprodukten die zusätzliche Leistung DCC auswählen, wodurch neben den von Multipay vorgegebenen allgemeinen Geschäftsbedingungen für das bargeldlose Zahlen – sowie allenfalls weiteren besonderen Geschäftsbedingungen für sonstige Zusatzprodukte – auch die besonderen Geschäftsbedingungen für Dynamic Currency Conversion (DCC) zur Anwendung gelangten. Bei Ergänzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses unterzeichnete der Händler eine Zusatzvereinbarung Dynamic Currency Conversion (DCC) zum jeweils bestehenden Vertragsmodul, mit der die besonderen Geschäftsbedingungen für die Währungsumrechnungsdienstleistungen in Kraft gesetzt wurden.

I.f Für die verschiedenen Phasen zwischen März 2005 und Ende 2008 ergibt sich jeweils die folgende Anzahl an Abschlüssen eines DCC-Vertrages zwischen Multipay und Händlern: zwischen März und Juni 2005 für 4 Monate – {600-[●●●]-700} Händler; von Juli bis Oktober 2005 für 4 Monate – {1000-[●'●●●]-1100} Händler; bis Ende 2005 für 2 Monate – {500-[●●●]-600} Händler; zwischen Januar und März 2006 für 3 Monate – {400-[●●●]-500} Händler; zwischen April und August 2006 für 5 Monate – {1000-[●'●●●]-1'100} Händler; bis zum Jahresende 2006 für 4 Monate – {900-[946]-1'000} Händler; bis Mitte 2007 für 6 Monate – {1'400-[●'●●●]-1'500} Händler; bis Ende 2007 für 6 Monate – {1'500-[●'●●●]-1'600} Händler; im Jahr 2008 für 12 Monate – {3'000-[●'●●●]-3'200} Händler. Insgesamt wurden von Multipay {10'000-[●●'●●●]-11'000} DCC-Verträge abgeschlossen, die sich wie folgt auf die einzelnen Jahre verteilen: 2005

– {2'000-[•'•••]-2'500}; 2006 – {2'200-[•'•••]-2'700}; 2007 – {2'500-[•'•••]-3'000}; 2008 – {2'800-[•'•••]-3'300}.

I.g Ende 2006 hatten {50'000-[••'•••]-60'000} Händler einen Akzeptanzvertrag für Kredit- oder Debitkarten mit Multipay abgeschlossen. Der Bestand an DCC-Verträgen belief sich per Ende 2006 auf {4'000-[•'•••]-5'000} Vertragsverhältnisse; deren Anteil am Gesamtbestand an Akzeptanzverträgen betrug somit {7-[•,••]-10}%.

I.h Nach Auskunft der Beschwerdeführerinnen ergab sich bei Multipay auf Ende des Jahres 2010 nur noch ein Bestand von {4'000-[•'•••]-5'000} DCC-Verträgen. Dies entsprach einem Anteil von {4-[•,•]-7}% am Gesamtbestand von {80'000-[••'•••]-90'000} Vertragskunden, die Bedarf an einem Zahlungskartenterminal mit DCC-Funktion hatten. Der längerfristige Bestand an DCC-Verträgen bei Multipay entsprach somit der Anzahl an DCC-Verträgen, die von Multipay bereits im relevanten Zeitraum abgeschlossen worden waren.

I.i Der Absatz von Zahlungskartenterminals der Card Solutions mit DCC-Funktion wurde ebenfalls seit März 2005 aufgenommen. Der Gesamtbestand an Zahlungskartenterminals in der Schweiz betrug Ende 2006 zwischen 120'000 und 130'000 Zahlungskartenterminals. Hiervon waren rund {60'000-[••'•••]} bis {[••'•••]-70'000} Zahlungskartenterminals mit dem neuen ep2-Standard ausgerüstet. Demzufolge bestand ein weiteres Marktpotential für die Neuanschaffung von Zahlungskartenterminals mit ep2-Standard im Umfang von {mindestens 50'000-[••'•••]} bis maximal {[••'•••]-70'000} Stück. Nach Auskunft der Beschwerdeführerinnen konnte der Bestand an ep2-fähigen Zahlungskartenterminals von {4'000-[•'•••]-5'000} Einheiten zum 31.12.2004 auf {12'000-[••'•••]-13'000} Einheiten zum 31.12.2005 und {35'000-[••'•••]-40'000} Einheiten zum 31.12.2006 gesteigert werden. Die Beschwerdeführerinnen konnten demnach in den Jahren 2005 {7'000-[•'•••]-8'000} Einheiten und 2006 {23'000-[••'•••]-25'000} Einheiten und somit im relevanten Zeitraum insgesamt {30'000-[••'•••]-35'000} ep2-fähige Zahlungskartenterminals absetzen. Dies entspricht einem Anteil von rund {48-[••]}% bzw. {[••]-53}% am Gesamtbestand von ep2-fähigen Zahlungskartenterminals in der Schweiz zum 31.12.2006.

I.j Alle übrigen Terminalhersteller zusammen konnten in diesem Zeitraum demgegenüber nur rund die Hälfte dieser Anzahl an Zahlungskartenterminals absetzen.

I.k Die Card Solutions hat dabei ihren Marktanteil am gesamten Terminalmarkt selbst bei Ausserachtlassung der Verkäufe an die Grossverteiler von {40-[●●]-45}% auf {55-[●●]-55}%, d.h. um {10-[●●]-15} Prozentpunkte, zu Lasten der Konkurrenten ausgebaut.

I.l Ende des Jahres 2006 waren {85-●●-95}% der ep2-zertifizierten Zahlungskartenterminals der Card Solutions bei Multipay im Einsatz.

I.m Hinsichtlich der in den Jahren 2005 und 2006 von Card Solutions abgesetzten ep2-fähigen Zahlungskartenterminals wurde nach Auskunft der Beschwerdeführerinnen für {1'700-[●'●●]-1'800} Einheiten ein DCC-Vertrag mit Multipay abgeschlossen und die Aufschaltung der DCC-Funktion vorgenommen. Dies entspricht einem Anteil von {5-[●,●●]-6}% an Zahlungskartenterminals von Card Solutions und {2-[●,●●]}% bzw. [●,●●]-3}% am gesamten Bestand an ep2-fähigen Zahlungskartenterminals in der Schweiz.

I.n Nach Auskunft der Beschwerdeführerinnen betrug Ende 2010 der Gesamtbestand an Zahlungskartenterminals der Card Solutions {130'000-[●●'●●]-140'000} Stück, wovon {100'000-[●●'●●]-110'000} Stück ep2-fähig waren. Dabei waren {20'000-[●●'●●]-23'000} Zahlungskartenterminals in der Lage, die DCC-Funktion von Multipay aktiv zu nutzen, d.h. es bestand sowohl ein DCC-Vertrag und die Funktion war am Zahlungskartenterminal aufgeschaltet. Der Anteil der aktiven Zahlungskartenterminals betrug somit {13-[●●,●]-18}% am Gesamtbestand von Zahlungskartenterminals der Card Solution bzw. {18-[●●,●]-23}% am Bestand an ep2-fähigen Zahlungskartenterminals von Card Solutions. Da Ende 2010 nach Auskunft der Beschwerdeführerinnen {4'000-[●'●●]-5'000} DCC-Verträge bestanden, entfallen auf jeden dieser DCC-Verträge durchschnittlich {4-[●,●●]-5} ep2-fähige Zahlungskartenterminals.

I.o Zwischen Juni 2005 und März 2006 kam es zu mehreren Anfragen von Terminalherstellern an Multipay hinsichtlich einer Zurverfügungstellung der notwendigen Informationen, um die eigenen Zahlungskartenterminals für die DCC-Funktion von Multipay technisch aufrüsten zu können. Sämtliche Anfragen wurden durch Multipay abschlägig beschieden. Diese Ablehnung der Anfragen wurde durch die Multipay noch in ihrer Stellungnahme vom 25. August 2006 gegenüber der Vorinstanz im Rahmen von deren Vorabklärung gerechtfertigt und bekräftigt.

I.p Spätestens am 10. Juni 2005 wurde vom CEO von Jeronimo im Rahmen eines Gesprächs mit Verantwortlichen von Multipay erstmals das Anliegen geäußert, die Spezifikationen für die DCC-Funktion zu erhalten. Dieses Anliegen wurde mit Schreiben vom 5. Juli 2005 bekräftigt. Bereits am 20. Juni 2005 wurde im Rahmen der Geschäftsleitungssitzung von Card Solutions durch den CEO von Multipay darauf hingewiesen, dass gegenüber Jeronimo die DCC-Funktion nicht angeboten werde.

I.q Das gleiche inhaltliche Anliegen wurde gegenüber der Multipay am 22. Juli 2005 von Seiten der Ingenico vorgebracht. Des Weiteren wurde im November 2005 von PaySys ebenfalls eine Anfrage auf Überlassung der Spezifikationen für die DCC-Funktion vorgebracht. Beiden Unternehmen wurde von Multipay mitgeteilt, dass sich die DCC-Funktion in einer Pilotphase befinde und die Funktion daher nicht zur Verfügung gestellt werden könne.

I.r Am 9. Januar 2006 erfolgte in der Geschäftsleitung von Multipay die Entscheidung, die DCC-Funktion für andere Terminalhersteller nicht freizugeben. Dieser Entscheidung wurde nach Angaben der Beschwerdeführerinnen Jeronimo durch Mail vom 16. Januar 2006 mitgeteilt.

I.s Nachdem Jeronimo am 30. Januar und 20. Februar 2006 mangels Eingangs oder Kenntnisnahme des Mails vom 16. Januar 2006 wegen der zu treffenden Entscheidung nochmals nachgefragt und keine Antwort erhalten hatte, forderte die Van de Velden die Multipay mit Schreiben vom 17. März 2006 auf, sämtliche Informationen offenzulegen, welche es Jeronimo erlauben würde, eine Software mit DCC-Funktion für ihre Zahlungskartenterminals zu entwickeln. Dabei sollte Multipay bis zum 25. März 2006 mitteilen, ob sie bereit sei, bis zum 8. April 2006 Verhandlungen darüber aufzunehmen. Daraufhin teilte die Multipay der Van de Velden durch Schreiben vom 20. März 2006 mit, dass sie keine Veranlassung sehe, ihre Position zu ändern.

I.t Im Dezember 2005 hatte Visa allen Kartenakquisiteuren, welche die DCC-Funktion anboten, mitgeteilt, dass eine Überprüfung dieser Funktion im Hinblick auf eine sachgerechte Nutzung gegenüber dem Karteninhaber durchzuführen sei und eine Re-Zertifizierung der jeweiligen Soft- und Hardware, die für die Währungsumrechnung benutzt würden, durchgeführt werden müsse. Aufgrund dieser Vorgaben wurden von Multipay/Card Solutions gewisse Änderungen der Benutzerführung vorgenommen. Die definitive Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme



wurde Multipay/Card Solutions am 1. März 2006 erteilt. Eine anschließende 2-monatige Re-Qualifizierungsphase wurde mit den jeweiligen Monatsaudits für März und April erfolgreich abgeschlossen. Die definitive Re-Qualifizierung erfolgte durch das Visa Card Scheme mit Schreiben vom 11. Mai 2006. Von anderen Kartenlizenzgebern wurde zu diesem Zeitpunkt keine Re-Zertifizierung vorgenommen.

I.u Mit Schreiben vom 25. August 2006 lehnte Multipay eine Offenlegung der Spezifikationen an sonstige Terminalhersteller auch gegenüber der Vorinstanz ab. Dabei wurden im Wesentlichen immaterialgüterrechtliche Aspekte und die fehlende Erheblichkeit der Beeinträchtigung als Gründe für die Ablehnung geltend gemacht. Angesichts der Kosten einer Umsetzung und der zu erwartenden Umsätze wäre es zudem erforderlich, nur in beschränktem Masse eine Kooperation einzugehen ("Angesichts des sehr beschränkten Marktpotentials hat sich Multipay, wie auch das Konkurrenzunternehmen Aduno, zurecht dazu entschlossen, für die DCC-Funktion nur in engen Kooperationen zusammenzuarbeiten"). Zu diesem Zeitpunkt wurde nicht darauf abgestellt, dass sich die DCC-Funktion seit März 2005 noch in einer Test- oder Erprobungsphase befunden habe. Hingegen wurde ausdrücklich festgehalten, dass somit Multipay und Card Solutions ein legitimes Interesse daran hätten, „diesen Innovationsvorsprung für sich selbst zu nutzen“.

## **J. Vorinstanzliches Verfahren**

J.a Hinsichtlich des Verfahrens vor der Vorinstanz sind folgende Ereignisse anzuführen.

J.b Am 20. Juli 2006 zeigte Jeronimo beim Sekretariat der Vorinstanz die Multipay an und brachte vor, diese biete als Kartenakquisiteur von Zahlungskartentransaktionen ihren Vertragspartnern die DCC-Funktion nur an, wenn diese über ein DCC-fähiges Kartenzahlungsterminal verfügten. DCC-fähig seien gemäss der Multipay aber nur die Zahlungskartenterminals ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions, nicht hingegen die Zahlungskartenterminals von Drittunternehmen. Daneben verweigere Multipay trotz wiederholter Anfragen der Anzeigerstatterin die Herausgabe der notwendigen Informationen für die Kommunikation mit dem Verarbeitungssystem der Multipay. Dies stelle eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes dar. Neben der Feststellung dieser unzulässigen Verhaltensweise beantragte die Anzeigerstatterin, es sei festzustellen, dass die

Angezeigte über eine marktbeherrschende Stellung im schweizerischen Markt für das Akzeptanzgeschäft von Mastercard und Visa-Kreditkarten sowie Maestro-Debitkarten verfüge. Schliesslich sei die Angezeigte zu verpflichten, der Anzeigeerstatlerin die für den Gebrauch und das Betreiben einer DCC-Funktion erforderliche Spezifikation offenzulegen und die zum Gebrauch und Betreiben dieser Funktion an Zahlungskartenterminals erforderliche Unterstützung und Zustimmung zu geben.

J.c Am 24. Juli 2006 eröffnete das Sekretariat der Vorinstanz eine Vorabklärung in Sachen Telekurs/Terminals mit DCC. Mit Schlussbericht vom 10. Januar 2007 stellte es fest, dass Anhaltspunkte bestünden, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege bzw. vorgelegen habe.

J.d Am 17. Januar 2007 eröffnete das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung Nr. 32-0205 betreffend Telekurs Multipay AG/Terminals mit DCC. Es gab die Eröffnung der Untersuchung durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB vom 22. Januar 2007 und im Bundesblatt vom 30. Januar 2007 bekannt.

J.e Am 22. bzw. 25. Januar 2007 stellten die Multipay und die Card Solutions der Anzeigeerstatlerin eine Geheimhaltungserklärung zu, nach deren Unterzeichnung die gewünschten Schnittstellen und Terminalspezifikationen übermittelt wurden.

J.f Auf die Prozessgeschichte der Untersuchung (Untersuchungshandlungen, Ausstandsverfahren mit Zwischenverfügung des Sekretariats vom 5. November 2007, Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. September 2008 und Entscheid des Bundesgerichts vom 24. März 2009) wird soweit erforderlich in den Erwägungen inhaltlich eingegangen.

J.g Am 15. Juni 2007 trat der das Verfahren leitende Vizedirektor des Sekretariats in den Ausstand, nachdem aufgrund von Äusserungen in einem anderen Verfahren bei den Parteien der Eindruck entstanden war, es würde ein Konnex zwischen den beiden Verfahren hergestellt werden. Die Dossierverantwortung ging zu diesem Zeitpunkt auf den Direktor des Sekretariats über.

J.h Am 21. August 2007 beantragten Multipay/Card Solutions den Erlass einer Zwischenverfügung über ihr Begehren, dass sämtliche bisherigen Verfahrenshandlungen, an denen der betroffene Vizedirektor mitgewirkt habe, zu wiederholen seien. Nachdem die Wettbewerbskommission die-

ses Begehren mit Zwischenverfügung vom 5. November 2007 abgelehnt hatte, erhoben Multipay/Card Solutions hiergegen am 6. Oktober 2007 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil vom 1. September 2008 wurde ihre Beschwerde vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen. Daraufhin erhoben Multipay/Card Solutions Beschwerde an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 24. März 2009 wurde diese Beschwerde durch das Bundesgericht abgewiesen.

J.i Mit Schreiben vom 21. April 2009 nahm das Sekretariat seine Untersuchung mit Fragen zur Aktualisierung des Sachverhalts an die Verfahrensbeteiligten wieder auf.

J.j Am 8. Juni 2010 erweiterte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung auf die SIX Group AG.

J.k Bereits am 6. November 2009 gelangten Multipay/Card Solutions an das Sekretariat mit dem Anliegen, die Möglichkeiten einer einvernehmlichen Regelung abzuklären. Daraufhin wurden Verhandlungen über den Inhalt einer solchen Vereinbarung geführt, wobei zwei Besprechungen stattfanden und mehrere Versionen eines Entwurfs ausgearbeitet wurden. Am 24. Juni 2009 nahmen Multipay/Card Solutions und die SIX Group AG zu einem überarbeiteten Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung des Sekretariats vom 9. Juni 2009 Stellung. Das Sekretariat brach daraufhin die Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Schreiben vom 30. Juni 2010 ab, weil über einige wesentliche Elemente der Vereinbarung kein Konsens zwischen den Parteien zustande kam.

J.l Nach Abschluss der Untersuchung erliess die Vorinstanz am 29. November 2010 gegenüber der SIX Group AG, der SIX Multipay AG und der SIX Card Solutions AG eine Verfügung mit folgendem Inhalt:

"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 an-

deren 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. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]“

## **K. Beschwerdeverfahren**

K.a Gegen diese Verfügung legten die Beschwerdeführerinnen am 31. Januar 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragen, die Ziff. 1-7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben, eventualiter seien die Ziffern 1-7 anzupassen und es sei die Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin zu entfernen. Eventualiter sei Ziff. 1 insoweit anzupassen, als eine marktbeherrschende Stellung im Zeitraum nach dem Jahr 2008 festgestellt werde; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

K.b Des Weiteren stellen die Beschwerdeführerinnen die folgenden Verfahrensanträge:

"1. Es sei den Beschwerdeführerinnen Einsicht in den in Vorbereitung der Anhörung vom Sekretariat der WEKO erstellten Fil Rouge und in diesem Zusammenhang erstellte weitere Unterlagen zu gewähren und es seien der Fil Rouge und diese weiteren Unterlagen ins Aktenverzeichnis aufzunehmen; im Anschluss an die Einsicht in diese Akten sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen;

2. es sei der Sachverhalt mittels geeigneter Untersuchungshandlungen bezüglich der Motive der angeblichen Grosskunden der Anzeigstellerin und weiterer Kunden zu ergänzen und dabei die den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang vorgebrachten Sachverhaltselemente zu den Akten zu nehmen und im Anschluss an die Ergänzung des Sachverhalts den Beschwerdeführerinnen Einsicht in diese neuen Akten zu gewähren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen;

3. es sei den Beschwerdeführerinnen Einblick in die Verkaufszahlen von Terminals von Terminalanbietern in der Schweiz in den Jahren 2004 -2010 zu gewähren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen; sollte es sich dabei ganz oder teilweise um Geschäftsgeheimnisse handeln, sei diese Einsichtnahme einem noch zu bestimmenden Dritten zu gewähren, welcher unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen mit einer nach Einsicht in die Daten noch zu bestimmenden generischen Analyse dieser Informationen über die Verkäufe im fraglichen Zeitraum zu beauftragen ist."

K.c Zur Begründung der Beschwerde tragen die Beschwerdeführerinnen formelle und materielle Aspekte vor, wobei sie sich auch auf ein mit der Beschwerde eingereichtes Gutachten der ESMT CA, Berlin, "Ökonomische Schädigungstheorie und Behinderungswirkung im Fall SIX Terminals mit DCC" (nachfolgend: ESMT-Gutachten), abstützen. Auf die einzelnen formellen und materiellen Rügen der Beschwerdeführerinnen sowie auf das von ihnen zusammen mit der Beschwerde eingereichte Gutachten wird in den Urteilsabwägungen eingegangen.

K.d Am 11. Februar 2011 leisteten die Beschwerdeführerinnen aufforderungsgemäss einen Kostenvorschuss in Höhe von 40'000 CHF.

K.e Am 15. April 2011 reichte die Vorinstanz innert erstreckter Frist ihre Vernehmlassung sowie die Vorakten ein. Als Beilage 1 zur Vernehmlassung reichte sie eine Kopie der an die Mitglieder der Wettbewerbskommission versandten Unterlagen für die Plenarsitzung vom 1. November 2010 inkl. Begleitschreiben des Sekretariats vom 21. Oktober 2010 und den "Fil Rouge" ein. Die Vorinstanz beantragt die Abweisung der Be-

schwerde und der Verfahrensträge unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen. Auf ihre Ausführungen zu den Beschwerdeanträgen und zum ESMT-Gutachten wird in den Erwägungen eingegangen.

K.f Am 6. Juli 2011 reichten die Beschwerdeführerinnen innert erstreckter Frist eine Replik zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. April 2011 ein, worin sie beantragten, es sei ihnen die Beilage 1 der Vernehmlassung der Vorinstanz, der sog. Fil Rouge, zuzustellen.

K.g Mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2011 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen eine Kopie des Fil Rouge zu und räumte ihnen gleichzeitig Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu den im Fil Rouge gemachten materiellen Änderungen ein.

K.h Am 15. September 2011 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre schriftliche Stellungnahme zum Fil Rouge ein und hielten an ihren Anträgen gemäss Beschwerdeschrift vom 31. Januar 2011 fest.

K.i Am 31. Oktober 2011 reichte die Vorinstanz einladungsgemäss ihre Vernehmlassung zur Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 15. September 2011 zum Fil Rouge ein und hielt an ihren Anträgen gemäss Vernehmlassung vom 12. September 2011 fest.

K.j Am 7. Dezember 2011 nahmen die Beschwerdeführerinnen zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 Stellung.

K.k Am 15. Dezember 2011 reichte die Vorinstanz ihre Duplik ein.

K.l Am 17. Januar 2012 beantragten die Beschwerdeführerinnen, es sei ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme der Duplik der Vorinstanz vom 15. Dezember 2011 einzuräumen. Nachdem der Instruktionsrichter am 19. Januar 2012 entschieden hatte, dass im Moment keine Veranlassung bestehe, einen weiteren Schriftenwechsel anzuordnen, es den Beschwerdeführerinnen aber freigestellt sei, unaufgefordert zur Duplik Stellungnahme zu nehmen, reichten die Beschwerdeführerinnen am 30. März 2012 eine weitere Stellungnahme ein. Die Vorinstanz teilte am 24. April 2012 mit, sie verzichte darauf, sich zu dieser Stellungnahme zu äussern.

K.m Mit Schreiben vom 8. November 2012 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass die Beschwerdeführerin 2 und die Beschwerdeführerin 3 gemäss SHAB vom 23. April 2012 per Ende April 2012 fusioniert hätten, wobei die Beschwerdeführerin 3 in der Beschwerdeführerin 2 aufgegan-

gen sei, und die Beschwerdeführerin 2 neu die Firma SIX Payment Services AG führe.

K.n Mit Verfügung vom 31. Januar 2013 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen mit, dass am 29. Juni 2012 das Urteil im Fall Publigroupe SA u.a. gegen Wettbewerbskommission ergangen sei und gab den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit, allfällige Auswirkungen des Urteils auf das vorliegende Verfahren mitzuteilen. Des Weiteren wurden die Beschwerdeführerinnen eingeladen mitzuteilen, ob sie ihre Beschwerdeanträge und deren Begründung allenfalls anpassen möchten und ob sich die Vergleichsbereitschaft geändert habe. Die Vorinstanz wurde ebenfalls eingeladen mitzuteilen, ob sie die im vorliegenden Verfahren angefochtene Verfügung in Widererwägung ziehen werde und ob sie offen gegenüber einem neuen Vergleichsvorschlag sei.

K.o Mit Schreiben vom 25. Februar 2013 zogen die Beschwerdeführerinnen ihre Rüge in Bezug auf die Unzulässigkeit der von der Wettbewerbskommission ausgesprochenen Sanktion aufgrund von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV in Folge des Urteils in Sachen Publigroupe zurück. Des Weiteren teilten sie mit, dass sie weiterhin an einer einvernehmlichen Regelung interessiert seien.

K.p Am 25. Februar 2013 wies die Vorinstanz darauf hin, dass die in den bisherigen Rechtsschriften der Beschwerdeführerinnen eingebrachten Einwände in Bezug auf die Bestimmtheit der angewandten Normen mit Urteil vom 29. Juni 2012 hinfällig seien. Zum Schluss führt die Vorinstanz aus, dass sie grundsätzlich keinen Spielraum für einen Einigungsvorschlag sehe.

K.q Am 15. September 2013 fand eine Instruktionsverhandlung statt.

K.r Aufgrund der Instruktionsverhandlung wurde ein Fragenkatalog an die Parteien versandt, mit dem verschiedenste technische, betriebswirtschaftliche und sonstige Aspekte des Falles angesprochen wurden. Die Vorinstanz reichte ihre Antworten in Bezug auf den Fragekatalog am 3. Oktober 2013 ein. Mit Schreiben vom 7. November 2013 reichten die Beschwerdeführerinnen innerhalb erstreckter Frist ihre Antworten in Bezug auf den Fragekatalog ein. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 reichen sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Vorinstanz ihre Stellungnahmen wechselseitig zu den Antworten der jeweiligen Gegenpartei ein.

K.s Im Rahmen ihres Schreibens vom 19. Dezember 2013 nahm die Vorinstanz ergänzende Ausführungen zur Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 30. März 2012 vor. Am 21. Februar 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen eine weitere Stellungnahme ein.

K.t Am 21. Juni 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Kostennotizen ein.

K.u Das Bundesverwaltungsgericht teilte mit Verfügung vom 2. August 2018 den Parteien mit, dass zu den strittigen technischen und sonstigen Aspekten keine weiteren Fragen mehr bestünden und stellte ihnen frei, eine abschliessende Stellungnahme einzureichen. Mit Schreiben vom 27. August 2018 erklärte die Vorinstanz den Verzicht auf eine weitere abschliessende Stellungnahme. Nach erstreckter Frist beantragten die Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 24. September 2018 die Einstellung des Verfahrens infolge des Eintritts der Verjährung, eventualiter wegen einer übermässig langen Verfahrensdauer. Subeventualiter beantragten sie einen Wegfall der Sanktion aufgrund der übermässig langen Verfahrensdauer. In diesem Zusammenhang erhoben sie erneut den zwischenzeitlich zurückgenommenen Einwand der Unzulässigkeit einer Sanktionierung durch die Vorinstanz (vgl. SV K.o).

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN**

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen gemäss Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. die ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

#### **1) Sachliche Zuständigkeit**

2. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in



Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist.

3. Die Vorinstanz ist aufgrund ihrer Ausgestaltung durch Art. 18 und 19 KG gemäss Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in Verbindung mit Art. 7 und 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung des Bundesrats vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.01) als ausserparlamentarische Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu qualifizieren. Sie stellt somit eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 lit. f VGG dar.

4. Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten Anordnungen von Behörden, welche gestützt auf öffentliches Recht des Bundes entweder gegenüber dem Verfügungsadressaten dessen Rechte und Pflichten begründen, inhaltlich bestimmen, ändern, aufheben oder feststellen oder ein entsprechendes Begehren des Verfügungsadressaten abweisen oder darauf nicht eintreten.

5. Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung gegenüber den Beschwerdeführerinnen festgestellt, dass ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten als kartellrechtswidrig zu beurteilen sei und infolge dessen eine Sanktion ausgesprochen. Dadurch wurden die geschäftlichen Handlungsmöglichkeiten der Beschwerdeführerinnen eingeschränkt und es wurden ihnen entsprechende Rechte und Pflichten vorgegeben. Aufgrund der Sanktionierung wurden sie zudem zur Erfüllung einer Leistung verpflichtet.

6. Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

7. Die sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist deshalb gegeben.

## **2) Beschwerdefähigkeit und Beschwerdelegitimation**

8. Die Beschwerdefähigkeit setzt gemäss Art. 6 VwVG voraus, dass die Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit der Beschwerdeführer gegeben ist. Parteifähigkeit setzt zivilrechtliche Rechtsfähigkeit, Prozess- und Postulationsfähigkeit setzen die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit voraus

(vgl. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, zit. *Verwaltungsrecht*, Rn. 1768 f.; HÄNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess: Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsprozesses im Bund, 2000, zit. *Beteiligte*, Rn. 469 ff.; HÄNER ISABELLE, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, zit. *VwVG*, Art. 6 Rn. 1, Art. 48 Rn. 5; KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, zit. *Verfahrensrecht*, § 4 Rn. 541 f., 551 f., 585 f.; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, zit. *Verwaltungsverfahren*, Rn. 444 f., 934 ff.; MARANTELLI VERA/HUBER SAID, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, zit. *VwVG*, Art. 6 Rn. 12 ff.; RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, zit. *Prozessrecht*, Rn. 862 ff.; SCHOTT MARKUS, Rechtsschutz, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, zit. *FHB-VerwR*, Rn. 24.17 ff.; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2011, zit. *droit administratif*, Rn. 1487 ff.; THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, 2013, zit. *Verfahrensgrundrechte*, Rn. 368 Fn. 1182).

9. Die Beschwerdeführerinnen sind im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften und damit als juristische Personen des Privatrechts rechtsfähig und über ihre Organe handlungsfähig.

10. Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 VwVG voraus, dass entweder (i) ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat bzw. ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und er ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat, oder (ii) dass ein Bundesgesetz dem Beschwerdeführer dieses Recht ausdrücklich einräumt (vgl. MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, zit. *Prozessieren*, Rn. 2.60 f.).

11. Die Beschwerdeführerinnen haben als Parteien am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Als Verfügungsadressaten, deren Anträge im vorinstanzlichen Verfahren zumindest teilweise abgelehnt

wurden, werden sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Aufgrund des Inhalts der vorinstanzlichen Verfügung, insbesondere der Untersagung eines bestimmten geschäftlichen Verhaltens und den hierfür ausgesprochenen Sanktionen, ergibt sich ein wirtschaftlicher und ideeller Nachteil, weshalb den Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung zukommt.

12. Die Beschwerdeführerinnen sind demnach zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde befähigt und berechtigt.

### **3) Sonstige Verfahrensvoraussetzungen**

13. Die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Eingabefrist und die gemäss Art. 52 VwVG notwendige Form der Beschwerde wurden gewahrt. Die Beschwerdeführerinnen machen im Rahmen ihrer Beschwerde verschiedene in Art. 49 VwVG aufgeführte Rügen geltend. Der gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG erforderliche Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt.

14. Die sonstigen Verfahrensvoraussetzungen sind somit gegeben.

15. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **II. RECHTLICHE GRUNDLAGE DER VORINSTANZLICHEN VERFÜGUNG**

16. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen aufgrund des im vorliegenden Verfahren massgeblichen Sachverhalts wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Sanktionsbetrag belastet.

17. Gegenstand dieses Urteils ist nach Feststellung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (vgl. Abschnitt III, E. 18 ff.) sowie der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen und gerichtlichen Verfahrens (vgl. Abschnitt IV, E. 92 ff.) somit zunächst die Frage, ob das Verhalten der SIX-Gruppe auf den betroffenen Märkten eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG darstellt, weil (i) die SIX-Gruppe auf dem relevanten Markt (vgl. Abschnitt V, E. 229 ff.) als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist (vgl. Abschnitt VI, vgl. E. 398 ff.) und (ii) sie mit der Ablehnung einer Offenlegung

der notwendigen Schnittstelleninformationen ihre Stellung auf dem Markt missbraucht hat, indem sie andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt hat (vgl. Abschnitt VII, E. 509 ff.). Überdies ist zu prüfen, ob (i) die ausgesprochene Sanktion rechtlich zulässig und sachlich angemessen ist (vgl. Abschnitt VIII, E. 1426 ff.) und (ii) die Kostenentscheidung des vorinstanzlichen Verfahrens angesichts der rechtlichen Ergebnisse sachlich vertretbar ist (vgl. Abschnitt IX, E. 1732 ff.).

### **III. GELTUNGS- UND ANWENDUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES**

18. Massgebend für die Beurteilung der streitigen Angelegenheit ist das Kartellgesetz. Dessen Anwendung setzt voraus, dass der persönliche und sachliche Anwendungsbereich sowie der räumliche und zeitliche Anwendungs- und Geltungsbereich gegeben sind. Vorliegend bestehen sowohl zum persönlichen als auch zum sachlichen Anwendungsbereich strittige Sachfragen, die einer Abklärung bedürfen.

#### **1) Persönlicher Anwendungsbereich**

19. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die SIX-Gruppe als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und damit als massgebliches Kartellrechtssubjekt. Diese Qualifizierung wird von den Beschwerdeführerinnen bestritten.

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

20. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Bestimmung des Konzerns anstelle von einzelnen Gruppengesellschaften als massgebliches Kartellrechtssubjekt weder zwingend sei noch im vorliegenden Sachverhalt die notwendigen Voraussetzungen erfülle.

21. Bei einem Konzernsachverhalt sei nicht zwingend der Konzern als massgebliches Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren. Vielmehr sei im Einzelfall auf einzelne Gruppengesellschaften abzustellen.

22. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Publigroupe*. Denn dieses besage nicht, dass rechtlich selbständige Konzerngesellschaften immer und unter allen

Umständen wirtschaftlich unselbständig seien und ergo nie Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen könnten. Dies sei nur „in der Regel“ so und auch nur dann, „sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, sodass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten“. Daran habe auch das Urteil des Bundesgerichts in Sachen *Publigroupe* nichts geändert.

23. Allein diese Auffassung stehe in Einklang mit der herrschenden Lehre und Praxis in der Schweiz und im EU-Wettbewerbsrecht, welche sowohl potenzielle als auch effektive Kontrolle verlangen und die wirtschaftliche Selbständigkeit aufgrund der Würdigung der Umstände im Einzelfall bestimmen würden.

24. Ausgehend von dieser Ansicht sei auch die Qualifizierung der Multipay und der Card Solutions als wirtschaftlich unselbständige Konzerngesellschaften unzutreffend. Es sei vielmehr bemerkenswert, dass bezüglich der wirtschaftlichen Selbstständigkeit und der eigenständigen Verhaltensweise von Multipay und Card Solutions keinerlei Sachverhaltsermittlungen erfolgt seien.

25. Die Vorinstanz knüpfe bei ihrer Beurteilung allzu einseitig zunächst an die Beteiligungsverhältnisse an. Letztere mögen in der Tat ein denkbarer Indikator für die Annahme einer potenziellen Kontrolle sein, aber auch nicht mehr. Selbst eine 100%-ige Beteiligung vermöge rein gar nichts darüber auszusagen, ob die Muttergesellschaft von ihrer grundsätzlich möglichen Kontrolle in praxi auch effektiv-konkret Gebrauch gemacht habe. Es wäre daher zumindest notwendig gewesen, zu untersuchen, ob die Muttergesellschaft jeweils in das Tagesgeschäft der indirekt gehaltenen Beteiligungsgesellschaften habe eingreifen können und dies auch tatsächlich getan habe.

26. Dass die Multipay und die Card Solutions einer effektiven Kontrolle durch ihre Muttergesellschaft unterstanden, wird von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich zurückgewiesen und bestritten.

27. Die wirtschaftliche Selbständigkeit der Multipay und der Card Solutions werde auch nicht durch die folgenden Aspekte widerlegt, auf welche die angefochtene Verfügung abstelle.

28. Der Umstand, dass der CEO der Beschwerdeführerin 2 Einsitz in der Gruppenleitung der Beschwerdeführerin 1 habe, begründe zwischen den

Geschäftsleitungen beider Unternehmen keineswegs personelle Verflechtungen in einem Masse, welche die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Beschwerdeführerin 2 a priori ausschliessen würde.

29. Was die Firmenbezeichnung, die Internetauftritte und den Geschäftsbericht 2009 anbelangt, könne deren Relevanz für die Begründung einer effektiven Kontrolle der Beschwerdeführerin 1 im konkreten Fall nicht nachvollzogen werden. Wenn ein ähnlicher Name, ein ähnlicher Internetauftritt und einige Organigramme bereits ausreichen würden, um einer Konzerngesellschaft die wirtschaftliche Unabhängigkeit zu nehmen, so könnte es wohl innerhalb eines Konzerns im Ergebnis überhaupt keine wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen mehr geben, und es müsste ohne Ausnahme zum Durchgriff auf die Konzernmutter kommen. Dies aber würde grössten, nicht zuletzt grundrechtlichen Bedenken begegnen.

30. Sowohl bei der Multipay als auch der Card Solutions habe es sich um wirtschaftliche unabhängige Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit gehandelt, welche jederzeit auch Gegenstand von Anordnungen und Verfügungen der Behörden hätten sein können. Es könne nicht sein, dass diesbezüglich der kartellrechtliche Sanktionssachverhalt anders beurteilt würde.

31. Die Beschwerdeführerin 1 sei erst durch die Gründung der SIX-Gruppe im Laufe des Jahres 2007 als deren Konzernobergesellschaft eingesetzt worden, während vorher kein gesellschaftsrechtliches Verhältnis zur Telekurs-Gruppe und deren Gruppengesellschaften Multipay und Card Solutions bestanden habe. Damit habe zum Zeitpunkt des angeblich wettbewerbswidrigen Verhaltens von Multipay und Card Solutions kein Beherrschungsverhältnis zu Gunsten der Beschwerdeführerin 1 vorgelegen, weshalb diese im Kartellverwaltungsverfahren nicht hätte herangezogen werden dürfen. Die Umstrukturierung bilde kein hinreichender Grund für die Heranziehung.

## *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

32. Nach Ansicht der Vorinstanz geht das Kartellgesetz von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führe bei Konzernen dazu, dass wirtschaftlich unselbständige Unternehmen trotz ihrer rechtlichen Unabhängigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellten.

33. Die Multipay und die Card Solutions seien hundertprozentige Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin 1 gewesen. Bei beiden Tochtergesellschaften werde im Handelsregister unter „Zweck“ unter anderem festgehalten: „Die Gesellschaft ist eine Tochtergesellschaft der SIX Group AG (Konzernmutter) und übt ihre Geschäftstätigkeit im Konzerninteresse aus.“ Die Zugehörigkeit der Tochtergesellschaften zur Muttergesellschaft ergebe sich auch aus deren Firmenbezeichnungen sowie aus dem Internetauftritt aller Gesellschaften und dem Geschäftsbericht 2009 der SIX Group AG. Der CEO von Multipay habe Einsitz in der Gruppenleitung der SIX Group AG. Aus diesen Umständen könne geschlossen werden, dass die SIX Group AG die Beteiligungen an Multipay und Card Solutions nicht ausschliesslich als Investition halte, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nehme.

34. Die personale Ausgestaltung entspreche grundsätzlich der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht. Nach der Rechtsprechung des EuGH hafte die Muttergesellschaft für Kartellrechtsverstösse ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft in der Lage sei, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und diese Möglichkeit auch ausgeübt habe. Dabei bestehe nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine widerlegbare Vermutung, dass diese Voraussetzungen erfüllt seien, wenn die Tochtergesellschaft zu 100% im Eigentum der Muttergesellschaft stünde. Des Weiteren genüge eine Einflussnahme der Muttergesellschaft in strategischen Angelegenheiten. Es sei hingegen nicht erforderlich, dass der Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt werde, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden habe. Diese Praxis habe zur Folge, dass die Konzernmutter nur in extremen Ausnahmefällen nicht für Tochtergesellschaften hafte, von denen sie Anteile halte.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

35. Das Kartellgesetz findet gemäss dessen Art. 2 Abs. 1 auf „Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts“ Anwendung. Als massgebliches Kartellrechtssubjekt wird somit ausdrücklich das „Unternehmen“ statuiert (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, zit. *Botschaft KG 1995*, 533; BGer, 11.4.2011, 2C\_343/2010 u.a., Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gg. Swisscom (Schweiz) AG,

publ. in: BGE 137 II 199, zit. *Terminierung Mobilfunk*; BGer, 29.6.2012, 2C\_484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, publ. in: BGE 139 I 72, zit. *Publigroupe*, E. 3 [nicht publ.]; BGer, 28.6.2016, 2C\_180/2014, Colgate-Palmolive Europe Sàrl [vormals Gaba International AG] gg. Weko, publ. in: BGE 143 II 297, zit. *Gaba*, E. 3.1; BGer, 24.10.2017, 2C\_63/2016, Bayerische Motoren Werke AG gg. Weko, zit. *BMW*, E. 3; BVGer, 25.6.2018, B-771/2012, Aktiengesellschaft Cellere u.a. gg. Weko, zit. *Cellere*, E. 3.1; BVGer, 25.6.2018, B-807/2012, Erne Holding AG u.a. gg. Weko, zit. *Erne*, E. 3.1; BVGer, 25.6.2018, B-829/2012, Granella Holding AG u.a. gg. Weko, zit. *Granella*, E. 3.1; BVGer, 16.9.2016; B-581/2012, Nikon AG gg. Weko, zit. *Nikon*, E. 4.1.1; BVGer, 13.11.2015, B-3332/2012, Bayerische Motoren Werke AG gg. Weko, zit. *BMW*, E. 2.1.1; BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. *ADSL II*, E. 26 ff.; BVGer, 27.4.2010, B-2977/2007, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, zit. *Publigroupe*, E. 4.1 ff.; BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, publ. in: BVGE 2011/32, zit. *Terminierung Mobilfunk*, E. 3.1).

(a) Unternehmen

36. Das schweizerische Recht kennt weder eine allgemeingültige Definition noch eine allgemeine inhaltliche Umschreibung des Begriffs „Unternehmen“, die für eine kartellrechtliche Beurteilung des persönlichen Anwendungsbereichs zu berücksichtigen wäre bzw. herangezogen werden könnte. Vielmehr statuiert Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine eigenständige Regelung zur Qualifizierung des Kartellrechtssubjekts, deren Inhalt und Anwendung an Sinn und Zweck des Kartellrechts auszurichten sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 26 f.; BORER JÜRIG, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, zit. *KG*, Art. 2 Rn. 3 ff.; CANDREIA PHILIPP, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, zit. *Konzerne*, Rn. 124 ff.; LEHNE JENS, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 2 Rn. 7). Danach gelten als Unternehmen „sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform“. Der funktionale Ansatz und die weite sprachliche Fassung der gesetzlichen Regelung machen deutlich, dass dadurch alle denkbaren Organisationseinheiten erfasst werden sollen, deren wirtschaftliche Verhaltensweisen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen könnten (vgl. *Botschaft KG 1995*, 533; BORER, *KG*, Art. 2 Rn. 3 ff.; VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, zit. *WBR*, Rn. 1244; HEIZMANN RE-



TO/MAYER MICHAEL, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 16; KRAUSKOPF PATRICK/HENKEL SOPHIE, Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740; zit. *Unternehmensbegriff*, 743; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. *WBR*, Rn. 570; MARTENET VINCENT/KILLIAS PIERRE-ALAIN, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. *CR-Concurrence*, Art. 2 Rn. 22; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, zit. *FHB-WBR*, Rn. 1.51; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, zit. *Kartellrecht*, Rn. 254; ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS RUDOLF, Das neue Kartellgesetz, 2004, zit. *KG*, Art. 2 Rn. 1). Der vorbehaltlose Verweis in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG auf die privat- oder öffentlich-rechtliche Rechtsnatur eines Unternehmens stellt zudem sicher, dass nicht nur die wirtschaftlichen Verhaltensweisen von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts, sondern auch öffentlich-rechtliche und gemischt-wirtschaftliche Verwaltungseinheiten dem Geltungsbereich des Kartellrechts unterstellt sind (vgl. BORER, *KG*, Art. 2 Rn. 4 f.; HEIZMANN/MAYER, *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 26; LEHNE, *BSK-KG*, Art. 2 Rn. 13; MARTENET/KILLIAS, *CR-Concurrence*, Art. 2 Rn. 36 ff., 47; RUBIN BERNHARD/COURVOISIER MATTHIAS, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, zit. *SHK-KG*, Art. 2 Rn. 3 ff.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 1.57). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind daher alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten zu qualifizieren, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Teilnehmer am Wirtschaftsprozess auftreten (vgl. HEIZMANN/MAYER, *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 16; LEHNE, *BSK-KG*, Art. 2 Rn. 14 ff.; MARTENET/KILLIAS, *CR-Concurrence*, Art. 2 Rn. 24, 28 f.; RUBIN/COURVOISIER, *SHK-KG*, Art. 2 Rn. 5; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 1.58).

37. Zur Beurteilung des Kartellrechtssubjekts stützt sich das Kartellgesetz demnach auf eine eigenständige funktionale Betrachtungsweise ab, die weder an besondere formale Aspekte des Auftretens im Wirtschaftsverkehr noch an bestehende, durch andere Rechtsvorschriften vorgegebene Rechts- oder Organisationsformen anknüpft. Das Kartellgesetz hat somit eine eigenständige Subjektstruktur geschaffen, welche sich nicht an den vorgegebenen Strukturen des Gesellschafts- oder Personenrechts orientiert, sondern bewusst über diese hinausgeht (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 28; in diesem Sinne auch HEINEMANN ANDREAS, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015,

49, zit. *Konzernbegriff*, 52; HEIZMANN/MAYER, *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 8; STRAUB RALF MICHAEL, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann [Hrsg.], Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, 1269 ff., zit. *Konzern*, 1270 f.).

38. Ungeachtet einer grundsätzlichen inhaltlichen Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht (vgl. E. 512) unterscheidet sich das schweizerische Kartellgesetz aufgrund der Statuierung von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und der damit verbundenen ausdrücklichen inhaltlichen Spezifizierung eines eigenständigen Kartellrechtssubjekts durch den Gesetzgeber in diesem Punkt vom EU-Wettbewerbsrecht, das keine entsprechende Statuierung durch Vorschrift oder Rechtsgrundsatz vorsieht. Dem gegenteiligen Einwand der Beschwerdeführerinnen mit Verweis auf einzelne Entscheide des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. E. 23) kommt daher keine Bedeutung zu.

(b) Konzerne

39. Ein Konzern stellt einen besonderen Gesellschaftsverbund dar, der im weitesten Sinne auf einer Zusammenfassung verschiedener, rechtlich selbständiger Organisationseinheiten zu einer eigenständigen wirtschaftlichen Einheit unter einer übergeordneten Gruppenführung beruht.

40. Auch wenn der Konzern keine besondere gesetzliche Ausgestaltung im Bereich des Gesellschafts- oder Personenrechts erfahren hat, wird die Zulässigkeit einer entsprechenden Zusammenfassung von Praxis (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.1; BGE 124 III 299 E. 6; BGE 120 II 331 E. 5) und Literatur (vgl. BAUDENBACHER CARL, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, zit. *BSK-OR II*, Vor Art 620 Rn. 19; BÖCKLI PETER, Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, zit. *Aktienrecht*, § 11 Rn. 12; VON BÜREN ROLAND, in: von Büren/Meier-Hayoz [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, 2. Aufl. 2005, zit. *Konzern*, 71 f.; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2014, zit. *Aktienrecht*, § 15 Rn. 1 f.; HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, 1994, zit. *Konzern*, 1; HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, zit. *Gesellschaftsrecht*, § 24 Rn. 45; SCHNYDER ANTON K., in: von Büren/Stoffel/Schnyder/Westenberg [Hrsg.], Aktienrecht, 2000, zit. *Aktienrecht*, Rn. 1227) anerkannt.

41. Eine grundlegende Ausgestaltung hat der Konzern durch Vorschriften zur Rechnungslegung von Aktiengesellschaften in den Art. 963 f. OR erfahren. Danach erfordert die Zusammenfassung von verschiedenen Gesellschaften zu einem Konzern als massgebliches Element eine übergeordnete Gruppenführung, die sich auf ein Beherrschungsverhältnis zwischen der Konzernobergesellschaft und den einzelnen Konzerngesellschaften abstützt. Dieses Beherrschungsverhältnis kann aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung alternativ auf verschiedenen Umständen beruhen: (i) der Möglichkeit zur direkten oder indirekten Ausübung der Stimmenmehrheit im obersten Organ der einzelnen Gruppengesellschaft; (ii) der Möglichkeit zur direkten oder indirekten Berufung einer Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der einzelnen Gruppengesellschaft; (iii) der Möglichkeit, aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auf die einzelne Gruppengesellschaft auszuüben.

42. Eine solche übergeordnete Gruppenführung führt dazu, dass die Konzernobergesellschaft in der Lage ist, aufgrund der ihr zukommenden Stellung im Rahmen der organisatorischen Zusammenfassung durch ausdrückliche oder stillschweigende Anordnungen oder sonstige direkte oder indirekte Handlungsmöglichkeiten in bestimmender Weise auf die Geschäftstätigkeit, die Struktur oder die sonstigen Verhältnisse einer anderen Gruppengesellschaft einzuwirken.

43. Liegt eine der gesetzlich aufgeführten Umstände eines Beherrschungsverhältnisses vor, ergibt sich daraus zwangsläufig die Kontrolle der einzelnen Gruppengesellschaften.

44. Für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern stellt das Leitungsprinzip, d.h. die tatsächliche Ausübung einer effektiven Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft, entgegen einer bislang vertretenen Ansicht in der gesellschaftsrechtlichen Literatur (vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 9 Rn. 22 f.; VON BÜREN, *Konzern*, 82), jedenfalls für eine kartellrechtliche Beurteilung keine notwendige Voraussetzung dar (a.A. HEIZMANN/MAYER, *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 31; LEHNE, *BSK-KG*, Art. 2 Rn. 29; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 1.60). Vielmehr ist entsprechend dem Kontrollprinzip, welches teilweise auch bereits bislang für das Gesellschaftsrecht als massgeblich qualifiziert wurde (vgl. DRUEY, *Konzernrecht*, 347 ff.; HANDSCHIN, *Konzern*, 43 f., 109; SCHNYDER, *Aktienrecht*, Rn. 1231), die blosse Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesell-

schaft ausreichend (vgl. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 577; LANG CHRISTOPH/JENNY RETO M., Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, *sic!* 2007, 299, zit. *Konzernprivileg*, 307 f.; STRAUB, *Konzern*, 1278). Denn in der Praxis verläuft die reale Konzernorganisation nicht notwendigerweise entlang den juristischen Organisationsstrukturen. Zudem kann die Einflussnahme durch eine Konzernobergesellschaft auf die Geschäftsführung einer einzelnen Gruppengesellschaft in vielfältiger Weise vorgenommen werden, wobei diese Einflussnahme nicht in nachvollziehbarer, dokumentierter Form ausgeübt werden muss. Daher ist eine Unterscheidung zwischen einer jederzeit möglichen und einer tatsächlich erfolgten Einflussnahme letztlich ausgeschlossen. So führt bereits die faktische Herrschaftsmacht zu Gunsten der Organmitglieder der beherrschenden Konzernobergesellschaft zwangsläufig zur Beachtung von jeglichen ausdrücklichen oder impliziten Anweisungen, Anordnungen und Wünschen auf Seiten der Organmitglieder der beherrschten Gruppengesellschaft. Dies wird auch von Vertretern des Leitungsprinzips ausdrücklich anerkannt (vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 9 Rn. 261 f.; VON BÜREN, *Konzern*, 83). Daher lässt sich eine sachgerechte Abgrenzung im Hinblick auf das Vorliegen einer tatsächlichen wirtschaftlichen Unabhängigkeit – die auch für die Anwendung des Konzernprivilegs Bedeutung erlangt (vgl. E. 51) – anhand des Leitungsprinzips in der kartellrechtlichen Praxis im Einzelfall gar nicht zweifelsfrei vornehmen (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht u.a.] vom 21.12.2007, BBI 2008 1589, zit. *Botschaft OR 2007*, 1724; ausführlich LANG/JENNY, *Konzernprivileg*, 307 f.).

45. Im Übrigen wurde der Ansatz des Kontrollprinzips vom Gesetzgeber nunmehr im Rechnungslegungsrecht durch Art. 963 OR auch formal ausdrücklich statuiert (vgl. *Botschaft OR 2007*, 1724; VON DER CRONE HANS CASPAR, *Aktienrecht*, § 15 Rn. 8; HANDSCHIN LUKAS, *Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2016, zit. *Rechnungslegung*, Rn. 939; NEUHAUS MARKUS R./BAUR DAVID, in: Honsell/Watter/Vogt [Hrsg.], *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Aufl. 2016, zit. *BSK-OR II*, Art. 963 Rn. 9, 14; WANDELER MARKUS/SUTER DANIEL, *Neue Rechnungslegung gemäss Botschaft zum Obligationenrecht, Der Schweizer Treuhänder*, 2008, 115 f., Ziff. 5). Damit hat der Gesetzgeber die seit 1982 bestehende, aufgrund des Wortlauts des früheren Art. 663e OR ambivalente (vgl. Botschaft des Bundesrats über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBI 1983 II 745, 817, wonach der Gesetzestext keine Festlegung vornehmen wollte) und daher umstrittene Rechtslage klargestellt

(vgl. KUBLI LINDA, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, 217). Die Massgeblichkeit des Kontrollprinzips entspricht auch dem bereits bislang bestehenden Verständnis zum Vorliegen eines Beherrschungsverhältnisses in den internationalen Regelungswerken zum Rechnungslegungsrecht (vgl. NEUHAUS/BAUR, *BSK-OR II*, Art. 963 Rn. 36).

46. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Kartellrecht auch bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen in Form eines Kontrollerwerbs auf die blosser Möglichkeit zu einer Kontrolle von wirtschaftlichen Entitäten und nicht auf eine effektive Ausübung dieser Kontrolle abstellt. Art. 4 Abs. 3 KG qualifiziert den Kontrollerwerb d.h. jeden Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss. Art. 1 VKU sieht hierfür vor, dass die notwendige Kontrolle lediglich die Möglichkeit der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf ein anderes Unternehmen verlangt. Nach übereinstimmender Ansicht ist es dabei unerheblich, ob (i) eine Absicht zur Ausübung der Kontrollmöglichkeit gegeben ist, (ii) die Kontrollmöglichkeit tatsächlich ausgeübt wird, und (iii) die Ausübung der tatsächlichen Kontrolle nachgewiesen werden kann (vgl. *Botschaft KG 1995*, 550; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 33; REINERT MANI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 3 Rn. 125; SINEM SÜSLU, in: Zäch u.a. [Hrsg.], *Kartellgesetz*, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 3 Rn. 79 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.842).

47. Massgebend für die Beurteilung, ob eine Einordnung einer Gesellschaft in einen Konzern besteht, ist im Regelfall die ausdrückliche Erklärung der Konzernobergesellschaft zur Ausübung einer übergeordneten Gruppenführung bei anderen Gruppengesellschaften, die in der Vorlage einer Konzernrechnung gemäss Art. 963 OR eindeutig zum Ausdruck kommt (STRAUB, *Konzern*, 1267 f.; a.A. HEIZMANN/MAYER, *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 32, aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Sichtweise; zu Fällen einer fehlenden Konsolidierung vgl. HANDSCHIN, *Rechnungslegung*, Rn. 939a ff.). Mit Vorlage einer Konzernrechnung erklärt die Konzernobergesellschaft, dass ein Beherrschungsverhältnis zwischen ihr und den durch die Konzernrechnung konsolidierten Gruppengesellschaften besteht (vgl. HANDSCHIN, *Rechnungslegung*, Rn. 976; NEUHAUS/BAUR, *BSK-OR II*, Art. 963 Rn. 22). Durch das gemäss Art. 727 Abs. 1 OR vorgesehene Testat eines Revisors bei Vorliegen einer verpflichtenden Konzernrechnungsle-

gung wird das Bestehen eines Beherrschungsverhältnisses sogar durch einen unabhängigen Dritten bestätigt (vgl. MAIZAR KARIM/WATTER ROLF, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 727 Rn. 29, 30; DIES., in: Watter/Bertschinger [Hrsg.], Basler Kommentar, Revisionsrecht, 2011, Vor Art. 727, 727a Rn. 27, 30). Im Regelfall besteht demnach kein Grund, im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung von dieser, unter Umständen sogar geprüften Erklärung der Konzernobergesellschaft abzuweichen (zu Ausnahmen der Konsolidierungspflicht vgl. HANDSCHIN, *Rechnungslegung*, Rn. 958 ff.).

48. Bei Konzernverhältnissen stellt eine einzelne Gruppengesellschaft angesichts des Beherrschungsverhältnisses durch die Konzernobergesellschaft demzufolge mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit kein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Dies gilt selbst dann, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten in ihrem Geschäftsbereich ausgeübt wurde. Allerdings wird auch die Konzernobergesellschaft, von der die übergeordnete Gruppenführung ausgeht, nicht als massgebliches kartellrechtliches Unternehmenssubjekt qualifiziert. Vielmehr bildet nach nahezu übereinstimmender Ansicht in Praxis und Literatur die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit der Konzern als Ganzes das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3 [nicht publ.]; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 4.1 ff.; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 26 f.; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 4.1.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.1.2; WEKO, 6.10.2008, RPW 2008/4, 544, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern, Krankenversicherer sowie öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler im Kanton Luzern, Ziff. 26; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 224; BORER, *KG*, Art. 2 Rn. 11; VON BÜREN, *Konzern*, 470; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 577; HEINEMANN, *Konzernbegriff*, 52; HEIZMANN/MAYER, *Dike-KG*, Art. 2 Rn. 31; LANG/JENNY, *Konzernprivileg*, 299; LEHNE, *BSK-KG*, Art. 2 Rn. 27; MARTENET/KILLIAS, *CR-Concurrence*, Art. 2 Rn. 30 f.; ROTH ROBERT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Commentaire Romand, 2. Aufl. 2013, zit. *CR-Concurrence*, Rem. art. 49a-53 Rn. 36; RUBIN/COURVOISIER, *SHK-KG*, Art. 3 Rn. 12; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 1.60; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 256).

49. Dabei stellen die einzelnen Gruppengesellschaften einschliesslich der Konzernobergesellschaft nur Repräsentanten des Konzerns dar, weil sie angesichts der fehlenden allgemeinen Rechtsfähigkeit eines Konzerns nicht rechtswirksam als dessen Stellvertreter im Rechtsverkehr auftreten können (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 30).

50. Vor diesem Hintergrund sind die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerinnen gegenüber einer Heranziehung der Beschwerdeführerinnen als Repräsentanten des Konzerns durch die angefochtene Verfügung abzuweisen.

51. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 21 f.) ist generell eine einheitliche Qualifizierung des Konzerns als massgebliches Kartellrechtssubjekt vorzunehmen (vgl. LANG/JENNY, *Konzernprivileg*, 306 f.). Eine Differenzierung zwischen unterschiedlichen Gruppengesellschaften lässt sich wie dargelegt unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Rechtssicherheit regelmässig auch nicht durchführen. Zudem lässt die für das Vorliegen eines Konzerns notwendige Feststellung eines Beherrschungsverhältnisses zwischen Konzernobergesellschaft und einzelner Gruppengesellschaft keinen Raum für eine sich daran anschliessende kartellrechtliche Differenzierung, weil mit der Feststellung eines Beherrschungsverhältnisses durch die Konzernobergesellschaft umgekehrt automatisch die Feststellung der fehlenden wirtschaftlichen Selbständigkeit einer Gruppengesellschaft zwingend einhergeht. Im Übrigen würde die Anerkennung einer solchen Differenzierung dazu führen, dass auch das Konzernprivileg nicht mehr allen Gesellschaften einer Unternehmensgruppe, sondern nur noch denjenigen Konzerngesellschaften, bei denen die Konzernobergesellschaft in ausreichender Weise das Bestehen eines Beherrschungsverhältnisses nachweisen könnte, zukommen würde. Dies hätte weitreichende Folgen auf die Beurteilung von jeglichen gruppeninternen Transaktionen, die damit dem Grundsatz nach wettbewerbskonform ausgestaltet sein müssten und von dieser Anforderung nur dann befreit wären, wenn ein Beherrschungsverhältnis in ausreichender Weise umgesetzt und dokumentiert wäre. Da konzerninterne Transaktionen aus nachvollziehbaren Gründen über das Konzernprivileg gerade von einer Anwendung der materiellen Kartellrechtsvorschriften ausgenommen werden sollen, ist es umgekehrt ausgeschlossen, für den personalen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes spezifische Voraussetzungen an die interne Ausgestaltung des Konzernverhältnisses zu stellen.

52. Ob und inwieweit in besonderen Sachverhaltskonstellationen eine andere Beurteilung gerechtfertigt werden kann, bedarf jedenfalls vorliegend keiner Abklärung, weil der Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte dafür bietet, dass von einem atypischen Konzernverhältnis auszugehen wäre. Die Beschwerdeführerinnen legen im Übrigen auch in keiner Weise dar, unter welchen Umständen von einer Ausnahmesituation auszugehen sei und sie begründen auch nicht, dass im vorliegenden Fall eine solche

Ausnahmesituation gegeben sei. Insoweit handelt es sich bei diesen Argumentationen der Beschwerdeführerinnen letztlich um unsubstantiierte Behauptungen.

53. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 22) ist einer kartellrechtlichen Beurteilung von Konzernsachverhalten wie dargelegt auch nicht die Notwendigkeit einer tatsächlich erfolgten effektiven Kontrolle einer Gruppengesellschaft durch die Konzernobergesellschaft zu Grunde zu legen, weil bereits die Möglichkeit, einen massgeblichen Einfluss auf die Tätigkeit einer Gruppengesellschaft ausüben zu können, für die Annahme eines Beherrschungsverhältnisses ausreichend ist. Daher sind die Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 25 ff.) von vornherein unerheblich, (i) ob eine Untersuchung vorgenommen wurde, inwieweit die Konzernobergesellschaft in das Tagesgeschäft von Multipay und Card Solutions tatsächlich eingebunden war, und (ii) dass eine Feststellung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Multipay und der Card Solutions weder durch die personellen Verflechtungen der verschiedenen Gruppengesellschaften noch durch ähnliche Firmenbezeichnungen, Internetauftritte und die Angabe des Geschäftszwecks ausgeschlossen sei.

54. Der Vollständigkeit halber ist aber darauf hinzuweisen, dass auch bei Fehlen einer Konzernrechnung angesichts von konkreten Umständen wie beim vorliegenden Sachverhalt (vgl. SV B.d bis B.f) aufgrund des vollständigen Besitzes der Anteile an den Gruppengesellschaften durch die Konzernobergesellschaft, einer statutarischen Verankerung der Verpflichtung zur Verfolgung des Konzerninteresses im Gesellschaftszweck der Gruppengesellschaften, der Einsitznahme von Organ- oder Geschäftsleitungsmitgliedern der Konzernobergesellschaft in den Organen oder Geschäftsleitungen der Gruppengesellschaften sowie der Herstellung eines einheitlichen gruppenweiten Geschäftsauftritts im Hinblick auf Firmierung und Aussendarstellung bei einem Fehlen von belastbaren Nachweisen über die Sicherstellung einer unbeeinflussten Geschäftsführung durch die Gruppengesellschaften ohne Weiteres von einer tatsächlichen Einflussnahme der Konzernobergesellschaft auf die Gruppengesellschaften auszugehen ist.

55. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 23) ist im vorliegenden Zusammenhang auch nicht auf die anders ausgestalteten Voraussetzungen einer Qualifizierung von Konzernen im EU-Wettbewerbsrecht abzustellen, weil aufgrund von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und



Art. 963 OR eine konkrete gesetzliche Rechtslage für die kartellrechtliche Beurteilung von Konzernverhältnissen besteht (vgl. E. 38).

(c) Umstrukturierungen

56. Bei Umstrukturierungen von Konzernen erfolgen strukturelle Veränderungen im Bestand der jeweiligen Gruppengesellschaften. Derartige Veränderungen sind äusserst vielgestaltig. Im Vordergrund stehen dabei folgende Konstellationen: (i) die Aufnahme neuer Gesellschaften und das Ausscheiden bestehender Gruppengesellschaften mittels Anteilserwerbs und -verkaufs (Unternehmenskauf); (ii) die Übernahme einer Gruppengesellschaft durch interne oder externe Gesellschaften (Absorption, Art. 3 ff. Bundesgesetz über Fusion, Abspaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3.10.2003 [Fusionsgesetz, FusG]) oder deren Kombination in einer neuen Gesellschaft mittels Fusion (Verschmelzung, Art. 3 ff. FusG); (iii) die Abspaltung von Teilen einer Gruppengesellschaft (Art. 29 ff. FusG); (iv) die Übertragung von Geschäftsbetrieben oder deren Teile durch Vermögensübertragungen (Art. 69 ff. FusG). Bei der von einer strukturellen Veränderung betroffenen Gruppengesellschaft kann es sich um die Konzernobergesellschaft (Muttersgesellschaft, Topholding-Gesellschaft), eine Zwischengesellschaft (Zwischenholding) oder eine einfache Gruppengesellschaft handeln. Eine Umstrukturierung stellt aber auch die Verbindung oder Abtrennung von ganzen Unternehmensgruppen mittels Anteilserwerbs, Fusion oder Anteilsverkaufs dar.

57. Bei der Umstrukturierung eines Konzerns stellen sich dabei die Fragen, ob von der jeweiligen strukturellen Veränderung des Unternehmensverbands überhaupt ein Einfluss und gegebenenfalls welcher Einfluss auf die Beurteilung im Kartellverwaltungsverfahren oder in einem darauf folgenden Rechtsmittelverfahren ausgeht. Diese Sachfragen betreffen im Einzelfall nicht nur den Aspekt der personalen Anwendbarkeit des Kartellgesetzes, sondern auch den Aspekt der massgeblichen Partei bzw. des massgeblichen Verfügungsadressaten (vgl. E. 125 ff.) sowie den Aspekt der Verantwortlichkeit des Konzerns für das wettbewerbswidrige Verhalten (vgl. E. 1502 ff.). Trotz eines gewissen sachlichen Zusammenhangs bedürfen diese Aspekte allerdings keiner einheitlichen Beantwortung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 77).

58. Im Rahmen der personalen Anwendbarkeit des Kartellgesetzes sind verschiedene grundlegende Aspekte für die kartellrechtliche Beurteilung einer Umstrukturierung von Konzernen zu berücksichtigen (vgl.

LANG/JENNY, *Konzernprivileg*, 303 f., 307 f.; STRAUB, *Konzern*, 1295 f.; TAGMANN CHRISTOPH/ZIERLICK BEAT, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 100). Dabei sind diese Aspekte für die Feststellung der personalen Anwendbarkeit des Kartellgesetzes abzugrenzen gegenüber den sachlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses, die in Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 VKU niedergelegt sind, denen wiederum eine eigenständige Bedeutung als Grundlage für eine Überprüfung gemäss Art. 9 f. KG zukommt (vgl. BORER, KG, Art. 4 Rn. 30 ff.; REINERT, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 3 Rn. 4 ff.; SÜSLÜ, *Dike-KG*, Art. 4 Abs 3 Rn. 9 ff.).

59. Zum Zweck einer Feststellung des personalen Anwendungsbereichs lassen sich mehrere grundlegende Varianten von Transaktionen unterscheiden. Im Hinblick auf die an der Umstrukturierung beteiligten Unternehmen sind interne und externe Transaktionen sowie im Hinblick auf die Beibehaltung des Beherrschungsverhältnisses zwischen Konzernobergesellschaft und fehlbarer Konzerngesellschaft strukturertretende und strukturauflösende Transaktionen zu unterscheiden.

60. Ausgangspunkt der entsprechenden Beurteilung einer Umstrukturierung bildet der Grundsatz des flexiblen Mitgliederbestands einer Unternehmensgruppe. Danach besteht das Kartellrechtssubjekt „Konzern“ unabhängig von einem bestimmten Bestand an Gruppengesellschaften und einem allfälligen Ausscheiden oder Eintreten einzelner Gruppengesellschaften aus dem oder in den Konzern, wenn diese in keinem Zusammenhang zur Durchführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens stehen. Denn für die Feststellung einer selbständigen wirtschaftlichen Organisationseinheit aufgrund eines besonderen Beherrschungsverhältnisses ist es unerheblich, welchen genauen Bestand an einzelnen Gruppengesellschaften dieser Verbund aufweist. Soweit das Beherrschungsverhältnis zwischen Konzernobergesellschaft und fehlbarer Konzerngesellschaft gewahrt bleibt, sind daher auch Bestandsänderungen für die Beurteilung des persönlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes unbeachtlich. Das Beherrschungsverhältnis bleibt bei Umstrukturierungen gewahrt, wenn es entweder (i) mangels struktureller Veränderungen von Konzernobergesellschaft und fehlbarer Konzerngesellschaft unverändert weiterbesteht oder (ii) zumindest in modifizierter Form fortbesteht, weil es trotz einer strukturellen Veränderung von Konzernobergesellschaft oder Konzerngesellschaft durch die neu gebildeten Gruppengesellschaften fortgeführt wird. So besteht das Beherrschungsverhältnis z.B. immer dann fort, wenn die Konzernobergesellschaft im Rahmen einer Fusion durch eine

andere Gesellschaft absorbiert oder mit einer anderen Gesellschaft kombiniert wird, weil die neu eingesetzte oder neu geschaffene Konzernobergesellschaft das Beherrschungsverhältnis gegenüber den anderen Gruppengesellschaften einschliesslich der fehlbaren Konzerngesellschaft fortführt. Gleiches gilt umgekehrt etwa auch dann, wenn die fehlbare Konzerngesellschaft durch eine andere Gruppengesellschaft absorbiert oder mit dieser kombiniert wird. Denn die beherrschende Stellung der Konzernobergesellschaft besteht auch gegenüber der anderen Gruppengesellschaft und setzt sich daher fort. Massgebend für die kartellrechtliche Beurteilung einer Umstrukturierung ist demzufolge grundsätzlich, ob von einem Fortbestand der kartellrechtlichen Beurteilungslage auszugehen ist.

61. Interne Transaktionen sind Umstrukturierungen, bei denen ausschliesslich Gruppengesellschaften des jeweiligen Konzerns beteiligt sind (daher stellen sie grundsätzlich auch keinen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG dar, vgl. BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 4.1.3; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 28; REINERT, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 3 Rn. 57 ff.; SÜSLÜ, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 3 Rn 32). Gemäss dem Grundsatz des flexiblen Mitgliederbestands führen interne Transaktionen von vornherein nicht zu einer Veränderung des Kartellrechtssubjekts „Konzern“, weil die jeweilige Unternehmensgruppe keine beachtenswerte Veränderung erfährt. Denn das Beherrschungsverhältnis zwischen Konzernobergesellschaft und fehlbarer Konzerngesellschaft wird in jedem Fall fortgeführt, wenn auch gegebenenfalls in veränderter struktureller Ausgestaltung. Diese Qualifizierung von derartigen Umstrukturierungen ist auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Anwendungsvorschriften sachgerecht. Ansonsten bestünde für einen Konzern die Möglichkeit, einer kartellrechtlichen Beurteilung für ein wettbewerbswidriges Verhalten dadurch zu entgehen, indem etwa die fehlbare Konzerngesellschaft mittels einer gruppeninternen Absorptionsfusion zum Verschwinden gebracht würde.

62. Strukturhaltende externe Transaktionen sind Umstrukturierungen, bei denen eine „Erweiterung der Unternehmensgruppe“ durch bislang externe Unternehmen oder eine andere Unternehmensgruppe erfolgt, die Konzernobergesellschaft und die fehlbare Konzerngesellschaft nach Umsetzung der Umstrukturierung aber immer noch der gleichen Unternehmensgruppe angehören. Dabei können die beiden Gesellschaften ihre Position in der Unternehmensgruppe beibehalten, verändern oder infolge einer Absorption durch andere Gesellschaften oder einer Kombination mit

diesen verlieren. So kann z.B. eine bislang beherrschende Konzernobergesellschaft mit einer neu hinzutretenden Gesellschaft kombiniert, von dieser absorbiert oder zu einer Zwischenholding herabgestuft werden. Strukturerehaltende externe Transaktionen führen ebenfalls nicht zu einer Veränderung des Kartellrechtssubjekts „Konzern“, weil die jeweilige Unternehmensgruppe nach dem Grundsatz des flexiblen Mitgliederbestands eines Konzerns keine beachtenswerte Veränderung erfährt. Dies ergibt sich ohne Weiteres, wenn die Konzernobergesellschaft auch weiterhin die Position als beherrschende Gesellschaft beibehält. Soweit die Konzernobergesellschaft von einer neu hinzutretenden Gesellschaft absorbiert oder mit einer solchen kombiniert wird, tritt die neue Gesellschaft an die Position der bisherigen Konzernobergesellschaft, von der sie auch die herrschende Stellung gegenüber den anderen Gruppengesellschaften übernimmt, weshalb keine andere Einschätzung erforderlich wird. Auch die Qualifizierung derartiger Umstrukturierungen entspricht wie dargelegt Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Anwendungsvorschriften, um zu vermeiden, dass sich ein Konzern im Rahmen einer Erweiterung der Unternehmensgruppe einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit zu entziehen vermag.

63. Strukturauflösende externe Transaktionen sind Umstrukturierungen, bei denen ein „Wechsel der Unternehmensgruppe“ stattfindet, weil die ursprüngliche Verbindung zwischen Konzernobergesellschaft und fehlbarer Konzerngesellschaft aufgelöst wird. Der Wechsel der Unternehmensgruppe wird dabei dadurch bewerkstelligt, dass entweder die Konzernobergesellschaft oder die fehlbare Konzerngesellschaft aus der Unternehmensgruppe ausscheidet, weil sie von einem gruppenfremden Unternehmen absorbiert oder mit diesem kombiniert wird oder dieses ihre Gesellschaftsanteile erwirbt. In diesen Fällen ist im Hinblick auf das wettbewerbswidrige Verhalten notwendigerweise eine Unterscheidung anhand des Zeitpunkts der Wirksamkeit der Transaktion vorzunehmen, weil eine gruppenübergreifende Zusammenfassung von verschiedenen Kartellrechtssubjekten auf der Zeitachse nicht möglich ist. Denn allein durch die Verlagerung des Beherrschungsverhältnisses zur fehlbaren Konzerngesellschaft von der Konzernobergesellschaft des einen Konzerns zur Konzernobergesellschaft des anderen Konzerns ergibt sich keine wirtschaftliche Abhängigkeit dieser Obergesellschaften untereinander und damit auch keine einheitliche Betrachtung. Demzufolge ist im Rahmen des personalen Anwendungsbereichs für die Zeit bis zum Wechsel der Unternehmensgruppe derjenige Konzern heranzuziehen, dem die fehlbare Konzerngesellschaft bislang angehörte. Ab dem Zeitpunkt des Wechsels

der Unternehmensgruppe ist derjenige Konzern heranzuziehen, in dessen Unternehmensverbund die fehlbare Konzerngesellschaft nunmehr integriert ist. Auch diese Qualifizierung der entsprechenden Umstrukturierungen entspricht dem Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Anwendungsvorschriften. Ansonsten bestünde für einen Konzern die Möglichkeit, einer kartellrechtlichen Beurteilung und der sich daraus ergebenden Verantwortlichkeit für ein wettbewerbswidriges Verhalten einfach durch eine Veräußerung der Anteile an der fehlbaren Konzerngesellschaft zu entgehen.

64. Strukturelle Veränderungen im Bestand der Gruppengesellschaften führen demzufolge grundsätzlich nicht zu einer Änderung der Qualifizierung eines Konzerns als Kartellrechtssubjekt. Bei strukturauflösenden externen Transaktionen ergibt sich eine Zäsur auf den Zeitpunkt der Umstrukturierung, weshalb in diesen Fällen zwei Konzerne als Kartellrechtssubjekte in das Kartellverwaltungsverfahren einzubeziehen sind.

65. Dieses Ergebnis entspricht auch praktischen Bedürfnissen. Soweit eine Umstrukturierung während eines laufenden Kartellverwaltungsverfahrens vorgenommen wird, muss die Untersuchung auf die neu strukturierten Entitäten ausgedehnt werden können, ohne dass dies Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes mit der Folge einer Einstellung des Untersuchungsverfahrens nach sich ziehen würde. Gleiches gilt für Umstrukturierungen, die vor Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens vorgenommen wurden, weil allfällige Auswirkungen der Transaktion von den Wettbewerbsbehörden erst im Rahmen einer eingehenderen Untersuchung abgeklärt werden können. Ob und allenfalls wie sich eine Umstrukturierung auf die materiell-rechtliche Beurteilung des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens auswirkt, ist im Verlauf der jeweiligen Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden abzuklären.

(d) Sachverhalt

66. Die SIX-Gruppe bildet nach unstrittiger Ansicht einen Konzern, bei dem die Beschwerdeführerin 1 die Stellung der Konzernobergesellschaft ausübt. Gleichfalls wird von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten, dass es sich bei der Beschwerdeführerin 2 bzw. der Multipay und der Card Solutions um Konzerngesellschaften der SIX-Gruppe handelt bzw. handelte, die von der Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der Konzernrechnungslegung dem Kreis der konsolidierten und damit beherrschten Gesellschaften zugerechnet wird bzw. wurde. Gleiches gilt auch für die

Telekurs-Gruppe und die Telekurs Holding AG bis zu deren Zusammenschluss mit anderen Unternehmensgruppen zur SIX-Gruppe.

67. Die Gründung der SIX-Gruppe erfolgte im Jahre 2007 durch den Zusammenschluss der Unternehmensgruppen SWX Group, SIS Swiss Financial Services Group, der Telekurs-Gruppe und des Vereins SWX Swiss Exchange (vgl. SV B.b). Die Beschwerdeführerin 1 wurde dabei als Konzernobergesellschaft der SIX-Gruppe installiert. Die Multipay und die Card Solutions verblieben als Tochtergesellschaften der Telekurs Holding AG auch weiterhin im Konzern. Letztere fungierte ab dem Zusammenschluss als Zwischenholding der Gruppensparte Telekurs, der die Multipay und die Card Solutions angehörten.

68. Bei dieser Ausgestaltung des Unternehmenszusammenschlusses handelt es sich um eine strukturerhaltende externe Transaktion im vorbeschriebenen Sinne. Durch die Einbringung der Telekurs-Gruppe in die SIX-Gruppe hat die Beschwerdeführerin 1 von der Telekurs Holding AG das Beherrschungsverhältnis zur Multipay und der Card Solutions übernommen, das sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 nach dem Zusammenschluss der Multipay und der Card Solutions fortsetzt. Für eine kartellrechtliche Beurteilung ist demzufolge von einem Fortbestand des ursprünglichen Beherrschungsverhältnisses zwischen der Telekurs Holding AG und deren Tochtergesellschaften auszugehen.

69. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 104) war die Beschwerdeführerin 1 während des relevanten Zeitraums bereits im Handelsregister eingetragen und als Obergesellschaft der SWX Group unter der damaligen Firma „SWX Holding AG“ am Markt tätig gewesen. Dabei hatte die Beschwerdeführerin 1 auch aktiv am Zusammenschluss der verschiedenen Parteien zur SIX-Gruppe mitgewirkt, aus dem sie sogar als Konzernobergesellschaft hervorgegangen ist (vgl. SV B.b).

70. Angesichts der Konsolidierung der Beschwerdeführerin 2 bzw. der Multipay und der Card Solutions in der Konzernrechnung der Six-Gruppe bzw. der Telekurs-Gruppe ist bzw. war ein Beherrschungsverhältnis zu Gunsten der Beschwerdeführerin 1 bzw. der Telekurs Holding AG gegeben. Es bestehen weder ersichtliche Gründe, die gegen die Massgeblichkeit dieses Aspekts für die Beurteilung der Konzernverhältnisse sprechen würden, noch werden solche von den Beschwerdeführerinnen vorgetragen.

71. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass angesichts der tatsächlich vorliegenden Verbindungen zwischen der Beschwerdeführerin 1 bzw. der Telekurs Holding AG als jeweilige Konzernobergesellschaft und der Beschwerdeführerin 2 bzw. der Multipay und der Card Solutions als Konzerngesellschaften in Gestalt des vollständigen Anteilsbesitzes, der Ausrichtung des Gesellschaftszwecks der Konzerngesellschaften auf das Interesse der Unternehmensgruppe (vgl. SV B.f), der personellen Verflechtungen (vgl. SV B.e) und der einheitliche Aussendarstellung der Konzerngesellschaften in Bezug auf die Unternehmensgruppe durch entsprechende Firmierung und Internetauftritte der Konzerngesellschaften auch bei Fehlen einer Konzernrechnung ohne Weiteres davon auszugehen wäre, dass ein Beherrschungsverhältnis zu Gunsten der Konzernobergesellschaften im relevanten Zeitraum bestand. Demzufolge ist es von vornherein nicht ausreichend, dass die Beschwerdeführerinnen für das Fehlen einer möglichen Kontrolle als Ausnahmefall lediglich die Behauptung vortragen (vgl. E. 25 f.), wonach die genannten Umstände für die Annahme eines Beherrschungsverhältnisses nicht ausreichen würden.

72. Im Übrigen ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 26 f.), wonach das Vorhandensein einer tatsächlichen Kontrolle der Multipay und der Card Solutions durch ihre jeweilige Muttergesellschaft ausdrücklich zurückgewiesen und bestritten wird, widersprüchlich angesichts der der jeweiligen Konzernobergesellschaft gesetzlich zukommenden Verpflichtung zur notwendigen Konsolidierung von tatsächlich beherrschten Gesellschaften im Rahmen einer ordnungsgemässen Rechnungslegung. Denn die Beschwerdeführerinnen bestreiten dadurch die Richtigkeit und Rechtmässigkeit der jeweiligen jährlichen Konzernrechnungen, mit denen die Multipay und Card Solutions ausdrücklich als beherrschte Gesellschaften qualifiziert wurden. Da die Beschwerdeführerinnen aber keinerlei Nachweise für diese Behauptung vorlegen, ist davon auszugehen, dass das ausdrückliche Bestreiten dazu dient, den Verfahrensgegenstand und die notwendige Überprüfung der Angelegenheit durch die Wettbewerbsbehörden und die Rechtsmittelgerichte zu erschweren und zu verzögern.

(e) Ergebnis

73. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist gegeben. Die SIX-Gruppe stellt als Konzern das massgebliche Kartellrechtssubjekt dar.

## 2) Sachlicher Anwendungsbereich

74. Die sachliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes erfasst gemäss Art. 2 Abs. 1 KG alle Verhaltensweisen, die das Treffen von Wettbewerbsabreden, die Ausübung von Marktmacht oder die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen zum Gegenstand haben, soweit gemäss Art. 3 KG kein Anwendungsvorbehalt zu Gunsten bestimmter sonstiger Rechtsvorschriften besteht.

75. Das vorliegende Kartellverfahren und die angefochtene Verfügung beziehen sich auf die Verweigerung einer Herausgabe von Schnittstellen und die sich daraus ergebenden Implikationen auf den Absatz von verschiedenen Produkten in Form von Akzeptanzdienstleistungen, Zahlungskartenterminals und Währungsumrechnungsdienstleistungen eines Unternehmens mit einer besonderen Marktstellung und damit auf eine unzulässige Ausübung von Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 34).

### a) *Anwendungsausschlüsse*

76. Die Anwendung des Kartellgesetzes wird weder gemäss Art. 3 Abs. 1 KG durch eine Anwendung von Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelnen Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, noch gemäss Art. 3 Abs. 3 KG aufgrund einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbsbehörde und Preisüberwacher über die vorrangige Durchführung eines Verfahrens nach dem Preisüberwachungsgesetz ausgeschlossen.

### b) *Immaterialgüterrechtsvorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG*

77. Vorliegend ist zwischen den Parteien allerdings streitig, ob die Anwendung des Vorbehalts in Art. 3 Abs. 2 KG zu Gunsten einer Ausübung von Immaterialgüterrechten (nachfolgend: Immaterialgüterrechtsvorbehalt) auf die Verweigerung der Beschwerdeführerinnen zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen zur Kommunikation zwischen Akzeptanz-Plattformen und Zahlungskartenterminals zum Tragen kommt.



*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

78. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen schliesst der Immaterialgüterrechtsvorbehalt eine kartellrechtliche Prüfung des vorliegenden Sachverhalts aus, weil die Verweigerung einer Herausgabe von Informationen über die DCC-Schnittstelle ausschliesslich auf einer berechtigten Wahrung von Immaterialgüterrechten durch die Beschwerdeführerinnen an dieser DCC-Schnittstelle beruhe.

79. Im Übrigen halten die Beschwerdeführerinnen die Geltendmachung einer geltungserhaltenden Reduktion durch die Vorinstanz im Rahmen einer Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG für sachwidrig.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

80. Zur Begründung einer Ablehnung des Immaterialgüterrechtsvorbehalts stützt sich die Vorinstanz unter Verweis auf die vorherrschende Ansicht in der Literatur auf eine geltungszeitliche und restriktive Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG. Dementsprechend könne der vorliegende Sachverhalt auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit überprüft werden.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

81. Der in Art. 3 Abs. 2 KG statuierte Immaterialgüterrechtsvorbehalt sieht in Satz 1 einerseits vor, dass Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Kartellgesetz fallen. Nach Satz 2 unterstehen andererseits Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, ausdrücklich einer Beurteilung nach dem Kartellgesetz. Satz 1 war bereits im Kartellgesetz 1995 enthalten, während Satz 2 mit der Revision des Kartellgesetzes 2004 erst nachträglich eingefügt wurde.

82. Dem Wortlaut des Immaterialgüterrechtsvorbehalts lässt sich nach übereinstimmender Auffassung keine eindeutige Abgrenzung von dessen Anwendung entnehmen. Mangels einer höchstrichterlichen Rechtsprechung hierzu bedarf es einer Festlegung, welcher Bedeutungsgehalt dem Immaterialgüterrechtsvorbehalt im vorliegenden Fall zukommt.

83. In der *Botschaft KG 1995* wird festgehalten, dass die sich aus Rechten des geistigen Eigentums allfällig ergebenden Wettbewerbsbeschrän-

kungen in der Form von Monopolstellungen nur dann unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG fallen, wenn sie sich ausschliesslich aus dem materiellen Gehalt der angerufenen Rechte ergeben. Die Formulierung "ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum" in Art. 3 Abs. 2 KG bringe diese einschränkende Interpretation des Vorbehalts deutlich zum Ausdruck (vgl. *Botschaft KG 1995*, 541). Eine einschränkende Auslegung diene auch dem Missbrauchsschutz, weil verhindert werden soll, dass Immaterialgüterrechte in Abweichung von ihrem eigentlichen Zweck zur Verfolgung von rein wettbewerbsbeschränkenden Zielen eingesetzt würden (vgl. *Botschaft KG 1995*, 541).

84. Die theoretisch klar erscheinende Abgrenzung zwischen einer legitimen Inanspruchnahme von Immaterialgüterrechten und einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung lässt sich in der Praxis allerdings nicht in dieser Schärfe nachvollziehen (vgl. *Botschaft KG 1995*, 541 f.). Dies gilt für alle Formen einer Unterscheidung zwischen dem Bestand und einer Ausübung von Immaterialgüterrechten (vgl. *Botschaft KG 1995*, 542 Fn. 112). Zwar stellen das blosses Schaffen, Festlegen, Programmieren oder Erfinden etc. von Geistigem Eigentum sowie seine Anmeldung, Eintragung und Aufrechterhaltung in öffentlichen Registern in der Regel kein wettbewerbliches Verhalten dar, weshalb der immaterialgüterrechtliche Bestandsschutz vom Kartellrecht prinzipiell nicht erfasst zu werden braucht. Allerdings können auch im Rahmen des Bestandsschutzes ausnahmsweise wettbewerbswidrige Aspekte verfolgt werden, z.B. wenn Immaterialgüterrechte missbräuchlich erworben oder verteidigt werden (vgl. BGE 127 III 160, *Securitas*, E. 1a; BGer, 28.11.2018, 4A\_234/2018, *Wild Heerbrugg*, E. 2.2.2). Daher ist der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes nicht nur auf jeden gewerblichen Gebrauch von Ausschliesslichkeitsrechten und jede Form ihrer Geltendmachung, Verteidigung, Lizenzierung, Übertragung oder Verweigerung als Rechtsausübung bzw. Verletzungsschutz beschränkt.

85. Anfänglich bestand in der Literatur die Ansicht, dass zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht ein Zielkonflikt bestehe (vgl. HEINEMANN ANDREAS, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? – Eine kritische Analyse, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, 2009, zit. *Demarkation*, 44 ff.; HILTY M. RETO, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 1 ff.). Mittlerweile herrscht allerdings die Ansicht vor, dass zwischen der Zielsetzung von Kartellrecht einerseits und Immaterialgüterrecht andererseits kein Konflikt bestehe; vielmehr wird das Zu-

sammenwirken der beiden Rechtsgebiete als komplementär bewertet (vgl. CARCAGNI ROMINA/TREIS MICHAEL/DURRER ANGELA/HANSELMANN PETRA, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellrecht, 2007, zit. *SHK-KG*, Art. 3 Rn. 14; FIALA DONATELLA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, 2006, zit. *Verhältnis*, 13 ff., 131 f.; HEINEMANN, *Demarkation*, 59; HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 15; KILLIAS PIERRE-ALAIN, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. *CR Concurrence*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 7; RAUBER GEORG, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, 2004, zit. *Verhältnis*, 187 f.; STIRNIMANN FRANZ X., Urheberkartellrecht, 2004, zit. *Urheberkartellrecht*, 14 f.; WEBER ROLF H., in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 40 ff.). Wie das Kartellrecht baue auch das Immaterialgüterrecht auf der Idee des funktionierenden, wirksamen und dynamischen Wettbewerbs auf, womit die Zielsetzungen im Ergebnis dieselben seien (vgl. FIALA, *Verhältnis*, 13 ff.; HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 15). Denn das Ziel des Immaterialgüterrechts bilde die Förderung von Innovationswettbewerb durch die Gewährung von immaterialgüterrechtlichem Schutz (vgl. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, *SHK-KG*, Art. 3 Rn. 14; FIALA, *Verhältnis*, 4; RAUBER, *Verhältnis*, 187). Des Weiteren wird in der Lehre vorgebracht, dass bereits die verfassungsmässige und somit übergeordnete Zielsetzung von Art. 27 und Art. 96 BV, gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen, einer Ausklammerung gewisser Rechte vom Geltungsumfang des Kartellrechts entgegenstehe (vgl. HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 15; kritisch FIALA, *Verhältnis*, 13).

86. Vor diesem Hintergrund wird in Praxis und Lehre heute überwiegend eine restriktive Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG und in der Folge eine weite, im Ergebnis uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes postuliert (vgl. WEKO, 7.7.2008, RPW 2008/3, 392, Documed AG, Publikation von Arzneimittelinformationen, zit. *Documed*, Ziff. 75 f., 78; WEKO, 29.5.2006, RPW 2006/3, 435, Pharmion Schweiz GmbH, Medikamentenpreis Thalidomid, Ziff. 26 f., 28; WEKO, 22.4.2004, RPW 2005/1, 54, Swisscom Directories AG, Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten, Ziff. 231 f.; FIALA, *Verhältnis*, 130, 149 und 151; GUJER FREDY, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers, 2005, zit. *Parallelimporte*, 83 ff.; HEINEMANN, *Demarkation*, 44 ff.; HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 1 ff., 21 ff.; KELLER BERNHARD RAFAEL, Kartell-

rechtliche Schranken für Lizenzverträge, 2004, zit. *Schranken*, 63 f.; KILLIAS, *CR Concurrence*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 14; RAUBER, *Verhältnis*, 196 f.; WEBER ROLF H., Kartellrecht Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, von Büren/David [Hrsg.], 2000, zit. *SIWR-Kartellrecht*, 50 f.). Denn mit der Nutzung von Schutzrechten seien stets auch Wettbewerbswirkungen verbunden, wobei sich diese praktisch aber nie ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben würden (vgl. HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 30 ff.). Auch der Gedanke des Missbrauchsschutzes wird als Argument für eine restriktive Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG angeführt (vgl. HEINEMANN, *Demarkation*, 44 ff.; HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 1 ff.; RAUBER, *Verhältnis*, 196 f.; WEBER, *SIWR-Kartellrecht*, 50 f.). Die uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes auf immaterialgüterrechtliche Sachverhalte wird in der Lehre schliesslich mittels des Vorbringens untermauert, geistiges Eigentum sei mit Blick auf die kartellrechtliche Überprüfbarkeit gleich zu behandeln wie sachliches Eigentum, welches einer materiellen Prüfung ohne Weiteres zugänglich sei (vgl. FIALA, *Verhältnis*, 4 f.; HEINEMANN, *Demarkation*, 59). Nach diesem Verständnis sei Art. 3 Abs. 2 KG demzufolge nicht als Anwendungsvorbehalt zu verstehen. Vielmehr gehe es darum, mittels Art. 3 Abs. 2 KG sicherzustellen, dass bei einer materiellen Prüfung auch die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts nicht vernachlässigt würden (vgl. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, *SHK-KG*, Art. 3 Rn. 16; STIRNIMANN, *Urheberkartellrecht*, 47 ff.). Im Ergebnis führe dies dazu, dass die immaterialgüterrechtlichen Sachverhaltsaspekte im Rahmen der materiellrechtlichen Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit zu würdigen seien (vgl. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, *SHK-KG*, Art. 3 Rn. 15 f.; HEINEMANN, *Demarkation*, 55 ff.; HILTY, *BSK-KG*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 22 f.; STIRNIMANN, *Urheberkartellrecht*, 41 ff.; nach WEBER ROLF H., *Dike-KG*, Art. 3 Rn. 53, ist die Frage der Anwendbarkeit aber strikt von der Frage der materiell-rechtlichen Zulässigkeit zu unterscheiden).

87. Diese Einschätzung wird auch durch die Evaluationsgruppe Kartellgesetz im Rahmen einer Evaluation des Kartellgesetzes gemäss Art. 59a KG geteilt (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, Studien zu Einzelbestimmungen [Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen], Projektbericht P2, 2008, zit. EVALUATIONSGRUPPE KG, 7). Danach statuiere Art. 3 Abs. 2 KG keinen Geltungs- oder Anwendungsvorbehalt für die Anwendung des Kartellgesetzes, weil eine eindeutige Abgrenzung zwischen einer legitimen Ausübung von Im-

materialgüterrechten und unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht vorgenommen werden könne. Mit der h.L. wird daher gefordert, dass Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszulegen sei. Ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Komponenten könne infolgedessen praktisch immer anhand des materiellen Kartellrechts geprüft werden (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, 14 f.). Die Abgrenzung könne sich dann nur aus der materiellen Beurteilung eines Sachverhalts gestützt auf Art. 5 oder 7 KG ergeben (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, 9).

88. Inhalt und Tragweite des Immaterialgüterrechtsvorbehalts für den vorliegenden Sachverhalt sind demzufolge unter Berücksichtigung der hierfür massgeblichen materiellen Aspekte zu bestimmen (vgl. E. 528 ff.).

### 3) Räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

89. Das Kartellgesetz beansprucht Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz und findet gemäss dem in Art. 2 Abs. 2 ausdrücklich statuierten Auswirkungsprinzip auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Ausland veranlasst wurden. Dieses als Anwendungsfall des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips geltende Prinzip (vgl. HERDEGEN MATTHIAS, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 3 Rn. 61 f.; MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER LUZIUS, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl. 2000, 379; ZIEGLER ANDREAS R., Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 593 ff.) wurde mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 gesetzlich normiert, war vorgängig aber bereits anerkannt (vgl. *Botschaft KG 1995*, 535 Fn. 97). Dementsprechend wird das Auswirkungsprinzip von der Rechtsprechung zur Bestimmung des räumlichen Geltungs- und Anwendungsbereichs seit dem Jahr 1967 herangezogen (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 3; BGer, 24.4.2001, 2A.387/2000, Rhône Poulenc SA (France) und Merck & Co. Inc. (USA), publ. in: BGE 127 III 219 E. 3a; BGE 93 II 192 E. 3; BVGer, 19.12.2013, B-506/2010, *Gaba International AG gg. Weko*, zit. *Gaba*, E. 3.3.6 f.). Seine Anwendung wird auch in der Literatur allgemein anerkannt (vgl. BORER, *KG*, Art. 2 Rn. 20 ff.; LEHNE, *BSK-KG*, Art. 2 Rn. 41, 48 ff.; MARTENET/KILLIAS, *CR-Concurrence*, Art. 2 Rn. 83 f.; RUBIN/COURVOISIER, *SHK-KG*, Rn. 30 ff.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 267 ff.; ZURKINDEN/TRÜEB, *KG*, Art. 2 Rn. 9 ff.). Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes setzt dessen räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich keine inhaltliche Aufgreifschwelle voraus (vgl. BGE 143 II 297,

*Gaba*, E. 3.2.3, 3.3; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.3.14.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 19 ff.; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.3.10).

90. Im vorliegenden Sachverhalt beziehen sich sowohl das zu untersuchende Verhalten der Beschwerdeführerinnen als auch die sich daraus ergebenden Folgen für deren Konkurrenten auf die Schweiz. Der räumliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist demzufolge gegeben, weil das zu beurteilende Verhalten der Beschwerdeführerinnen in der Schweiz Auswirkungen nach sich zieht.

#### **4) Zeitlicher Geltungs- und Anwendungsbereich**

91. Art. 49a KG, der die Rechtsgrundlage einer Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen bildet, trat am 1. April 2004 in Kraft. Die Beschwerdeführerinnen werden für ein Verhalten ab dem 5. Juli 2005 in Anspruch genommen. Der zeitliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben. Besondere Übergangsbestimmungen sind vorliegend nicht zu berücksichtigen.

### **IV. RECHTMÄSSIGKEIT DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS**

92. Die Beschwerdeführerinnen erheben verschiedene Rügen gegenüber der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens. Dabei bildet die angefochtene Verfügung den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt worden war. Das Beschwerdeverfahren wurde gemäss Art. 37 VGG nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie den ergänzenden Regelungen der Art. 38 f. VGG vor diesem Gericht durchgeführt.

#### **1) Rechtskonforme Verfügungsbehörde**

93. Die Vorinstanz war die sachlich zuständige und organisationsrechtlich berechnete behördliche Organisationseinheit, um eine kartellrechtliche Verfügung gemäss Art. 30 und 39 KG sowie Art. 6 und 34 VwVG einschliesslich von Sanktionen gemäss Art. 49a KG zu erlassen (vgl. BVerG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 135 ff.).

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

94. Gestützt auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass der Anspruch aus Art. 30 BV und Art. 6 EMRK auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht bei einer Sanktionierung aufgrund von Art. 49a KG durch die Vorinstanz nicht erfüllt werde, weil diese Anforderung mit Ausnahme von Bagatell- und Disziplinarfällen in jeder Instanz erfüllt sein müsse, die Vorinstanz insbesondere wegen der fehlenden Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion aber eine Verwaltungsbehörde und kein unabhängiges Gericht darstelle.

95. Diese Rüge war von den Beschwerdeführerinnen zunächst erhoben worden, nach Erlass des Bundesgerichts in Sachen *Publigroupe* zwischenzeitlich zurückgezogen und im September 2018 im Rahmen des Antrags auf Einstellung des Verfahrens wegen eines Eintritts der Verjährung erneut geltend gemacht worden (vgl. SV K.o, SV K.u). Mit dem Argument der fehlenden rechtskonformen Zuständigkeit der Vorinstanz für die Verhängung von strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Sanktionen wird von ihnen der Eintritt der Verjährung nach strafrechtlichen bzw. verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften begründet (vgl. E. 1662 ff.).

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

96. Die Vorinstanz stützt die angefochtene Verfügung im Wesentlichen auf die Gründe ab, die im Rahmen der nachfolgenden Würdigung durch das Gericht dargestellt werden.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

97. Der Anspruch gemäss Art. 6 EMRK auf eine Verhandlung durch ein unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht bei strafrechtlichen Anklagen (nachfolgend: Gerichtsvorbehalt) hat im Hinblick auf die Rechtskonformität der Verfügungsbehörde dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.1; BGE 135 I 14 E. 2; BGE 133 I 1 E. 5.2). Demzufolge kann eine Beurteilung der Rechts-

konformität der Verfügungsbehörde allein an Art. 6 EMRK und der umfangreichen Praxis zu dieser Bestimmung ausgerichtet werden.

98. Das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts des grundlegenden Urteils des Bundesgerichts in Sachen *Publigroupe* (BGE 139 I 72 E. 4.4) in einem jüngeren Urteil (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 135 ff.) unter Bezugnahme auf Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend auch: EGMR; Hinweis: alle angeführten Entscheidungen des EGMR sind in der der Internetdatenbank des Gerichts „Hudoc“ veröffentlicht und zugänglich unter [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)) zu Sanktionen im französischen und italienischen Kartellrecht (EGMR, 3.12.2002, 53892/00, *Lilly France gg. Frankreich*, Ziff. 2 [S. 9]; EGMR, 27.9.2011, 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. gg. Italien*, zit. *Menarini*, Ziff. 38 ff.) nochmals ausführlich dargelegt, dass angesichts der umfassenden Kognitionsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts auch unter Berücksichtigung des strafrechtsähnlichen Charakters der Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Wettbewerbskommission zum Erlass von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG berechtigt sei und hierdurch keine Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der Bundesverfassung beeinträchtigt würden (vgl. so bereits vorgängig BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 5.4 ff.; zur Entwicklung vgl. PAUKER FANNY, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht – Der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: Fahrländer/Heizmann [Hrsg.], *Europäisierung der Rechtsordnung*, 2013, 643 ff., 684).

99. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit seiner Entscheidung in Sachen *Menarini* selbst bestätigt hat, dass zum einen ein Kartellverwaltungsverfahren nicht zum Bereich des Kernstrafrechts zu zählen ist (EGMR, 43509/08, *Menarini*, Ziff. 57 f.), und dass zum anderen auch im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens hohe finanzielle Sanktionen ausgesprochen werden können, soweit die Möglichkeit einer Überprüfung durch ein Gericht mit vollständiger Entscheidungsgewalt gegeben ist (EGMR, 43509/08, *Menarini*, Ziff. 62 f.).

100. Hieran ist auch aufgrund der weiteren, zwischenzeitlich vom Bundesgericht und vom Bundesverwaltungsgericht in Kartellsachen erlassenen Urteilen, mit denen die Rechtmässigkeit einer entsprechenden Sanktion durch die Wettbewerbskommission zumindest implizit bestätigt wur-



de, ausdrücklich festzuhalten (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7; BGer, 2C\_63/2016, *BMW*, E. 6).

101. Der gegenteilige Einwand der Beschwerdeführerinnen ist daher unbeachtlich.

## **2) Rechtmässige Verfügungsadressaten**

102. Zwischen den Parteien ist strittig, ob neben der Beschwerdeführerin 2 auch die Beschwerdeführerin 1 als Adressatin der Verfügung herangezogen werden kann.

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

103. Bei der Beschwerdeführerin 2 sowie der früheren Multipay und Card Solutions handle es sich um unabhängige Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche jederzeit auch Adressaten von Anordnungen und Verfügungen der Behörden sein könnten, was auch für kartellrechtliche Sanktionssachverhalte gelten müsse. Daher seien allein sie kartellbussenrechtlich zu belangen.

104. Zudem sei eine Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 als materielle Verfügungsadressatin in das Verfahren nicht sachgerecht, weil diese im relevanten Zeitraum bis Ende 2006 noch gar nicht bestanden habe. Die Beschwerdeführerin 1 und die SIX-Gruppe in ihrer heutigen Form seien erst im Jahr 2007 im Nachgang zum Zusammenschluss der SIX-Gruppe und somit nach Abschluss der zur Last gelegten Verhaltensweise entstanden.

105. Darüber hinaus sei die Beschwerdeführerin 1 erst nach Abschluss fast aller Untersuchungshandlungen per 8. Juni 2010, d.h. 4 Jahre nach Eröffnung der Vorabklärung, in das Verfahren einbezogen worden. Sämtliche Verfahrenshandlungen und Untersuchungsschritte vor diesem Zeitpunkt seien somit ohne direkte Beteiligung der Beschwerdeführerin 1 erfolgt. Die Beschwerdeführerin 1 habe demzufolge erst wenige Monate vor Erlass der Verfügung überhaupt erst die Möglichkeit erhalten, ihre originären Partei- und Verteidigungsrechte wahrzunehmen.

106. Das in der Verfügung zur Begründung herangezogene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Publigroupe* könne auf den vorlie-

genden Fall aus verschiedenen Gründen nicht angewendet werden. Zum einen basiere es auf einer grundsätzlich unterschiedlichen Sachverhaltskonstellation. In Sachen *Publigroupe* seien die gesamte Untersuchung und sämtliche Verfahrenshandlungen unter Beteiligung der Muttergesellschaft durchgeführt worden. Diese habe vollumfänglich am Verfahren teilnehmen und ihre verfahrensmässigen Rechte wahrnehmen können. Bei den nachträglich beigezogenen Beteiligten habe es sich demgegenüber um Tochtergesellschaften der Muttergesellschaft gehandelt. Das Bundesverwaltungsgericht habe diesen Einbezug nur für zulässig erachtet, weil den nachträglich hinzutretenden Parteien keine Verfahrenskosten und keine Bussgelder auferlegt worden seien. Im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt, bei dem eine bisher unbeteiligte Partei als materielle Verfügungsadressatin aufgenommen und sanktioniert worden sei, seien im Verfahren *Publigroupe* lediglich zusätzliche formelle Verfügungsadressaten aufgenommen worden. Zudem weise der vorliegende Sachverhalt keinen Unternehmensverkauf der handelnden Unternehmen auf.

107. Zum anderen stelle das Urteil *Publigroupe* auch keine allgemeine Regel zur Heranziehung der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin auf, sondern weise ausdrücklich darauf hin, dass aufgrund der konkreten Umstände des Verfahrens die Publigroupe AG als Unternehmen und Verfügungsadressat im materiellen Sinne zu gelten habe. Die Bestimmung des Verfahrensadressaten habe demzufolge verfahrensspezifisch zu erfolgen und müsse sämtliche Aspekte des Einzelfalls in Betracht ziehen. Die Bestimmung des materiellen Verfügungsadressaten könne somit nicht pauschal und allgemeingültig im Ergebnis stets auf die Konzernmutter hinauslaufen.

108. Ein Wechsel innerhalb des Untersuchungsverfahrens auf die Beschwerdeführerin 1 sei als Parteiwechsel im laufenden Verfahren zu qualifizieren. Ein derartiger Parteiwechsel sei nur dann zulässig, wenn Rechte oder Pflichten frei übertragbar seien. Die antragstellende Behörde hätte demnach zumindest prüfen müssen, ob ein entsprechender Parteiwechsel vorliegend zulässig sei.

109. Die Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 verstosse insbesondere gegen das strafrechtliche Schuldprinzip, weil dies zu einer unzulässigen Gleichsetzung von Mutter- und Tochtergesellschaften in Bezug auf ihre (kartell-)strafrechtliche Verantwortlichkeit führe.

110. Folglich seien die Ausweitung der Untersuchung und die angefochtene Verfügung mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 1 rechtswidrig.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

111. Die Vorinstanz begründet die Heranziehung der Beschwerdeführerin 1 unter Verweis auf den funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes.

112. Aus den Umständen Anteilsbesitz, Zweckklausel, Firmenbezeichnung und Einsitznahme könne geschlossen werden (vgl. E. 33), dass die SIX Group AG die Beteiligungen an Multipay und Card Solutions nicht ausschliesslich als Investition halte, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nehme.

113. Aufgrund der vorgenannten Aspekte sei die Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin im materiellen Sinne zu qualifizieren. Die beiden Tochtergesellschaften seien demgegenüber diejenigen juristischen Personen, deren Marktstellung und Verhalten untersucht würden. Sie seien daher Verfügungsadressatinnen im formellen Sinne.

114. Diese Qualifizierung stelle eine direkte Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Publigroupe* dar, welches als Leitentscheid für die Frage anzusehen sei, wer bei Konzernverhältnissen in kartellrechtlichen (Sanktions-)Verfahren als Verfügungsadressat im materiellen und formellen Sinne zu gelten habe. Dabei habe das Gericht festgestellt, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen darstellten. Daraus folge, dass diese Gesellschaften nicht mehr materielle Verfügungsadressatinnen sein könnten.

115. Ein Parteiwechsel liege nicht vor. Gemäss Lehre liege kein Parteiwechsel vor, wenn die Identität der Partei gewahrt bleibe. Ausgehend vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff sei die Identität der Partei im vorliegenden Fall gewahrt worden. Die Beschwerdeführerin 1 sei mittels der ihr wirtschaftlich zurechenbaren Tochtergesellschaften Multipay und Card Solutions von Beginn an am Verfahren beteiligt gewesen. Wenn von einem Parteiwechsel auszugehen wäre, so wäre dieser jedenfalls zulässig gewesen. Ein Parteiwechsel sei immer dann zulässig, wenn das materielle Recht einen Subjektwechsel nicht ausschliesse. Das Kartellgesetz

schliesse einen Parteiwechsel nicht aus. Unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei ein Parteiwechsel sogar angezeigt.

116. Mit der Einbindung der direkt beteiligten Unternehmen in die SIX-Gruppe sei auch die Verantwortlichkeit für Kartellverstösse übergegangen. Es sei daher nicht relevant, ob die Beschwerdeführerin 1 zum Zeitpunkt des kartellrechtswidrigen Verhaltens schon bestanden habe.

117. Die Beschwerdeführerin 1 habe ihre Verfahrensrechte vollumfänglich wahrgenommen. Die Ausdehnung der Untersuchung sei vor Versand des Antrags zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG erfolgt, weshalb die Beschwerdeführerin 1 namentlich das zentrale Recht zur Stellungnahme zum Antrag habe wahrnehmen können. Im Rahmen der Stellungnahme seien die gleichen Rechtspositionen vertreten worden, die von den Tochtergesellschaften im Verfahren bereits vorgebracht worden seien. Die Beschwerdeführerinnen hätten gleichgerichtete Interessen. Dies ergebe sich schon daraus, dass sie vom gleichen Anwalt vertreten würden.

118. Im EU-Wettbewerbsrecht werde zudem eine solidarische Haftung von Mutter- und Tochtergesellschaft anerkannt, weshalb der Europäischen Kommission ein Wahlrecht hinsichtlich der Auswahl des oder der Adressaten einer Bussgeldverfügung zustehe.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

#### *(a) Ausgangslage*

119. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine Vorschrift vor, an wen eine kartellrechtliche Verfügung als Adressat zu richten ist.

120. Das Verwaltungsverfahrensgesetz stellt die Partei in den Mittelpunkt des Verfahrens und knüpft die zu regelnden Aspekte an den Parteibegriff an. Parteien sind gemäss Art. 6 VwVG im erstinstanzlichen Verfahren diejenigen Personen, deren Rechte und Pflichten berührt werden. Die Fähigkeit, als Partei am Verwaltungsverfahren teilzunehmen, setzt demzufolge grundsätzlich Rechtsfähigkeit voraus, weil nur dann Rechte und Pflichten durch eine Verfügung beeinflusst werden können. Nach übereinstimmender Auffassung ist die Parteifähigkeit im Verwaltungsverfahren für privatrechtliche Organisationseinheiten anhand der zivilrechtlichen

Rechtsfähigkeit zu bestimmen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 1768 f.; HÄNER, *Beteiligte*, Rn. 444; HÄNER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 48, Art. 48 Rn. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 444, 934 f.; MARANTELLI/HUBER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 1; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 862; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.17 f.; TANQUEREL, *droit administratif*, Rn. 1487 ff.; THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, Rn. 369 ff.). Im Hinblick auf privatrechtliche Organisationseinheiten können im erstinstanzlichen Verfahren demnach grundsätzlich nur natürliche oder juristische Personen als Partei auftreten bzw. herangezogen werden. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit wird die Parteifähigkeit aufgrund der entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften auch der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art. 562, 602 OR) sowie der Stockwerkseigentümergeinschaft (Art. 712I Abs. 2 ZGB) zugesprochen (vgl. HÄNER, *VwVG*, Art. 48 Rn. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 444; MARANTELLI/HUBER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 12). Sonstige, nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften, wie insbesondere einfache Gesellschaften, scheiden als Partei eines Verwaltungsverfahrens und demzufolge als Adressaten einer Verfügung von vornherein aus. Bei solchen nicht rechtsfähigen Rechtsgemeinschaften ist eine Verfügung an diejenigen natürlichen oder juristischen Personen zu richten, welche Mitglieder dieser Rechtsgemeinschaft sind (vgl. BGE 132 I 256 E. 1.1; BVGer, 29.4.2009, A-1513/2006, X gg. Eidg. Steuerverwaltung, E. 3.4; HÄNER, *VwVG*, Art. 48 Rn. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 444, 935 f.). Für andere, rein wirtschaftliche Organisationseinheiten ist eine besondere gesetzliche Regelung nicht vorhanden und deren Parteifähigkeit wird von der Rechtsprechung und der Literatur soweit ersichtlich ebenfalls nicht anerkannt.

#### (b) Konzern-Sachverhalte

121. Auch wenn ein Konzern als Kartellrechtssubjekt im Rahmen des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist (vgl. E. 48) und er damit das massgebliche Verfahrenssubjekt bildet, stellt er demzufolge gemäss den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen im Hinblick auf eine Teilnahme am Verfahren als Partei sowie den Erlass von kartellrechtlichen Verfügungen kein taugliches Rechtssubjekt dar, weil er selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Eine besondere gesetzliche Regelung, aus der sich die Rechtsfähigkeit eines Konzerns für seine Stellung als Partei und als Adressat einer Verfügung im Rahmen eines Kartellverfahrens ergibt, wird weder durch das Kartellgesetz noch durch das Verwaltungsverfahrensgesetz statuiert. Bei Konzernsachverhalten fallen

demzufolge das massgebliche Verfahrenssubjekt als Beurteilungsobjekt und der Verfügungsadressat als Partei eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander.

122. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 67 ff., m.w.H.) unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausführlich dargelegt, dass als Verfügungsadressaten einer kartellrechtlichen Verfügung von den Wettbewerbsbehörden aus Gründen der Prozessökonomie einzelne Gruppengesellschaften als Repräsentanten des Konzerns heranzuziehen sind. Hierbei kommt den Wettbewerbsbehörden ein pflichtgemäss auszuübender Ermessensspielraum im Hinblick auf die Auswahl der massgeblichen Konzerngesellschaften zu. Regelmässig ist es dabei sachgerecht, die Konzernobergesellschaft und die fehlbaren Gruppengesellschaften, die an dem wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressaten heranzuziehen. An dieser Einschätzung ist festzuhalten. Sie wird auch durch die zwischenzeitlich ergangenen Urteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zum Wettbewerbsrecht implizit bestätigt (vgl. BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.4.1; auf die inländische Tochtergesellschaft abstellend BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 4.1.5, 8.2.6).

123. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen werden aufgrund der Urteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Publigroupe* weder eine regelmässige Heranziehung der Konzernobergesellschaft neben einer oder mehreren fehlbaren Konzerngesellschaften (vgl. E. 107) noch andere Sachverhaltskonstellationen der kartellverwaltungsrechtlichen Erfassung eines Konzerns (vgl. E. 106) noch die Verhängung von Verfahrenskosten oder Geldbussen gegenüber einer später einbezogenen Gruppengesellschaft (vgl. E. 106) ausgeschlossen, weil das Urteil des Bundesgerichts keinerlei entsprechende Ausführungen aufweist.

124. Der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Einwand (vgl. E. 109), wonach eine Heranziehung der Konzernobergesellschaft als Verfügungsadressat neben der fehlbaren Konzerngesellschaft bereits aufgrund der Geltung des strafrechtlichen Schuldprinzips ausgeschlossen sei, ist unzutreffend und führt daher nicht zu einer anderen Einschätzung. Denn die Frage, welches Rechtssubjekt als Adressat einer kartellrechtlichen Verfügung herangezogen wird, ist von der Frage, welchem Rechtssubjekt das Verschulden im Rahmen eines Konzerns bei einem wettbewerbswid-

rigen Verhalten zuzuordnen ist, zu unterscheiden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 77). Beide Aspekte betreffen inhaltlich unterschiedliche Sachfragen, die unabhängig voneinander zu behandeln und zu beurteilen sind, auch wenn sie angesichts der Kartellrechtssubjektivität des relevanten Objekts „Unternehmen“ bei einer Heranziehung und Sanktionierung von Konzernobergesellschaft und fehlbarer Konzerngesellschaft regelmässig zum gleichen Ergebnis führen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Frage des massgeblichen Verfügungsadressaten bei Konzernsachverhalten auch in allen Fällen, in denen ein nicht gemäss Art. 49a KG zu sanktionierendes Wettbewerbsverhalten zusätzlich oder ausschliesslich zu ahnden ist, einer Beantwortung bedarf und kein Grund ersichtlich ist, dass die Frage in Abhängigkeit davon unterschiedlich beantwortet werden müsste, ob ein gemäss Art. 49 KG sanktionierbares oder ein sonstiges, nicht sanktionierbares wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt. Die Feststellung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit eines bestimmten Wettbewerbsverhaltens bleibt daher über eine Sanktionierung hinaus Gegenstand der Verfügung der Wettbewerbsbehörde als Abschluss des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens und richtet sich gegen das Kartellrechtssubjekt „Konzern“, welches die jeweils herangezogenen Verfügungsadressaten repräsentiert. Durch die konkrete Auswahl der Verfügungsadressaten wird im Übrigen auch keine unzulässige Zurechnung eines Verhaltens zwischen den als Verfügungsadressaten herangezogenen Gruppengesellschaften vorgegeben. Denn die Sanktionierung und die damit einhergehende Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu Lasten der jeweils herangezogenen Gruppengesellschaften erfolgen weder wegen deren Auswahl als Verfügungsadressaten noch basieren sie auf einer Zurechnung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zwischen völlig unabhängigen Rechtssubjekten. Die Sanktionierung leitet sich vielmehr unmittelbar aus der Zugehörigkeit dieser Gruppengesellschaften zum Konzern als massgeblichem Kartellrechtssubjekt „Unternehmen“ ab.

(c) Umstrukturierungen

125. Veränderungen der Konzernstruktur während eines wettbewerbswidrigen Verhaltens oder während eines Kartellverwaltungsverfahrens führen wie dargestellt (vgl. E. 56 ff.) nicht zu einer Änderung des massgeblichen Kartellrechtssubjekts. Bei strukturauflösenden externen Transaktionen sind allerdings zwei unterschiedliche Konzerne als Kartellrechtssubjekte zu berücksichtigen.

126. Da keine Änderung des massgeblichen Kartellrechtssubjekts vorliegt, gelten die vorstehenden Ausführungen zur Bestimmung des jeweiligen bzw. der jeweiligen Verfügungsadressaten demnach auch für Konzerne, bei denen während des wettbewerbswidrigen Verhaltens oder während des Kartellverwaltungsverfahrens eine Umstrukturierung vorgenommen wird. Danach kann die Wettbewerbsbehörde die als Verfügungsadressaten heranzuziehenden Gruppengesellschaften nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmen.

127. Regelmässig sind daher sowohl die Konzernobergesellschaft und die fehlbare Konzerngesellschaft als Verfügungsadressaten heranzuziehen, soweit diese auch nach der Umstrukturierung als juristische Personen bestehen bleiben.

128. Wenn die Umstrukturierung zum Untergang der Konzernobergesellschaft oder der fehlbaren Konzerngesellschaft führt, bedarf es einer formellen Anpassung des Kartellverwaltungsverfahrens, weil ein entsprechendes Verfahren gegen eine nicht mehr existente juristische Person nicht fortgeführt werden kann. Soweit die jeweilige Gesellschaft durch Fusion in einer anderen Gesellschaft aufgeht, tritt diese aufgrund der dabei eintretenden Universalsukzession aller Rechte und Pflichten gemäss Art. 22 FusG (vgl. GELZER THOMAS, in: Vischer [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2012, Art. 22 Rn. 10; TSCHÄNI RUDOLF/GABERTHÜEL TINO/ERNI STEPHAN, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, zit. *BSK-FusG*, Art. 22 Rn. 7) an die Stelle der untergegangenen Gruppengesellschaft. In diesem Fall findet automatisch ein zwingender Parteiwechsel statt (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 933; MARANTELLI/HUBER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 48; TSCHÄNI/GABERTHÜEL/ERNI, *BSK-FusG*, Art. 22 Rn. 16a). Soweit die Auflösung der jeweiligen Gesellschaft mittels Liquidation erfolgt, wird das Kartellverwaltungsverfahren nach deren Löschung im Handelsregister gegenüber dieser nicht mehr fortgeführt.

129. Falls die bisherige Konzernobergesellschaft ihre Stellung im Rahmen einer Umstrukturierung an eine andere Gesellschaft abgibt, ist es aus den oben angeführten Gründen (vgl. E. 122) regelmässig sachgerecht, auch die neue Konzernobergesellschaft in das Kartellverwaltungsverfahren einzubeziehen, um die Abwicklung des Kartellverwaltungsverfahrens sicherzustellen sowie die Durchsetzung des Regelungsgehalts einer Verfügung, bei der ein wettbewerbswidriges Verhalten den Gegen-



stand bildet, innerhalb des Konzerns zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der jeweilige Konzern und dessen in das Verfahren einbezogene Gruppengesellschaften das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens bestreiten. Dieser grundlegende Aspekt verlangt auch dann Beachtung, falls sich die Umstrukturierung mit der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zeitlich überschneidet oder sich erst an dieses anschliesst. Zudem lässt sich von der Wettbewerbsbehörde zum Zeitpunkt, an dem die Einbeziehung einer neuen Konzernobergesellschaft in das Kartellverwaltungsverfahren erfolgt, üblicherweise noch gar nicht verbindlich abschätzen, ob das wettbewerbswidrige Verhalten bereits eingestellt worden war oder weitergeführt wird. Soweit es sachdienlich erscheint, kann in Abstimmung mit den Parteien die bisherige Konzernobergesellschaft aus dem weiteren Kartellverwaltungsverfahren ausscheiden, wobei in diesem Falle ein gewillkürter Parteiwechsel gegeben ist.

130. Die Durchführung eines Parteiwechsels zwischen Gruppengesellschaften desselben Konzerns im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens, wie z.B. in den vorstehend bezeichneten Fällen, ist im Übrigen ohne Weiteres zulässig. Denn weder die durch das Kartellrecht vermittelten Rechtspositionen im Wettbewerb zu Gunsten des Kartellrechtssubjekts „Konzern“ noch die Parteistellung einer Gruppengesellschaft in einem Kartellverwaltungsverfahren als Repräsentant des Kartellrechtssubjekts „Konzern“ vermitteln ein höchstpersönliches Recht zu Gunsten einer einzelnen Gruppengesellschaft, welches nach herrschender Auffassung einen Parteiwechsel ausschliessen würde (vgl. HÄNER, *Beteiligte*, Rn. 370; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 933; MARANTELLI/HUBER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 50).

131. Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 108), wonach die Wettbewerbsbehörde hätte prüfen müssen, ob ein unzulässiger Parteiwechsel gegeben sei, unbeachtlich, ungeachtet dessen, ob vorliegend überhaupt ein Parteiwechsel stattgefunden hat. Dass die Beschwerdeführerinnen diesen Einwand ohne Erläuterungen darüber vorbringen, weshalb es sich bei kartellrechtlichen Rechtspositionen auch im Falle von Konzernen um höchstpersönliche Rechte handeln soll, macht allerdings deutlich, dass sie damit lediglich die gerichtliche Bearbeitung der vorliegenden Rechtssache zu erschweren versuchen.

(d) Sachverhalt

132. Der Zusammenschluss der SIX-Gruppe ist wie dargestellt als externe strukturerhaltende Transaktion zu qualifizieren (vgl. E. 68).

133. Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung an die Beschwerdeführerin 1 als Konzernobergesellschaft der SIX-Gruppe und an die Beschwerdeführerin 2 sowie die frühere Beschwerdeführerin 3 als Konzerngesellschaften, welche an dem relevanten wirtschaftlichen Verhalten beteiligt waren, gerichtet. Es sind keine Gründe ersichtlich, die dafürsprechen würden, dass diese Auswahl der Verfügungsadressaten vorliegend als sachlich unangemessen zu qualifizieren wäre.

134. Dass die Wettbewerbskommission die Beschwerdeführerin 1 als Konzernobergesellschaft der neu geschaffenen SIX-Gruppe in das Kartellverwaltungsverfahren einbezogen hat, ist vielmehr aus grundsätzlichen Überlegungen sachgerecht. Die Beschwerdeführerinnen tragen denn auch keine Aspekte vor, aufgrund deren die Wettbewerbsbehörde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung auf eine Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 hätte verzichten müssen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 103) ist hierfür allein ein Hinweis darauf, dass es sich bei der Beschwerdeführerin 2 bzw. der Multipay und Card Solutions um selbständige juristische Personen handelt, nicht ausreichend.

135. In diesem Zusammenhang sind zwei Aspekte hervorzuheben.

136. Die Überführung der Telekurs-Gruppe in die SIX-Gruppe zog automatisch die Stellung der (neuen) SIX-Gruppe als massgebliches Kartellrechtssubjekt nach sich, ohne dass es hierfür einer Handlung der SIX-Gruppe bzw. einer ihrer Gruppengesellschaften oder einer Massnahme der Wettbewerbsbehörde bedurft hätte.

137. Die Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 28 KG wird durch öffentliche Publikation bekannt gegeben. Die Durchführung eines Kartellverwaltungsverfahrens gegenüber der betreffenden natürlichen oder juristischen Person ist daher allen Wirtschaftsteilnehmern bekannt bzw. kann diesen bekannt sein. Dies gilt insbesondere auch für alle Wirtschaftsteilnehmer, welche im Rahmen einer Umstrukturierung eine solche juristische Person übernehmen oder in anderer Weise in ihre Unternehmensgruppe integrieren. Im Übrigen kann eine entsprechende Feststellung auch bei einer Un-

ternehmensprüfung vorgenommen werden, die vorgängig zur Vereinbarung der jeweiligen Transaktion durchgeführt wird. Die Beschwerdeführerin 1 hat somit bei Durchführung des Zusammenschlusses – der zudem durch die Wettbewerbsbehörde zu prüfen war – gewusst, dass ein Kartellverwaltungsverfahren gegen Multipay und damit gegen die Telekurs-Gruppe als Kartellrechtssubjekt eröffnet und durchgeführt wurde. Demzufolge war ihr auch bekannt, dass die Überführung der Telekurs-Gruppe in die SIX-Gruppe automatisch auch die Stellung der (neuen) SIX-Gruppe als massgebliches Kartellrechtssubjekt in dem Kartellverwaltungsverfahren nach sich ziehen würde.

138. Auch aufgrund dieser Aspekte bestehen keine Gründe, die gegen eine Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 als Konzernobergesellschaft der SIX-Gruppe in das laufende Kartellverwaltungsverfahren sprechen.

139. Dieser Einschätzung einer ordnungsgemässen Auswahl der Verfügungsadressaten durch die Wettbewerbsbehörde steht auch nicht entgegen, dass die Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 in das Kartellverwaltungsverfahren nicht unmittelbar bei Bildung der neuen SIX-Gruppe, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte.

140. Das Ermessen der Wettbewerbsbehörde zur Konkretisierung der in ein Kartellverwaltungsverfahren einzubeziehenden Gesellschaften eines Konzerns umfasst nicht nur die Entscheidung über die Festlegung, welche Gesellschaft als Repräsentant des Konzerns in das Kartellverwaltungsverfahren eingebunden wird, sondern auch die Entscheidung über den Zeitpunkt der Einbeziehung.

141. Dieser Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden ist insbesondere im Falle von Umstrukturierungen von Bedeutung. Da die Abklärung der Wettbewerbskonformität eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens im Zentrum eines Kartellverwaltungsverfahrens steht, hat sich die Wettbewerbsbehörde auch im Interesse aller (potenziell) beteiligten Marktteilnehmer vorrangig mit diesem Aspekt zu beschäftigen, während die Beurteilung der Auswirkungen einer Umstrukturierung – oder gegebenenfalls sogar mehrerer Umstrukturierungen – im Laufe eines Kartellverwaltungsverfahrens zurückgestellt werden kann.

142. Die spätere Einbeziehung einer Konzern(ober)gesellschaft führt demnach nicht allein aufgrund der zeitlichen Komponente zu einem Ver-

fahrensmangel. Dieses Ergebnis ergibt sich sowohl aufgrund praktischer Aspekte als auch besonderer kartellverfahrensrechtlicher Regelungen.

143. Soweit die Wettbewerbsbehörde erst in einem späten Stadium des Kartellverfahrens aufgrund der durchgeführten Ermittlungen feststellt, dass die Konzernobergesellschaft sogar unmittelbar in das wettbewerbswidrige Verhalten eingebunden war, ist deren Einbeziehung in das Verfahren nicht nur zweckmässig im Hinblick auf die spätere Durchsetzung des Regelungsgehalts einer kartellrechtlichen Verfügung, sondern im Hinblick auf die massgebliche Verursachung des wettbewerbswidrigen Verhaltens sogar geboten. Gleiches gilt in entsprechender Weise auch dann, wenn die Ermittlungen erst in einem späten Stadium eines Kartellverfahrens ergeben, dass an einem bestimmten wettbewerbswidrigen Verhalten auch eine weitere Unternehmensgruppe beteiligt war, die bislang nicht in das Kartellverwaltungsverfahren einbezogen war. Bei beiden Sachverhaltskonstellationen ist für die ordnungsgemässe Einbeziehung einer Gesellschaft bzw. eines Unternehmens in ein bereits bestehendes Verfahren nicht der Zeitpunkt dieser Einbeziehung, sondern allein massgebend, ob die durch den Eintritt in die Parteistellung vermittelten Verfahrensrechte bis zum Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens in sachgerechter Weise ausgeübt werden können.

144. Art. 30 Abs. 2 KG sieht vor, dass ein beteiligtes Unternehmen eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats und damit vor Erlass einer verfahrensbeendenden Verfügung durch die Wettbewerbskommission abgeben kann. Demnach ist im Kartellverwaltungsverfahren formal sichergestellt, dass ein Unternehmen eine eigene Darstellung zu den wesentlichen Aspekten der Angelegenheit vor Abschluss des verwaltungsrechtlichen Verfahrens einbringen kann. Soweit ein Unternehmen in seiner Stellungnahme dabei mit ausreichender Begründung darlegen kann, dass allfällig von ihm – im Rahmen der ihm zustehenden Verfahrensrechte – beantragte Verfahrensmassnahmen, die bislang nicht durchgeführt wurden, für die Abklärung der Angelegenheit von wesentlicher Bedeutung sind, bestehen für die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 2 KG immer noch die Möglichkeit und die Verpflichtung, eine Anhörung vorzusehen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen zu beauftragen.

145. Soweit ein Unternehmen von diesem Recht zur Stellungnahme in sachgerechter Weise Gebrauch gemacht hat oder hätte machen können,

ist der Aspekt einer früheren oder späteren zeitlichen Einbeziehung in das Kartellverwaltungsverfahren daher unerheblich.

146. Für die sachgerechte Ausübung von Verfahrensrechten einer später in das Kartellverwaltungsverfahren einbezogenen Gruppengesellschaft sind zudem mehrere wesentliche Aspekte zu beachten.

147. Eine Gruppengesellschaft wird als Repräsentant des Kartellrechtssubjekts „Konzern“ in das Kartellverwaltungsverfahren einbezogen und als Verfügungsadressat herangezogen. Die Einbeziehung der Konzernobergesellschaft und einer Konzerngesellschaft wie auch von zwei sonstigen Gruppengesellschaften führt daher zu einer „Doppelrepräsentanz“ des Konzerns im Kartellrechtsverfahren. Daraus folgt aber nicht, dass die einbezogenen Gesellschaften wie zwei voneinander vollständig unabhängige Parteien zu behandeln sind. Denn ihre Parteistellung und die Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte bestehen im Hinblick auf das Kartellrechtssubjekt „Konzern“ und nicht völlig losgelöst von diesem. Daher sind die jeweiligen Vorbringen der am Verfahren beteiligten Gruppengesellschaften als gemeinsame Stellungnahme zur Angelegenheit zu bewerten. Der Inhalt dieser gemeinsamen Stellungnahme kann von der Konzernobergesellschaft aufgrund der ihr zukommenden übergeordneten Gruppenführung intern gegenüber den in das Kartellverwaltungsverfahren einbezogenen Gesellschaften auch ohne Schwierigkeiten koordiniert und festgelegt werden. Dies spiegelt sich in der Praxis dadurch wider, dass Gruppengesellschaften in Kartellverwaltungs- oder Rechtsmittelverfahren regelmässig einheitliche Anträge und Vorbringen durch einheitliche Rechtsvertreter geltend machen.

148. Wenn eine weitere Gesellschaft einer Unternehmensgruppe erst zu einem späteren Zeitpunkt in das Kartellverwaltungsverfahren einbezogen wird, so beginnt demzufolge das Kartellrechtsverfahren für das Kartellrechtssubjekt „Konzern“ nicht in diesem Moment überhaupt erst oder nochmals neu zu laufen. Vielmehr tritt die neu einbezogene Gruppengesellschaft in dem Stadium in das Kartellverfahren ein, in dem es sich zu diesem Zeitpunkt befindet, einschliesslich der bisherigen Vorbringen der bereits seit Beginn des Verfahrens einbezogenen Gruppengesellschaft. Die Geltendmachung von einzelnen Verfahrensrechten durch die neu einbezogene Gruppengesellschaft ist demzufolge anhand des jeweiligen Stands des Verfahrens zu bewerten. Ein derart geltend gemachtes Verfahrensrecht erlangt daher regelmässig nur dann Bedeutung, wenn es in der Sache zu einer anderen Beurteilung der Angelegenheit führen kann.

Infolgedessen bedarf z.B. eine blosser inhaltliche Wiederholung keiner weiteren Behandlung.

149. Diese Einschätzung entspricht der bisherigen Stellungnahme des Bundesgerichts für eine spätere Einbeziehung von verschiedenen Gruppengesellschaften in ein Kartellverwaltungsverfahren. Dabei wird ausdrücklich festgehalten, dass eine seit Beginn des Verfahrens einbezogene Gruppengesellschaft die Interessen aller später einbezogenen Gruppengesellschaften wahrnehmen könne (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3.4 [nicht publ.]). Für die Prüfung der Ordnungsmässigkeit wird allein das Kriterium angeführt, ob sich infolge der späteren Einbeziehung ein prozessualer Nachteil zu Lasten der betreffenden Gesellschaften einstellt (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3.4 [nicht publ.]), was regelmässig nicht der Fall sein dürfte.

150. Vorliegend war die Beschwerdeführerin 2 seit Eröffnung des Kartellverwaltungsverfahrens (vgl. SV J) als Beteiligte in das Verfahren einbezogen. Sie hatte daher jede Möglichkeit, die sich aus dieser Parteistellung ergebenden Verfahrensrechte geltend zu machen. Von diesen Möglichkeiten hat die Beschwerdeführerin 2 auch Gebrauch gemacht. Die Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 in das Kartellverwaltungsverfahren erfolgte fünf Monate vor Erlass der angefochtenen Verfügung durch die Wettbewerbskommission. Die Beschwerdeführerinnen haben eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats abgegeben. Angesichts dieser Ausgangslage ist nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 1 in der Wahrnehmung von Verfahrensrechten beeinträchtigt worden war.

151. Bezeichnenderweise werden von den Beschwerdeführerinnen auch keinerlei konkreten Umstände dargelegt, warum sich eine derartige beachtenswerte Einschränkung trotz der Möglichkeit zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats und deren Wahrnehmung tatsächlich eingestellt habe. Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 105), wonach die spätere Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 dazu geführt habe, dass sie ihre „originären“ Verfahrensrechte erst verspätet habe ausüben können, in der Sache unerheblich, weil ihr Vorbringen unabhängig vom zeitlichen Aspekt zu keiner anderen Beurteilung der Angelegenheit führen konnte. Der Einwand führt demnach nur zu einer Erschwerung und Verzögerung der Bearbeitung der Rechtsstreitigkeit durch das Bundesverwaltungsgericht.

(e) Ergebnis

152. Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung gemäss Art. 30 und 39 KG sowie Art. 6 und 34 VwVG rechtmässig an die Beschwerdeführerinnen als sachgerechte Verfügungsadressaten gerichtet, auch wenn die SIX-Gruppe gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG als massgebliches Unternehmen und damit als Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren ist.

### 3) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

153. Die Beschwerdeführerinnen machen wegen verschiedener Aspekte eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend.

154. Das Sekretariat habe mit dem sog. Fil Rouge ein Dokument angefertigt, welches zwar an die Wettbewerbskommission weitergeleitet, den Beschwerdeführerinnen aber nicht zugänglich gemacht worden sei. Der Fil Rouge enthalte eine Zusammenfassung des Antrags des Sekretariats, mit der das Sekretariat die aus seiner Sicht wesentlichen Aspekte darstellen würde. Das Dokument sei dazu geeignet, die Entscheidung der Mitglieder der Wettbewerbskommission zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen zu beeinflussen, weil die Gefahr bestehe, dass sich einzelne Mitglieder bei ihrer Entscheidung nur auf die in der Zusammenfassung und nicht auf alle im Antrag dargestellten Aspekte, die im Untersuchungsverfahren ermittelt oder von den Beschwerdeführerinnen vorgebracht worden seien, abstützen würden. Die Nichtoffenlegung des Fil Rouge im Untersuchungsverfahren stelle demzufolge eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

155. Der Fil Rouge habe einen angepassten Antrag des Sekretariats mit neuen verfassungswesentlichen Aspekten enthalten. Bei diesen handle es sich um die Relevanz der DCC-Funktion, die Entwicklung der Terminalverkäufe, die Quantifizierung der angeblichen Ausschlusswirkung, die Zulässigkeit einer ex-post Betrachtungsweise und eine geänderte Bussgeldberechnung durch die vom Sekretariat im Fil Rouge vorgenommene Reduktion des Basisbetrags von 5% auf 4%. Die fehlende Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesen Aspekten im angepassten Antrag stelle demzufolge eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

156. Aufgrund der Schwere der vorstehenden Verfahrensfehler sei eine Heilung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ausgeschlossen. Daher müsse die angefochtene Verfügung aufgehoben werden.

157. Zudem rügen die Beschwerdeführerinnen die Missachtung von rechtserheblichen Beweisanträgen, die sie im Nachgang zur Anhörung vor der Wettbewerbskommission gestellt hätten. Diese hätten Abklärungen bezüglich jener Umstände, die die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen erst im Rahmen der Anhörung offengelegt habe, betroffen. Mittels dieser Beweisanträge hätte sichergestellt werden sollen, dass die Vorinstanz hinreichend abkläre, inwiefern die DCC-Funktion im Markt überhaupt von Relevanz gewesen sei. Aufgrund der Tauglichkeit und Relevanz der gestellten Beweisanträge für den zu untersuchenden Sachverhalt hätten entsprechende Beweiserhebungsmassnahmen verpflichtend eingeleitet werden müssen. Die fehlende Durchführung stelle eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

158. Darüber hinaus verweisen die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihres Vorbringens zu den materiellen Tatbeständen wiederkehrend zusätzlich auf eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz und damit auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

159. So würden sich die Ausführungen der Vorinstanz zur Marktdefinition mit Bezug auf das Akzeptanzgeschäft auf einen nicht aussagekräftigen Vergleich von Zahlungs-Abbruchquoten bei Onlinetransaktionen beschränken. Eine eigentliche Prüfung des relevanten Markts und der Wettbewerbseinflüsse durch die verschiedenen alternativen Zahlungsmittel würde aber unterlassen. Überdies würden die Ausführungen und Begründungen zur Marktposition der Beschwerdeführerin 2 mit dem Jahr 2008 enden. Die angefochtene Verfügung beinhalte keine Begründung, auf welcher Grundlage die Vorinstanz auch im Zeitraum nach 2008 eine marktbeherrschende Stellung festgestellt habe. Zudem behaupte die angefochtene Verfügung pauschal, dass ohne die DCC-Funktion eine gewisse Anzahl an Kunden ausgeschlossen worden sei, ohne dass in der angefochtenen Verfügung auch nur ein Hinweis auf die relevanten Entscheidungsfaktoren der Händler zu finden sei. Die Vorinstanz hätte darlegen müssen, inwiefern und für welche konkreten Fälle diese Funktion von Relevanz gewesen sei. Die Vorinstanz gehe überdies davon aus, dass aus dem Schreiben der Anzeigstellerin vom 5. Juli 2005 eine Verweigerung durch die Beschwerdeführerinnen abgeleitet werden könne. Auch diesbezüglich fehle jedoch die Begründung, wie die Vorinstanz zu diesem Er-



gebnis gelangt sei. Schliesslich finde sich bezüglich der behaupteten Missbräuchlichkeit im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG nur eine rudimentäre Begründung, welche insbesondere nicht auf sämtliche Tatbestandselemente eingehe.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

160. Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, es bestehe grundsätzlich kein Anspruch auf Stellungnahme „zum angepassten Antrag“. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stelle der Verfügungsantrag einer Instruktionsbehörde ein rein verwaltungsinternes Dokument dar, in welches nicht Einsicht genommen werden könne. Art. 30 Abs. 2 KG statuiere eine Ausnahme hiervon, welche allerdings nicht dazu führe, dass die Beschwerdeführerinnen berechtigt wären, alle verwaltungsinternen Dokumente einzusehen und zu diesen Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich vorgängig zum Erlass der Sanktionsverfügung zu allen rechtserheblichen Punkten äussern können, womit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt worden sei.

161. Beim Fil Rouge handle es sich um eine verwaltungsinterne Kommunikation, welcher für die Behandlung des Falles kein Beweischarakter zukomme. Die Analyse des materiellen Inhaltes des Fil Rouge bestätige, dass dieser nicht im Sinne eines neuen Antrags zu verstehen sei. Wesentliche Änderungen gegenüber dem Antrag seien nicht auszumachen. Betroffen seien zudem ausschliesslich Fragestellungen, welche den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen oder durch diese aufgeworfen worden seien. Zu all diesen umstrittenen Fragen hätten sich die Beschwerdeführerinnen mehrfach geäussert und ihre Äusserungen seien von der Vorinstanz bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden. Es zeige sich, dass das rechtliche Gehör nicht verletzt worden sei. Auch führe der Inhalt des Fil Rouge nicht dazu, dass das Bundesverwaltungsgericht in materieller Hinsicht andere Fragestellungen und Rügen zu behandeln hätte als solche, die bereits im Rahmen der Beschwerde aufgeworfen worden seien.

162. Schliesslich macht die Vorinstanz geltend, dass selbst dann, wenn entgegen diesen Vorbringen doch von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen wäre, diese mittlerweile durch das Bundesverwaltungsgericht geheilt worden sei, weil der Fil Rouge den Beschwerdeführerinnen offengelegt worden sei und diese sich zu dessen Inhalt hätten äussern können. Die Replik der Beschwerdeführerinnen zum Fil Rouge

enthalte keinerlei Argumente, welche diese in der Vernehmlassung vom 31. Oktober 2011 detailliert begründete Auffassung widerlegen würden.

163. Hinsichtlich einer Annahme von rechtserheblichen Beweisanträgen beruft sich die Vorinstanz auf ihr Auswahlermessen. In antizipierter Beweiswürdigung beurteile sie, ob der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend ermittelt worden sei. Sie dürfe von weiteren Beweisvorkehren absehen, wenn sie aufgrund der bereits erhobenen Beweise ihre Überzeugung gebildet habe und annehmen könne, dass diese durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde. Die Behörde dürfe zudem bei der Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens bei der Auswahl der Beweismittel auch prozessökonomische Interessen berücksichtigen.

164. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich erst während der Entscheidungsphase vor der Vorinstanz bemüssigt gesehen, Beweisanträge zu stellen. Während der gesamten Untersuchungsphase hätten die Beschwerdeführerinnen keine Beweisanträge gestellt. Für einige Anträge möge dies zwar dadurch erklärbar sein, dass einige Informationen erst anlässlich des Hearings bekannt geworden seien. Andere Begehren, wie etwa die Befragung von Händlern zur Eruiierung der Überlegungen und Entscheidungsgrundlagen beim Kauf von Zahlungskartenterminals, wären ohne Weiteres zu einem früheren Zeitpunkt möglich gewesen. Eine solche Vorgehensweise könne gezielt zur Verzögerung des Verfahrens sowie bereits strategisch im Hinblick auf die Erhebung formeller Rügen im Rechtsmittelverfahren eingesetzt werden. Der Sachverhalt sei hinreichend ermittelt worden und die beantragten Beweismassnahmen hätten zu keinem Erkenntnisgewinn geführt, weshalb die Vorinstanz von der Durchführung dieser Massnahmen habe absehen dürfen.

165. Nicht nachvollziehbar sei schliesslich der Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht bezüglich einer Verfügung, welche eine detaillierte Begründung auf rund 160 Seiten umfasse. Die Begründung habe zu einer Beschwerdeschrift von ihrerseits rund 160 Seiten geführt sowie zu einem ökonomischen Parteigutachten von rund 50 Seiten. Es könne daher nicht ernsthaft behauptet werden, die Beschwerdeführerinnen hätten den Entscheid der Vorinstanz nicht sachgerecht anfechten können.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

166. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das verfassungsmässige Recht zur aktiven Teilnahme in einem administrativen oder gerichtlichen

Rechtsverfahren eines hiervon Betroffenen, welches in allgemeiner Weise in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert und zumindest für Teilelemente darüber hinaus auch zusätzlich aus Art. 6 EMRK abgeleitet wird. Es dient der Verwirklichung des übergeordneten Grundsatzes eines fairen Verfahrens. Durch die Einbindung eines Betroffenen in ein Rechtsverfahren mit der Möglichkeit, eigene Hinweise, Informationen und Argumentationen vorzubringen, wird sowohl die Wahrscheinlichkeit der inhaltlichen Richtigkeit eines Entscheids als auch dessen mögliche Akzeptanz auf Seiten der Beteiligten erhöht (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.4; BGE 135 I 187 E. 2.2; BGE 127 I 6 E. 5b; BGE 127 I 54 E. 2b; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, Rn. 197, m.w.H.).

(a) Ausgangslage

167. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht natürlichen und juristischen Personen zu sowie Dritten, welche von einem Rechtsverfahren unmittelbar in ihren Rechten betroffen werden (vgl. BGE 137 I 120 E. 5.3; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl. 2008, zit. *Grundrechte*, 848 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 312). Dies gilt auch für nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften oder Mitglieder einfacher Wirtschaftsgemeinschaften als Subjekte eines Rechtsverfahrens (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, Rn. 198, m.w.H.).

168. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung der folgenden Aspekte im Hinblick auf den Ablauf eines Rechtsverfahrens (vgl. BGE 135 II 286 E. 5.1; ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, Rn. 199, m.w.H.): (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Rechtsverfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere der Stellung von eigenen Beweisanträgen; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einschliesslich der Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung des Entscheids; (vii) Begründung des Entscheids.

169. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen beschränkt. Ausnahmsweise werden die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder

die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten (vgl. BGer, 17.6.2003, 2A.520/2002, *Entreprises Electriques Fribourgeoises [EEF] gg. Watt Suisse AG u.a.*, publ. in: BGE 129 II 497, zit. *EEF*, E. 2.2; BGer, 17.6.2003, 2A.492/2002, *Elektra Baselland Liestal [EBL] gg. Watt Suisse u.a.*, publ. in: RPW 2003/3, 695, zit. *EBL*, E. 3.2.3; BGE 127 V 431 E. 2b; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, Rn. 200).

170. Demtsprechend verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich nicht, dass eine verfahrensbeteiligte Partei die Gelegenheit erhalten muss, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (vgl. BGE 132 II 257 E. 4.2; BGE 132 II 485 E. 3.4; BGE 134 V 97 E. 2.8.2).

171. Beim Anspruch auf rechtliches Gehör handelt es sich um ein selbständiges formelles Recht, dessen Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, unabhängig davon, ob die Rechtsverletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant ist (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1; BGE 129 V 73 E. 4.1). Nach ständiger Rechtsprechung kann durch die jeweilige Rechtsmittelinstanz allerdings unter bestimmten Umständen eine Heilung der Rechtsverletzung erfolgen. Voraussetzung hierfür ist die verfahrensrechtliche Konstellation, dass der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor der Rechtsmittelinstanz zu äussern, und dass die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt wie die Vorinstanz, sodass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Eine Heilung wird dabei auch im Falle schwerwiegender Rechtsverletzungen ausnahmsweise dann als zulässig erachtet, wenn die Rückweisung bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen und dies nicht im Interesse des Betroffenen liegen würde (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 127 V 431 E. 3d/aa; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, Rn. 201, m.w.H). Die Möglichkeit einer Heilung wurde auch für Verfahren mit einer ausserordentlich langen Verfahrensdauer bestätigt, um dem Gebot der fristgemässen Beurteilung zu entsprechen (vgl. BGE 138 II 77 E. 4.3). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lässt die Heilung eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs ebenfalls zu, soweit das jeweilige Gericht über volle Kognition verfügt (vgl. EGMR,

1.3.2001, 29082/95, Dallos gg. Ungarn, Ziff. 52; EGMR, 8.10.2013, 29864/03, Mulosmani gg. Albanien, Ziff. 132 m.w.H.).

(b) Fil Rouge

172. Das Recht auf Akteneinsicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör bezieht sich grundsätzlich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, die Grundlage des jeweiligen späteren Entscheids zu bilden (vgl. BGE 132 V 387 E. 3.1 und 3.2). Es stellt gewissermassen die Vorbedingung dafür dar, dass die übrigen Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht, sich vor Erlass des Entscheids zur Sache zu äussern, überhaupt adäquat wahrgenommen werden können (vgl. BGer, 16.12.2014, 8C\_631/2014, E. 4.2.1.1; BGE 132 II 485 E. 3.1). Daher ist das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich auch dann zu gewähren, wenn dessen Ausübung den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (vgl. BGE 132 V 387 E. 3.2).

173. In einem Kartellverwaltungsverfahren richtet sich das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 39 KG nach den Art. 26 ff. VwVG, weil das Kartellgesetz keine abweichende Regelung vorsieht. Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat daher jede Partei Anspruch darauf, die Verfahrensunterlagen ihrer Sache am Sitz der verfügenden Behörde einzusehen. Dies umfasst die Einsichtnahme in Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden, in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke sowie die Niederschriften eröffneter Verfügungen.

174. Allerdings bleiben nach ständiger Rechtsprechung sog. verwaltungsinterne Akten sowohl vom verfassungsmässigen Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV als auch vom entsprechenden gesetzlichen Anspruch gemäss Art. 26 ff. VwVG ausgeschlossen (vgl. BGE 129 II 497 E. 2.2; BGE 125 II 473 E. 4a; BGE 122 I 153 E. 6a; BGer, 10.10.2014, 1C\_159/2014, E. 4.3, je m.w.H.). Als verwaltungsinterne Dokumente gelten Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falls kein Beweischarakter zukommt und die ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen, wie Entwürfe, Anträge, Notizen, Gesprächs- und Prüfungsprotokolle, Mitberichte, Hilfsbelege usw. Mit dem Ausschluss des Einsichtsrechts in diese Akten soll verhindert werden, dass die interne Meinungsbildung der Verwaltung vollständig vor der Öffentlichkeit ausgebreitet und damit erschwert wird (vgl. BGer, 10.10.2014, 1C\_159/2014, E. 4.3; BGE 129 II 497 E. 2.2; BGE 125 II 473 E. 4a; BGE 122 I 153 E. 6a; je m.w.H.).

175. Für die Abgrenzung von verwaltungsinternen gegenüber extern einsehbaren Akten ist im Einzelfall die objektive Bedeutung der Unterlagen für den verfügungswesentlichen Sachverhalt massgebend und nicht dessen formale Einstufung als internes Dokument durch die Behörden (vgl. BGer, 10.10.2014, 1C\_159/2014, E. 4.3; BGer, 03.03.2004, 1A.241/2003, E. 3.2; BGE 115 V 297 E. 2g/b). Keine verwaltungsinternen Akten sind daher zum Beispiel behördenintern erstellte Berichte und Gutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen (vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/bb; BGer, 10.10.2014, 1C\_159/2014, E. 4.4). Hingegen stellt der Verfügungsantrag einer Instruktionsbehörde nach der bundesgerichtlichen Praxis in der Regel ein rein verwaltungsinternes Dokument dar, das nicht dem rechtlichen Gehör der Parteien untersteht, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich eine anderslautende Sonderregelung aufweist (vgl. BGE 129 II 497 E. 2.2; BGE 117 Ia 90 E. 5b; BGE 113 Ia 286 E. 2d).

176. Der Fil Rouge wird nicht durch die Vorinstanz selbst, sondern durch das Sekretariat erstellt. Dieses amtet in Kartellverwaltungsverfahren gemäss Art. 23 ff. KG als Untersuchungsbehörde und die Wettbewerbskommission als Entscheidungsinstanz. Insbesondere bereitet das Sekretariat gemäss Art. 23 Abs. 1 KG die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und stellt der Wettbewerbskommission einen Antrag. Das Sekretariat hat dabei die Wettbewerbskommission in solcher Weise zu informieren, dass diese ihre Aufgaben ordnungsgemäss wahrnehmen kann.

177. Der Fil Rouge stellt in inhaltlicher Hinsicht eine Zusammenfassung des Antrags des Sekretariats zuhanden der Wettbewerbskommission dar. Er erwähnt tabellarisch die involvierten Parteien, den Verfahrensverlauf, die geprüften Tatbestände, das Dispositiv sowie die Fallverantwortlichen. Zudem enthält er insbesondere eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts, Ausführungen zu technischen Aspekten sowie Erwägungen bzw. zu erörternde Sachfragen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung durch die Wettbewerbskommission.

178. Der Fil Rouge dient dazu, der Wettbewerbskommission als Entscheidungsbehörde einen summarischen Überblick über die im Antrag dargelegten Untersuchungsergebnisse zu verschaffen. Als Instrument der gesetzlich vorgesehenen, internen Vorbereitung der Kommissionsentscheidung durch das Sekretariat dient er somit einer ersten Orientierung über die regelmässig komplexe Kartellrechtsangelegenheit, um den Mitgliedern der Wettbewerbskommission den Zugang zum Antrag zu erleichtern.

Dem Fil Rouge kommt daher kein Beweischarakter zu, sondern er dient ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung.

179. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 154), wonach der Fil Rouge geeignet sei, die Entscheidung der Mitglieder der Wettbewerbskommission zum Nachteil einer Partei zu beeinflussen, weil die Gefahr bestünde, dass sich einzelne Mitglieder bei ihrer Entscheidung nur auf die in der Zusammenfassung und nicht auf alle im Antrag dargestellten Aspekte abstützen würden, ist unbeachtlich. Die vom Bundesverwaltungsgericht zu überprüfende sachliche Richtigkeit einer kartellrechtlichen Verfügung der Wettbewerbskommission hängt nämlich nicht davon ab, ob sich einzelne ihrer Mitglieder im Rahmen der Beschlussfassung gemäss Art. 21 KG auf den Antrag und eigene vorgenommene Massnahmen der Wettbewerbskommission oder allenfalls lediglich auf den Inhalt des Fil Rouge abgestützt haben. Zum einen liesse sich gar nicht überprüfen, auf welcher Grundlage einzelne Mitglieder der Wettbewerbskommission ihre Entscheidung vorgenommen haben. Dies gilt umso mehr, als den Mitgliedern der Wettbewerbskommission eine konkrete Arbeitsanweisung nicht vorgegeben werden kann (vgl. REKO/WEF, 21.5.2001, RPW 2001/2, 412, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, zit. *Buchpreisbindung I*, Ziff. 4.5). Zum anderen würde auch eine weitere Stellungnahme der Parteien zum Fil Rouge nicht zu einem Ausschluss der Möglichkeit führen, dass ein einzelnes Mitglied der Wettbewerbskommission seine Entscheidung dennoch nur auf der Zusammenfassung des Fil Rouge und nicht auf den gesamten Antrag des Sekretariats abstützt. Daher geht dieser Einwand der Beschwerdeführerinnen von vornherein ins Leere.

180. Zusammenfassend ist demnach entgegen der im vorliegenden Verfahren ergangenen Zwischenverfügung (vgl. SV K.g) festzuhalten, dass der Fil Rouge als behördeninternes Dokument zu qualifizieren ist, welches nicht dem Akteneinsichtsrecht untersteht und den Beschwerdeführerinnen daher auch nicht zur Einsicht und zur Stellungnahme unterbreitet werden muss (vgl. BVGer, Zwischenverfügung vom 17.4.2013 in Sachen B-506/2010, Gaba International AG gg. Weko, SV T.c; BVGer, Zwischenverfügung vom 3.9.2013 in Sachen B-364/2010, Pfizer AG gg. Weko, SV L.f).

(c) Umfang des Rechts auf Stellungnahme zum Antrag

181. Im Hinblick auf die Durchführung eines Kartellverwaltungsverfahrens statuiert Art. 30 Abs. 1 KG, dass der Entscheid der Wettbewerbskommission auf einen Antrag des Sekretariats hin ergeht. Art. 30 Abs. 2 KG sieht vor, dass die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können.

182. Bei einer Anpassung des Verfügungsantrags durch das Sekretariat nach erfolgter Stellungnahme durch die Parteien erlangen diese nach der Wettbewerbspraxis einen Anspruch auf eine erneute Stellungnahme, wenn es sich bei der Anpassung um eine wesentliche Änderung oder Ergänzung handelt (vgl. REKO/WEF, RPW 2001/2, 412, *Buchpreisbindung I*, E. 4.4; REKO/WEF, 27.9.2005, RPW 2005/4, 672, *Ticketcorner AG u.a. gg. Weko u.a.*, zit. *Ticketcorner*, E. 4.1; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 5.2.3).

183. Als wesentliche Änderung oder Ergänzung sind dabei massgebliche Abweichungen in der materiellrechtlichen Würdigung oder im Dispositiv zu qualifizieren (vgl. REKO/WEF, RPW 2001/2, 412, *Buchpreisbindung I*, E. 4.4; REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, *Ticketcorner*, E. 4.1; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 5.2.3). Dabei soll für die Wesentlichkeit bereits ausreichen, dass die Änderungen einen grossen Umfang angenommen haben, wodurch sich ein stark überarbeiteter Verfügungsentwurf ergibt (vgl. REKO/WEF, 9.11.2006, RPW 2006/4, 722, *Swisscom Mobile gg. Weko*, zit. *Swisscom Mobile*, 723, im Hinblick auf ein Fristerstreckungsgesuch).

184. Demgegenüber fehlt bei folgenden Abweichungen die Wesentlichkeit der Änderung oder Ergänzung: (i) Ergänzungen des Dispositivs hinsichtlich der Sanktionsmöglichkeiten bei Zuwiderhandlungen, der Kostenverteilung, der Rechtsmittelbelehrung oder der Eröffnungsformel (vgl. REKO/WEF, RPW 2001/2, 412, *Buchpreisbindung I*, E. 4.4); (ii) Änderungen der Erwägungen ohne Auswirkung auf die materielle Würdigung (vgl. REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, *Ticketcorner*, E. 4.1); (iii) Anpassungen der Sanktionshöhe, die sich aus der Berichtigung von erkennbaren Rechenfehlern einschliesslich von fehlerhaften Aufsummierungen ergeben (vgl. BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 5.2.4).

185. Anpassungen des Verfügungsantrags, die sich allein aus der Übernahme des Vorbringens eines betroffenen Unternehmens ergeben und die nicht zu einer Verschlechterung der vorgesehenen Massnahmen führen oder sogar zu dessen Gunsten ausfallen, sind ohnehin nicht als wesentliche Ergänzungen oder Änderungen zu qualifizieren, weshalb sie



ebenfalls keinen Anspruch auf eine zweite Stellungnahme auszulösen vermögen.

186. Im vorliegenden Sachverhalt ist keine wesentliche Änderung oder Ergänzung des Verfügungsantrags festzustellen, weil die vom Sekretariat angebrachten Anpassungen zum einen auf der Übernahme des Vorbringens der Beschwerdeführerinnen beruhten und nicht zu einer anderen materiellen Würdigung führten sowie zum anderen angesichts einer vorgesehenen Reduktion des Sanktionsbetrags sogar zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen ausfielen, soweit sie sich im Ergebnis niederschlugen.

187. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 155) ergab sich demzufolge kein Anspruch auf Abgabe einer erneuten Stellungnahme zum angepassten Verfahrens Antrag des Sekretariats.

(d) Sonstige Rügen

188. Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen sonstigen Rügen wegen einer Verletzung des Gehörsanspruchs ist festzuhalten, dass diese letztlich allesamt auf Unterschiede in den jeweiligen Rechtsauffassungen von Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sind. Zudem wurden die Sachpunkte, die eine Verletzung des rechtlichen Gehörs begründen sollen, von den Beschwerdeführerinnen in abgewandelter Form auch als Fehler im Rahmen der materiellen Würdigung des Sachverhalts geltend gemacht. Die Vorinstanz hatte alle im Rahmen der Rügen vorgetragenen Sachpunkte abgeklärt und sich hierzu jeweils substantiell – wenn auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen und nicht in dem von ihnen geforderten Umfang – geäußert, soweit sie für die Rechtsauffassung der Vorinstanz Bedeutung aufweisen.

189. Die Aspekte, die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen der erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz vorgebracht wurden, werden im Rahmen der materiellen Behandlung der Angelegenheit durch das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz geprüft, soweit sie für die Entscheidung massgeblich sind.

(e) Ergebnis

190. Ein Rechtsfehler im Hinblick auf die Beachtung des Anspruchs der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör liegt demzufolge in casu nicht vor.

191. Im Übrigen kommt dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine vollständige Entscheidungsgewalt mit umfassender Prüfungszuständigkeit zu, weshalb es über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt. Die Beschwerdeführerinnen konnten im Beschwerdeverfahren denn auch sämtliche Aspekte einbringen, mit denen sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz gerügt haben. Das Bundesverwaltungsgericht kann demzufolge aufgrund der massgeblichen Sach- und Rechtslage eine abschliessende Entscheidung treffen. Diese ist angesichts der bisherigen Verfahrensdauer im Hinblick auf das Gebot der fristgemässen Beurteilung sowie der von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich erhobenen Rüge einer Verletzung dieses Verfahrensgrundsatzes ohne weiteren Aufschub vorzunehmen (vgl. E. 1644 ff.).

192. Ein allfällig bestehender Verfahrensmangel des Kartellverfahrens wäre demnach entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 156) durch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erfolgte Möglichkeit zur umfassenden Stellungnahme entsprechend den vorstehend dargestellten Grundsätzen ohnehin geheilt worden.

193. Da der vorinstanzliche Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit des fraglichen wirtschaftlichen Verhaltens durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt wird und die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen unterliegen, würde eine Rückweisung überdies zu einem blossen formalistischen Leerlauf führen, selbst wenn von einer Verletzung des Gehörsanspruchs durch die Vorinstanz auszugehen wäre.

#### **4) Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz**

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

194. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes dürfe sich die Vorinstanz nicht auf die Abklärung

belastender Umstände beschränken, sondern müsse auch die entlastenden Umstände von sich aus eruieren. Dies gelte insbesondere auch für den Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG, da es sich hierbei um eine strafrechtliche Anklage gemäss Art. 6 EMRK handle. Entsprechend gelte auch die Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK. Dies habe fundamentale Auswirkungen auf die Beweislastverteilung und Beweiswürdigung. Den Beschwerdeführerinnen müsse die Erfüllung des Tatbestands „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen“ werden. Die Vorinstanz habe folglich den vollen Beweis zu erbringen. Dies ergebe sich insbesondere auch aufgrund der direkten Sanktionen, die zur Folge hätten, dass ein Beweismass ähnlich jenem im Strafrecht erforderlich sei. Das Erfordernis des Vollbeweises im Untersuchungsverfahren betreffend direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG werde denn auch von der Vorinstanz ausdrücklich befürwortet. Die angefochtene Verfügung sei aber mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet, weil der Sachverhalt von der Vorinstanz nur unvollständig erhoben worden sei.

195. Im vorliegenden Verfahren habe die Vorinstanz den notwendigen Vollbeweis, welcher die Wettbewerbsbehinderung ausreichend belegen würde, nicht erbracht. Insbesondere seien die Grosskunden der Anzeigestellerin nicht befragt worden. Es wäre von grundlegender Bedeutung gewesen, zu eruieren, ob und aus welchem Grund die von der Anzeigestellerin behaupteten Grosskunden effektiv den Terminalverkäufer gewechselt hätten.

196. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass bei den Händlern, die über einen DCC-Vertrag verfügten, die Funktion aktiv genutzt und in der relevanten Zeitperiode ein Zahlungskartenterminal gekauft hätten, eine Wettbewerbsbehinderung nachgewiesen sei. Dies beruhe auf der blossen Vermutung, dass bei diesen Händlern sämtliche weiteren Produkteigenschaften bezüglich Zahlungskartenterminals nicht von weiterer Relevanz gewesen seien, sondern dass diese Händler ihre Entscheidung einzig auf die DCC-Funktion abstellten hätten. Die Vorinstanz habe jedoch für keinen einzigen Händler geprüft, ob neben der DCC-Funktion auch die weiteren Produkteigenschaften der Zahlungskartenterminals konkret von entscheidender Bedeutung für die Kaufentscheidung gewesen seien. Dies zeige sich insbesondere bei den behaupteten „Grosskunden“ der Anzeigestellerin, welche entgegen der Vermutung der Vorinstanz ihren Kaufentscheid nicht auf der Grundlage der DCC-Funktion getroffen hätten. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass auch weitere Händler entsprechend die-

sen Grosskunden aufgrund anderer Entscheidungsgrundlagen ein Zahlungskartenterminal der SCA bevorzugt hätten.

197. Die Anzeigstellerin habe mehrfach behauptet, dass sie verschiedene Grosskunden aufgrund der fehlenden DCC-Funktion der Beschwerdeführerinnen verloren habe. Die Vorinstanz übernehme diese Behauptung der Anzeigstellerin ohne jegliche Überprüfung ihrer Korrektheit. Sie bestätige, dass die Anzeigstellerin "bei diesen Kunden durch Card Solutions de facto verdrängt" worden sei. Zudem sei der "verlorene Anteil" an Kunden "enorm" gewesen. Einen Beweis für diese behauptete Verdrängung bzw. den verlorenen Anteil der Kunden sowie für die Kausalität der DCC-Funktion für die behauptete Verdrängung erbringe die Vorinstanz jedoch nicht, und sie habe ausdrücklich auf eine entsprechende Verifizierung der Behauptungen der Anzeigstellerin verzichtet. Die Beschwerdeführerinnen würden zudem nicht die absoluten Verkaufszahlen der Anzeigstellerin im Jahr 2004 im Vergleich zu den Verkäufen in der angeblich betroffenen Periode in den Jahren 2005 und 2006 kennen. Aufgrund der Angaben in der angefochtenen Verfügung könne jedoch zumindest eruiert werden, dass die anderen Terminalverkäufer insgesamt in den Jahren 2005 und 2006 im Vergleich zum Vorjahr 2004 signifikant hätten zulegen können. Das Anklagefundament der Vorinstanz beruhe demnach auf einer nicht-verifizierten Behauptung ohne jegliche Verifizierung. Diese Unterlassung stelle eine krasse Verletzung der Untersuchungsmaxime dar.

198. Die Vorinstanz behaupte des Weiteren, dass auch bezüglich Händlern, die über gar keinen DCC-Vertrag verfügten, eine Wettbewerbsbehinderung habe stattfinden können. Gemäss der Vorinstanz sei "von einer Behinderung auszugehen [...] weil die DCC-Funktion geeignet war, ihren Kaufentscheid zu beeinflussen". Ob eine entsprechende Beeinflussungsmöglichkeit überhaupt bestanden habe, sei jedoch von der Vorinstanz niemals abgeklärt worden. Es fänden sich denn auch im Rahmen der Untersuchung keinerlei Hinweise auf entsprechende Untersuchungshandlungen der Vorinstanz. Die angefochtene Verfügung gehe lediglich von der Behauptung der Anzeigstellerin aus, dass diese Funktionalität eine derartige Wichtigkeit hätte, obwohl Letztere in keinem einzigen Fall und insbesondere nicht im Allgemeinen nachgewiesen worden sei. Die blosse Vermutung, dass eine einzelne von vielen Funktionen den Kaufentscheid "zu beeinflussen" vermögen könnte, könne und dürfe demnach nicht eine ausreichende Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung bilden. Die Vorinstanz hätte diesbezüglich den entsprechenden Sachverhalt der ihr obliegenden Beweispflicht unterstellen müssen.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

199. Die Vorinstanz ist hinsichtlich aller Sachpunkte, die Gegenstand einer Rüge des Untersuchungsgrundsatzes der Beschwerdeführerinnen sind, der Ansicht, dass der ihrer Rechtsauffassung zu Grunde liegende Sachverhalt in ausreichender Weise abgeklärt worden sei. Alle von den Beschwerdeführerinnen vorgetragene Aspekte seien im Rahmen der angefochtenen Verfügung abgehandelt worden. Des Weiteren habe die Vorinstanz auch dargelegt, weshalb auf die Befragung einzelner Händler bzw. auf eine eigentliche Händlerbefragung verzichtet worden sei.

## (3) Würdigung durch das Gericht

200. Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. BGer, 6.2.2007, 2A.430/2006, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband sowie Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. gg. Weko, zit. *Buchpreisbindung II*, E. 10.2; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 6.3; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 185; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 5; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 3 [S. 19]; REKOWEF, RPW 2006/3, 548, *Buchpreisbindung II*, E. 6.1 m.w.H.). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet sowohl die Behörde als auch die Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative korrekt und vollständig abzuklären (vgl. BGE 138 V 218 E. 6; BGE 117 V 282 E. 4a; BVGE 2012/21 E. 5.1; KRAUSKOPF PATRICK/EMMENEGGER KATRIN/BABEY FABIO, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl. 2016, zit. *VwVG*, Art. 12 Rn. 16; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.119; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 991 f., 994 f., 1660 f.; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.38 f.; TANQUEREL, *droit administratif*, Rn. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *VwVG*, Art. 12 Rn. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.119 f.). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *VwVG*, Art. 12 Rn. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.120 f.).

201. Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Ausmass der Untersuchung ist vielmehr von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; BVGer, 14.7.2010, B-3608/2009, A. gg. Landwirtschaftl. Rekurskommission Kanton X., E. 6.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, VwVG, Art. 12 Rn. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.144). Einschränkungen einer amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und das treuwidrige Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, VwVG, Art. 12 Rn. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 1.49, 3.123c; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.39; TANQUEREL, *droit administratif*, Rn. 1560 f.).

202. Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung von rechtlichen Aspekten, untersteht demgegenüber von vornherein nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, VwVG, Art. 12 Rn. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35, *Marktzugang schneller Bitstrom*, E. 7.4). Soweit abweichende Rechtsauffassungen zwischen den Kartellbehörden und den jeweiligen Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens bestehen, die im Hinblick auf den unterstellten Sachverhalt einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt.

203. Im vorliegenden Fall wurden alle aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente in ausreichender Weise von der Vorinstanz abgeklärt und nachgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht kann demzufolge aufgrund der massgeblichen Sach- und Rechtslage eine abschliessende Entscheidung treffen.

204. Da das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz direkt eine Entscheidung in der Sache vornimmt, bedürfen die Rügen des Beschwerdeführers wegen einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

demnach keiner gesonderten Abhandlung unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers der Vorinstanz.

205. Denn die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sind letztlich allesamt auf Unterschiede in den jeweiligen Rechtsauffassungen von Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen zurückzuführen. Die Vorinstanz hatte alle im Rahmen der Rügen vorgetragenen Sachpunkte abgeklärt und sich hierzu jeweils substantiell – wenn auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen und nicht in dem von ihnen gefordertem Umfang – geäußert, soweit sie für die Rechtsauffassung der Vorinstanz Bedeutung aufweisen.

206. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt als Beschwerdeinstanz zu den einzelnen, durch die Beschwerdeführerinnen gerügten Aspekten nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung Stellung, soweit sie für die Entscheidung massgeblich sind. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die massgeblichen Anforderungen an das Beweismass (vgl. E. 1214 ff.).

207. Ein Rechtsfehler im Hinblick auf die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes liegt demzufolge in casu unter keinem Gesichtspunkt vor.

## **5) Der Beweiswert von Parteigutachten**

208. Zwischen den Parteien ist streitig, in welcher Art und Weise das von den Beschwerdeführerinnen eingebrachte Gutachten der ESMT CA (nachfolgend: Gutachten ESMT) im Rahmen der Entscheidung zu berücksichtigen ist.

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

209. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Gutachten der ausgewiesenen Experten in diesem Bereich sei vom Bundesverwaltungsgericht als Sachverständigengutachten zu berücksichtigen.

210. Demgegenüber sei die von der Vorinstanz vorgebrachte Behauptung, dass ein Parteigutachten nicht die Qualität eines Beweismittels aufweise, nicht korrekt. Expertisen, die von den Parteien bei einem von ihnen ausgewählten Sachverständigen eingeholt und in das Verfahren als

Beweismittel eingebracht würden, dürfe der Beweiswert nicht schon deshalb abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammten. Insbesondere habe die Vorinstanz trotz entsprechender Andeutungen in der Vernehmlassung keine Gründe vorgebracht, weshalb bezüglich des Gutachtens ESMT Indizien gegen dessen Zuverlässigkeit bestünden.

211. Darüber hinaus rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz unterlasse es, zu erklären, bezüglich welcher wesentlicher Gesichtspunkte sie davon ausgehe, dass dem Gutachter eine allenfalls subjektive Darstellung des Sachverhalts vermittelt worden sei. Im Zentrum des vorliegenden Verfahrens stehe unter anderem die Frage der Wettbewerbsbeseitigung bzw. -behinderung. Diesbezüglich hätten sich die Beschwerdeführerinnen gezwungen gesehen, Sachverhaltsermittlungen vorzunehmen, welche durch die Vorinstanz verweigert worden seien. Grundlage des Gutachtens bildeten folglich der angefochtene Entscheid und die von den Beschwerdeführerinnen bzw. im Gutachten offengelegten zusätzlich ermittelten Sachverhaltselemente. Sofern die Vorinstanz die Korrektheit der entsprechenden Ergebnisse anzweifle, so habe sie dies zu substantiieren. Nachdem sie es selbst unterlassen habe, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen oder zu prüfen, könne sie die nachprüfbaren zusätzlichen objektiven Abklärungen für das Gutachten und die daraus von den Gutachtern gezogenen Schlussfolgerungen nicht pauschal als subjektives Empfinden und damit als nicht rechtserheblich qualifizieren. Folglich könne die Vorinstanz nicht in allgemeiner Weise das Resultat des Gutachtens ESMT anzweifeln.

## *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

212. Demgegenüber bringt die Vorinstanz vor, beim Gutachten ESMT handle es sich um ein Parteigutachten, weil es von den Beschwerdeführerinnen in Auftrag gegeben worden sei. Das Gutachten habe zwar ebenfalls die Funktion eines Beweismittels, dessen Beweiswert sei jedoch verglichen mit einem behördlich angeordneten Gutachten herabgesetzt.

213. Den Grund hierfür bildeten verschiedene Umstände. Der Parteigutachter werde von einer am Ausgang des Verfahrens interessierten Partei ausgewählt, instruiert und entschädigt. Er unterstehe nicht den Anforderungen, welche ein behördlich bestellter Gutachter erfüllen müsse, und die Möglichkeit der strafrechtlichen Haftbarkeit gemäss Art. 307 StGB scheide aus. Überdies müsse davon ausgegangen werden, dass die Partei dem Parteigutachter in erster Linie die nach ihrem eigenen subjektiven



Empfinden wesentlichen Gesichtspunkte des streitigen Sachverhalts unterbreitet habe. Zudem gelte es zu berücksichtigen, dass ein Privatgutachten nur dann eingereicht werde, wenn es ein für den Auftraggeber günstiges Ergebnis aufweise.

214. Die Vorinstanz verweist zudem darauf, dass sie sich mit den Ergebnissen und Würdigungen des Gutachtens keineswegs pauschal auseinandergesetzt, sondern zu diesem sogar im Rahmen eines separaten Anhangs ausführlich Stellung genommen habe.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

215. Im Beschwerdeverfahren ist der Sachverhalt aufgrund der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes durch das Gericht von Amtes wegen festzustellen. Damit stellt sich die Frage, in welcher Weise Privatgutachten, die von einem Beschwerdeführer in Auftrag gegeben und in das vorinstanzliche Verfahren eingebracht wurden, im Rahmen eines gerichtlichen Entscheids zu berücksichtigen sind. Vorliegend kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, inwiefern eine Differenzierung zwischen Privatgutachten und Parteigutachten, zu denen die von einer Vorinstanz im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens in Auftrag gegebenen Sachverständigen zu zählen wären, vorzunehmen ist.

216. Für die Sachverhaltsermittlung sieht Art. 12 VwVG folgende Arten an Beweismitteln ausdrücklich vor: Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenschein sowie Gutachten von Sachverständigen.

217. Allerdings sollen nach heute vorherrschender Auffassung auch andere als die in Art. 12 VwVG ausdrücklich aufgeführten Beweismittel für die Sachverhaltsermittlung berücksichtigt werden können (vgl. BVGer, 19.5.2011, A-6640/2010, E. 5.5.2; AUER CHRISTOPH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, zit. VwVG, Art. 12 Rn. 18); KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, VwVG, Art. 12 Rn. 73; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 468; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 3.124).

218. Für das Beweismittel des Sachverständigengutachtens nach Art. 12 lit. e VwVG finden aufgrund der gesetzlichen Verweisung in Art. 19 VwVG die Vorschriften von Art. 57 ff. Bundeszivilprozessgesetz (BZP) sinngemäss

mäss Anwendung. Folglich gelten als Sachverständigengutachten Berichte über die Sachverhaltsprüfung und -würdigung, die von Dritten im Rahmen eines Verfahrens und aufgrund ihrer spezifischen Fachkenntnisse abgegeben wurden (vgl. BGE 132 II 269 E. 4.4.1; BGer, 26.11.2001, 2A.315/2001, E. 2c/aa; WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, zit. VwVG, Art. 12 Rn. 147). Dabei bezieht sich die Regelung von Art. 57 ff. BZP lediglich auf Gutachten, welche von Gerichten oder Verwaltungsbehörden bei externen Fachleuten eingeholt werden (vgl. BGE 136 V 117 E.3.3.2.3; BGE 135 V 254 E. 3.4.1; BVGE 2013/9 E. 3.8.1). Somit sind Privatgutachten von vornherein nicht als Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 lit. e VwVG zu qualifizieren.

219. Als Auskünfte der Parteien gemäss Art. 12 lit. b VwVG haben angesichts der Unzulässigkeit von Parteiverhören im Verwaltungsverfahren Erklärungen der Parteien zu gelten, die sie im Rahmen von einfachen Nachfragen durch das Gericht abgegeben haben. Da ein Parteigutachten keine Erklärungen zu Nachfragen des Gerichts darstellt, ist es nicht als Auskunft von Parteien nach Art. 12 lit. b VwVG zu qualifizieren.

220. Aufgrund der nicht abschliessenden Regelung von Art. 12 VwVG kommt einem Privatgutachten somit der Charakter eines sonstigen Beweismittels zu.

221. Für die entscheidungserhebliche Würdigung des Sachverhalts ist allerdings nicht (allein) die Art des Beweismittels, sondern der konkrete Beweiswert der im Einzelfall vorhandenen Beweismittel massgebend. Dabei kommt den verschiedenen Arten an Beweismitteln ein unterschiedlicher prinzipieller Beweiswert zu, der im Einzelfall zu verifizieren ist und sich aufgrund der konkreten Umstände erhöhen oder verringern kann.

222. Urkunden als unabhängige Dokumente kommt grundsätzlich eine sehr hohe Beweiskraft zu, sofern ihre Echtheit unstrittig ist. Dem Sachverständigengutachten als unabhängige Drittmeinung ist grundsätzlich ein hoher Beweiswert beizumessen, soweit die Darlegungen nicht erkennbare Mängel aufweisen. Der Beweiswert von Zeugenaussagen ergibt sich in Abhängigkeit von der festgestellten sachlichen und personalen Unabhängigkeit des Zeugen von den Parteien; bei unabhängigen Zeugen ist der Beweis unter Berücksichtigung von Wahrnehmungsschwierigkeiten grundsätzlich hoch. Demgegenüber ist der Beweiswert

von Auskünften einer Partei angesichts der bestehenden Interessenlage grundsätzlich eingeschränkt.

223. Zum Stellenwert eines Parteigutachtens – unter Einschluss von Privatgutachten – hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung bislang in unterschiedlicher Weise Stellung genommen.

224. Einerseits dürfe einem Parteigutachten der Beweiswert nicht schon deshalb abgesprochen werden, weil das Gutachten von einer Partei stamme (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2; BGer, 10.10.2012, A-3207/2011, E. 3.2.3). Andererseits sei das alleinige Abstellen auf ein Parteigutachten grundsätzlich als willkürlich zu qualifizieren, weil privatgutachterliche Schlussfolgerungen, die dem Anliegen des Auftraggebers angepasst sein können, nur schwer vom Laien auf ihre Zuverlässigkeit überprüft werden könnten und demnach die Gefahr bestünde, dass der Richter ein qualitativ ungenügendes Gutachten aufgrund des fehlenden Fachwissens nicht richtig würdigen könne (vgl. BGer, 11.2.1999, 6P.158/1998, [nicht publ.], E. 3b; zustimmend BGer, 9.02.2007, 6P.223/2006, E. 2.4.3, mit der Qualifizierung eines Privatgutachtens als Bestandteil des Parteivorbringens).

225. Ganz überwiegend wird das Parteigutachten aber dem (einfachen) Parteivorbringen gleichgestellt (vgl. BGE 127 I 73 E. 3.f.bb; BGE 132 III 83 E. 3.6; BGE 95 II 364 E. 2; BGer, 4.4.2011, 6B\_49/2011, E. 1.4; BGer, 11.6.2009, 6B\_48/2009, E. 4.2; BGer, 9.2.2007, 6P.223/2006, E. 2.4.3). Denn ein Parteigutachter sei im Gegensatz zu einem amtlichen Sachverständigen nicht unabhängig und unparteiisch, weil er als Beauftragter einer Partei handle. Dies schliesse umgekehrt aber nicht aus, dass der Inhalt eines Parteigutachtens wie das Vorbringen selbst entsprechend den Richtlinien zur Beweiswürdigung gewürdigt werden könne. Soweit das Parteigutachten in rechtserheblichen Fragen überzeuge, könne das Gericht demzufolge zu einer entsprechenden, darauf abgestützten Überzeugung gelangen (vgl. BGE 125 V 351 E. 3.c).

226. Angesichts dieser grundsätzlichen Ausgangslage zur Beurteilung von Parteigutachten sind im Hinblick auf die Berücksichtigung des von den Beschwerdeführerinnen eingebrachten Privatgutachtens mehrere Feststellungen zu treffen.

227. Da es sich beim Gutachten ESMT um ein Privatgutachten handelt, bedarf es von Seiten des Gerichts keiner Berücksichtigung als Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG. Daher kommt des-

sen Inhalt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 209) auch kein grundsätzlich erhöhter Beweiswert zu. Vielmehr ist der Inhalt des Gutachtens ESMT aus den von der Vorinstanz genannten Gründen (vgl. E. 213) dem übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen gleichzustellen und entsprechend sachgerecht zu würdigen. Da die Beschwerdeführerinnen nach eigener Aussage den wesentlichen Inhalt des Gutachtens ESMT im Rahmen ihrer schriftlichen Darstellung verarbeitet haben, wird durch die Behandlung der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Urteils gleichzeitig auch der Inhalt des Gutachtens ESMT erfasst. Es ist daher nicht erforderlich, bei allen Einzelpunkten zusätzlich noch ausdrücklich auf das Gutachten ESMT abzustellen.

228. Vor diesem Hintergrund sind unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen (vgl. E. 166 ff. und E. 200 ff.) zudem weder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör noch eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes festzustellen.

## **V. RELEVANTER MARKT**

229. Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 i.V.m. 4 Abs. 2 KG ist es formal erforderlich, in einem ersten Schritt den relevanten, d.h. den massgeblichen Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 256; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 696; STÄUBLE LUCA/SCHRANER FELIX, in: Zäch [Hrsg.], *Kartellgesetz*, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 20 f.). Ungeachtet dessen stehen sich Marktabgrenzung und Ermittlung der Marktstellung nicht isoliert gegenüber, sondern üben eine gegenseitige Wechselwirkung aus, weil sie die notwendigen Elemente der Marktbeherrschungsanalyse bilden.

230. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Allerdings weist die Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) in Art. 11 Abs. 1 und 3 sachliche, räumliche und zeitliche Aspekte zur Beurteilung von einzelnen Zusammenschlussvorhaben auf. Demzufolge lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung finden diese Abgrenzungskriterien auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen

Anwendung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 257; im Ergebnis ebenso BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9).

231. Die Vorinstanz hat im Rahmen ihrer Marktuntersuchung geprüft, welche relevanten Märkte in den Geschäftsbereichen Zahlungskartenakzeptanz, Zahlungskartenterminals und Währungsumrechnung bei Zahlungskartentransaktionen abzugrenzen sind und in welchen der so ermittelten relevanten Märkte die SIX-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung aufweist. Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe wurde nur für Märkte im Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz festgestellt, während eine solche in den Märkten der Geschäftsbereiche Zahlungskartenterminals und Währungsumrechnung verneint wurde. Ungeachtet dessen sind nachfolgend alle vorgenommenen Marktabgrenzungen einer Überprüfung und Abklärung zuzuführen, weil die verschiedenen Märkte im Rahmen der Beurteilung einzelner Tatbestände gemäss Art. 7 KG Bedeutung erlangen.

#### **1) Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz**

232. Die Vorinstanz hat im Geschäftsbereich der Akzeptanz von Zahlungskartensystemen verschiedene Märkte abgegrenzt:

- Einen Markt für die Akzeptanz von Kreditkarten der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa in der Schweiz;
- implizit jeweils einen Markt für die Akzeptanz von Kreditkarten der Kartenlizenzgeber American Express und Diners in der Schweiz, für die jedoch keine Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung durch die SIX-Gruppe vorgenommen wurde;
- einen Markt für die Akzeptanz von Debitkarten des Kartenlizenzgebers Mastercard in der Schweiz;
- implizit jeweils einen Markt für die Akzeptanz von Debitkarten der Kartenlizenzgeber Migros und PostFinance, für die jedoch keine Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung durch die SIX-Gruppe vorgenommen wurde.

233. Eine Marktabgrenzung im Bereich von Zahlungskartensystemen (vgl. SV D) wird von mehreren wesentlichen Grundfragen zu verschiedenen Aspekten geprägt, die nachfolgend zu beurteilen sind:

- Sind Zahlungskarten mit anderen Zahlungsmitteln austauschbar und existiert daher ein gemeinsamer Markt aller oder zumindest mehrerer Zahlungsmittel oder sind Zahlungskarten komplementäre Produkte zu anderen Zahlungsmitteln, weshalb jedenfalls Zahlungskarten einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bilden?
- Sind die verschiedenen Arten an Zahlungskarten in Form von Kredit- und Debitkarten gegeneinander austauschbar und bilden sie einen gemeinsamen Markt oder sind Kreditkarten und Debitkarten komplementäre Produkte und bilden sie daher jeweils einen eigenständigen sachlich relevanten Markt?
- Handelt es sich bei den Zahlungskarten der verschiedenen Kartenlizenzgeber um austauschbare Produkte und bilden sie einen gemeinsamen Markt oder handelt es sich um komplementäre Produkte, weshalb sie jeweils einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bilden? Gilt die entsprechende Qualifizierung sowohl für Kreditkarten als auch für Debitkarten?
- Wird der Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz im Wesentlichen durch die Karteninhaber bestimmt, weshalb von einem einheitlichen Markt im Bereich von Kartenausstellung und Kartenakzeptanz auszugehen ist oder handelt es sich unter Berücksichtigung der Interessen der Karteninhaber und der Händler hierbei um abgrenzbare Geschäftsbereiche, weshalb jeweils eigenständige sachlich relevante Märkte der Kartenakzeptanz und der Kartenausstellung bestehen?

234. Die vorstehend aufgeführten Aspekte von Zahlungskartensystemen stellen dabei keine singulären Sachpunkte dar, sondern bilden eine komplexe Gemengelage von interdependenten Sachpunkten.

**a) Sachlich relevanter Markt**

235. Die Vorinstanz unterscheidet aufgrund der unterschiedlichen Dienstleistungen, die gegenüber den Händlern oder den Kunden als unterschiedliche Marktgegenseiten erbracht werden, zunächst die Geschäftsbereiche der Kartenausstellung und der Kartenakzeptanz. Vorliegend sei

dabei lediglich der Geschäftsbereich der Kartenakzeptanz von Bedeutung.

236. Innerhalb des Geschäftsbereichs der Kartenakzeptanz grenzt die Vorinstanz einen sachlich relevanten Markt für Kreditkarten der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa sowie einen sachlich relevanten Markt für die Debitkarte des Kartenlizenzgebers Maestro sowohl gegenüber dem Bereich von Kreditkarten der Kartenlizenzgeber Amex und Diners als auch gegenüber dem Bereich von anderen Debitkarten ab.

237. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unterscheidet die Vorinstanz bei Zahlungsmitteln somit zwischen Kreditkarten, Debitkarten und sonstigen Zahlungsmitteln.

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

238. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass eine korrekte Marktabgrenzung vorgenommen worden sei, weil eine Beschränkung auf Kredit- und Debitkarten sachlich nicht gerechtfertigt und verfahrenstechnisch auch nicht ausreichend nachgewiesen worden sei. Vielmehr müsse als sachlich relevant der Markt für Zahlungsmittel aller Art einschliesslich von Kreditkarten, Debitkarten, Bargeld, Post- und Bankgiroverkehr, Checks, Rechnungen, Kundenkarten etc. abgegrenzt werden. Hierfür tragen sie verschiedene Aspekte vor.

239. Die Ausführungen zur Marktabgrenzung seien rudimentär und ungenügend. Denn die Vorinstanz verweise pauschal auf Marktuntersuchungen in anderen Entscheidungen, welche nicht in Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung stünden. Zudem liege bislang keine definitive rechtskräftige Abklärung vor, weil die betreffenden Verfahren (i) nach der Rechtsmittelinstanz nicht mit einer materiellen Verfügung abgeschlossen worden seien (vgl. Verfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* E. 279), oder (ii) mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen worden seien (vgl. Verfahren *Kreditkarten-Interchange Fee* E. 280), oder (iii) es sich nur um Schlussberichte des Sekretariats handle (vgl. Verfahren *DMIF Maestro* E. 287 und Verfahren *DMIF V Pay* E. 291). Mangels eines Präzedenzfalles hätte die Marktabgrenzung demnach in diesem Fall korrekt, nachvollziehbar und ausreichend begründet durchgeführt werden müssen. Die Vorinstanz habe dies aber unterlassen. Die Marktabgrenzung sei daher schon aus formellen Gründen aus dem Recht zu weisen.

240. Die angefochtene Verfügung berücksichtige nicht die spezifische Konstellation bei Kredit- und Debitkarten. Die Entscheidung des Händlers auf der Rahmenebene, ob er eine bestimmte Zahlkarte durch Abschluss eines Akzeptanzvertrags grundsätzlich akzeptiere, treffe dieser unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit und Kosten anderer Zahlungsmittel. Die Entscheidung des Konsumenten auf der Rahmenebene, eine bestimmte Kreditkarte zu führen, treffe dieser in Abhängigkeit von der Verfügbarkeit vergleichbarer Zahlungsmittel sowie der Akzeptanz der betreffenden Karte bei den Händlern. Die Entscheidung, ob die Karte im Einzelfall für eine individuelle Transaktion eingesetzt werde, treffe der Karteninhaber, vorausgesetzt der Händler habe sich auf der Rahmenebene für die Akzeptanz der Karte entschieden.

241. Eine Beschränkung des sachlich relevanten Markts auf Debit- und Kreditkarten sei künstlich und würde die ökonomischen Realitäten verkennen. Es bestehe nämlich keine isolierte Nachfrage der Händler nach Kartenzahlungsverkehr. Vielmehr bestimme der Zahlende die Nachfrage nach einem spezifischen Zahlungsmittel.

242. Der sachlich relevante Markt sei nicht anhand eines abstrakten Produktvergleichs, sondern aufgrund einer Verhaltensanalyse der Nachfrager anhand eines SSNIP-Tests zu bestimmen. In der Kartellrechtspraxis werde zu diesem Zweck das hypothetische Verhalten des massgeblichen Personenkreises analysiert. Aus Sicht der Konsumenten sei mittels des SSNIP-Tests zu eruieren, ob eine signifikante, nicht nur vorübergehende Preiserhöhung für den Einsatz des Zahlungsmittels Kreditkarte eine Abwanderung auf andere Zahlungsmittel bewirke, welche die Monopolisierung des Kreditkartenbereichs unprofitabel mache. Eine entsprechende Abklärung sei in der angefochtenen Verfügung nicht vorhanden.

243. Gemäss Vorinstanz seien American Express, Diners, Mastercard und Visa angesichts der unterschiedlichen Konditionen des Akzeptanzgeschäfts keine Substitute, weil die Händler ansonsten die teuren Karten durch die billigeren Karten ersetzen würden. Dies würde bedeuten, dass Produkte nur dann dem gleichen sachlichen Markt angehörten, wenn ihre Preise und zwangsläufig auch ihre Qualität zu 100% identisch seien. Diese Annahme widerspreche nicht nur kartellrechtlichen Grundsätzen, sondern auch ökonomischen Vorgaben und letztlich der Realität.

244. Über die Frage, ob andere Zahlungsmittel Wettbewerbsdruck auf Kreditkarten ausübten, seien nicht die wenigen Konsumenten entschei-



dend, welche nur über eine einzelne Kreditkarte und keine anderen Zahlungskarten verfügten. Es sei ausreichend, dass für einen substanziellen Anteil aller Benutzer der betreffenden Kreditkarte ein leichtes Ausweichen auf andere Zahlungsmittel möglich sei. Dies sei bei Kreditkarten dank der Ausweichmöglichkeit auf Bargeld ohne Weiteres der Fall.

245. Mastercard habe angeblich die Absicht, durch die Erhebung von Marketingbeiträgen die Substitution von Bargeldzahlungen durch Kartenzahlungen gezielt zu fördern. Dies sei nur möglich, wenn auch tatsächlich Substitutionsbeziehungen zwischen diesen Zahlungsmitteln bestehen würden.

246. Die eigene Prüfung der Austauschbarkeit von Debit- und Kreditkarten mit anderen Zahlungsmitteln durch die Vorinstanz sei auf die Betrachtung einer Studie im Bereich des Onlinehandels beschränkt. Diese Studie zeige lediglich die Kauf-Abbruchquote bei Onlinegeschäften auf. Der Onlinehandel sei aber bereits deshalb nicht von Relevanz, weil bei diesem Distanzgeschäft schon definitionsgemäss keine Bargeldzahlungen möglich seien. Aus dieser Studie könne daher nicht eine fehlende Austauschbarkeit der verschiedenen Zahlungsmittel abgeleitet werden.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

247. Die Vorinstanz stützt ihre Marktabgrenzung auf die Marktuntersuchungen und deren Ergebnisse in den Verfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (vgl. E. 277 und E. 279) und *Kreditkarten-Interchange Fee* (vgl. E. 280) sowie *DMIF Maestro* (vgl. E. 287) und *DMIF V Pay* (vgl. E. 291) ab. Darüber hinaus zieht sie die zum Europäischen Wettbewerbsrecht durchgeführten Marktuntersuchungen in den Verfahren *Visa I* (vgl. E. 283), *Visa II* (vgl. E. 283) und *Mastercard* (vgl. E. 285) heran.

248. Die in diesen Verfahren gewonnenen Ergebnisse könnten auf den vorliegenden Fall angewendet werden, weil die Gründe für diese Praxis weiterhin Geltung beanspruchen würden.

249. Hierzu wird ergänzend sowohl auf eine Studie zum Abbruchverhalten im Onlinehandel (vgl. E. 298) als auch auf neuere Marktdaten verwiesen, welche aufzeigten, dass die anderen Kreditkarten weiterhin Nischenprodukte gegenüber den Kreditkarten Mastercard und Visa darstellen würden.

250. Eine Abgrenzung von Mastercard und Visa sei auch weiterhin nicht erforderlich, weil sich die Situation nicht verändert habe. Diese Frage könne jedoch offengelassen werden, weil Multipay auch bei einer engen Marktabgrenzung über eine marktbeherrschende Stellung verfügen würde.

251. Die Vorinstanz verweist schliesslich darauf, dass im Verfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* eine Händlerbefragung durchgeführt worden sei, welche eine am SSNIP-Test angelehnte Analyse beinhalte. Zudem seien diverse Informationen und Daten entsprechend verschiedenen Ansichten in der Literatur im Sinne des SSNIP-Tests analysiert worden.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

#### (a) Ausgangslage

252. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 269).

253. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.1; REKOWEF, 4.5.2006, RPW 2006/2, 347, Berner Zeitung AG und Tamedia AG gg. *Weko*, zit. *20 Minuten*, Ziff. 6.3.3; EVELYN CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, zit. *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 68 ff.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 690; KÖCHLI/REICH, *SHK-KG*, Art. 4 Rn. 42; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 104 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 38 ff.; EU-KOM, Bekanntmachung vom 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5,

zit. *Marktbekanntmachung*, Ziff. 13, mit Hinweisen zu weiteren Beurteilungsaspekten). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d.h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts. Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.1; BGer, 14.8.2002, 2A.298/ 2001 und 2A.299/2001, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V./Schw. Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, publ. in: BGE 129 II 18, zit. *Buchpreisbindung I*, E. 7.3.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9.1.4.1, 9.1.4.4; REKO/WEF, 20.3.2003, RPW 2003/2, 406, Cablecom GmbH gg. Teleclub AG und Weko, E. 5.1; BORER, KG, Art. 5 Rn. 10; CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 68 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 38 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.34 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 538 f.; EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 39 f.; KÖRBER TORSTEN, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, zit. *IM-EUWBR*, Art. 2 Rn. 23). Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist demzufolge, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.5; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270; BVGer, 24.11.2016; B-3618/2013, Starticket u.a. gg. Weko sowie Hallenstadion AG und Ticketcorner AG, zit. *Hallenstadion*, E. 55; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, *20 Minuten*, E. 6.3.4 und E. 7.2.1; EuGH, 14.2.1978, C-27/76, United Brands Company gg. EU-Kom, EU:C:1978:22, zit. *United Brands*, Ziff. 23/33; EuGH, 13.2.1979, C-85/76, Hoffmann-La Roche gg. EU-Kom, EU:C:1979:36, zit. *Hoffmann-La Roche*, 28; EuGH, 9.11.1983, C-322/81, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin gg. EU-Kom, EU:C:1983:313, Rz. 49; CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 80; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 104; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 38; ANDREAS FUCHS/WERNHARD MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1/1, EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, zit. *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 55; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbs-

recht, 2. Aufl. 2014, zit. *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 133, 136). Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270; BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 9.5.3; REKOWEF, RPW 2006/2, 347, *20 Minuten*, E. 6.3.3; REKOWEF, RPW 2005/4, 672, *Ticketcorner*, E. 5.2.2; WEKO, 5.3.2007, RPW 2007/2, 190, Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern, *Publigroupe SA u.a.*, zit. *Publigroupe*, Ziff. 106; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 10; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 116 ff.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 76; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 51 ff.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.38; EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 36 f.; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 50).

254. Die Beurteilung in Bezug auf Beschaffungsmärkte erfordert eine gegenüber dem Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit abgewandelte Herangehensweise, die vorliegend mangels Vorliegens eines Beschaffungsmarkts jedoch keiner Beachtung bedarf (vgl. hierzu BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 271).

255. Ungeachtet dessen, dass der potenzielle Wettbewerb nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nur im Rahmen der Marktstellung, nicht aber bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen ist (vgl. REKOWEF, RPW 2006/2, 347, *20 Minuten*, E. 6.3.2; REKOWEF, RPW 2005/4, 672, *Ticketcorner*, E. 5.5.2; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 170; ZÄCH ROGER, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, 2000, zit. *Verhaltensweisen*, 163; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 67; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 67; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.41; im Ergebnis wohl auch BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 12 und 24; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 697; EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 24; differenzierend MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-WBR*, § 16 Rn. 23, die auf die Zweckmässigkeit im Rahmen der Prüfung abstellen), ist nach einer ebenfalls überwiegenden Ansicht bei der Beurteilung des sachlich relevanten Markts grundsätzlich das Konzept der Angebotssubstituierbar-

keit zu berücksichtigen. Danach seien auch Produkte, bei denen eine funktionale Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager nicht gegeben ist, dennoch in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen, wenn auf Seiten des jeweiligen Herstellers dieser Produkte eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität vorhanden ist (vgl. WEKO, 8.11.2004, RPW 2005/1, 146, CoopForte, Ziff. 31 ff.; WEKO, 3.9.2007, RPW 2008/1, 129, Migros/Denner, Ziff. 205; BORER, KG, Art. 5 Rn. 12; grundsätzlich ablehnend gegenüber einer Berücksichtigung SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 129). Diese Angebotsumstellungsflexibilität liegt dann vor, wenn der Hersteller innerhalb kürzester Frist und mit vernachlässigbar geringen Kosten seine Produktion umstellen und dadurch Produkte herstellen kann, bei denen die funktionale Austauschbarkeit zu den anderen Produkten der jeweiligen Produktgruppe gegeben ist (vgl. EuG, 29.3.2012, T-336/07, Telefónica SA u.a. gg. EuKom, EU:T:2012:172, zit. *Telefonica*, Ziff. 113; EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 20; BORER, KG, Art. 5 Rn. 12; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 170; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.39; KÖRBER, *IM-EUWBR*, Art. 2 Rn. 25, 57 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-WBR*, § 16 Rn. 22). Die Bejahung der Angebotsumstellungsflexibilität führt dazu, dass insgesamt eine weiter gefasste Produktgruppe als massgeblicher sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.

256. Die Notwendigkeit zur Prüfung der Angebotssubstituierbarkeit bei Sachverhalten gemäss Art. 7 KG wird in Praxis und Literatur bislang unterschiedlich beurteilt. Nach einer Ansicht stellt eine bloss theoretische Alternative, auch wenn sie kurzfristig vorgenommen werden könne, keine tatsächliche Ausweichmöglichkeit für die von einer Behinderung oder Benachteiligung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen betroffenen Wirtschaftsteilnehmer dar, weshalb entsprechende Produkte im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung nicht ohne Weiteres zu berücksichtigen seien (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 275; REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, *Ticketcorner*, Ziff. 5.2.2; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 64). Nach anderer Ansicht ist der Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität auch im Rahmen von Art. 7 KG zu berücksichtigen (vgl. SEKRETARIAT, 7.8.2007, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern [LTSH] durch armasuisse, Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport, RPW 2007/4, 517, Ziff. 37c; WEKO, 21.10.2013, RPW 2014/1, 215, Swatch Group Lieferstopp, The Swatch Group AG, zit. *Swatch Group Lieferstopp*, Ziff. 97, 125; jeweils allerdings ohne eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Sachfrage und der

Feststellung der REKO/WEF in Sachen *Ticketcorner*; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 150 f.).

257. Bei einer Abgrenzung des relevanten Markts als Grundlage der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist der Schutzzweck der im Kartellgesetz jeweils vorgesehenen Normen zur Verhinderung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen zu berücksichtigen. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 10 KG ist die Untersuchung der marktbeherrschenden Stellung auf die Feststellung der aktuellen Marktstruktur und eine Prognose der sich daraus ergebenden zukünftigen möglichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs ausgerichtet. Bei diesem Untersuchungsansatz ist es selbstredend beachtlich, ob zukünftig einzelne Unternehmen aufgrund einer einfachen Produktionsumstellung auch austauschbare Produkte herstellen könnten, die dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen wären. Demgegenüber ist die Prüfung eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG jedenfalls im Regelfall auf die Untersuchung eines in der Vergangenheit liegenden wirtschaftlichen Verhaltens und den dadurch allenfalls bereits eingetretenen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs ausgerichtet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb auf einem Markt durch die Anwesenheit eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt war und das in Frage stehende Verhalten dadurch gegebenenfalls sogar begünstigt wurde. Bei diesem Untersuchungsansatz ist es prinzipiell unbeachtlich, ob möglicherweise in Zukunft weitere austauschbare Produkte auf dem sachlich relevanten Markt vorhanden sein könnten. Denn die betroffenen Unternehmen der Marktgegenseite verfügten tatsächlich nicht über eine reale Ausweichmöglichkeit auf derartige austauschbare Produkte, weshalb sie der Einwirkung des marktbeherrschenden Unternehmens faktisch keine Alternative entgegensetzen konnten. Aus den divergierenden Untersuchungsansätzen ergibt sich daher im Regelfall auch ein unterschiedlicher Inhalt der Marktabgrenzung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 275; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, 164 f.; vgl. auch EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 12, in Bezug auf den räumlichen Markt; sowie EuG, EU:T:2012:172, *Telefonica*, Ziff. 273, für eine Differenzierung zwischen der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses und eines Marktmachtmissbrauchs im Hinblick auf die Beurteilung von zukünftigen Auswirkungen).

258. Im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts zur Untersuchung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 7 KG findet

demzufolge jedenfalls im Regelfall der Aspekt der Angebotssubstituierbarkeit keine Beachtung (vgl. BVerfG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 275). Dies gilt jedoch ausnahmsweise dann nicht, wenn aufgrund der konkreten Sachverhaltskonstellation gerade (auch) ein bestimmtes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens in der Zukunft zu beurteilen ist (vgl. BVerfG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 275). Eine solche Ausnahme bildete etwa die Sachverhaltskonstellation im Fall *Swatch Group Lieferstopp*, bei dem eine angekündigte zukünftige Liefereinschränkung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu beurteilen war.

(b) Allgemein

259. Im Hinblick auf die Durchführung einer Marktabgrenzung ist zunächst festzuhalten, dass sich die Vorinstanz ohne Weiteres auf die Ergebnisse von bereits bestehenden Marktuntersuchungen hinsichtlich des Geschäftsbereichs der Kartenakzeptanz in diversen Verfahren durch verschiedene Untersuchungs- und Prüfungsinstanzen inhaltlich abstützen konnte.

260. Im Rahmen von Kartellverfahren zur Prüfung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten bedarf es nicht jeweils einer Durchführung von umfassenden Marktuntersuchungen zur Abgrenzung des relevanten Markts, soweit bereits Ergebnisse von entsprechenden Marktuntersuchungen aus früheren Kartellverfahren vorliegen und der zu prüfende Sachverhalt in den Bereich dieser Marktabgrenzungen fällt. Eine Ausnahme hiervon ergibt sich nur dann und insoweit, als aufgrund von beachtenswerten Abweichungen des Sachverhalts, veränderten tatsächlichen Umständen oder neuen entscheidungsrelevanten Überlegungen zu einzelnen Aspekten eine Neubeurteilung der Marktabgrenzung oder zumindest einzelner Kriterien der Marktabgrenzung erforderlich wird. Dieses Vorgehen der Wettbewerbsbehörden wird bereits durch den Grundsatz der Prozessökonomie vorgegeben, weil es sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch unter Kostenaspekten den Interessen eines betroffenen Unternehmens im Kartellverfahren entspricht.

261. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 239) ergibt sich demzufolge nicht bereits aus dem Umstand, dass die Vorinstanz sich im Rahmen ihrer Marktabgrenzung auf bereits vorhandene Marktuntersuchungen aus vorgängigen Kartellverfahren abstützt, ein Grund für die formale oder inhaltliche Fehlerhaftigkeit der vorgenommenen Marktabgrenzung.

262. Diese Vorgehensweise ist unabhängig davon zulässig, um welche Art von Kartellverfahren es sich hierbei handelt. Denn massgebend ist allein der sachliche Inhalt der übernommenen Marktuntersuchung und deren Ergebnisse und nicht der Charakter des betreffenden Kartellverfahrens, in dessen Verlauf die Marktuntersuchung vorgenommen worden war.

263. Insbesondere der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 239), es läge keine definitive rechtskräftige Abklärung als Präzedenzfall vor, ist sachlich unzutreffend, weil für die Wirksamkeit einer Marktabgrenzung nicht bereits vorgängig eine rechtskräftig gewordene Untersuchung des Markts vorliegen muss. Ansonsten könnte eine erstmalige Marktabgrenzung von den Wettbewerbsbehörden nämlich erst gar nicht vorgenommen werden.

264. Unter den vorgenannten Prämissen bestehen auch keine berechtigten Bedenken gegen die Übernahme des Ergebnisses einer Marktuntersuchung in ein aktuelles Verfahren. Denn allein der Umstand, dass die Marktuntersuchung in einem früheren Kartellverfahren durchgeführt wurde, führt weder zu deren Verbindlichkeit im aktuellen Kartellverfahren noch zu einer Ausschlusswirkung in dem Sinne, dass diese Marktuntersuchung und deren Ergebnisse keiner Überprüfung mehr im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens im Anschluss an das aktuelle Kartellverfahren zugeführt werden könnten. Vielmehr sind die Ergebnisse einer Marktuntersuchung in gleicher Weise einer Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz zugänglich, unabhängig davon, ob die Wettbewerbsbehörden in einem aktuellen Kartellverfahren eine neue umfassende Marktuntersuchung oder eine ergänzende Marktuntersuchung vorgenommen oder die Ergebnisse von früheren Marktuntersuchungen herangezogen haben. Letztlich tragen die Wettbewerbsbehörden die Verantwortung für die Richtigkeit ihrer Feststellungen zum relevanten Markt, unabhängig davon, auf welche konkreten Marktuntersuchungen sie diese Feststellungen abstützen. Daher steht ihnen auch die Entscheidung zu, neue Marktuntersuchungen durchzuführen oder bereits bestehende Marktuntersuchungen im Rahmen einzelner Kartellverfahren heranzuziehen.

265. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 239) ist es demzufolge ebenfalls unerheblich, dass die vorgängigen Verfahren vorliegend aus Vorabklärungen des Sekretariats bestehen, mit einvernehmlichen Regelungen abgeschlossen oder nach einem Entscheid der



Rechtsmittelinstanz nicht mit einer rechtsverbindlichen Verfügung abgeschlossen wurden.

266. Dabei ist im Hinblick auf die Verfahren in Sachen *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (vgl. E. 279) darauf hinzuweisen, dass die WEKO/REF als Rechtsmittelinstanz die wesentlichen und auch vorliegend massgeblichen Aspekte der Marktabgrenzung durch die Wettbewerbskommission ausdrücklich bestätigt hat. Mit ihrem Vorbringen täuschen die Beschwerdeführerinnen somit über den Inhalt dieser Verfahren und deren Auswirkungen auf die vorliegende Beurteilung, obschon die SIX-Gruppe durch die Multipay selbst an diesen Verfahren teilgenommen hatte. Daher handelt es sich hierbei um einen irreführenden Parteivortrag.

267. Zudem ist zu beachten, dass die SIX-Gruppe in Person der Multipay auch eine Partei der im Verfahren *Kreditkarten-Interchange Fee* (vgl. E. 280) getroffenen einvernehmlichen Regelung mit den Wettbewerbsbehörden war (WEKO, RPW 2006/1, 61, Ziff. 358 ff.). Diese einvernehmliche Regelung betraf die Ausgestaltung bestimmter Gebühren und deren Offenlegung, die Nichtanwendung bestimmter vertraglicher Regelungen sowie das Verbot eines Datenaustauschs im Hinblick auf den relevanten Markt der Kreditkartenakzeptanz mit den Wettbewerbsbehörden. Angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung war selbstverständlich keine weitere Überprüfung des Streitgegenstands einschliesslich der dieser Erledigung zu Grunde liegenden Marktabgrenzung durch eine Rechtsmittelinstanz erforderlich. Es ist deshalb widersprüchlich und unglaubwürdig, wenn ein Unternehmen, welches einer einvernehmlichen Regelung zugestimmt hatte, den Inhalt des Streitgegenstands, der dieser mit den Wettbewerbsbehörden getroffenen Vereinbarung zu Grunde liegt, in einem späteren Kartellverfahren unter Verweis auf deren angebliche mangelnde rechtliche Verbindlichkeit und fehlende Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz angreift.

268. Im Hinblick auf die Heranziehung der Vorabklärungen in Sachen *DMIF Maestro* (vgl. E. 287) und *DMIF V Pay* (vgl. E. 291) ist darauf hinzuweisen, dass sich die Beschwerdeführerinnen durch den Einwand der fehlenden Rechtsverbindlichkeit von Vorabklärungen ebenfalls widersprüchlich verhalten. Im Rahmen der Marktabgrenzung im Bereich der Zahlungskartenterminals stützt sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf den Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission in der Vorabklärung *Terminaux de paiement* (vgl. E. 353) ab. Die Beschwerdeführerinnen benutzen nun gewisse inhaltliche Aspekte dieses Schlussbe-

richts dazu, um die in der vorliegenden Angelegenheit vorgenommene Marktabgrenzung anzugreifen (vgl. E. 350). Die Beschwerdeführerinnen machen die Zulässigkeit einer Abstützung von Marktabgrenzungen auf vorgängige Verfahren des Sekretariats der Wettbewerbskommission demzufolge nicht generell von einer rechtlichen Überprüfung, sondern im Einzelfall allein davon abhängig, ob ein inhaltlicher Aspekt der Vorabklärung als Einwendung im aktuellen Verfahren herangezogen werden kann oder nicht. Vor diesem Hintergrund ist der Verweis auf die fehlende Rechtsverbindlichkeit widersprüchlich.

269. Ein SSNIP-Test stellt eine modellhafte Verhaltensanalyse dar, bei der mittels geringer, aber spürbarer und nicht nur vorübergehender Preiserhöhungen im Rahmen von 5% bis 10% untersucht wird, bei welcher Preiserhöhung die Nachfrager das zu beurteilende Produkt durch welche vergleichbaren Produkte ersetzen (vgl. EU-KOM, *Marktbekanntmachung*, Ziff. 17).

270. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 242) stellt ein SSNIP-Test keine zwingende Voraussetzung einer Marktabgrenzung dar. Dieser bildet nur ein Mittel, das zur Ermittlung der massgeblichen Gruppe an austauschbaren Produkten zusätzlich herangezogen werden kann, soweit die Austauschbarkeit im Hinblick auf den Verwendungszweck nicht bereits aufgrund eines Vergleichs der Produktmerkmale der verfügbaren Produkte oder des bisherigen Ausweichverhaltens der Nutzer festgestellt werden kann (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.1, „[...] Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit [Bedarfsmarktkonzept] von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite [...]. Daneben bestehen weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht“; auch REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 103 ff., 134, stellen den SSNIP-Test als Alternative neben das Bedarfsmarktkonzept und das Verfahren der Kreuz-Preiselastizität sowie bestimmte nachweisbare Marktentwicklungen; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.38, bezeichnen den SSNIP-Test als „eine mögliche Prüfung der Substituierbarkeit“; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 76, „plusieurs tests économiques sont pratiqués“; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 53, 71). Auch die Europäische Wettbewerbspraxis wendet den SSNIP-Test ausdrücklich nur ergänzend an (vgl. EU-KOM, 2.9.2003, IV/M.3083–GE Instrumentarium, Ziff. 61; BULST FRIEDRICH WENZEL, in: Langen/Bunte [Hrsg.], *Kartellrecht*, Bd. 2 – Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2018, zit. *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 39 f.; FÜLLER JENS THOMAS, in: Bornkamm

/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1 – Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, zit. *MüK-WBR*, Einl. 1050).

271. Diese ergänzende Funktion ergibt sich schon daraus, dass ein SSNIP-Test wiederum selbst immanente Schwächen und ein gewisses Fehlerpotential in sich birgt und für bestimmte Sachverhaltskonstellationen nicht anwendbar ist (vgl. CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 78 f.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 127 f.; sowie die Auflistung bei STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 54 m.w.H.).

272. So setzt ein SSNIP-Test notwendigerweise die Kenntnis der jeweiligen Daten der im Einzelfall anwendbaren Korrelationen zwischen Preiserhöhung und Kundenabwanderung voraus. Diese Daten sind in vielen Fällen bereits weder erhältlich noch erhebbar (vgl. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 132). Sind die Daten im Einzelfall feststellbar bzw. bekannt, bedarf es einer Berücksichtigung der Probleme, die sich in Zusammenhang mit Kundenbefragungen einstellen.

273. Ein SSNIP-Test setzt zudem das Vorliegen von Wettbewerbspreisen voraus. Hingegen führt er nicht zu sachgerechten Ergebnissen, wenn Unternehmen ihre Marktmacht bereits eingesetzt haben, um die Preise über das Wettbewerbsniveau hinaus anzuheben (vgl. CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 79; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 128; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 54). In derartigen Fällen weicht die Marktgegenseite auch auf Produkte aus, die bei einem stärkeren Wettbewerb gar kein Substitut mehr darstellen würden, weshalb eine Befragung der Marktgegenseite leicht zu verfälschten Ergebnissen führt.

274. Nach verschiedener Ansicht ist ein SSNIP-Test auch nicht auf Dienstleistungsmärkte zugeschnitten (vgl. FÜLLER, *MüK-EuWBR*, Einl. 1049).

275. Angesichts dieser Anwendungsproblematik stellt ein SSNIP-Test kein Mittel dar, welches im Rahmen einer Marktabgrenzung in jedem Fall uneingeschränkt zur Anwendung gelangen kann oder gelangen müsste.

### (c) Vorgängige Verfahren

276. Im Hinblick auf eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts für die Zahlungskartenakzeptanz liegen die Ergebnisse aus mehreren Ver-

fahren sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union vor, bei denen zudem eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen den unterschiedlichen Zahlungsmitteln Kredit- und Debitkarte, Bargeld, Check, Bank- und Postgiroverkehr, Wertkarte sowie Kundenkarte vorgenommen worden war.

277. Im Kartellverwaltungsverfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* wegen eines marktmissbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG (WEKO, 18.11.2002, RPW 2003/1, 106, Cornèr Banca SA, Telekurs Europay AG, Swisscard AECS AG, UBS Card Center AG, Ziff. 71 ff., 143 f.) wurde von der Wettbewerbskommission der Markt der Zahlungskartenakzeptanz umfassend analysiert. Die von den Kartenakquisiteuren angebotene zentrale Dienstleistung müsse als Zugang zum nationalen und internationalen Kartenzahlungsverkehr definiert werden. Als Marktgegenseite seien die Händler als Anbieter von Waren und Dienstleistungen zu identifizieren, welche gegenüber den Kartenausstellern als Initianten eines Kartenzahlungssystems den Zugang zu deren Kartenzahlungssystem nachfragen würden, um wiederum ihren eigenen Kunden als Karteninhaber des jeweiligen Kartenzahlungssystems entsprechende Zahlungsmöglichkeiten anbieten zu können. Charakteristisch für diesen Markt seien zudem der Aspekt der Debitorengarantie zu Gunsten des Händlers sowie weitere zusätzliche Leistungen, die im Verhältnis zwischen Kartenakquisiteur und Händler sowie gegenüber dem Karteninhaber erbracht werden. Aufgrund der unterschiedlichen Leistungen sei der Markt für Kreditkartenakzeptanz gegenüber dem Markt der Kreditkartenausstellung sowie dem Systemmarkt der unterschiedlichen Kreditkartenzahlungssysteme der einzelnen Kreditkartenorganisationen abzugrenzen. Der Entscheid enthält zudem eine ausführliche Begründung, weshalb der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht durch den Zugang zu anderen Zahlungsmitteln wie Bargeld, Debitkarte, Check, Post- und Bankgirokontenverkehr, Wertkarte oder Kundenkarte substituiert werden könne (WEKO, RPW 2003/1, 106, *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, Ziff. 101 ff.). Im Ergebnis wurde festgestellt, dass sich die Anschlüsse an verschiedene Zahlungsverkehrssysteme aus Sicht des Händlers vielmehr ergänzen würden, weil mit einem bestimmten einzelnen Anschluss immer nur ein Kundensegment erreicht werden könne. Es entspreche der Absicht des Händlers, möglichst viele Segmente zu erreichen, damit der Kunde in der Wahl seines Zahlungsmittels frei sei.

278. Im Einzelnen wurden dabei zu den verschiedenen Zahlungsmitteln wesentliche Aspekte festgehalten, welche die fehlende Substituierbarkeit

von Kreditkarten durch andere Zahlungsmittel begründen und die nachfolgend stichwortartig aufgeführt sind:

(i) Bargeld: gesetzliche Annahmepflicht des Händlers, keine Kreditfunktion, keine zusätzlichen spezifischen Leistungen, regelmässig kein grenzüberschreitender Einsatz möglich;

(ii) Debitkarten: keine Kreditfunktion; pauschale Transaktionsgebühren unabhängig vom Transaktionsbetrag (Ausnahme Maestro-Card mit Zahlungskartenakzeptanz durch Multipay); keine zusätzlichen Leistungen für den Händler und den Karteninhaber; ausschliesslich nationale Einsatzmöglichkeiten;

(iii) Bank- und Postgiroverkehr: zusätzlicher Aufwand durch Rechnungsstellung auf Seiten des Händlers und Vollzug der Überweisung auf Seiten des Karteninhabers; Tragung des Risikos eines Debitorenausfalls durch den Händler; keine zusätzlichen Leistungen; regelmässig kein grenzüberschreitender Einsatz möglich;

(iv) Check: keine Kreditfunktion; Tragung des Risikos eines Debitorenausfalls durch den Händler; wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit;

(v) Wertkarten: keine Kreditfunktion; limitierter Verfügungsbetrag; kein grenzüberschreitender Einsatz;

(vi) Kundenkarten mit oder ohne Zahlungsfunktion: Verwendung nur in einem vorgängig bestimmten Kreis von Händlern; Abrechnungsmodalitäten.

279. Die entsprechende Verfügung der Wettbewerbskommission wurde durch die WEKO/REF als Rechtsmittelinstanz im Verfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (REKO/WEF, 9.6.2005, RPW 2005/3, 530, Telekurs Multipay AG gg. Weko; inhaltlich weitgehend gleiche Entscheide sind in den Parallelverfahren USB Card Center AG gg. Weko, Swisscard AECS gg. Weko, Cornèr Banca SA gg. Weko ergangen) auf Beschwerde der betroffenen Unternehmen hin im Jahr 2005 überprüft. Obwohl die Verfügung wegen der fehlenden Berücksichtigung von neuen Aspekten des massgeblichen Sachverhalts aus formellen Gründen an die Wettbewerbskommission zurückverwiesen wurde, hat die REKO/WEF im Rahmen von ausdrücklich angeführten grundlegenden inhaltlichen Überlegungen die wesentlichen Aspekte der von der Wettbewerbskommission vorgenommenen Marktabgrenzung im Bereich der Kreditkartenakzeptanz bestätigt (REKO/WEF, RPW 2005/3, 530, *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, Ziff. 7.1

ff.). So wurden ungeachtet der Interdependenzen zwischen Kartenausstellern, Händlern und Karteninhabern die Händler als massgebliche Marktgegenseite für das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft qualifiziert, auch wenn vom Verhalten der Karteninhaber ein gewisser Einfluss auf deren Entscheidungen ausgehe (REKO/WEF, RPW 2005/3, 530, *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, Ziff. 7.4). Unter ausdrücklichem Verweis auf die entsprechenden Ausführungen der Wettbewerbskommission zur Marktabgrenzung wurde festgehalten, dass weder Bargeld noch andere unbare Zahlungsmittel wie Debitkarten, Post- und Bankgiroverkehr, Check, Wert- und Kundenkarten substituierbare Produkte für Kreditkarten darstellten, weshalb der entsprechende Einwand der Multipay abzuweisen sei (REKO/WEF, RPW 2005/3, 530, *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, Ziff. 7.4). Darüber hinaus hat die REKO/WEF im Bereich der Kreditkarten eine noch engere Marktabgrenzung als die Wettbewerbskommission vorgenommen. Der sachlich relevante Markt sei danach der Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Kreditkarten, weil diese zwar für den Endkonsumenten im Wettbewerb stehen würden, auf Stufe der Händler jedoch von der Komplementarität der einzelnen Kreditkarten auszugehen sei, solange nicht die Mehrheit der Kunden über alle Kreditkarten verfügen würden. Demnach seien jeweils eigene Märkte für das Akzeptanzgeschäft von American Express, Diners, Mastercard und Visa zu unterscheiden (REKO/WEF, RPW 2005/3, 530, *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, Ziff. 7.5).

280. Im Rahmen des Kartellverwaltungsverfahrens *Kreditkarten-Interchange Fee* wegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG (WEKO, 5.12.2005, RPW 2006/1, 65, UBS AG, Credit Suisse, Viseca Card Services SA, Corner Banca SA, Telekurs Multipay AG,) wurde von der Wettbewerbskommission im Jahr 2005 die Marktabgrenzung des Verfahrens *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* herangezogen sowie eine schriftliche Händlerbefragung mit 120 Teilnehmern zu den Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln durchgeführt (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 168 ff.). Diese Befragung habe bestätigt, dass (i) die Händler die massgebliche Marktgegenseite bildeten und (ii) die anderen Zahlungsmittel keine genügend nahen Substitute darstellten, um in den sachlich relevanten Markt einbezogen zu werden (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 193).

281. Das Vorliegen eines gemeinsamen Markts von Kartenausstellung und Kartenakzeptanz im Sinne eines Grosshandelsmarkts von Kreditkar-

ten wurde insbesondere deshalb abgelehnt, weil Kartenaussteller und Kartenakquisiteur nicht im Wettbewerb um die Verarbeitung von Transaktionen, welche die Karteninhaber mit den Händlern abwickeln, stünden (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 165). Der Kartenakquisiteur müsse wie der Händler auch gemäss der grundlegenden „Honor All Cards Rule“ alle Kreditkarten des jeweiligen Kreditkartensystems unabhängig vom jeweiligen Kartenaussteller akzeptieren (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 165).

282. Nach Abklärungen zur Abgrenzung der verschiedenen Kreditkartenzahlungssysteme als eigenständige Märkte entsprechend der Anweisung der REKO/WEF (vgl. E. 279) wurde in dieser Entscheidung festgehalten, dass sich das Drei-Parteien-Kreditkartensystem (American Express, Diners, JCB) aufgrund der höheren Händlerkommissionen, geringerer Verbreitung bei den Karteninhabern sowie einer geringeren Akzeptanz bei den Händlern strukturell vom Vier-Parteien-Kreditkartensystem (Visa, Mastercard) unterscheidet, weshalb es kein Substitut hierfür darstellt (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 302 f.). Hingegen wurde die Frage einer Abgrenzung zwischen Mastercard und Visa entgegen dem Entscheid der REKO/WEF in Sachen *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (vgl. E. 279) offengelassen. Zwischen beiden bestehe kein Systemwettbewerb, denn sämtliche Kartenaussteller und Kartenakquisiteure würden beide Marken anbieten und die Händler würden in der Regel die gleiche Kommission zahlen (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 310 f.).

283. In den Entscheidungen *Visa I* (EU-KOM, 9.8.2001, COMP/D1/29.373 – Visa International, Visa International Service Association, Zusammenfassung publ. in: ABl. 2001 L 293/24) und *Visa II* (EU-KOM, 24.7.2002, COMP/29.373 – Visa International – Multilateral Interchange Fee, Visa International Service Association, Zusammenfassung publ. in: ABl. 2002 L 318/17) hatte die Europäische Kommission (Abk.: EU-KOM) bereits vorgängig zur Wettbewerbskommission in den Jahren 2001 und 2002 festgestellt, dass im Geschäftsbereich der Zahlungskartensysteme ein Markt der Kreditkartenakzeptanz abzugrenzen sei (EU-KOM, COMP/D1/29.373, *Visa I*, Ziff. 34; EU-KOM, COMP/29.373, *Visa II*, Ziff. 45). Überdies wurde festgestellt, dass Bargeld und sonstige bargeldlosen Zahlungsmittel keine Substitute für Zahlungskarten darstellen würden (EU-KOM, COMP/D1/29.373, *Visa I*, Ziff. 37 f.; EU-KOM, COMP/29.373, *Visa II*, Ziff. 46 f.). Die Fragen nach einer Abgrenzung von Debit- und Kreditkartenakzeptanz sowie nach einer Abgrenzung der Kreditkarten von Mastercard

und Visa wurde dabei aufgrund der konkreten Sachverhaltskonstellation allerdings offengelassen.

284. Als Begründung für die fehlende Substituierbarkeit von Zahlungskarten durch Bargeld oder bargeldlose Zahlungsmittel wurden von der Europäischen Kommission in den Entscheidungen folgende Aspekte angegeben: Bargeld – (i) gesetzliches Zahlungsmittel mit Annahmepflicht für Händler, (ii) keine Vergleichbarkeit der Kosten für die Annahme von Bargeld mit den Kosten von Kreditkarten, (iii) Bargeld sei umständlich und gefährlich bei der Beförderung in grossen Beträgen und daher für teure Einkäufe ungeeignet, (iv) es bestehe eine Grenze für Einkäufe mit Bargeld und für Einkäufe mit Kreditkarte, (v) Bargeld gehe häufig aus und müsse regelmässig durch Bargeldabhebungen erneuert werden; Check – geringe praktische Verwendung und formale Abläufe bei der Verwendung; Bank- und Postgiroüberweisungen – fehlende Eignung zur Bezahlung in Verkaufsstellen.

285. Im Jahr 2007 wurden durch die Europäische Kommission im Verfahren *Mastercard* (EU-KOM, 19.12.2007, COMP/34.579–Mastercard, Mastercard Europe S.p.r.l. u.a., Zusammenfassung publ. in: ABl. 2009 C 264/8) die gleichen Feststellungen wie in den Entscheiden *Visa I* und *Visa II* getroffen. Danach sei aufgrund der komplexen Marktrealität in Vier-Parteien-Zahlungskartensystemen ein eigenständiger Markt des Zahlungskartenakzeptanzgeschäfts abzugrenzen, bei dem die Händler und nicht die Karteninhaber als Marktgegenseite der Kartenakquisiteure zu qualifizieren seien und auch kein einheitlicher Markt von Zahlungskartenausstellung und Zahlungskartenakzeptanz vorhanden sei (EU-KOM, COMP/34.579, *Mastercard*, Ziff. 257 ff., 278 f., 283, 307). Zudem wurde festgestellt, dass das Zahlungsmittel Zahlungskarten nicht durch die Zahlungsmittel Bargeld, Check, Bank- oder Postgiro, Wert- oder Kundenkarten substituierbar sei (EU-KOM, COMP/34.579, *Mastercard*, Ziff. 300 f., 307). Die Fragen nach einer Abgrenzung von Debit- und Kreditkartenakzeptanz sowie die Abgrenzung von Mastercard und Visa wurden dabei wiederum offengelassen (EU-KOM, COMP/34.579, *Mastercard*, Ziff. 307).

286. Die Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen *Mastercard* wurde sowohl durch das Europäische Gericht (EuG, 24.5.2012, T-111/08, Mastercard Inc. u.a. gg. EU-KOM, EU:T:2012:260, zit. *Mastercard*) als auch durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH, 11.9.2014, C-283/12P, Mastercard Inc. gg. EU-KOM, EU:C:2014:2201, zit. *Mastercard*) bestätigt. Demzufolge wurde sowohl die bestehende Festlegung des Ge-



schäftsbereichs der Kreditkartenakzeptanz als eigenständiger sachlich relevanter Markt als auch die mangelnde Substituierbarkeit von Zahlungskarten durch Bargeld oder sonstige Zahlungsmittel anerkannt (EuGH, EU:C:2014:2201, *Mastercard*, Ziff. 178 f.; EuG, EU:T:2012:260, *Mastercard*, Ziff. 176 f.).

287. Im Rahmen der Voruntersuchung „Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay“ (SEKRETARIAT, 4.6.2006, Telekurs Multipay AG, RPW 2006/4, 601, zit. *DMIF Maestro*) wurde durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission in Anlehnung an das Verfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* ein eigenständiger sachlich relevanter Markt der Debitkarten-Akzeptanz abgegrenzt, wobei ebenfalls von unterschiedlichen Märkten für die einzelnen Debitkartensysteme ausgegangen wurde (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 60, *DMIF Maestro*, Ziff. 142 ff.).

288. Dabei wurde auch für die Debitkarten ein gemeinsamer Markt von Kartenausstellung und Kartenakzeptanz im Sinne eines Grossmarkts für Debitkarten unter Verweis darauf angenommen, dass die Kartenaussteller und die Kartenakquisiteure sich nicht als Wettbewerber um die Verarbeitung von Transaktionen, die zwischen den Karteninhabern und den Händlern durchgeführt werden, gegenüberstehen (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 60, *DMIF Maestro*, Ziff. 72).

289. Als massgeblicher Aspekt für die Abgrenzung der Debitkartenakzeptanz gegenüber der Kreditkartenakzeptanz wurde die fehlende Austauschbarkeit von Kredit- und Debitkarten sowohl auf Seiten der Karteninhaber als auch auf Seiten der Händler herangezogen. Bei den Karteninhabern würden die folgenden wesentlichen Unterscheidungskriterien bestehen (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 60, *DMIF Maestro*, Ziff. 84): (i) schnellere Verfügbarkeit von Zahlungen mittels Debitkarten; (ii) Kosten für Akzeptanz bei Kreditkarten seien wesentlich höher als bei Debitkarte; (iii) durchschnittliche Händlerkommission betrage 1.8% bei Kreditkarten und 0.20 CHF bei Debitkarten; (iv) die durchschnittliche Transaktionshöhe betrage rund 185.00 CHF bei Kreditkarten und rund 85.00 CHF bei Debitkarten; (v) Transaktionen mit Debitkarten würden rund drei Mal so viele durchgeführt als mit Kreditkarten; (vi) die Verbreitung der Debitkarten sei im Jahr 2008 mit 7.6 Mio. wesentlich höher gewesen als diejenige der Kreditkarten mit 4.5 Mio. Aus Sicht der Karteninhaber seien insbesondere folgende wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zu beachten (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 60, *DMIF Maestro*, Ziff. 84): (i) weltweite Annahme-

garantie der Kreditkarte; (ii) Kreditfunktion der Kreditkarte; (iii) zusätzliche Dienstleistungen wie kartenspezifische Bonusprogramme.

290. Den massgeblichen Aspekt für die Abgrenzung von unterschiedlichen Märkten von einzelnen Debitkartensystemen bildete der Umstand, dass gemäss einer Branchenstudie auf eine erwachsene Person in der Schweiz durchschnittlich eine Debitkarte entfiel. Folglich könne angenommen werden, dass die Händler in der Regel alle für sie umsatzrelevanten Debitkarten anbieten müssten, um sämtliche Inhaber von Debitkarten ansprechen zu können (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 60, *DMIF Maestro*, Ziff. 151). Angesichts der tatsächlich im Umlauf befindlichen Debitkarten gelte dies in jedem Fall für die verbreitetsten Karten Maestro und Postcard. Da ein gemeinsamer Vertrieb von Debitkarten im Gegensatz zum Vertrieb von Kreditkarten von Mastercard und Visa nicht bestehe, sei es auch gerechtfertigt, separate Märkte anzunehmen (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 60, *DMIF Maestro*, Ziff. 151).

291. Im Rahmen der Vorabklärung „Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem VISA V Pay“ (SEKRETARIAT, 27.4.2009, VISA International AG, RPW 2009, 133, zit. *DMIF V Pay*, Rz. 95 ff., 108) wurden die vorstehenden Feststellungen zur Qualifizierung des Markts für die Debitkartenakzeptanz durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission grundsätzlich bestätigt. Dabei wurden Maestro und V Pay angesichts von deren sehr ähnlichen Produkt- und Systemeigenschaften einem einheitlichen Markt der Debitkartenakzeptanz zugeordnet. Demgegenüber wurde festgehalten, dass auf der Ebene des Händlers zwischen den internationalen Debitkartenprodukten Maestro und V Pay und den nationalen proprietären Debitkartenprodukten Post Finance und M-Card zu unterscheiden sei, weil der Händler durch den Anschluss an ein internationales Debitkartensystem auch einem ausländischen Kunden die bargeldlose Zahlung ermögliche. Aufgrund der unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten sei diese Differenzierung auch für den Kunden von Bedeutung.

292. Die jeweiligen Verfahren kommen aufgrund der vorstehend angeführten Aspekte zum Ergebnis, dass weder das Zahlungsmittel Bargeld noch sonstige bargeldlose Zahlungsmittel ein Substitut für die Zahlungsmittel Kredit- und Debitkarten darstellen würden, weshalb auch kein gemeinsamer Markt aller Zahlungsmittel bestehe.

293. Die jeweiligen Verfahren kommen ebenfalls zum Ergebnis, dass im Hinblick auf Kartenzahlungssysteme ein eigenständiger Markt für die Kar-

tenakzeptanz von Zahlungskarten mit den Händlern als Marktgegenseite abzugrenzen sei, und dass kein gemeinsamer Markt der Kartenausstellung und der Kartenakzeptanz bestehe.

294. Die jeweiligen Verfahren kommen überdies zum Ergebnis, dass die Zahlungsmittel Kreditkarte und Debitkarte keine Substitute, sondern komplementäre Produkte darstellten, weshalb ein relevanter Markt für die Akzeptanz von Kreditkarten und ein relevanter Markt für die Akzeptanz von Debitkarten abzugrenzen seien.

295. Die jeweiligen Verfahren kommen schliesslich zum Ergebnis, dass die Zahlungskarten der diversen Kartenlizenzgeber prinzipiell jeweils einen eigenständigen Markt bilden. Teilweise wird eine Ausnahme für die Zahlungskarten der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa anerkannt, weil diese von allen Kartenausstellern und allen Kartenakquisiteuren in gleicher Weise vermarktet werden und sie sehr ähnliche Produkt- und Systemeigenschaften aufweisen.

(d) Sachverhalt

296. Im Hinblick auf die dargestellte Praxis der sachlichen Marktabgrenzung im Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ergebnisse der bisherigen Marktuntersuchungen einer inhaltlichen Abänderung bedürften.

297. Angesichts der vorstehend aufgeführten Verfahren liegen ausreichende Erhebungen zur sachlichen Marktabgrenzung von Zahlungskartensystemen unter Berücksichtigung von Kredit- und Debitkarten für den relevanten Zeitraum vor. Eine Durchsicht der veröffentlichten Begründungen dieser Entscheide lässt nicht erkennen, dass im Rahmen der jeweiligen Verfahren beachtenswerte inhaltliche Fehler zu einer unrichtigen Beurteilung der Marktabgrenzung geführt hätten.

298. Im Hinblick auf die Substituierbarkeit von Zahlungsmitteln im relevanten Zeitraum lässt sich aufgrund einer Studie zu den Abbruchquoten im Online-Handel aus dem Jahre 2008 (STAHL ERNST/KRABICHLER THOMAS/BREITSCHIED MARKUS/WITTMANN GEORG, ibi research an der Universität Regensburg, Erfolgsfaktor Payment – Der Einfluss der Zahlungsverfahren auf ihren Umsatz, 2008) der Schluss ziehen, dass jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt die verschiedenen Zahlungsmittel komplementär gewesen waren, weil die Abbruchquoten umso niedriger ausfielen.

len, um so mehr unterschiedliche Zahlungsmittel von Seiten der Verkäufer im Internethandel zur Verfügung gestellt wurden. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 246), wonach diese Studie mangels einer Berücksichtigung von Bargeldzahlungen bei Onlinegeschäften nicht von Belang sei, ist für diese grundsätzliche Einschätzung unbeachtlich und angesichts der fehlenden Austauschbarkeit von Zahlungskarten und Bargeld von vornherein unzutreffend.

299. Später festgestellte, öffentlich zugängliche Angaben zu den Marktanteilen der Kreditkartennetzwerke aus dem Jahr 2010, die sogar von den Beschwerdeführerinnen auf ihren Webseiten dargestellt wurden, zeigen auf, dass sich die Marktsituation der 3-Parteien-Systeme seit der Untersuchung „Kreditkarten Interchange Fees“ kaum verändert hat, weshalb diese weiterhin Nischenprodukte darstellen, die keine Alternativen zu Visa und Mastercard bilden.

300. Im Hinblick auf die Substituierbarkeit von Kredit- und Debitkarten wurde im Rahmen einer weiteren Studie (BERNEGGER URS/MARÉCHAL MICHEL/MINSCH RUDI, Cards 06 - Entwicklungsperspektiven für den Schweizer Kartenmarkt, 2006) – die von den Beschwerdeführerinnen selbst vorgelegt worden war – festgestellt, dass es keinen fundierten Anhaltspunkt gebe, wonach Debit- und Kreditkarten Substitute seien.

301. Im Hinblick auf die Abgrenzung des Markts der Debitkartenakzeptanz von Maestro ist zu beachten, dass V Pay im relevanten Zeitraum noch gar nicht eingeführt war und daher über keine Marktanteile verfügte. Zudem hätte der Händler im Jahre 2008 aufgrund der grossen Verbreitung von Maestro mit 5 Mio. Karteninhabern die Akzeptanz von Maestro nicht durch die Akzeptanz der Postfinance Card oder der M-Card substituieren können. Daher bildet die Maestro-Debitkarte einen eigenständigen sachlich relevanten Markt.

302. Demgegenüber tragen die Beschwerdeführerinnen weder konkret begründete Argumente für beachtenswerte Abweichungen des Sachverhalts oder den Eintritt von veränderten tatsächlichen Umständen vor noch vermögen ihre Vorbringen als neue entscheidungsrelevante Überlegungen die bisherigen Feststellungen zum sachlich relevanten Markt in den genannten Verfahren in Frage zu stellen.

303. Insbesondere die von den Beschwerdeführerinnen wiederholt vorgebrachte Behauptung, dass Bargeldzahlungen Substitute zu Zahlungs-

kartenzahlungen darstellen würden (vgl. E. 243 f.), entbehrt jeglicher Begründetheit, weil ihr eine eingehende Darlegung darüber fehlt, welche Mängel die bisherigen Marktuntersuchungen und die dabei angeführten Aspekte diesbezüglich aufweisen.

304. Denn es ergibt sich bereits aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, dass aus Sicht von Karteninhabern Bargeldzahlungen in verschiedensten üblichen und regelmässig auftretenden Lebenssituationen Zahlungskartenzahlungen nicht ersetzen können, weshalb Händler regelmässig Vorkehrungen zur Annahme von Zahlungskartenzahlungen vorsehen, um diesen Lebenssituationen im eigenen Interesse und demjenigen ihrer Kunden gerecht werden zu können. Dies gilt gerade auch im Umfeld von Zahlungen durch Ausländer, die aus unterschiedlichen Gründen Entgelte für Waren und Dienstleistungen während ihres vorübergehenden Aufenthalts im Inland zu entrichten haben.

305. Des Weiteren legen die Beschwerdeführerinnen auch keinerlei Erklärung dafür vor, warum Händler angesichts der behaupteten Substituierbarkeit von Kredit- und Debitkarten durch Bargeld überhaupt die Bereitschaft aufweisen, Investitionen in die Infrastruktur von Zahlungskartenterminals zu tätigen sowie Gebühren an den Kartenakquisiteur zu bezahlen, um die Bezahlung durch Zahlungskarten in ihrem Betrieb zu ermöglichen. Denn wenn die Zahlung mit Bargeld tatsächlich ein Substitut zur Zahlung mit Zahlungskarten darstellen würde, könnten die Händler auf die Bereitstellung eines mit Erwerbskosten und Transaktionsgebühren verbundenen Zahlungskartenterminals ohne Weiteres verzichten und sich auf die Verarbeitung von Bargeld beschränken, weil ihre Kunden eine intendierte, aber nicht mögliche Zahlungskartenzahlung jeweils einfach durch eine Bargeldzahlung ersetzen würden.

306. Im Übrigen müsste umgekehrt auch Bargeld durch Zahlungskarten vollständig ersetzbar sein, damit Bargeld dem gleichen sachlich relevanten Markt zugeordnet werden könnte, weil ansonsten keine Austauschbarkeit der Produkte und somit auch keine Zugehörigkeit zur gleichen Produktgruppe gegeben wären. Die Händler müssten in ihren Verkaufsstellen demzufolge umgekehrt auf die Annahme und eine notwendige Verarbeitung von Bargeld verzichten und allein die Zahlung mit Zahlungskarten vorsehen können. Es ist zumindest heute noch nicht ersichtlich, dass hiervon in der Praxis von den Händlern in einem nennenswerten Umfang Gebrauch gemacht wird bzw. Gebrauch gemacht werden könnte.

Auch hierzu tragen die Beschwerdeführerinnen keinerlei sachliche Erwägungen vor, mit denen ein anderes Ergebnis begründet werden könnte.

307. Die gleiche Einschätzung gilt im Ergebnis auch für die sonstigen Zahlungsmittel. Es ist z.B. ohne Weiteres ersichtlich, dass sich in der Praxis Kreditkartenzahlungen regelmässig nicht einfach durch Banküberweisungen oder Zahlungen per Check ersetzen lassen. So nimmt ein Händler üblicherweise keinen Check als Zahlungsmittel im Verkauf gegenüber Endkunden an. Auch Kreditkartenzahlungen von ausländischen Kunden gegenüber inländischen Händlern lassen sich bei Endkundengeschäften vor Ort im Inland regelmässig nicht durch nachträgliche Banküberweisungen aus dem Ausland ersetzen.

308. Vor diesem Hintergrund der bestehenden Praxis bedarf es unter Berücksichtigung der allgemeinen Aspekte zu modellhaften Verhaltensanalysen (vgl. E. 270) auch keiner zusätzlichen Marktuntersuchungen durch einen SSNIP-Test, wie dies von den Beschwerdeführerinnen gefordert wird (vgl. E. 242).

309. Im Übrigen hat bereits die Europäische Kommission dargelegt, dass die Durchführung eines SSNIP-Tests zur Beurteilung der Substituierbarkeit im Markt der Kreditkartenakzeptanz aus verschiedenen Gründen nicht geeignet sei (vgl. EU-KOM, COMP/34.579, *Mastercard*, Ziff. 286 f.). Da die Marktkonzentration im Geschäftsbereich der Kreditkartenakzeptanz hoch sei und die Preise für die entsprechenden Dienstleistungen massgeblich durch gemeinsam festgesetzte Interbankenentgelte bestimmt würden, könnten möglicherweise bereits Preise angewendet werden, die über dem Wettbewerbsniveau liegen würden. Daher sei die Gefahr gross, dass bei einer Händlerbefragung fehlerhafte Feststellungen getroffen werden könnten, weil die Substituierbarkeit weiter gefasst werde als unter strengen Wettbewerbsbedingungen. Diese Einschätzung ist aufgrund der gleichen strukturellen Gegebenheiten auch für den schweizerischen Markt zutreffend.

310. Wie vorstehend dargelegt wurde (vgl. E. 253), ergibt sich die Austauschbarkeit der Produkte eines sachlich relevanten Markts, weil diese aus der Sicht eines üblichen Nachfragers aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preise und des vorgesehenen Verwendungszwecks als gleichwertig angesehen werden. Massgebend ist hierbei, welche Produkte einen Bedarf an bestimmten Leistungen in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht

erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Grundlage einer entsprechenden Abgrenzung ist vielmehr eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe sprechen (vgl. E. 252).

311. Vorliegend wurde im Rahmen der jeweiligen Beurteilungen des Einzelfalls in den bisherigen Marktuntersuchungen festgestellt, dass die Kredit- und Debitkarten der diversen Kartenlizenzgeber aufgrund verschiedener Aspekte für den Geschäftsbereich der Kreditkartenakzeptanz nicht austauschbar sind und daher keine Substitute, sondern Komplementärprodukte darstellen und die Austauschbarkeit allenfalls bei sehr ähnlichen Produkt- und Systemeigenschaften angenommen werden kann. Diese konkrete Beurteilung eines Einzelfalls lässt sich nicht generalisieren und verbindlich auf alle möglichen Produktgruppen bei anderen Sachverhalten übertragen. Der pauschale Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 243), wonach diese Qualifizierung dazu führe, dass prinzipiell nur Produkte mit identischen Preisen und Qualitäten dem gleichen sachlichen Markt zugeordnet werden könnten, ist demzufolge unzutreffend.

312. Die Behauptungen der Beschwerdeführerinnen widersprechen auch den Aussagen der SIX-Gruppe gegenüber den Händlern, mit denen gerade die Komplementarität, nicht aber die Substituierbarkeit von Zahlungskarten festgestellt wird: „Mit der Kartenakzeptanz von SIX Payment Services profitieren Sie davon, dass Ihre Kunden mit den lokal und weltweit gängigen Debitkarten und Kreditkarten bezahlen können, sei es am Zahlterminal in Ihrem Geschäft oder in Ihrem Web-Shop. Je mehr Karten Sie akzeptieren, desto grösser ist für Sie die Aussicht auf Umsatzsteigerung und auch auf Spontankäufe“ (Homepage SIX Payment Services, <https://www.six-payment-services.com/de/shared/offering/products/debit-credit-cards.html>, zuletzt abgerufen am 11.9.2017). Demzufolge sind diese Vorbringen der Beschwerdeführerinnen bereits aufgrund ihrer eigenen sonstigen Aussagen zum Akzeptanzgeschäft unzutreffend und ein daraus folgender Schluss widersprüchlich.

313. Der Verweis der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 245) auf eine „angeblich bestehende Absicht“ eines dritten Unternehmens in Bezug auf die Vornahme bestimmter Massnahmen zur Untermauerung der vorgebrachten eigenen Rechtsposition stellt kein taugliches Beweismittel dar und ist daher unbeachtlich.

(e) Zwischenergebnis

314. Für die Ermittlung der Marktstellung der SIX-Gruppe sind als sachlich relevante Märkte im Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz zum einen ein einheitlicher oder gegebenenfalls ein getrennter Markt der Kreditkartenakzeptanz der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa sowie zum anderen ein Markt der Debitkartenakzeptanz des Kartenlizenzgebers Maestro abzugrenzen.

**b) *Räumlich relevanter Markt***

315. Die Vorinstanz nimmt eine räumliche Eingrenzung der von ihr ermittelten sachlich relevanten Märkte auf das Staatsgebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft vor.

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

316. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es würde jegliche nachvollziehbare Begründung für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts fehlen.

317. Es bestünden keine nennenswerten Barrieren, insbesondere keine rechtlichen Hindernisse für Vertragsabschlüsse zwischen inländischen Händlern und ausländischen Kartenakquisiteuren. Derartige Vertragsbeziehungen würden somit eine valable Ausweichmöglichkeit darstellen, um eine disziplinierende Wirkung auf die schweizerischen Kartenakquisiteure auszuüben. Eine räumliche Beschränkung auf schweizerische Kartenakquisiteure unter Ausserachtlassung insbesondere von Konkurrenten mit Sitz in der Europäischen Union sei daher sachlich nicht gerechtfertigt.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

318. Die Vorinstanz stützt ihre räumliche Marktabgrenzung auf die Untersuchung im Verfahren *Kreditkarten-Interchange Fee* (vgl. E. 280) ab, wonach ein nationaler Markt der Kreditkartenakzeptanz abzugrenzen sei. Diese Einschätzung für Kreditkarten könne in analoger Weise auch auf die Debitkarten übertragen werden. Diese Qualifizierung entspreche auch der Wettbewerbspraxis der Europäischen Union.



319. Die in diesen Verfahren gewonnenen Ergebnisse könnten auf den vorliegenden Fall angewendet werden, weil die Gründe für diese Praxis weiterhin Geltung beanspruchen würden.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

(a) Ausgangslage

320. Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302; im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.1; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 9.2; BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 9.6; WEKO, RPW 2007/2, 190, *Publigroupe*, Ziff. 121; WEKO, RPW 2008/1, 129, *Migros/Denner*, Ziff. 235 ff.; WEKO, RPW 2005/1, 146, *CoopForte*; Ziff. 46; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 797 ff.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 693; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 218 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 93 f.; STOFFEL WALTER A., Wettbewerbsabreden, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. VI/2, Kartellrecht, 2000, zit. *SIWR-Wettbewerbsabreden*, 90; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.43 ff.; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., Markt und Marktmacht, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 2.11). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302).

321. Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geographische Auswirkungen nach sich ziehen, wie dies prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU vorgesehen ist. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den

angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 303; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 15; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 98 m.w.H.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.45).

322. Sachaspekte, die geographische Auswirkungen aufweisen und demzufolge im Regelfall zu berücksichtigen sind, stellen insbesondere folgende Umstände dar (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 98, 106 mit einer Auflistung von Detailspekten): (i) Allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Industrie- und Branchenstandards sowie Handelsmodalitäten, die für den Zugang zu den jeweiligen Gebieten sowie den Absatz der Produkte oder den Wirtschafts- und Rechtsverkehr zu beachten sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 231 ff.); (ii) allgemeine Gesellschaftsaspekte wie Sprachen, Sitten und Gebräuche sowie sonstige kulturelle Eigenheiten, bekannte Präferenzen und übliche Verhaltensmuster der Nachfrager oder Anbieter (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304; WEKO, 20.8.2007, RPW 2007/4, 605, Tamedia AG/Espace Media Groupe, Ziff. 70 f.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 241 f.; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 553); (iii) konkret-objektive Aspekte des Produktabsatzes wie Transportdauer, Transportkosten und sonstige Umstände der Belieferung bzw. Abholung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 224; STOFFEL, *SIWR-Wettbewerbsabreden*, 91; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 553); (iv) konkret-subjektive Aspekte des Produktabsatzes wie insbesondere die Ausgestaltung der Produkte, Preise und Geschäftsbedingungen durch das potenziell marktbeherrschende Unternehmen und seine Wettbewerber sowie allenfalls sich daraus ergebende Preisunterschiede, Preis- und sonstige Korrelationen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 252 ff.); (v) Auswirkungen des in Frage stehenden Verhaltens eines potenziell marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304).

(b) Vorgängige Verfahren

323. Auch im Hinblick auf eine räumliche Marktabgrenzung liegen die Ergebnisse aus den im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung genannten Verfahren sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union vor.

324. Im Verfahren *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (vgl. E. 277) wurde aufgrund einer Händlerbefragung festgestellt, dass mit Ausnahme von dreizehn international tätigen Unternehmen, von denen wiederum zehn Unternehmen als Gruppengesellschaften von multinationalen Konzernen zu bezeichnen waren, keine grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen zwischen schweizerischen Händlern und ausländischen Kartenakquisiteuren bestanden. Als räumlich relevanter Markt des Kreditkartenakzeptanzgeschäfts wurde demzufolge das Staatsgebiet der Schweiz qualifiziert (SEKRETARIAT, RPW 2003/1, 601, Ziff. 152 f.). Die REKO/WEF nahm in ihrem Entscheid *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft* (vgl. E. 279) eine grundsätzliche Bestätigung der räumlichen Marktabgrenzung vor mit dem Vorbehalt, dass die Auswirkungen des Wegfalls der Gebietsklauseln in den Lizenzverträgen der Kartenakquisiteure allenfalls zu berücksichtigen seien (REKO/WEF, RPW 2005/3, 530, Ziff. 7.7).

325. Im Verfahren *Kreditkarten-Interchange Fee* (vgl. E. 280) wurde die vorstehende räumliche Marktabgrenzung für das Kreditkartenakzeptanzgeschäft auf das Staatsgebiet der Schweiz auch unter Berücksichtigung des Wegfalls der Gebietsklausel in den Lizenzverträgen der Kartenakquisiteure durch die Vorinstanz bestätigt (WEKO, RPW, 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 194 f.). Eine allgemeine aktive Anwerbung von Händlern in der Schweiz ging nur von vier Kartenakquisiteuren aus: den schweizerischen Unternehmen Multipay und Cornèr Banca sowie den deutschen Unternehmen B&S und Concardis. Die übrigen in der Schweiz tätigen ausländischen Kartenakquisiteure beschränkten sich auf die Erbringung ihrer Dienstleistungen gegenüber wenigen schweizerischen Gruppengesellschaften von multinationalen Konzernen; eine allgemeine aktive Anwerbung von Händlern in der Schweiz wurde hingegen nicht vorgenommen. Obschon eine grenzüberschreitende Tätigkeit der Kartenakquisiteure denkbar gewesen wäre, wurde gestützt auf die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit und nicht auf den Sitz des jeweiligen Kartenakquisiteurs eine nationale Abgrenzung vorgenommen (WEKO, RPW 2006/1, 65, *Kreditkarten-Interchange Fee*, Ziff. 199, 200).

326. Diese Feststellungen entsprechen der Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union, die insbesondere durch die vorstehend aufgeführten Verfahren *Visa I* und *Visa II* (vgl. E. 283) sowie *Mastercard* (vgl. E. 285) entwickelt wurde. Eine nationale räumliche Marktabgrenzung ergebe sich aufgrund der Heterogenität des Geschäftsbereichs der Kreditkartenakzeptanz und den dabei auftretenden deutlichen Preisunterschieden in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten sowie dem Umstand, dass grenzüber-

schreitende Akzeptanzgeschäfte tatsächlich kaum getätigt würden (vgl. EU-KOM, COMP/34.5.579, *Mastercard*, Ziff. 322 f.).

327. Im Verfahren *DMIF Maestro* (vgl. E. 287) wurde eine nationale räumliche Marktabgrenzung für die Debitkartenakzeptanz des Kartenlizenzgebers Mastercard entsprechend der Marktabgrenzung bei der Kreditkartenakzeptanz vorgenommen (SEKRETARIAT, RPW 2006/4, 601, Ziff. 154).

328. Diese nationale räumliche Marktabgrenzung wurde im Verfahren *DMIF V Pay* (vgl. E. 291) unter Verweis auf die Untersuchungen in den genannten vorgängigen Verfahren angesichts unveränderter tatsächlicher Verhältnisse nochmals für die Debitkartenakzeptanz der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa bestätigt (SEKRETARIAT, RPW 2009/2, 133, Ziff. 110 f., 115).

(c) Sachverhalt

329. Im Hinblick auf die vorstehend dargestellte Praxis der räumlichen Marktabgrenzung im Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Ergebnisse der bisherigen Marktuntersuchungen einer inhaltlichen Abänderung bedürfen.

330. Angesichts der vorstehend aufgeführten Verfahren liegen zum einen ausreichende Erhebungen zur räumlichen Marktabgrenzung von Zahlungskartensystemen unter Berücksichtigung von Kredit- und Debitkarten für den relevanten Zeitraum vor. Eine Durchsicht der veröffentlichten Begründungen dieser Entscheide lässt nicht erkennen, dass im Rahmen der jeweiligen Verfahren beachtenswerte inhaltliche Fehler zu einer unrichtigen Beurteilung der Marktabgrenzung geführt hätten.

331. Zum anderen sind die bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung angeführten Aspekte mit Bezug auf den ep2-Standard in der Schweiz zu berücksichtigen.

332. Wenn die Wirtschaftsteilnehmer, die in der Schweiz im Bereich des elektronischen Zahlungsverfahrens mit Zahlungskarten tätig sind, mit dem ep2-Standard eine zusätzliche Normierung gegenüber dem üblichen international massgeblichen Standard herstellen, um eine gegenüber dem Ausland qualitativ hochwertigere Abwicklung der Zahlungstransaktionen innerhalb der Schweiz sicherzustellen, dann wird ein Händler in der Regel auch nur eine Geschäftsbeziehung mit einem Kartenakquisiteur eingehen, dessen Transaktionsplattform diesen ep2-Standard aufweist.

Ansonsten müsste er befürchten, dass sich für ihn aufgrund von vermehrt auftretenden technischen Schwierigkeiten daraus Reputationsprobleme mit Kunden sowie ein erhöhter Aufwand ergeben könnten. Aus der Sicht des Händlers als Nachfrager kommt demzufolge bereits aus funktionalen Gründen nur ein Kartenakquisiteur mit einer Transaktionsplattform in Betracht, die mit dem ep2-Standard ausgerüstet ist. Als relevant sind daher nur solche Kartenakquisiteure zu qualifizieren, deren Transaktionsplattform mit dem ep2-Standard ausgerüstet ist.

333. Es ist nicht davon auszugehen, dass Kartenakquisiteure, die nicht in der Schweiz allgemein tätig sind, ihre Verarbeitungsplattformen mit dem ep2-Standard ausrüsten. Denn die Einrichtung des ep2-Standards ist mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden, der nur dann sinnvoll ist, wenn auch eine entsprechende allgemeine Geschäftstätigkeit ausgeübt wird. Demgegenüber haben die Beschwerdeführerinnen weder behauptet noch dargelegt, dass im relevanten Zeitraum (i) die von der Vorinstanz aufgeführten Kartenakquisiteure, die in der Schweiz tätig seien, nicht über den ep2-Standard verfügt hätten, oder (ii) sonstige ausländische Kartenakquisiteure in nennenswertem Umfang in der Schweiz tätig gewesen seien, ohne dass ihre Transaktionsplattformen den ep2-Standard aufgewiesen hätten.

334. Der räumlich relevante Markt für die Zahlungskartenakzeptanz ist demnach national abzugrenzen.

335. Zum massgeblichen Zeitpunkt waren in der Schweiz nach der unstrittigen Feststellung der Vorinstanz die beiden nationalen Kartenakquisiteure Aduno und Multipay sowie die beiden deutschen Kartenakquisiteure B&S und Concardis tätig. Daher ist ein nationaler Markt mit diesen Unternehmen abzugrenzen.

336. Demgegenüber tragen die Beschwerdeführerinnen weder konkret begründete Argumentationen für beachtenswerte Abweichungen des Sachverhalts oder den Eintritt von veränderten tatsächlichen Umständen vor noch vermögen ihre Vorbringen als neue entscheidungsrelevante Überlegungen die bisherigen Feststellungen zum räumlich relevanten Markt in den genannten Verfahren in Frage zu stellen.

337. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach ausländische Kartenakquisiteure in den räumlichen Markt einzubeziehen wären, weil die Händler ohne Weiteres auch eine Geschäftsbeziehung mit diesen

eingehen könnten, stellt lediglich eine Hypothese dar, welche die vorgeannten Aspekte, die für eine nationale Marktabgrenzung sprechen, sachlich nicht beeinträchtigen kann, weshalb sie nicht zu berücksichtigen ist.

### c) **Zeitlich relevanter Markt**

338. Der zeitlich relevante Markt umfasst den Zeitraum, in welchem die Marktgegenseite die substituierbaren Produkte in dem massgeblichen geographischen Gebiet nachfragt oder anbietet (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 307; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 165 f.; WEKO, 17.12.2001, RPW 2002/1, 130, Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB], Betonsan AG u.a., Ziff. 27; BORER, *KG*, Art. 5 Rn. 16; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 107 ff.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 695; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 116; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.49; a.M. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 257, welche den zeitlichen Aspekt zum sachlich relevanten Markt zählen; zur wechselnden Praxis der Weko vgl. WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.51). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind. Massgebend für die Qualifizierung, ob ein unterschiedliches Mass von Nachfrage oder Angebot vorhanden ist, bildet eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten zeitlichen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302).

339. Im vorliegenden Fall kommt dem zeitlich relevanten Markt keine Bedeutung zu, weil die vorstehend abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Märkte keine zeitlich unterschiedlichen Aspekte aufweisen, weshalb eine temporäre Strukturierung nicht erforderlich ist. Von den Parteien werden auch keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt.

### d) **Zwischenergebnis**

340. Aufgrund der vorstehenden Feststellungen sind für die Ermittlung der Marktstellung der SIX-Gruppe im Geschäftsbereich der Zahlungskar-

tenakzeptanz jedenfalls ein Markt der Kreditkartenakzeptanz der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa sowie ein Markt der Debitkartenakzeptanz des Kartenlizenzgebers Maestro während des relevanten Zeitraums zu Grunde zu legen.

## **2) Zahlungskartenterminals**

341. Die Marktabgrenzung im Bereich der Zahlungskartenterminals ist zwischen den Parteien umstritten. Die Vorinstanz hat den Markt für ep2-Terminals in der Schweiz als relevanten Markt abgegrenzt. Die Beschwerdeführer bestreiten diese Marktabgrenzung und qualifizieren demgegenüber den weltweiten Markt aller EMV-Terminals als relevanten Markt.

### **a) Sachlich relevanter Markt**

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

342. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass der sachlich relevante Markt nicht nur Zahlungskartenterminals mit ep2-Standard, sondern alle EMV-Zahlungskartenterminals umfasse.

343. Zunächst weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Terminalhersteller nicht identisch seien mit den originären Terminalproduzenten. Vielmehr würden auch blosse Wiederverkäufer erfasst werden, welche die von Drittunternehmen hergestellten Zahlungskartenterminals im Markt absetzen würden.

344. Die Terminal-Hardware der Terminalhersteller würde eine internationale EMV-Zertifizierung benötigen und könnte nach erfolgter Zertifizierung überall auf der Welt eingesetzt werden.

345. Die auf dem internationalen Markt beschafften Zahlungskartenterminals würden dann durch die Terminalhersteller individuell an ihre eigenen und die nationalen Bedürfnisse der Händler, hier der Schweizer Händler, angepasst. Anpassung bedeute in diesem Zusammenhang im Wesentlichen eine Ausrüstung gemäss ep2-Standard sowie eine Zertifizierung der ep2-Ausstattung der Zahlungskartenterminals.

346. Die Ausrüstung der Zahlungskartenterminals mit dem ep2-Standard bestehe im Wesentlichen aus der Aufspielung der entsprechenden Software. Da es sich hierbei um keine Anpassung des Geräts, sondern nur um eine zusätzliche Software handle, sei hierfür kein grosser Aufwand erforderlich. Bei der Zertifizierung der mit dem ep2-Standard ausgerüsteten Zahlungskartenterminals werde nicht das Gerät als Ganzes, sondern nur die Software zertifiziert. Auch hierfür sei kein grosser Aufwand erforderlich. Die Anpassung von EMV-Terminals könne daher jederzeit und ohne Weiteres angepasst werden, sodass jeder EMV-Terminaltyp bei genügend Speicherkapazität und Rechenleistung auch als ep2-Terminal funktionieren könne.

347. Zahlungskartenterminals könnten demzufolge jederzeit durch ein simples Software-Update mit einzelnen technischen Spezifikationen an die jeweiligen nationalen Voraussetzungen angepasst werden. Folglich bestehe kein Anlass dazu, den sachlich relevanten Markt künstlich einzuschränken. Vielmehr müsse von einem Gesamtmarkt sämtlicher EMV-Zahlungskartenterminals ausgegangen werden, welche für die Verwendung in der Schweiz eingesetzt werden könnten.

348. Es fänden sich in der angefochtenen Verfügung auch keine Sachverhaltserhebungen mit Bezug auf die Frage, ob die ep2-Zertifizierung für die internationalen Hersteller und Verkäufer von Zahlungskartenterminals effektiv eine Marktbarriere darstelle. Vielmehr lasse sich dem Sachverhalt entnehmen, dass praktisch alle auch international aktiven Terminalhersteller entsprechende Zahlungskartenterminals in der Schweiz anbieten würden.

349. Im Übrigen weise die Vorinstanz darauf hin, dass praktisch alle Terminalhersteller der Ansicht seien, dass sich „die Marktzutrittsschranken gegenüber dem früheren Zustand mit proprietären Systemen stark verringert haben“ und sich „aufgrund der Öffnung der Systeme neue technische und kommerzielle Möglichkeiten ergeben“ würden. So stelle die Vorinstanz fest, dass seit dem Jahr 2002 diverse Markteintritte aus dem Ausland stattgefunden hätten und „im Vergleich zur Zeit vor ep2 tiefere Markteintrittsbarrieren“ bestünden.

350. Dieses Ergebnis ergäbe sich auch aus der Vorabklärung in Sachen *Terminaux de payments* (vgl. E. 353), auf welche die Vorinstanz ausdrücklich Bezug nehme. Darin werde festgestellt, dass eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Funktionalitäten bzw. Varianten von Zah-



lungskartenterminals aufgrund der Angebotssubstituierbarkeit nicht vorgenommen werden müsse bzw. könne. Diese Angebotssubstituierbarkeit werde von ihr dabei definiert als die "Möglichkeit der Terminalanbieter, ohne grossen Aufwand die unterschiedlichen Geräte auf den Markt zu bringen". Demnach könne es keine Rolle spielen, welche spezifischen Funktionalitäten durch die einzelnen Händler nachgefragt würden, sofern die gleiche Gruppe der Terminalhersteller die entsprechende Nachfrage ohne grossen Aufwand abdecken könnten. Hieran sei die Vorinstanz zu behaften. Die Aufspielung der notwendigen Software für die Ausstattung der Zahlungskartenterminals mit dem ep2-Standard erfordere keinen grösseren Aufwand, weshalb diese Massnahme einer Aufspielung von anderen Varianten mit verschiedenen Funktionalitäten entspreche.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

351. Die Vorinstanz stützt ihre Marktabgrenzung auf die Vorabklärung in Sachen *Terminaux de payments* (vgl. E. 353) sowie der Existenz des ep2-Standards in der Schweiz.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

352. Für die allgemeinen Aspekte einer Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist auf die vorstehenden Ausführungen zum Markt der Zahlungskartenakzeptanz zu verweisen (vgl. E. 252 f., 259 f.).

(a) *Vorgängige Verfahren*

353. Im Rahmen der Vorabklärung *Terminaux de payments* (SEKRETARIAT, 18.12.2000, RPW 2001/1, 59) wurde angenommen, dass ein einheitlicher Markt für (flexible) Zahlungskartenterminals, die sowohl Kreditkarten- als auch Debitkartentransaktionen verarbeiten können, bestehe. Hingegen wurden von diesem Markt Zahlungskartenterminals, die entweder nur Kreditkartentransaktionen oder nur Debitkartentransaktionen verarbeiten konnten, ausgegrenzt. Innerhalb dieses Markts der (flexiblen) Zahlungskartenterminals wurde keine weitere Unterscheidung der Zahlungskartenterminals nach Ausstattung und Funktionalitäten vorgenommen. Begründet wurde dies mit dem einfachen Hinweis auf die Angebotssubstituierbarkeit, weil es den Herstellern möglich wäre, Geräte mit verschiedenen Optionen auf den Markt zu bringen (SEKRETARIAT, *Terminaux de payments*, RPW 2001/1, 59 Ziff. 21, „[...] à savoir qu'il est possible pour

les producteurs de mettre sur le marché les appareils avec les différentes options“).

(b) Sachverhalt

354. Die in der Schweiz im Bereich des Zahlungskartenverkehrs tätigen Unternehmen haben über den Branchenverband TeCo Ep2 mit dem nationalen ep2-Standard eine Anpassung des internationalen EMV-Standards vorgenommen, um die Kompatibilität zwischen allen Verarbeitungsplattformen der Kartenakquisiteure und allen in der Schweiz vertriebenen Zahlungskartenterminals sicherzustellen (vgl. SV F.d, F.e). Der ep2-Standard war bereits deutlich vor dem relevanten Zeitraum im Jahre 2003 eingeführt worden. Die im relevanten Zeitraum in der Schweiz durch die Terminalhersteller angebotenen Zahlungskartenterminals waren nach den Feststellungen der Vorinstanz mit dem ep2-Standard ausgerüstet. Gegenteiliges wird auch nicht von den Beschwerdeführerinnen behauptet. Dieser nationale ep2-Standard und die damit einhergehende Kompatibilität in der Schweiz wurden und werden bis heute im Rahmen der Werbung des Zahlungskartenverkehrs hervorgehoben (vgl. [www.aduno.ch/service-support/glossar-links/glossar/ep2](http://www.aduno.ch/service-support/glossar-links/glossar/ep2) und [www.six-payment-services.com/de/shared/newsletter/landingpages-campaigns/ms-newsletter-nov-2016/bargeldlos-bezahlen.html](http://www.six-payment-services.com/de/shared/newsletter/landingpages-campaigns/ms-newsletter-nov-2016/bargeldlos-bezahlen.html); jeweils zuletzt abgerufen am 11.9.2017).

355. Die Einführung und der Bestand eines nationalen Branchenstandards führen dabei nicht nur zu einer räumlichen Abgrenzung (vgl. E. 371), sondern weisen aufgrund der Vereinheitlichung von technischen, organisatorischen oder sonstigen Aspekten auch eine sachliche Komponente auf, die im Rahmen der sachlichen Abgrenzung des Markts zu berücksichtigen ist, weil sich nunmehr gegebenenfalls Produkte mit entsprechender Ausstattung und Produkte ohne entsprechende Ausstattung gegenüberstehen.

356. Mit der Einführung eines nationalen Branchenstandards zur Netzwerkkompatibilität ergibt sich für Geräte mit einer entsprechenden Ausstattung zwangsläufig ein beachtlicher Vorteil. Denn die Nachfrager erhalten dadurch eine Gewährleistung für die Kompatibilität im individuellen Einsatz der jeweiligen Geräte. Inwieweit diesem Vorteil auch Nachteile im Vergleich zu Geräten ohne entsprechende Ausstattung gegenüberstehen – insbesondere ein höherer Preis –, ist jeweils für den Einzelfall zu prüfen. Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, dass die ep2-Terminals

bestimmte Nachteile gegenüber den EMV-Terminals aufgewiesen hätten. Von der Vorinstanz wurden diesbezüglich keine Feststellungen getroffen und die Beschwerdeführerinnen tragen keine gegenteiligen Argumente vor.

357. Ein üblicher Händler, der keine fachspezifischen Kenntnisse im Bereich der Technik von Zahlungskartenterminals und der Übertragung von Daten im Rahmen von Kartenzahlungstransaktionen aufweist, konnte somit in keiner Weise abschätzen, ob ein blosses EMV-Terminal ohne ep2-Ausstattung dennoch im Verbund mit Verarbeitungsplattformen mit ep2-Standard hätte eingesetzt werden können und in welchem Verhältnis die Nachteile von allfällig auftretenden Problemen zu den allfälligen Vorteilen des Bezugs eines EMV-Terminals gestanden hätten. Angesichts der Statuierung und der öffentlichen Bekanntmachung eines nationalen Branchenstandards konnte ein Händler jedenfalls nicht davon ausgehen, dass der Einsatz eines EMV-Terminals ohne Auftreten von gewissen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Demgegenüber ist die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Behauptung, wonach die EMV-Terminals ohne Weiteres international und damit auch in der Schweiz einsetzbar seien (vgl. E. 344), unerheblich, weil nicht die tatsächlichen Einsatzmöglichkeiten aus Sicht eines Fachmanns mit entsprechenden Fachkenntnissen, sondern die Einsatzmöglichkeiten aus Sicht des üblichen Nachfragers massgebend sind. Da alle relevanten Terminalhersteller mit ihren Produkten in der Schweiz tätig waren, bestand auch kein Bedürfnis, gewisse Zahlungskartenterminals von nicht in der Schweiz tätigen Terminalhersteller einzusetzen.

358. Angesichts dieser Sachlage war es für einen Händler als Nachfrager der Zahlungskartenterminals daher notwendig, dass in seiner Verkaufsstelle ein ep2-Terminal zum Einsatz gelangt. Umgekehrt bestand für einen Händler im relevanten Zeitraum keine Veranlassung mehr für den Bezug eines EMV-Terminals.

359. Diese Einschätzung wird auch dadurch bestätigt, dass keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, wonach die Händler nach Einführung des ep2-Standards in der Schweiz im relevanten Zeitraum in einem nennenswerten Umfang noch EMV-Terminals nachgefragt hätten. Die Beschwerdeführerinnen tragen auch keine entsprechenden Argumente vor.

360. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der sachlich relevante Markt lediglich die ep2-Terminals, d.h. Zahlungskartenterminals, die mit

dem nationalen Standard ep2 ausgestattet waren, umfasste, während die EMV-Terminals, welche nur mit dem internationalen Standard EMV ausgestattet waren, nicht zum sachlich relevanten Markt zu zählen sind.

361. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 346 f.) ist die Angebotssubstituierbarkeit vorliegend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts im Bereich der Zahlungskartenterminals aus mehreren Gründen unbeachtlich.

362. Grundsätzlich ist die Angebotssubstituierbarkeit im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Markts bei der Beurteilung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG nicht zu berücksichtigen (vgl. E. 255 f.). Dieser Grundsatz wird durch den vorliegenden Sachverhalt bestätigt. Zudem liegt keine Sachverhaltskonstellation vor, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigen würde. Da im relevanten Zeitraum keine weiteren Zahlungskartenterminals mit ep2-Standard von anderen Terminalherstellern zur Verfügung standen, hatten die Händler faktisch auch keine Wahlmöglichkeit, andere als die bereits vorhandenen ep2-Terminals im Rahmen ihrer Erwerbsentscheidung zu berücksichtigen. Demzufolge wurden die Händler im relevanten Zeitraum durch ein allfälliges marktmissbräuchliches Verhalten eines Kartenakquisiteurs oder Terminalhersteller auch beeinträchtigt, ungeachtet dessen, ob aufgrund theoretischer Überlegungen auch sonstige Zahlungskartenterminals anderer Terminalhersteller mit dem ep2-Standard ausgerüstet und auf dem Markt angeboten hätten werden können. Die nachfolgenden Gründe sind daher nur der Vollständigkeit halber im Hinblick auf eine noch ausstehende Entscheidung des Bundesgerichts zur Behandlung der Angebotssubstituierbarkeit anzufügen.

363. Gegen eine Berücksichtigung der Angebotssubstituierbarkeit spricht aus grundsätzlichen Erwägungen bereits die vorliegende Sachlage. Die Ausstattung von EMV-Terminals mit dem ep2-Standard betrifft ausschliesslich die Marktgegenseite der schweizerischen Händler. Für die Marktgegenseite in anderen Ländern oder Regionen werden die EMV-Terminals auch mit anderen zusätzlichen Standards ausgerüstet; dies wird von den Beschwerdeführerinnen selbst mitgeteilt (vgl. E. 345). Eine Ausstattung von EMV-Terminals mit allen eingesetzten nationalen oder regionalen Standards durch die Terminalhersteller ist weder praktisch erforderlich noch wirtschaftlich sinnvoll. Die Beschwerdeführerinnen tragen selbst vor, dass praktisch alle international aktiven Terminalhersteller auch ep2-Terminals in der Schweiz angeboten haben (vgl. E. 349). Wie

von der Vorinstanz unbestritten festgehalten wurde, wiesen im relevanten Zeitraum alle in der Schweiz angebotenen Zahlungskartenterminals den ep2-Standard auf. Angesichts der Existenz eines zusätzlichen nationalen schweizerischen Standards wäre es offensichtlich nicht sinnvoll, dass die auf dem Markt bereits präsenten Terminalhersteller neben den ep2-Terminals noch EMV-Terminals anbieten. Die Beschwerdeführerinnen legen auch nicht dar, welche beachtenswerten Auswirkungen eingetreten wären, wenn die Terminalhersteller weitere EMV-Terminals mit dem ep2-Standard ausgestattet und in der Schweiz vertrieben hätten. Die Beschwerdeführerinnen führen zudem nicht aus, welche beachtenswerten Auswirkungen sich daraus ergeben hätten, dass die Terminalhersteller neben den bereits vorhandenen noch weitere ep2-Terminals auf dem Markt angeboten hätten. Da keine relevanten sonstigen Terminalhersteller durch die Ausstattung von EMV-Terminals mit dem ep2-Standard in den Markt hätten eintreten können, ist der vorliegende Sachverhalt somit nicht der notwendigen Sachverhaltskonstellation einer Angebotssubstituierbarkeit zuzuordnen. Daher sind die ep2-Terminals auch unter dem Gesichtspunkt der Angebotssubstituierbarkeit nicht mit EMV-Terminals zu einer Produktgruppe zusammenzufassen.

364. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 349) führt eine Verringerung der Marktzutrittsschranken bei einem Produkt wie den ep2-Terminals nicht automatisch dazu, dass dieses mit einem anderen Produkt wie den EMV-Terminals zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst werden müsste.

365. Die Anwendung der Angebotssubstituierbarkeit kann entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 350) auch nicht auf der Gleichsetzung einer Ausstattung von Zahlungskartenterminals mit einem nationalen Standard sowie einer Ausstattung mit unterschiedlichen Funktionalitäten bei verschiedenen Zahlungskartenterminals abgestützt werden. Vielmehr unterscheiden sich beide Aspekte wesentlich im Hinblick auf ihren Inhalt und ihre Bedeutung. Die Statuierung eines nationalen Branchenstandards führt zu einer Vereinheitlichung der Kompatibilitätsmerkmale, die zu einem allgemeinen, objektiven Vorteil der entsprechend ausgestatteten Geräte führen, wovon alle Marktteilnehmer profitieren. Demgegenüber führt die Ausstattung von Zahlungskartenterminals mit bestimmten einzelnen Funktionen nur zu einer individuellen, subjektiven Verbesserung der jeweiligen Geräte. So führen etwa die Beschwerdeführerinnen selbst an, dass die DCC-Funktion der Zahlungskartenterminals nur für einen kleineren Kreis von Händlern von Relevanz war, während

die Ausstattung des ep2-Standards allen Händlern zugutegekommen ist. Diese Divergenz ist ungeachtet dessen zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Herstellung von Zahlungskartenterminals die Herbeiführung einer entsprechenden Ausstattung mit einem Branchenstandard gegebenenfalls nicht mehr Aufwand erfordert als die Ausstattung mit bestimmten besonderen Funktionalitäten.

366. Die Beschwerdeführerinnen können zur Heranziehung der Angebotssubstituierbarkeit nicht auf die Feststellungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission im Verfahren *Terminaux de payments* (vgl. E. 353) verweisen. Gegenstand der in jenem Verfahren unter dem Gesichtspunkt der Angebotssubstituierbarkeit behandelten Kriterien waren bestimmte Funktionalitäten der verschiedenen Zahlungskartenterminals, während der Aspekt einer Ausstattung mit dem nationalen ep2-Standard im Jahr 2000 noch gar nicht Gegenstand der Marktuntersuchungen bildete.

367. Angesichts der vorstehenden Aspekte kann im Übrigen dahingestellt bleiben, ob die Ausstattung der EMV-Terminals mit dem ep2-Standard tatsächlich ohne nennenswerten Aufwand durchgeführt werden kann, wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet wird (vgl. 346 f.). Dies gilt allenfalls für die Aufspielung des ep2-Standards auf die einzelnen EMV-Terminals. Zu berücksichtigen ist allerdings auch die Zertifizierungsphase des EMV-Terminals mit dem aufgespielten ep2-Standard. Und diese Zertifizierung kann durchaus auch ein Jahr in Anspruch nehmen, wie sich aufgrund der unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz ergibt. Unter Berücksichtigung der Haftungsverschärfung für technisch nicht umgestellte Zahlungskartenterminals ab dem 1. Januar 2005 stellt die Herstellung einer ep2-Ausrüstung jedenfalls keine kurzfristige Umstellung von EMV-Terminals auf ep2-Terminals dar.

368. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass für die Marktabgrenzung als Terminalhersteller alle Unternehmungen zu zählen sind, die Zahlungskartenterminals gegenüber den Händlern vertreiben. Dabei wird keine Unterscheidung vorgenommen, ob es sich hierbei um bloße Wiederverkäufer von Zahlungskartenterminals – wie z.B. die Card Solutions – oder um die originären Produzenten von Zahlungskartenterminals handelt. Eine entsprechende Differenzierung ist auch nicht erforderlich, weil nicht der Absatz zwischen Lieferanten von Zahlungskartenterminals und Wiederverkäufern, sondern ausschliesslich der Absatz zwischen Lieferanten von Zahlungskartenterminals und Händlern zu beurtei-

len ist. Die massgeblichen Feststellungen der Vorinstanz zu konkreten Daten für die Beurteilung der Marktbeherrschung beziehen sich auch ausschliesslich auf Terminalhersteller in diesem Sinne. Daher ist die entsprechende Differenzierung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 343) im Ergebnis unbeachtlich.

**b) *Räumlich relevanter Markt***

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

369. Die Beschwerdeführerinnen tragen vor, dass die Terminalhersteller primär international aktive Unternehmen seien, welche ihre Produkte weltweit produzieren und vertreiben würden. Dass jeweils Anpassungen an gewisse Spezifikationen in den einzelnen Ländern erfolgen würden, bedeute demnach nicht, dass diese internationalen Produkte lediglich einem nationalen Wettbewerb ausgesetzt wären. Vielmehr sei auch im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt die Angebotssubstituierbarkeit bei der rechtlichen Würdigung zu berücksichtigen.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

370. Die Vorinstanz stützt die räumliche Marktabgrenzung auf die Existenz des ep2-Standards ab.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

371. Zum räumlich relevanten Markt sind die vorstehenden allgemeinen Ausführungen zu beachten (vgl. E. 320).

372. Mit dem ep2-Standard wurde ein spezifischer nationaler Standard für den Einsatz von Zahlungskartenterminals in der Schweiz geschaffen. Obschon dieser Standard nicht auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruht, führte er zu einer strikten faktischen Umsetzung bei Zahlungskartenterminals und Verarbeitungsplattformen durch die am Zahlungskartenverkehr beteiligten Unternehmen. So wurde von der Vorinstanz festgestellt, dass im relevanten Zeitraum alle in der Schweiz angebotenen Zahlungskartenterminals mit dem ep2-Standard ausgestattet waren.

373. Eine Ausstattung von Zahlungskartenterminals mit dem ep2-Standard im Ausland wurde von der Vorinstanz nicht festgestellt und von den Beschwerdeführerinnen auch nicht behauptet. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass ep2-Terminals im Ausland von anderen Terminalherstellern hätten bezogen werden können. Davon ist angesichts des Umstands, dass alle relevanten Terminalhersteller bereits in der Schweiz tätig waren und ep2-Terminals angeboten haben, auch nicht auszugehen. Gegenteiliges wird von der Vorinstanz nicht festgestellt und von den Beschwerdeführerinnen ebenfalls nicht behauptet.

374. Angesichts dieser Aspekte ergibt sich eine Begrenzung des räumlich relevanten Markts für ep2-Terminals auf die Schweiz.

375. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 369) ist die Angebotssubstituierbarkeit entsprechend den Ausführungen zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts (vgl. E. 361 f.) auch in Bezug auf die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts nicht zu beachten.

#### **c) *Zeitlich relevanter Markt***

376. Zum zeitlich relevanten Markt sind die vorstehenden allgemeinen Ausführungen zu beachten (vgl. E. 338).

377. Im vorliegenden Fall kommt dem zeitlich relevanten Markt keine Bedeutung zu, weil die vorstehend abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Märkte keine zeitlich unterschiedlichen Aspekte aufweisen, weshalb eine temporäre Strukturierung nicht erforderlich ist. Von den Parteien werden auch keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt.

#### **d) *Zwischenergebnis***

378. Aufgrund der vorstehenden Feststellungen ist der Markt der ep2-Terminals einer weiteren rechtlichen Beurteilung im Rahmen von Art. 7 KG zu Grunde zu legen.

### **3) *Währungsumrechnung***

379. Innerhalb des Geschäftsbereichs des Devisenhandels grenzt die Vorinstanz den relevanten Markt der DCC-Währungsumrechnung bei



Kreditkartentransaktionen durch den Kartenakquisiteur bzw. einen Dritten in der Schweiz zum einen gegenüber dem Bereich der Währungsumrechnung bei Kreditkartentransaktionen durch einen Kartenaussteller sowie zum anderen implizit gegenüber sonstigen Devisenwechselgeschäften ab.

**a) Sachlich relevanter Markt**

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

380. Die Beschwerdeführerinnen verweisen zunächst darauf, dass die Vorinstanz keine umfassende Abgrenzung des Geschäftsbereichs des Devisenhandels vorgenommen habe und die Festlegung eines Markts der DCC-Währungsumrechnung lediglich auf einer summarischen Betrachtung und nicht auf verbindlichen Feststellungen beruhe.

381. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen handle es sich bei der DCC-Währungsumrechnung nur um eine Zusatzfunktion im Rahmen der Zahlungskartenakzeptanz.

382. Soweit von einem eigenständigen Markt auszugehen sei, umfasse der sachlich relevante Markt für Umrechnungsdienstleistungen bei Kreditkartenzahlungen jedenfalls auch die jeweiligen Umrechnungsdienstleistungen der Kartenaussteller. Denn die Kartenaussteller seien die grössten Anbieter von Umrechnungsdienstleistungen.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

383. Da die Vorinstanz auf die marktbeherrschende Stellung der SIX-Gruppe auf den Märkten der Kartenakzeptanz abstellt, nimmt sie zwar im Hinblick auf die Marktstellung der SIX-Gruppe auf dem Markt der DCC-Umrechnung nur eine summarische Betrachtung vor. Die Abgrenzung des Markts der DCC-Währungsumrechnung stützt die Vorinstanz dabei auf den Hinweis der unterschiedlichen Nachfrager ab.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

384. Aus dem Geschäftsbereich des Devisenhandels lassen sich zwei unterschiedliche Märkte für Währungsumrechnungen ableiten, die in Zu-

sammenhang mit einzelnen Zahlungskartentransaktionen stehen und jeweils von unterschiedlichen Marktgegenden nachgefragt werden.

385. Zum einen die „statische“ Währungsumrechnung durch den Kartenaussteller im Rahmen von dessen finaler Transaktionsabrechnung gegenüber dem Karteninhaber. Dabei werden die Umrechnungsdienstleistungen des Kartenausstellers im Rahmen des jeweiligen Zahlungskartensystems unmittelbar gegenüber den Karteninhabern als Marktgegenseite angeboten und von diesen nachgefragt, weil ansonsten eine Zahlungskarte im Ausland von den Karteninhabern nicht als Zahlungsmittel eingesetzt werden könnte.

386. Zum anderen die DCC-Währungsumrechnung durch den Kartenakquisiteur selbst oder durch ein mit dem Kartenakquisiteur in einem Kooperationsverhältnis stehendes drittes, auf die Durchführung von Währungsumrechnungen spezialisiertes Unternehmen. Dabei werden die Umrechnungsdienstleistungen im Rahmen des jeweiligen Zahlungskartensystems vom Kartenakquisiteur unmittelbar gegenüber dem Händler als Marktgegenseite angeboten und von diesem nachgefragt, damit dieser in seiner Verkaufsstelle den Karteninhabern gegenüber eine alternative Möglichkeit zum Devisenwechsel im Rahmen der Zahlungskartentransaktion anbieten kann.

387. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sind die Kartenaussteller nicht in den sachlich relevanten Markt der DCC-Währungsumrechnung mit einzubeziehen. Die Kartenaussteller erbringen im Bereich der Währungsumrechnung keine Dienstleistung, die von den Händlern nachgefragt und in Anspruch genommen werden kann. Von den Händlern können nur Umrechnungsdienstleistungen nachgefragt werden, die entweder von den Kartenakquisiteuren oder durch Dritte in Kooperation mit den Kartenakquisiteuren erbracht werden. Die Händler weisen auch kein Interesse an der statischen Währungsumrechnung auf, weil sie lediglich bei der DCC-Währungsumrechnung durch eine Kommission an den Einnahmen beteiligt werden. Statische und DCC-Währungsumrechnung bilden demzufolge von vornherein keine substituierbaren Produkte, weil sie sich jeweils an eine andere Gruppe von Nachfragern richten.

388. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 381) bildet die DCC-Währungsumrechnung auch keine bloße zusätzliche Funktion der Zahlungskartenakzeptanz oder der Zahlungskartenterminals. Viel-

mehr stellen Zahlungskartenakzeptanz und DCC-Währungsumrechnung unterschiedliche Produkte dar, weil bei einer funktionellen Betrachtung der Devisenhandel kein notwendiger Bestandteil einer Zahlungskartentransaktion darstellt. Gleiches gilt sowohl im umgekehrten Sinne als auch im Verhältnis zwischen Zahlungskartenterminals und DCC-Währungsumrechnung. Demgemäss werden die jeweiligen Umrechnungsdienstleistungen überwiegend auch durch auf den Devisenhandel spezialisierte Unternehmen erbracht.

**b) *Räumlich relevanter Markt***

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

389. Die Beschwerdeführerinnen gehen von einem Gesamtmarkt der Währungsumrechnung aus.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

390. Die Vorinstanz stützt ihre Marktabgrenzung auf die Aspekte ab, die im Rahmen der Würdigung des Gerichts dargestellt werden.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

391. Zum räumlich relevanten Markt sind die vorstehenden allgemeinen Ausführungen zu beachten (vgl. E. 320).

392. Die DCC-Währungsumrechnung wurde den Händlern ausschliesslich in Verbindung mit den Dienstleistungen eines Kartenakquisiteurs angeboten. Dies gilt sowohl für die Kooperationen von Aduno/First Currency Choice (Schweiz) AG, B&S/FCC Service Europe AB und ConCardis/Fexco als auch für die SIX-Gruppe, bei der Multipay als Kartenakquisiteur und Dienstleister der Währungsumrechnung auftrat. Dem Händler kam daher keine Möglichkeit zur Auswahl eines bestimmten Kartenakquisiteurs und eines bestimmten Dienstleisters für die Währungsumrechnung zu. Vielmehr zog die Wahl des Kartenakquisiteurs automatisch auch die Auswahl des Dienstleisters für die DCC-Währungsumrechnung nach sich.

393. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts für den Markt der DCC-Währungs-

umrechnung am räumlich relevanten Markt der Zahlungskartenakzeptanz auszurichten.

394. Demzufolge bildet auch für den Markt der DCC-Währungsumrechnung die Schweiz den räumlich relevanten Markt.

**c) *Zeitlich relevanter Markt***

395. Zum zeitlich relevanten Markt sind die vorstehenden allgemeinen Ausführungen zu beachten (vgl. E. 338).

396. Im vorliegenden Fall kommt dem zeitlich relevanten Markt keine Bedeutung zu, weil die vorstehend abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Märkte keine zeitlich unterschiedlichen Aspekte aufweisen, weshalb eine temporäre Strukturierung nicht erforderlich ist. Von den Parteien werden auch keine entsprechenden Behauptungen aufgestellt.

**d) *Zwischenergebnis***

397. Aufgrund der vorstehenden Feststellungen ist der Markt der DCC-Währungsumrechnung in der Schweiz einer weiteren rechtlichen Beurteilung im Rahmen von Art. 7 KG zu Grunde zu legen.

**VI. MARKTSTELLUNG**

398. Die Vorinstanz kommt zum Ergebnis, dass die SIX-Gruppe auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa sowie auf dem Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro im relevanten Zeitraum von Juli 2005 bis Januar 2007 eine marktbeherrschende Stellung eingenommen habe. Die lediglich implizit abgegrenzten Märkte der Kreditkartenakzeptanz und der Debitkartenakzeptanz der übrigen Zahlungskartensysteme werden hingegen keiner Beurteilung über die jeweilige Marktstellung der SIX-Gruppe zugeführt.

399. Für den Markt der DCC-Währungsumrechnung und den Markt der ep2-Terminals kommt die Vorinstanz aufgrund einer kursorischen Prüfung jeweils zum Ergebnis, dass die SIX-Gruppe zwar eine markante, nicht aber eine marktbeherrschende Stellung aufweise.

400. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass der SIX-Gruppe weder auf den verschiedenen Märkten der Zahlungskartenakzeptanz noch auf dem Markt für DCC-Währungsumrechnung noch auf dem Markt für ep2-Terminals eine marktbeherrschende Stellung zukommen würde.

401. Nachdem die Vorinstanz auf eine abschliessende Abklärung der Stellung der SIX-Gruppe auf dem Markt der DCC-Währungsumrechnung sowie auf dem Markt der ep2-Terminals verzichtet hat und die Beschwerdeführerinnen eine marktbeherrschende Stellung auf diesen Märkten ohnehin bestreiten, kann auf eine gerichtliche Überprüfung der Marktstellung der SIX-Gruppe auf diesen Märkten verzichtet werden, weil ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 7 KG sowohl in Form einer Geschäftsverweigerung als auch in Form einer Koppelung bereits auf Grundlage der marktbeherrschenden Stellung auf den durch die Vorinstanz untersuchten Märkten der Zahlungskartenakzeptanz nachgewiesen werden kann. Die gerichtliche Überprüfung ist daher auf die Stellung der SIX-Gruppe auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa sowie auf dem Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro im relevanten Zeitraum zu beschränken.

### **1) Marktbeherrschendes Unternehmen**

402. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich allein oder in Verbindung mit anderen Unternehmen auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmern, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüber hinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen. Ein solch besonderer Verhaltensspielraum besteht hingegen regelmässig nicht, wenn ein Unternehmen durch ausreichenden Wettbewerbsdruck in seinem Verhalten diszipliniert wird (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 311; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 6.1; BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 10.1; EuGH, 14.2.1978, 27/76, *United Brands* *Continentaal BV* gg. EU-Kom, EU:C:1978:22, zit. *United Brands*, Ziff. 63/66; EuGH,

EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 38 f.; EuGH, 9.11.83, 322/81, N.V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin BV gg. EU-Kom, EU:C:1983:313, zit. *Michelin*, E. 30; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 16 f.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 119 ff.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 262; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 166 ff.).

403. Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312 mit Verweis auf *Botschaft KG 1995*, 548; BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 10.1; EuGH, EU:C:1978:22, *United Brands*, Ziff. 63/66; EuGH, EU:C:1983:313, *Michelin*, Ziff. 31; EuG, 12.12.1991, T-30/89, *Hilti AG* gg. EU-Kom, EU:T:1991:70, zit. *Hilti*, Ziff. 90; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 18; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 124; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 696; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 268; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 220; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.52; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 44; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 77; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 91). Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 131).

404. Ungeachtet dessen, dass sich in der Wettbewerbspraxis bislang keine abschliessende Ordnung der Kriterien zur Prüfung der Marktstellung herausgebildet hat, bilden die wesentlichen Grundlagen einer Beurteilung der Einzelmarktbeherrschung eine Untersuchung der Marktstruktur, bei der regelmässig die Aspekte des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs unter gesonderter Berücksichtigung der Stellung der Marktgegenseite bzw. des Einflusses eines zusammenhängenden Markts abzuklären sind, der Unternehmensstruktur, mit der spezifische Merkmale und Eigenschaften des jeweiligen Unternehmens für ein unabhängiges Verhalten zu beachten sind, sowie gegebenenfalls eine Berücksichtigung des konkreten Marktverhaltens eines Unternehmens (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312; BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 10.1; EuGH, EU:C:1978:C:22, *United Brands*, Ziff. 67/68; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 18 ff.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 131; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 697 f.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 270 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 220;

WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.54 ff.; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 44; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 74; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 91).

405. Die marktbeherrschende Stellung ist nicht anhand fixer Kriterien, sondern immer mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem jeweils relevanten Markt festzustellen (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.1; EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 38 f.; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 18; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 132; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 696). Daher kann der Grad der Marktmacht, der jeweils für die Feststellung einer Marktbeherrschung im Einzelfall erforderlich ist, erheblich variieren. Es bestehen demzufolge auch keine allgemein gültigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313). Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt insbesondere nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 6.1; BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 10.1 m.w.H.; EuGH, EU:C:1978:C:22, *United Brands*, Ziff. 108/110). Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb durch andere Unternehmen gegeben sein. Zudem sind die Gründe für die Entwicklung einer marktbeherrschenden Stellung für deren Untersuchung und Feststellung unerheblich (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 125). Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung findet der Wahrscheinlichkeitsbeweis gemäss den Grundsätzen zur Bewertung von komplexen Wettbewerbslagen mit multiplen Wirkungszusammenhängen Anwendung (vgl. E. 1219; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2, 9.2.3.5; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 158 m.w.H., BVGer, B-829/2012, *Granella*, E. 7.4.3.4; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.4).

## 2) Massgeblicher Beurteilungszeitraum

406. Zwischen den Parteien ist streitig, welcher Zeitraum für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung heranzuziehen ist und in welcher Weise die Feststellung der Marktbeherrschung im Dispositiv dokumentiert werden kann.

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

407. Im Hinblick auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und deren zeitlicher Ausdehnung machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Sachverhalt sei von der Vorinstanz nur bis Ende 2008 erstellt worden, nicht aber für die Jahre 2009 und 2010.

408. Zudem erheben sie den Einwand, eine allgemeine Feststellung der Marktbeherrschung über den beurteilten Zeitraum hinaus im Dispositiv sei unzulässig. Entsprechend beantragen die Beschwerdeführerinnen eventualiter eine Anpassung der Ziff. 1 des Dispositivs.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

409. Im Zusammenhang mit der Frage nach der zeitlichen Ausdehnung der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung über das Jahr 2008 hinaus bringt die Vorinstanz vor, es entspreche ihrer Praxis, die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens in allgemeiner Weise festzustellen. Eine zeitliche Beschränkung auf die letzte Sachverhaltsermittlung oder das Verfügungsdatum fände nicht statt. Wäre die Feststellung zeitlich zu beschränken, so würde überdies die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 Abs. 4 KG vollständig ausgehöhlt. Zudem erfolge die Ermittlung des Sachverhalts regelmässig vor der Redaktion des Antrags des Sekretariats, der Stellungnahme der Parteien zum Antrag sowie der Entscheidphase bei der Vorinstanz. Dies gelte insbesondere für die Marktdaten, welche oftmals nur für das abgeschlossene Vorjahr vorlägen. Die Marktdaten könnten daher nicht „tagesaktuell“ zum Zeitpunkt des Erlasses der verfahrensabschliessenden Verfügung durch die Wettbewerbskommission sein.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

410. In Zusammenhang mit der Feststellung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens gemäss Art. 7 KG sind die Aspekte des Rechtscharakters und der Wirkung einer entsprechenden Feststellung, die materielle Beurteilung der Marktbeherrschung als Grundlage eines marktmissbräuchlichen Verhaltens, die formale Erwähnung der Feststellung bzw. der Marktbeherrschung im Dispositiv sowie die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu unterscheiden.



411. Im Hinblick auf den Charakter und die Wirkung einer Feststellung der Marktbeherrschung ist zunächst festzuhalten, dass dieser keine pflichtbegründende und damit konstitutive Wirkung zukommt. Vielmehr wird das Tatbestandselement der Marktbeherrschung mit Eintritt der entsprechenden tatsächlichen Gegebenheiten auf dem jeweiligen Markt verwirklicht. Einer kartellverfahrensrechtlichen Feststellung kommt daher lediglich ein rein deklaratorischer Charakter zu. Ansonsten wäre ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG von vornherein gar nicht tatbestandsmässig, was der Konzeption des neuen Kartellgesetzes offensichtlich widersprechen würde (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 321).

412. Für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung im relevanten Zeitraum ist es demzufolge unbeachtlich, ob in einem anderen vorgängig durchgeführten Kartellverwaltungs- oder sektorspezifischen Regulierungsverfahren eine entsprechende Feststellung getroffen oder nicht getroffen wurde (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 322).

413. Umgekehrt weist die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum auf. Deshalb ist es ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der dann bestehenden Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr muss das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden, auch wenn hierbei unter Berücksichtigung der prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten auf bereits vorgenommene Untersuchungshandlungen oder Beweismassnahmen zurückgegriffen werden kann (vgl. BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.5.1).

414. Die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens bildet die notwendige Voraussetzung für ein marktmissbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG. Die Untersuchung und Feststellung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens erfolgt dabei ausschliesslich im Hinblick auf eine bestimmte wirtschaftliche Handlung des Unternehmens und nicht losgelöst von dessen wirtschaftlichem Verhalten. Im Rahmen von Art. 7 KG ist demzufolge eine rein abstrakte Feststellung der Marktbeherrschung eines Unternehmens ausgeschlossen.

415. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens gemäss Art. 7 KG steht somit in einem Sachzusammenhang mit der Dauer des kartellrechtlich zu beurteilenden wirtschaftlichen Verhal-

tens als relevantem, d.h. massgeblichem Zeitraum. Für die Beurteilung einer allfälligen Wettbewerbswidrigkeit ist die Stellung des jeweiligen Unternehmens vor und nach dem relevanten Zeitraum hingegen irrelevant. Für diese Zeiten kommt der Marktstellung des Unternehmens allenfalls insoweit eine gewisse Bedeutung zu, als daraus Rückschlüsse auf die Marktstellung im relevanten Zeitraum vorgenommen werden können.

416. Vorliegend steht das wirtschaftliche Verhalten der SIX-Gruppe zwischen Juli 2005 und Januar 2007 als relevanter Zeitraum in Frage. Dementsprechend ist die Stellung der SIX-Gruppe in den relevanten Märkten für diesen Zeitraum festzustellen. Demgegenüber ist die Marktstellung der SIX-Gruppe in den Jahren 2008 bis 2010 für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unbeachtlich. Daher ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 407) irrelevant, ob die Marktstellung der SIX-Gruppe für die Jahre 2009 und 2010 von der Vorinstanz abgeklärt wurde oder nicht. Für die Feststellung der Marktstellung der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum bedarf es auch keines Rückschlusses von deren Stellung in den Jahren 2009 und 2010.

417. Umgekehrt kann im Rahmen einer Sanktionsverfügung allenfalls festgestellt werden, dass eine marktbeherrschende Stellung als Grundlage eines marktmissbräuchlichen Verhaltens während des jeweils relevanten Zeitraums bestanden hat. Die Formulierung in Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenenen Verfügung (vgl. SV J.I), wonach die marktbeherrschende Stellung „bereits in der für den Missbrauch massgeblichen Zeitperiode“ bestand, ist daher jedenfalls insoweit nicht korrekt, als dadurch zum Ausdruck gebracht wird, dass die marktbeherrschende Stellung auch nach dem relevanten Zeitraum gegeben ist.

418. Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung oder eines marktmissbräuchlichen Verhaltens im Rahmen des Dispositivs eines Urteils hatte das Bundesgericht zunächst entschieden (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6), dass es für die Beurteilung einer Sanktionsverfügung gemäss Art. 49a KG grundsätzlich weder erforderlich noch zulässig sei, im Dispositiv die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung oder eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gesondert vorzunehmen. In Anwendung dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat auch das Bundesverwaltungsgericht in einem späteren Urteil derartige Feststellungen dementsprechend abgelehnt (BVerwG, B-3677/2009, *ADSL II*, E. 381 ff.). Mittlerweile hat das Bundesgericht in einer neueren Entscheidung zu Wettbewerbsabreden gemäss

Art. 5 KG die Möglichkeit zur Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens im Dispositiv allerdings anerkannt (vgl. BGer, 18.5.2018, 2C\_101/2016, *Altimum SA* gg. *Weko*, publ. in: BGE 144 II 246, zit. *Altimum*, E. 17 [nicht publ.]).

419. Die Möglichkeit einer Feststellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens ist auch bei der Beurteilung einer Sanktionsverfügung in Bezug auf Art. 7 KG ungeachtet einer fehlenden ausdrücklichen Rechtsgrundlage aus verschiedenen Gründen sachgerecht. Zunächst ist zu beachten, dass bei einer Beschwerde gegenüber einer Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission ein Beschwerdeführer regelmässig nicht nur die Sanktion als solche angreift, sondern auch eine Änderung der Qualifizierung des der Sanktion zu Grunde liegenden Verhaltens als wettbewerbswidrig begehrt. Denn wie bei einer nicht mit direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG belegten sonstigen wettbewerbslichen Verhaltensweise stellt sich für ein am Verfahren beteiligtes Unternehmen die prinzipielle Frage, ob die betreffende Verhaltensweise in Zukunft vorgenommen werden darf oder nicht. Daher bedarf es auch eines gerichtlichen Ausspruchs über die Zulässigkeit des konkreten wettbewerbslichen Verhaltens, weil dadurch die Rechte und Pflichten des Unternehmens festgelegt werden. Zudem ergibt sich allein aus der Feststellung einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG nicht, ob die Sanktion auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede oder einem unzulässigen marktmissbräuchlichen Verhalten beruht; eine entsprechende Transparenz ist im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG aber sachdienlich. Darüber hinaus bleibt ein Bedürfnis für die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit eines konkreten wirtschaftlichen Verhaltens gerade auch dann bestehen, wenn eine Sanktionierung aus verschiedenen Gründen entfällt, z.B. weil die Entfallfrist des Art. 49a Abs. 3 lit. b KG oder die Grundsätze einer überlangen Verfahrensdauer Anwendung finden.

420. Selbst bei Anerkennung der sachgerechten Feststellung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens im Dispositiv eines Entscheids bedarf es allerdings auch unter Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 4 KG im Regelfall jedoch keiner zusätzlichen gesonderten Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens. Denn durch die Feststellung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG wird notwendigerweise implizit das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bejaht. Gleichzeitig wird dadurch die Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht verhindert, weil mit der Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens wiederum keine Aussage darüber verbunden ist, dass die

marktbeherrschende Stellung nach dem der Feststellung jeweils zu Grunde liegenden relevanten Zeitraum nicht mehr vorliegt.

*(4) Zwischenergebnis*

421. Die Beschwerde ist in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung durch die SIX-Gruppe im Dispositiv der angefochtenen Verfügung begründet. Die Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist deshalb aufzuheben. Allerdings kommt dieser formalen Aufhebung weder eine inhaltliche Bedeutung für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe noch für die Behandlung des Falles insgesamt zu.

**3) Markt für Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa**

422. Im Hinblick auf die Stellung der SIX-Gruppe auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa kommt den Aspekten des aktuellen Wettbewerbs, des potenziellen Wettbewerbs und der Unternehmensstruktur sowie der Stellung der Marktgegenseite eine massgebliche Bedeutung für die Beurteilung zu.

**a) Aktueller Wettbewerb**

423. Unter dem Gesichtspunkt des aktuellen Wettbewerbs ist nach der Wettbewerbspraxis festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

424. Die Marktentwicklung spreche gegen das Vorliegen einer Marktbeherrschung. Auf der Grundlage der offiziellen Zahlen der statistischen Monatshefte der Schweizerischen Nationalbank ergebe sich, dass die Anteile der SIX-Gruppe im Zeitraum von 2004 bis 2009 kontinuierlich von 60% auf 54% abgenommen hätten. Die von der Vorinstanz verwendeten Zahlen könnten hingegen wegen fehlender Offenlegung der Quellen und der exakten Anteile nicht überprüft und damit auch nicht herangezogen werden.

425. Dieser Feststellung widerspreche auch nicht der Umstand, dass die Umsätze von der SIX-Gruppe mit Mastercard und Visa in den letzten vier Jahren kontinuierlich angestiegen seien, weil dies auf dem erheblichen Anwachsen des Gesamtmarkts beruhe. Vielmehr könne hieraus abgeleitet werden, dass alle Kartenakquisiteure hätten wachsen können und dass insbesondere die Wettbewerber stärker gewachsen seien als die SIX-Gruppe.

426. Der schweizerische Markt sei hinsichtlich der Verarbeitungskosten zu klein, um tatsächlich Skaleneffekte als Grössenvorteile erzielen zu können. Die Verarbeitung sei zudem nicht an Landesgrenzen gebunden, sondern finde zentral statt. Deshalb sei die SIX-Gruppe auch ausserhalb der Schweiz aktiv, um eine ausreichende Anzahl an Transaktionen generieren zu können. Hierbei hätte die SIX-Gruppe keinen spezifischen Vorteil, weil sie auf europäischer Ebene ein kleiner Wettbewerber sei. Daher könnten keine relevanten Einsparungen erzielt werden. Die Wettbewerber der SIX-Gruppe seien zum Teil erheblich grösser und könnten deshalb insbesondere in der Verarbeitung erheblich stärkere Grössenvorteile einsetzen.

427. Dass die SIX-Gruppe diverse Produkte parallel anbiete, sei kein spezielles Merkmal von ihr. Vielmehr böten sämtliche Kartenakquisiteure jeweils mehrere Produkte an. Daher könnten keine spezifischen Verbundvorteile aufgrund von Skaleneffekten abgeleitet werden.

428. Die langfristigen Akzeptanzverträge würden keine Regelung über eine Exklusivitätsbindung oder ein Konkurrenzverbot enthalten und eine Verrechnung würde allein in Bezug auf die tatsächlich bezogenen Leistungen erfolgen. Daher würden diese Verträge kein Expansionshindernis für andere Wettbewerber darstellen.

429. Es bestehe auch kein Abhängigkeitsverhältnis seitens ConCardis oder B+S. Deren langfristige Routing- und Konvertierungsverträge mit der SIX-Gruppe seien rein technisch begründet. Hintergrund sei dabei, dass diese Kartenakquisiteure nicht eigenständig die notwendigen technischen Protokolle umsetzen wollten. Aufgrund von deren Make or Buy-Entscheidung ergäbe sich der Bestand des Vertragsverhältnisses. Aus diesem Umstand könne kein Abhängigkeitsverhältnis abgeleitet werden, welches die Wettbewerbswirksamkeit beeinträchtige.

430. Der von Aduno einseitig platzierte Wunsch nach einer Fusion bilde keine Grundlage für die Annahme, dass dieses Unternehmen seine eigene Wettbewerbsfähigkeit in Frage gestellt habe, wie von der Vorinstanz geltend gemacht werde. Bei dieser Annahme handle es sich um eine reine Spekulation der Vorinstanz.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

431. Die Vorinstanz begründet das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung zunächst unter Verweis auf die Marktstellung der SIX-Gruppe, die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung auf den Märkten der Kreditkartenakzeptanz, die nachfolgend auch im Zentrum der Würdigung durch das Gericht stehen.

432. Darüber hinaus macht sie spezifische Marktaspekte geltend, welche diese Annahme unterstützen würden.

433. So handle es sich beim Akzeptanzgeschäft um ein Volumengeschäft, in dem Grössenvorteile eine wichtige Rolle spielen würden, um die relativ hohen Fixkosten ausgleichen zu können, wodurch die Wettbewerbsfähigkeit erhöht werde.

434. Durch die Möglichkeit, sowohl unterschiedliche Zahlungskarten als auch verschiedene Produkte aus dem Bereich Akzeptanzgeschäft, Terminalgeschäft und Währungsumrechnung anbieten zu können, ergäben sich für die SIX-Gruppe erhebliche Verbundvorteile.

435. Aufgrund des Umstands, dass die Laufzeit der Akzeptanzverträge jeweils hoch gewesen sei und spätestens ab 2006 nur noch weniger als {5-[●●]-15}% der Händler über einen Akzeptanzvertrag mit einer Laufzeit von weniger als drei Jahren ausgestattet gewesen seien, während mehr als {45-[●●]-55}% Mehrheit der Händler sogar Verträge mit Laufzeiten von mehr als vier Jahren abgeschlossen hätten, ergebe sich eine erhöhte Bindungswirkung zu Gunsten der SIX-Gruppe, welche eine Abwanderung der Händler im Rahmen der notwendigen Ersetzung der bestehenden Zahlungskartenterminals durch neue ep2-Terminal möglichst verhindern sollte.

436. Das Bestehen von Zusammenarbeitsverträgen im technischen Bereich zwischen den anderen Wettbewerbern und der SIX-Gruppe während des relevanten Zeitraums habe zu einem Abhängigkeitsverhältnis

geführt, weil diese Konkurrenten darauf angewiesen gewesen seien, dass die Zusammenarbeit mit der SIX-Gruppe funktioniere.

437. Das Angebot von Aduno vom September 2006 gegenüber der SIX-Gruppe, das Akzeptanzgeschäft zusammenzulegen, habe dazu geführt, dass Aduno keine disziplinierende Wirkung auf die SIX-Gruppe habe ausüben können.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

#### (a) Ausgangslage

438. Für eine Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sind nach der Wettbewerbspraxis insbesondere folgende Faktoren von Bedeutung: (i) der Marktanteil des Unternehmens; (ii) die Marktanteilsverteilung; (iii) die Marktanteilsentwicklung; (iv) das Vorliegen von besonderen Marktphasen; (v) das Vorliegen von spezifischen Marktaspekten.

439. Aus diesen Aspekten ist eine Bewertung abzuleiten, ob die Konkurrenten in der Lage sind, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben. Das Ergebnis dieser Bewertung ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig. Als Faustregel lässt sich hierzu jedoch festhalten: Je höher der Marktanteil des Unternehmens ist oder je grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des untersuchten Unternehmens und den Marktanteilen seiner Konkurrenten ist bzw. je kleiner die Marktanteile der Konkurrenten sind, umso eher ist von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen (vgl. BVerfG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 331; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 275; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.55).

#### (b) Marktanteil des Unternehmens

440. Den zentralen Aspekt und Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet der Marktanteil des betreffenden Unternehmens. Je höher die Marktanteile ausfallen, umso eher bilden sie die Grundlage für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung; allerdings schliessen sie einen wirksamen Wettbewerb nicht zwangsläufig aus (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; BVerfG, 14.6.2004, 2A.306/2003, W. SA gg. Preisüberwacher, publ. in: BGE 130 II 449, zit. *TV-Abo-Preise*, E. 5.7.2; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 137; REINERT/

BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 270 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 225).

441. Aus der Wettbewerbspraxis lassen sich gewisse Anhaltspunkte für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung anhand des jeweiligen Marktanteils bei Absatzmärkten und der sich dabei üblicherweise ergebenden Marktanteilsverteilung ableiten (vgl. allgemein die Übersichten bei CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 138 f.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 700 ff.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 278 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 228).

442. Marktanteile ab 50% begründen nach der Wettbewerbspraxis zumindest eine Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die nur bei Vorliegen von entgegenstehenden Faktoren widerlegt wird (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; EuGH, EU:C:1991:286, *Akzo*, Ziff. 60; EuG, 1.7.2010, T-321/05, *AstraZeneca AB* u.a. gg. EU-Kom, EU:T:2010:286, zit. *AstraZeneca*, Ziff. 243, 288; BORER, *KG*, Art. 4 Rn. 19; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 138, 151; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.549; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 54; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 91; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 96; WEBER OLAF, *SJ-KartellR*, Art. 102 Rn. 35; a.A. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 226, Vermutungsschwelle bei 60%; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 698, Vermutungsschwelle bei 75%; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 277, keine Vermutungswirkung). Diese Vermutung wird bei Marktanteilen über 60% oder 70% weiter verstärkt, weshalb bei derartigen Marktconstellations die Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutung durch gegenteilige Faktoren entsprechend höher sind.

#### (c) Marktanteilsverteilung

443. Die Ausprägung der Vermutung für eine marktbeherrschende Stellung durch den jeweiligen Marktanteil hängt zudem von der konkreten Marktanteilsverteilung ab, die nach der Wettbewerbspraxis insbesondere folgende Aspekte für die Feststellung der tatsächlich vorhandenen Marktmacht umfasst: (i) die Anzahl der Konkurrenten, (ii) die Marktanteile der Konkurrenten, (iii) das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie (iv) die Wirtschaftskraft der Konkurrenten.



444. Die Berücksichtigung dieser Aspekte lässt sich durch folgende Faustregel bestimmen: Je geringer die Marktanteile der vorhandenen Konkurrenten sind und umso grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des Unternehmens zum Marktanteil des nächsten Konkurrenten dadurch ausfällt, umso eher ist eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben.

445. In der Wettbewerbspraxis führen eine Zersplitterung der Konkurrenz und ein daraus resultierender grösserer Abstand zwischen dem Marktanteil des Unternehmens und den Marktanteilen seiner Konkurrenten zu meist zur Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung ungeachtet der tatsächlichen Höhe des jeweiligen Marktanteils eines Unternehmens (vgl. WEKO, 18.12.2000, RPW 2001/1, 95, Intensiv SA, Ziff. 37; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 155 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 231). In diesem Fall können auch Marktanteile von weniger als 50% für die Qualifizierung einer marktbeherrschenden Stellung ausreichen (vgl. BGer, 5.9.2003, 2A\_142/2003, Cablecom GmbH gg. Teleclub AG, zit. *Cablecom*, E. 4.2.3; EuGH EU:C:1978:22, *United Brands*, Ziff. 108/110, 111/120; EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 51; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 156; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 226; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.549; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 56; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 93; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 96 m.w.N.).

(d) Marktanteilsentwicklung

446. Aus der Entwicklung der Marktanteile eines Unternehmens und seiner Konkurrenten in der Vergangenheit können gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Stabilität der Marktposition des Unternehmens abgeleitet werden (vgl. CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 148; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 276; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 230).

447. Als Anhaltspunkte lassen sich aus der Wettbewerbspraxis folgende Prämissen ableiten: Je gleichförmiger sich ein hoher Marktanteil eines Unternehmens im Laufe des relevanten Zeitraums darstellt, um so eher ist auf den Erhalt einer marktbeherrschenden Stellung zu schliessen (vgl. EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 44). Sinkende Marktanteile des jeweiligen Unternehmens schliessen die Feststellung einer Marktbeherrschung jedenfalls dann nicht aus, wenn der Marktanteil im-

mer noch hoch bleibt (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; EuG, EU:T:2010:266, *AstraZeneca*, Ziff. 288; EuG 17.12.2003, T-219/99, *British Airways plc gg. EU-Kom*, EU:T:2003:343, Ziff. 211 ff.; EuG, 8.10.1996, T-24/93, *Compagnie maritime belge SA u.a.*, EU:T:1996:132, Ziff. 77; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 148; nach REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 276 spricht dieser Umstand gegen eine marktbeherrschende Stellung).

(e) Besondere Marktphasen

448. Besondere Marktphasen können je nach Markt insoweit Bedeutung erlangen, als sie die Indizwirkung des Marktanteils unter Berücksichtigung der Marktanteilsentwicklung verstärken oder abschwächen können (vgl. CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 148 a.E., 158 m.w.H.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 354 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 230).

(f) Spezifische Marktaspekte

449. Als besondere Marktaspekte werden Umstände erfasst, die als wirtschaftliche, technische, vertriebliche oder sonstige Aspekte eine Veränderung der Marktstellung der bestehenden Marktteilnehmer in besonderer Weise beeinflussen (vgl. REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 300 ff.). Bei Vorliegen eines spezifischen Marktaspekts ist dessen Einwirkung auf die Marktentwicklung zu berücksichtigen.

(g) Sachverhalt

450. Die SIX-Gruppe weist nach den Feststellungen der Vorinstanz aufgrund der von den Marktteilnehmern erhobenen Daten im vorliegenden sowie in weiteren Verfahren (vgl. WEKO, RPW 2004/1, 106, *Kreditkartenakzeptanz*, Ziff. 190; WEKO, 1.9.2003, RPW 2004/4, 1002, *Corner Banca SA gg. Telekurs AG*, zit. *Corner/Telekurs Vorsorgliche Massnahmen*, Ziff. 36 ff.) in den Jahren 2004 bis 2008 und damit vor, während und nach dem relevanten Zeitraum auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa einen Marktanteil von mindestens {60-[●●]-70}% im Hinblick auf das Transaktionsvolumen der mit den Kreditkarten jeweils vorgenommenen Zahlungen auf. Bei einer Heranziehung der Anzahl an Transaktionen als Grundlage der Betrachtung würde der Marktanteil sogar noch höher, d.h. bei über {70-[●●]-80}% liegen.

451. Der Marktanteil am gemeinsamen Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa betrug Ende 2006 {60-[••]-70}%. Der Marktanteil am Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard betrug Ende 2006 {70-[••]-80}%. Der Marktanteil am Markt der Kreditkartenakzeptanz von Visa betrug Ende 2006 {60-[••]-70}%.

452. Diese Marktanteile begründen daher die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung zu Gunsten der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum zwischen Juli 2005 und Januar 2007.

453. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Marktanteile (vgl. E. 424), die auf den Daten des statistischen Monatshefts der Schweizerischen Nationalbank beruhen, beziehen sich auf den Anteil der SIX-Gruppe am Gesamtmarkt Kredit. Dabei werden alle Kreditkarten einschliesslich von American Express und Diners erfasst. In Bezug auf diesen Markt weist die SIX-Gruppe vor, während und nach dem relevanten Zeitraum einen Marktanteil von deutlich über 50% auf (2004: 60%; 2005: 57%, 2006: 55%, 2007: 55% und 2008: 55%). Dabei stabilisierte sich der Marktanteil nach einem leichten Rückgang von 60% in 2004 seit 2006 bei 55%. Da die jeweiligen Marktanteile am Gesamtmarkt Kredit der übrigen Kreditkartensysteme deutlich geringer sind als diejenigen von Mastercard und Visa (vgl. WEKO, RPW 2004/1, 106, *Kreditkartenakzeptanz*, Ziff. 190), ist der begründete Schluss zu ziehen, dass der Marktanteil der SIX-Gruppe am Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und/oder Visa jedenfalls bei 55% liegt. Auch das eigene Vorbringen der Beschwerdeführerinnen begründet demzufolge eine Vermutung für eine Marktbeherrschung der SIX-Gruppe.

454. Aufgrund der festgestellten Marktanteile, welche die SIX-Gruppe auf dem Markt der Kartenakzeptanz für Kreditkarten Mastercard und Visa im relevanten Zeitraum zukommen, wäre demnach unabhängig davon, ob ein einheitlicher Markt oder zwei unabhängige Märkte zu Grunde zu legen sind, von einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe auf dem jeweiligen Markt auszugehen.

455. Die Marktanteile von Aduno, als desjenigen Konkurrenten mit der zweitbesten Marktposition, betragen gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auf dem gemeinsamen Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa {15-[••]-25}%, auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz von Mastercard {15-[••]-25}% sowie auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz von Visa {25-[••]-35}%. Die Marktanteile der beiden wei-

teren Konkurrenten ConCardis und S+B waren demgemäss noch deutlich geringer und belaufen sich auf insgesamt {5-[••]-15}%. Die Marktanteile der SIX-Gruppe sind bei Betrachtung aller verschiedenen Märkte zum einen signifikant höher als diejenigen ihrer Konkurrenten und zum anderen weisen sie den {doppelten bis vierfachen} Umfang der Marktanteile des nächstbesten Konkurrenten auf. Die Marktanteilsverteilung stützt die Vermutung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe demzufolge weiter ab.

456. Die Marktanteilsentwicklung spricht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 425) nicht für einen relevanten Abbau der bestehenden Marktposition von Multipay. Die SIX-Gruppe hatte zwar einen leichten Rückgang des Marktanteils hinzunehmen. Allerdings ist dieser Rückgang, wie die Beschwerdeführerinnen selbst konstatieren, in einen starken Anstieg des Gesamtmarkts im Zeitraum von 2004 bis 2008 eingebettet. Dabei konnte die SIX-Gruppe entsprechend der eingetretenen Steigerung der Gesamtumsätze mit Mastercard und Visa von annähernd 50% ihren Umsatz mit Mastercard und Visa ebenfalls um nahezu {45-[••]-55}% steigern. Eine bedeutsame Veränderung im Verhältnis der Marktanteile zwischen der SIX-Gruppe und ihren Konkurrenten hat sich dadurch jedoch nicht ergeben. Insbesondere wies die SIX-Gruppe auch danach immer noch Marktanteile auf, welche die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung begründen. Auch die Marktanteilsentwicklung spricht daher für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung.

457. Im Hinblick auf die vorliegend in Frage stehenden spezifischen Markt Aspekte Grössen- und Verbundvorteile, Dauer der Akzeptanzverträge sowie Abhängigkeitsverhältnisse führen die Parteien unterschiedliche Argumentationen im Hinblick auf deren Bedeutung für die Begründung bzw. Ablehnung einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe an (vgl. E. 426 ff. sowie E. 432 ff.). Die von der Vorinstanz vorgetragene Überlegungen sprechen zwar dafür, dass die Möglichkeiten der SIX-Gruppe zu einem unabhängigen Verhalten aufgrund dieser Aspekte erweitert wurden. Die Beschwerdeführerinnen bestätigen auch die Argumentation der Vorinstanz zu Grössenvorteilen, wenn sie anführen, dass die SIX-Gruppe das Akzeptanzgeschäft auch ausserhalb der Schweiz betreibt, um eine ausreichende Anzahl an Transaktionen generieren zu können. Gewisse technische Abhängigkeiten oder Fusionsüberlegungen begünstigen sicherlich auch nicht die Umsetzung von aggressiven Wettbewerbsstrategien zwischen Konkurrenten. Die geltend gemachte Begründetheit dieser Aspekte bedarf jedoch keiner abschliessenden Abklärung,

weil die von den Beschwerdeführerinnen hiergegen vorgetragene Überlegung jedenfalls nicht geeignet sind, die vorstehend dargestellte, aus den Marktanteilen, der Marktanteilsverteilung und der Marktanteilsentwicklung sich ergebende Einschätzung einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe zu widerlegen.

458. Es ist demzufolge nicht davon auszugehen, dass von Seiten der Konkurrenten im relevanten Zeitraum ein ausreichender disziplinierender Einfluss der SIX-Gruppe auf den Märkten der Kreditkartenakzeptanz ausgeübt werden konnte. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass aufgrund einer Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs von einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum auszugehen ist.

#### **b) *Potenzieller Wettbewerb***

459. Unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Wettbewerbs ist nach der Wettbewerbspraxis zu untersuchen, in welchem Ausmass das jeweilige Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten. Allein die Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Konkurrenten kann unter gewissen Voraussetzungen eine disziplinierende Wirkung auch auf ein Unternehmen ausüben, dem aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine besondere Stellung am Markt zukommt (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 334; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 165 f.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 697; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 342 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 233).

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

460. Entgegen den Darlegungen in der angefochtenen Verfügung bestehen nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen für Wettbewerber keine Expansionshindernisse von Bedeutung.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

461. Die Vorinstanz stützt die angefochtene Verfügung im Wesentlichen auf die Gründe ab, die im Rahmen der Würdigung des Gerichts dargestellt werden.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

462. Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn von diesen ein spürbarer Einfluss ausgehen würde, der den Verhaltensspielraum des jeweiligen Unternehmens einzuengen und dessen Verhalten zu beeinflussen vermag. Ein spürbarer Einfluss setzt voraus, dass der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgen würde (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 339; im Ergebnis ebenso CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 167; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 699; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 342 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 233; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 584; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 64). Dabei ist die vergangenheitsbezogene Beurteilung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens sachgerecht zu berücksichtigen (vgl. E. 257 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 238; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.528).

(a) *Ausgangslage*

463. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Konkurrenten ist dann gegeben, wenn aufgrund konkreter wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Anhaltspunkte mit einem entsprechenden Markteintritt zu rechnen ist. Hingegen stellt allein die theoretische Möglichkeit eines Markteintritts keine ausreichende Grundlage für eine solche Annahme dar (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 340; EuGH, EU:C:1974:18, *Commercial Solvents*, Ziff. 15; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 167).

464. Im Rahmen der Feststellung, ob ausreichende konkrete Anhaltspunkte vorliegen, kommt den bestehenden Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken besondere Beachtung zu. Dabei handelt es sich um alle Kriterien, die in Bezug auf eine erfolgreiche Etablierung des jeweiligen Produkts auf dem Markt im Einzelfall bei sachgerechter Würdigung für

oder gegen die Aufnahme des Produktabsatzes im betreffenden Markt und – falls der Markteintritt nicht erfolgreich gestaltet werden kann – im Rahmen eines darauf folgenden Marktaustritts von einem Unternehmen zu berücksichtigen sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 341; vgl. die jeweilige Auflistung bei CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 170 ff.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 311 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 234 ff.). Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige Entwicklung an Neueintritten auf dem Markt zu beachten.

465. Ein absehbarer Zeitraum für einen Markteintritt liegt dann vor, wenn der Zeitpunkt der Produkteinführung auf dem relevanten Markt mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden kann und der bis dahin verbleibende Zeitraum nicht so lang ist, dass dadurch dem potenziell marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, in dieser Zeit seinen Verhaltensspielraum noch in unangemessener Weise auszunutzen. Auch die Bestimmung der Absehbarkeit hat im Einzelfall aufgrund von dessen konkreten Umständen zu erfolgen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 342; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 169 a.E.; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 344; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 233).

466. Eine hinreichende Konkurrenzwirkung setzt voraus, dass ein oder mehrere Konkurrenten in den Markt eintreten werden, die alleine oder zusammen das Angebot auf dem relevanten Markt in einem solchen Umfang erweitern, dass die Marktgegenseite des jeweiligen Unternehmens ausreichende Ausweichmöglichkeiten erhalten. Ausreichend sind die Ausweichmöglichkeiten dann, wenn eine solche Anzahl an Marktteilnehmern die neuen Produkte erlangen kann, dass das jeweilige Unternehmen dieses Ausweichen nicht hinnehmen kann. Andernfalls besteht für das jeweilige Unternehmen keine Notwendigkeit für eine Änderung des eigenen Verhaltens, weil die Marktgegenseite mangels tatsächlich vorhandener Alternativen auch weiterhin ganz überwiegend auf die Abnahme seiner Produkte angewiesen ist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 343; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 344a m.w.H.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 233).

(b) Sachverhalt

467. Im vorliegenden Sachverhalt war im relevanten Zeitraum nicht davon auszugehen, dass aufgrund des potenziellen Wettbewerbs durch neue

Konkurrenten ein ausreichender disziplinierender Wettbewerbsdruck zu Lasten der SIX-Gruppe bestand.

468. Für den Eintritt in den Markt der Kreditkartenakzeptanz bestehen erhebliche Markteintrittsschranken. Ein entsprechender Markteintritt setzt die Einrichtung einer komplexen technischen Infrastruktur voraus. Hierfür ist sowohl ein umfassendes Know-how als auch ein erheblicher finanzieller Aufwand erforderlich. Anhaltspunkte für einen absehbaren konkreten Markteintritt bestanden im relevanten Zeitraum nicht. Es fanden effektiv auch keine Markteintritte statt.

469. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die angesichts des aktuellen Wettbewerbs bestehende marktbeherrschende Stellung der SIX-Gruppe durch den potenziellen Wettbewerb im relevanten Zeitraum nicht aufgehoben wurde.

### **c) Unternehmensstruktur**

470. Für die Beurteilung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung sind auch die Merkmale des jeweiligen Unternehmens, die für oder gegen die Möglichkeit zur Ausübung eines unabhängigen Verhaltens sprechen können, zu berücksichtigen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 350; CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 131; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 697; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 345; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 251; ZÄCH, *Kartellrecht*, Rn. 584, 586 f.). Bei diesen Merkmalen handelt es sich insbesondere um Wirtschafts- und Finanzkraft, Ressourcen für Entwicklung und Forschung, Qualität von Unternehmensleitung und Personal sowie technologische Ausstattung.

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

471. Die Beschwerdeführerinnen tragen vor, dass sich aufgrund der Unternehmensstruktur keine begründeten Wettbewerbsvorteile zu Gunsten der Multipay ergäben.

472. Insbesondere sei zu beachten, dass der zu untersuchende Vorwurf sich auf eine Verhaltensweise in den Jahren 2005 und 2006 richte. Zu diesem Zeitpunkt habe Multipay noch gar nicht zur Six-Gruppe gehört, weil diese noch nicht konstituiert gewesen sei. Die Vorinstanz beurteile



daher einen falschen Sachverhalt im Hinblick auf die vorgeworfene Handlung. Auch die strukturelle Änderung im Jahr 2007 sei nicht von Relevanz für die Beurteilung der Marktstellung in den Jahren 2005 bis 2006. Es lasse sich keine Rückwirkung von späteren strukturellen Entwicklungen auf die Marktstellung im relevanten Zeitraum ableiten.

473. Es bestünde keine Berechtigung, die aktuelle Marktstellung zur Beurteilung von früheren Verhaltensweisen heranzuziehen. Dies gelte insbesondere deshalb, weil die Vorinstanz ausweislich der angefochtenen Verfügung keine Abklärungen hinsichtlich der aktuellen Marktstellung vorgenommen habe. Allein aus dem Umstand, dass die SIX-Gruppe erfolgreich sei, könne nicht abgeleitet werden, dass sich die Multipay finanziell unabhängig verhalten könne.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

474. Die Vorinstanz macht insbesondere geltend, dass der Multipay aufgrund der Integration der Telekurs-Gruppe in die SIX-Gruppe angesichts der damit verbundenen Verstärkung der Finanzkraft weitere Verhaltensspielräume eröffnet worden seien.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

475. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensstruktur keine Gründe, welche die Einschätzung einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund der Beurteilung der Marktstruktur aufheben könnten.

476. Die Integration der Telekurs-Gruppe in die SIX-Gruppe im Jahre 2007 stellt zwar keinen Umstand dar, der in Bezug auf die Unternehmensstruktur während des relevanten Zeitraums zu berücksichtigen ist, weil die Vorinstanz nicht darlegt, dass gewisse Vorwirkungen dieser Unternehmenstransaktion zu diesem Zeitpunkt bereits vorgängig auf die Wettbewerbsverhältnisse ausgestrahlt hätten.

477. Die Multipay war im relevanten Zeitraum ein Gruppenunternehmen der Telekursgruppe, bei der es sich um eine Finanzdienstleistungsgruppe mit unterschiedlichen Geschäftsbereichen handelte, die angesichts eines Betriebsertrags in Höhe von 697,8 Mio. CHF, eines Gewinns in Höhe von

77 Mio. CHF und erheblicher Finanzressourcen über eine beachtliche Finanz- und Wirtschaftskraft verfügte.

478. Vor diesem Hintergrund sind weder Aspekte der Unternehmensstruktur ersichtlich noch werden solche von den Beschwerdeführerinnen vorgetragen, welche die angesichts des aktuellen Wettbewerbs bestehende marktbeherrschende Stellung der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum aufheben würden.

**d) *Stellung der Marktgegenseite***

479. Zwischen den Parteien ist streitig, ob im vorliegenden Fall eine Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe durch die Möglichkeit zur Ausübung von Wettbewerbsdruck von Seiten der Marktgegenseite in relevanter Weise beeinflusst wird.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

480. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen sei eine Marktbeherrschung durch die SIX-Gruppe ausgeschlossen, weil der Multipay in sämtlichen Märkten des Akzeptanzgeschäfts eine starke Marktgegenseite gegenübergestanden habe, welche erheblichen Wettbewerbsdruck hätte ausüben können. Multipay habe sich deshalb nicht unabhängig von ihren Kunden verhalten können, weshalb sie im Vergleich zu den Konkurrenten von ihren Kunden unter erheblichen Wettbewerbsdruck gesetzt werde. Die Stellung der Marktgegenseite sei daher von erheblicher Bedeutung für die Beurteilung der Marktstellung von Multipay gegenüber ihren Konkurrenten.

481. Für die Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite seien dabei folgende Aspekte von Bedeutung: (i) die Grösse der Nachfrager sowie deren Wichtigkeit für das untersuchte Unternehmen und (ii) die Zahl der Nachfrager und deren Organisationscharakter. Ein grosser Nachfrager habe jederzeit die Möglichkeit, gegenüber dem relevanten Unternehmen Gegenmacht auszuüben, weil er glaubwürdig mit einem Wechsel drohen könne.

482. Fehlende Organisation oder Zersplitterung bzw. atomistische Strukturierung liessen auf eine fehlende starke Stellung der Marktgegenseite schliessen. Im vorliegenden Fall würden jedoch Branchen- und Interes-

senverbände, z.B. in den Bereichen Hotellerie, Gastrobetriebe, Sportgeschäfte, Apotheken sowie die Erdölvereinigung, die Interessen ihrer Mitglieder äusserst aktiv vertreten, wodurch eine erhebliche Gegenmacht aufgebaut werde. Darüber hinaus würde der Interessenverband VEZ die Tätigkeit der Kartenaussteller und Kartenakquisiteure genau untersuchen und mittels aggressiver Presseberichterstattungen und Interventionen bei den Wettbewerbsbehörden erheblichen Druck ausüben. Deshalb könne sich die SIX-Gruppe diesen Vereinigungen gegenüber nicht unabhängig verhalten.

483. Unternehmen wie Migros, Coop, Post, die SBB u.a. seien starke Marktteilnehmer, die erhebliche Nachfragemacht ausüben könnten.

484. Im Jahr 2009 würden die grössten zehn Kunden von Multipay 65% aller Transaktionen im Bereich der domestischen Maestro-Transaktionen ausführen.

485. Die Behauptung in der angefochtenen Verfügung, bei der Marktgegenseite handle es sich um eine „eher heterogene Gruppe mit vielen kleinen Marktteilnehmern“, welche sich nur schlecht organisieren“ liessen, sei daher tatsachenwidrig. Es könne demzufolge nicht von einer schlecht organisierten Marktgegenseite die Rede sein.

## *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

486. Die Vorinstanz stützt ihre Begründung in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen auf die Aspekte ab, die im Rahmen der Würdigung durch das Gericht angesprochen werden.

## *(3) Würdigung durch das Gericht*

487. Soweit einem Unternehmen in einem relevanten Markt aufgrund der Beurteilung des aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerbs eine marktbeherrschende Stellung zuzusprechen wäre, lässt sich fragen, ob diese Einschätzung auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nachfragemacht der Marktgegenseite zu bestätigen ist. Soweit die Marktgegenseite eine hinreichende starke Stellung im Markt aufweist, könnte nämlich auch sie eine disziplinierende Wirkung auf das marktbeherrschende Unternehmen zu Gunsten aller Marktteilnehmer des relevanten Markts ausüben (vgl. REKO/WEF, RPW 2005/4, 697, *Ticketcorner AG*, Ziff. 5.3.5 a.E.;

CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 4 II Rn. 160 m.w.H.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 697; REINERT/BLOCH, *BSK-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 304 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 2 Rn. 245; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.529; EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*, Ziff. 18; a.A. SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 92 a.E.).

488. Damit sich auf dem relevanten Markt ein entsprechendes Ergebnis einstellt, müsste die Marktgegenseite allerdings einen derartigen Wettbewerbsdruck aufbauen können, dass sowohl die Wettbewerber des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens als auch die übrigen Unternehmen der Marktgegenseite von dessen fehlender Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten profitieren würden. Nicht ausreichend für eine Beeinflussung im Rahmen einer Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung ist hingegen, dass lediglich einzelne Unternehmen der Marktgegenseite über solch eine wirtschaftliche Stärke verfügen, die sie jeweils in die Lage versetzen, ihre Verhandlungspositionen gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen zumindest teilweise durchzusetzen.

489. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ergeben sich keine Aspekte, die den Ausschluss der Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten von Seiten der SIX-Gruppe darlegen oder gar belegen würden.

490. Ein Verweis auf das Bestehen und die Tätigkeit von verschiedenen Branchen- bzw. Interessenverbänden ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 482) nicht geeignet, die Möglichkeit der Ausbildung einer marktbeherrschenden Stellung zu widerlegen. Diese Ausgangslage stellt im heutigen Wirtschaftsleben einen allgemein bekannten und üblichen Parameter dar. Daraus lässt sich nicht ein zwingender Rückschluss auf den Ausschluss eines unabhängigen Verhaltens von Seiten eines Unternehmens auf einem relevanten Markt vornehmen, weil ansonsten auch die durch die Wettbewerbspraxis bereits festgestellten Fälle einer marktbeherrschenden Stellung gar nicht hätten auftreten können.

491. Auch der allgemeine Verweis auf die Nachfragemacht einzelner bekannter Unternehmen ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 483) nicht geeignet, die Möglichkeit der Ausbildung einer marktbeherrschenden Stellung zu widerlegen.

492. Im Hinblick auf die spezifischen Darlegungen der Beschwerdeführerinnen zu den grössten zehn Kunden der SIX-Gruppe im Markt der Debit-

kartenakzeptanz (vgl. E. 484) ist im Ergebnis das Gleiche festzuhalten, und zwar ungeachtet des Umstands, dass die entsprechenden Daten der Debitkartenakzeptanz angesichts des unterschiedlichen Einsatzgebiets von Kredit- und Debitkarten (vgl. SV H.f) nicht für die Märkte der Kreditkartenakzeptanz übernommen werden können und die Beschwerdeführerinnen entsprechende Daten für die Kreditkartenakzeptanz nicht vorgelegt haben. Die von den Beschwerdeführerinnen aufgeführten Unternehmen stammen aus den Geschäftsbereichen Lebensmittel (2 Unternehmen), Transport (1), Tankstellen (4), Schuhe (1), Einrichtung (1) und Telekommunikation (1). Dabei kommt den beiden Unternehmen im Geschäftsbereich Lebensmittel ein Umsatzanteil von {20-[●●]% bzw. [●●]-30%} zu, während die übrigen acht Unternehmen lediglich Umsatzanteile von {0.5-[●.●] bis max. [●.●]-3.5% aufweisen. Dem stehen weitere Tausende von Händlern gegenüber, die eine Vertragsbeziehung mit der SIX-Gruppe im Akzeptanzgeschäft aufweisen. Vor diesem Hintergrund ist weder ersichtlich, warum die genannten zehn Unternehmen tatsächlich solch einen Wettbewerbsdruck ausüben sollen, dass alle Marktteilnehmer der Marktgegenseite in gleicher Weise behandelt würden, noch lässt sich daraus ableiten, dass der Wettbewerbsdruck so hoch ist, dass sogar die Wettbewerber der SIX-Gruppe im relevanten Markt von der Marktmacht der Kunden der SIX-Gruppe profitieren würden. Von den Beschwerdeführerinnen werden denn auch keine entsprechenden konkreten Darlegungen vorgebracht.

493. Dass ein ausreichender Wettbewerbsdruck durch die Marktgegenseite im Gesamtmarkt nicht besteht, wird im Übrigen bereits dadurch belegt, dass die Händlerkommissionen im Akzeptanzgeschäft nach der unstrittigen Feststellung der Vorinstanz in den verschiedenen Branchen unterschiedlich hoch ausgestaltet sind. Demzufolge haben offensichtlich weder alle Händler die gleiche Verhandlungsmacht, um die günstigsten Konditionen zu erlangen, noch sorgt der Wettbewerbsdruck der grössten Kunden der SIX-Gruppe dazu, dass diese gegenüber allen Händlern die gleichen Bedingungen anwenden. Vielmehr wird der nicht ausreichende Wettbewerbsdruck der Marktgegenseite dadurch bestätigt, dass mit den Bereichen {„●●●●●●●●“} und {„●●●●●●“} gerade diejenigen Branchen die günstigsten Konditionen aufweisen, denen nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen aufgrund ihrer Umsatzanteile die grösste Verhandlungsmacht zukommt.

#### **e) Zusammenfassung**

494. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der SIX-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt der Kreditkartenakzeptanz Mastercard und Visa im relevanten Zeitraum zukam, unabhängig davon, ob ein Gesamtmarkt wie von der angefochtenen Verfügung unterstellt oder getrennte Märkte entsprechend den Feststellung der REKO/WEF (vgl. E. 279) betrachtet werden.

#### **4) Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro**

495. Für die Beurteilung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe auf dem Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro sind die Aspekte des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs sowie die Unternehmensstruktur und die Stellung der Marktgegenseite für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen. Für die entsprechenden allgemeinen Erläuterungen ist auf die Erwägungsgründe zum Markt für Kreditkartenakzeptanz zu verweisen (vgl. E. 438 ff., 462 ff., 475 ff., 487 ff.).

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

496. Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst allgemein diejenigen Einwände geltend, die sie bereits zur Stellung der SIX-Gruppe auf dem Markt für Kreditkartenakzeptanz von Mastercard und Visa vorgebracht haben.

497. Darüber hinaus behaupten sie, das Debitkarten-Akzeptanzgeschäft sei stark reguliert, weil die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit bereits mit Entscheiden, vorsorglichen Massnahmen und einvernehmlichen Regelungen in diesen Geschäftsbereich eingegriffen hätten. Daher sei es den Marktteilnehmern nicht mehr möglich, unabhängig von drohenden Eingriffen der Wettbewerbsbehörden ihr Marktverhalten zu bestimmen. Deswegen habe die SIX-Gruppe über keinen Handlungsspielraum mehr verfügt. Bereits aus diesem Grunde sei eine marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

498. Die Vorinstanz stützt ihre Begründung in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen auf diejenigen Aspekte ab, die im Rahmen der Würdigung durch das Gericht dargelegt werden.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

499. Die SIX-Gruppe weist im relevanten Zeitraum ausweislich der Feststellungen der Vorinstanz einen Marktanteil von mehr als 90% am Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro auf Grundlage der angefallenen Transaktionsumsätze auf. Dieser ausserordentlich hohe Marktanteil ist darauf zurückzuführen, dass die SIX-Gruppe bis zum Jahr 2005 eine Monopolstellung aufgrund einer nationalen Exklusivlizenz für die nationale ec-direkt-Karte inne hatte, die erst mit dem Übergang auf die internationale Maestro-Karte und den damit verbundenen Wegfall von Exklusivlizenzen aufgehoben wurde (vgl. SV H.e). Im Sommer 2005 begann Aduno mit dem Maestro-Akzeptanzgeschäft und im Jahr 2006 traten die beiden internationalen Kartenakquisiteure B&S und ConCardis in diesen Markt ein. Dieser Marktanteil begründet die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung zu Gunsten der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum.

500. Der Marktanteil der Aduno als desjenigen Konkurrenten mit der zweitbesten Marktposition betrug Ende 2006 lediglich {0-[•]-5}%, die beiden anderen Wettbewerber B&S und ConCardis hatten zu diesem Zeitpunkt noch geringfügigere Marktanteile. Der Marktanteil der SIX-Gruppe ist zum einen signifikant höher als derjenige ihrer Konkurrenten und zum anderen weist er den {25-[••]-50}-fachen Umfang des Marktanteils des nächstbesten Konkurrenten auf. Die Marktanteilsverteilung stützt die Vermutung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe demzufolge weiter ab.

501. Die Marktentwicklung spricht gegen einen relevanten Abbau der bestehenden Marktposition der SIX-Gruppe. Aufgrund der Aufhebung der Exklusivitätslizenz war ein gewisser Rückgang des Marktanteils vorherzusehen. Bis Ende 2006 hatte die SIX-Gruppe allerdings nur einen minimalen Rückgang hinzunehmen. Angesichts des weiterhin ausserordentlich hohen Marktanteils hat sich dadurch jedoch keine bedeutsame Veränderung im Verhältnis der Marktanteile zwischen der SIX-Gruppe und ihren Konkurrenten ergeben.

502. Es ist demzufolge nicht davon auszugehen, dass von Seiten der Konkurrenten im relevanten Zeitraum auf dem Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro ein ausreichender disziplinierender Einfluss auf die SIX-Gruppe ausgeübt werden konnte. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass aufgrund einer Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs von einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum auszugehen ist.

503. Unter dem Aspekt des potenziellen Wettbewerbs ergibt sich keine andere Einschätzung. Während des relevanten Zeitraums war aufgrund der vorstehend aufgeführten Kriterien (vgl. E. 462 ff.) weder die Annahme gerechtfertigt, wonach ein Markteintritt von weiteren Konkurrenten dazu führen würde, dass sich die SIX-Gruppe nicht mehr unabhängig verhalten können werde, noch die Vorstellung begründet, dass die Einführung der neuen Debitkarte V Pay durch Visa in der Schweiz zu einem Wettbewerbsdruck auf dem Markt der Debitkartenakzeptanz von Maestro führen würde. Dies wird durch die tatsächliche Entwicklung bestätigt. Bis zum Jahr 2008 hatte Aduno lediglich einen Marktanteil von  $\{5-[\bullet]-10\}\%$  erwerben können, die beiden anderen Wettbewerber wiesen auch zu diesem Zeitpunkt noch keinen beachtenswerten Marktanteil auf. Während die SIX-Gruppe die Anzahl an Händlern mit einem Maestro-Akzeptanzvertrag bis zum Jahr 2008 um annähernd  $\{25-[\bullet\bullet]-35\}\%$  ausbauen konnte, musste Aduno sogar wieder einen Rückgang an Händlern mit einem Maestro-Akzeptanzvertrag verzeichnen. Die Debitkarte V Pay wurde sogar erst im Jahr 2014 in der Schweiz eingeführt.

504. Die Berücksichtigung der Unternehmensstruktur der SIX-Gruppe führt entsprechend den Ausführungen zur Kreditkartenakzeptanz (vgl. E. 477) ebenfalls nicht zu einer anderen Einschätzung.

505. Gleiches gilt für die Beurteilung des Einflusses der Marktgegenseite, wie dies vorstehend zum Markt der Kreditkartenakzeptanz dargelegt wurde (vgl. E. 487 ff.).

506. Der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Einwand (vgl. E. 497), wonach der Handlungsspielraum der SIX-Gruppe durch die regulatorischen Eingriffe der Wettbewerbsbehörde völlig eingeschränkt sei, ist von vornherein unbehelflich. Denn beim Markt des Akzeptanzgeschäfts handelt es sich nicht um einen Markt, für den eine besondere staatliche Regulierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG besteht. Die Durchsetzung des Kartellgesetzes erfasst alle nicht regulierten Wirtschaftsbe-



reiche in gleicher Weise und führt offensichtlich nicht zu einer Einschränkung der Handlungsfreiheit der Unternehmen, weil kartellrechtswidrige Handlungen von vornherein gar keine rechtmässige Handlungsoption für ein Unternehmen darstellen.

507. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der SIX-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt der Debitkartenakzeptanz Maestro im relevanten Zeitraum zukam.

## **5) Ergebnis**

508. Für den relevanten Zeitraum zwischen Juli 2005 und Januar 2007 ist die SIX-Gruppe auf den Märkten der Kreditkartenakzeptanz Mastercard und Visa sowie der Debitkartenakzeptanz Maestro als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

## **VII. UNZULÄSSIGE VERHALTENSWEISE**

509. Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Entsprechende Beispiele für solche Verhaltensweisen werden zur Verdeutlichung in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführt.

### **1) Formen des unzulässigen Verhaltens**

510. Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG umfasst alle denkbaren Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, welche volkswirtschaftlich schädliche Effekte aufweisen oder die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmern einschränken (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1; BGer, 17.6.2003, 2A.520/2002, Entreprises Electriques Fribourgoise [EEF] gg. Watt Suisse, Weko u.a., publ. in: BGE 129 II 497, E. 6.4.2). Solche Verhaltensweisen richten sich überwiegend als sog. Behinderungsmissbrauch gegen andere Wettbewerber oder als sog. Ausbeutungs- bzw. Benachteiligungsmissbrauch gegen die jeweilige Marktgegenseite, d.h. Abnehmer bzw. Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; BVer, B-

7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Da wirtschaftliche Verhaltensweisen sowohl einen behindernden als auch einen benachteiligenden Charakter aufweisen können, bedarf es keiner strengen Abgrenzung der beiden Missbrauchstypen (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ist für jeden Einzelfall danach vorzunehmen, ob die infolge einer Behinderung oder Benachteiligung eingetretene Wettbewerbsverfälschung sich durch sachlich angemessene Gründe rechtfertigen lässt oder nicht (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Massstab für die Beurteilung bildet dabei die ausreichende Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs, die sowohl den Institutionenschutz als auch den Individualschutz umfasst (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.4.2; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.2.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Dies bedeutet, dass der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Endverbraucher vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern er umfasst angesichts der dominanten Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auch allgemein die Sicherstellung von sachgerechten Wettbewerbsbedingungen zur Aufrechterhaltung oder Ausbildung eines ausreichenden Wettbewerbs auf allen durch das jeweilige Verhalten beeinflussten Märkten (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Angesichts dessen, dass der Wettbewerb durch die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens bereits eingeschränkt ist, kommt diesem eine besondere Verantwortung dafür zu, dass der Wettbewerb keine weitere Beeinträchtigung durch seine Verhaltensweisen erfährt, die nicht den Mitteln eines ordnungsgemässen Leistungswettbewerbs entsprechen (vgl. E. 1119 m.w.H.; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Daraus ergibt sich, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen einzelne wirtschaftliche Verhaltensweisen untersagt sein können, die nicht zu beanstanden wären, wenn sie von einem Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung vorgenommen würden (vgl. E. 1120 m.w.H.; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388).

511. Um die Transparenz und Kohärenz einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zu gewährleisten, wurden von Praxis und Literatur bestimmte Missbrauchsformen als Fallgruppen bestimmter missbräuchlicher Verhaltensweisen ausgearbeitet, von denen die am häufigsten auftretenden Missbrauchsformen als sog. Regelbeispiele in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich abgebildet werden. Im Einzelfall kann ein konkretes wirtschaftliches

Verhalten aber auch den Tatbestand verschiedener Missbrauchsformen verwirklichen (vgl. E. 522 ff. m.w.H.; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1 a.E.; vgl. auch die Darstellung mit zahlreichen Beispielen bei EILMANN-SBERGER THOMAS/BIEN Florian, in: Bornkamm/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1 – Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, zit. *MüK-EuWBR*, Art. 102 Rn. 630 f.). Ein wirtschaftliches Verhalten kann aber auch verschiedene Tatbestandsmerkmale unterschiedlicher Fallgruppen bzw. Regelbeispiele erfüllen. Diese Verhaltensweisen sind je nach inhaltlicher Gewichtung ihrer Handlungsakte grundsätzlich einem Regelbeispiel des Art. 7 Abs. 2 KG oder als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388).

512. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen in einem behördlichen oder gerichtlichen Kartellverfahren mit oder ohne Sanktionierung ist die Wettbewerbspraxis der Europäischen Union prinzipiell rechtsvergleichend mit Ausnahmevorbehalt zu berücksichtigen (vgl. ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 167 ff.; grundlegend BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.2.3; für vertikale Wettbewerbsabreden nunmehr BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2; noch zurückhaltend BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.3.1 f.; KUBLI LINDA, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Auslegung, *AJP* 2018, 199). Denn die Ausgestaltung des materiellen schweizerischen Kartellgesetzes – und dabei insbesondere diejenige von Art. 7 KG – orientiert sich seit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 an den Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts. Hierdurch lassen sich die auf europäischer Ebene bereits gewonnenen Erkenntnisse über die Beurteilung eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens zur Herstellung von Rechtssicherheit für das schweizerische Recht nutzen (vgl. *Botschaft KG 2004*, 2041). Dies dient letztlich auch der schweizerischen Wirtschaft, die eine starke Vernetzung mit dem EU-Binnenmarkt aufweist (vgl. *Botschaft KG 1995*, 530). Dies bedeutet, dass im Einzelfall ungeachtet der autonomen Auslegung des schweizerischen Kartellgesetzes auch die einschlägige EU-Wettbewerbspraxis mit zu berücksichtigen ist (in diesem Sinne sind die im Urteil aufgeführten Verweise auf Rechtsprechung und Literatur zum EU-Wettbewerbsrecht zu verstehen). Die konkreten Umstände des Einzelfalls sowie besondere tatsächliche nationale Eigenheiten können deren Berücksichtigung dabei einerseits auch ausschliessen (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3 a.E.; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.2.3; BGE 137 II 199,

*Terminierung Mobilfunk*, E. 4.3.1 f.) oder andererseits gerade verlangen (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3, wonach der Gesetzgeber „ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden“ habe herstellen wollen).

## **2) Missbrauchsformenübergreifende Sach- und Rechtsfragen**

513. Die Vorinstanz hat im Rahmen der angefochtenen Verfügung festgestellt, dass der Sachverhalt die Tatbestände von mehreren Regelbeispielen des Art. 7 Abs. 2 KG verwirklicht.

514. Die Beschwerdeführerinnen haben im Rahmen ihrer Vorbringen zu diesen Tatbestandsvarianten verschiedene tatsächliche und rechtliche Aspekte in gleicher oder ähnlicher Weise vorgebracht, mit denen die fehlende Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens der SIX-Gruppe dargelegt oder zumindest eine ausreichende sachliche Rechtfertigung des Verhaltens belegt werden sollte.

515. Diese Einwände der Beschwerdeführerinnen sind im Sinne einer übergreifenden Prüfung zu den einzelnen Missbrauchsformen vorab zu beurteilen.

### **a) Fehlende Verwirklichung verschiedener Fallgruppen**

516. Zwischen den Parteien ist streitig, ob ein Sachverhalt mehrere Missbrauchsformen erfüllen kann oder nicht.

#### **(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

517. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen könne nicht ernsthaft angenommen werden, dass ein relativ einfacher Sachverhalt wie die Verweigerung von Schnittstelleninformationen dazu führe, dass neben der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG weite Teile des Beispielskatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG anwendbar sein sollen.

518. Die Vermischung von allgemeineren mit spezielleren Tatbeständen belege, dass der Kartellrechtsverstoss im Sinne des Legalitätsprinzips nicht sauber definiert werden könne. Die Begründung der angefochtenen

Verfügung vermöge denn auch keine Behinderung der Wettbewerber darzulegen.

519. Bei dem Verhalten handle es sich um eine blosser Übergangsproblematik, weil einer Lizenzierung nach Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase nichts mehr im Wege gestanden habe. Die Vorenthaltung des Verkaufs von Zahlungskartenterminals mit einer bestimmten Funktion habe nämlich nur einen beschränkten Zeitraum von einigen Monaten gedauert.

520. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen könne der Diskriminierungstatbestand nicht parallel zum Tatbestand der Geschäftsverweigerung zur Anwendung gelangen. Denn die Geschäftsverweigerung werde im Grundsatz in den meisten Fällen gleichzeitig auch eine Diskriminierung darstellen, weil entweder ein Drittunternehmen oder ein internes Unternehmen einen Input geliefert bekomme, welcher einem anderen Unternehmen nicht zur Verfügung gestellt werde. Umgekehrt sei jedoch nicht jede Diskriminierung von Handelspartnern gleichzeitig auch eine Geschäftsverweigerung. Demnach sei Art. 7 Abs. 2 lit. a KG als Spezialtatbestand gegenüber Art. 7 Abs. 2 lit. b KG anzusehen. Eine vorübergehende Verweigerung der Lizenzierung von Schnittstelleninformationen, die nicht als Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sei, könne demzufolge auch keine Diskriminierung darstellen.

### (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

521. Die Vorinstanz stützt sich im Wesentlichen auf die Gründe ab, die im Rahmen der nachfolgenden Würdigung durch das Gericht dargestellt werden.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

522. Nach ganz überwiegender Auffassung in Praxis und Literatur kann ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten sowohl den Tatbestand mehrerer Regelbeispiele von Art. 7 Abs. 2 KG als auch den Tatbestand eines Regelbeispiels und eine Fallgruppe der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG erfüllen (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 49; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.778; BULST, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 8; EILMANNBERGER/BIEN, *MüK-EuWBR*, Art. 102 Rn. 630 f.;

SCHRÖDER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 174). Dies ergibt sich schon allein daraus, dass ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten sowohl auf die Behinderung von Konkurrenten als auch auf die Benachteiligung von Geschäftspartnern ausgerichtet sein kann und demzufolge unterschiedliche Missbrauchsformen der beiden Missbrauchstypen verwirklicht werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen einfachen oder einen komplexen Sachverhalt handelt.

523. Daher ist der gegenteilige generelle Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 517) unbeachtlich.

524. Soweit ein wirtschaftliches Verhalten mehrere Tatbestände der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG oder der Regelbeispiele gemäss Art. 7 Abs. 2 KG potenziell erfüllt, ist jede Missbrauchsform für sich und unabhängig von den anderen Missbrauchsformen zu prüfen (vgl. EuGH, 17.2.2011, C-52/09, *Konkurrenzverket gg. TeliaSonera Sverige AB u.a.*, EU:C:2011:83, zit. *TeliaSonera*, Ziff. 57 f.; EuG, 23.10.2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. gg. EU-Kom*, EU:T:2003:281, zit. *Van den Bergh Foods*, Ziff. 161; BULST, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 8 m.w.H.). Erfüllt ein wirtschaftliches Verhalten die Tatbestandsmerkmale einer Missbrauchsform, ist es als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, ohne dass auch die Tatbestandsvoraussetzungen der übrigen Missbrauchsformen vorliegen müssen, weshalb letztere auch keiner Prüfung bedürfen. Insbesondere ist es unerheblich, ob auch eine Missbrauchsform mit allenfalls strengeren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt ist (vgl. BULST, *EU-WBR*, Art. 102 Rn. 8).

525. Aus diesen Gründen ist der gegenteilige Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. 518), wonach aus der Anwendung verschiedener Tatbestände abgeleitet werden könne, dass sich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht bestimmen lasse, ebenfalls unbeachtlich.

526. Die vorstehend genannten Grundsätze gelten auch im Hinblick auf die Missbrauchsformen einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und einer Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG. Soweit anerkannt wird, dass eine Diskriminierung auch bereits durch eine selektiv angewendete Ablehnung von Geschäftsbeziehungen gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern verwirklicht werden kann (vgl. SEKRETAARIAT, RPW 1997/2, 138, *Post PTT-Adressaktualisierungen*, Ziff. 15 ff.; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 102 Rn. 108; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.779; a.A. CLERK, *CR-Concurrence*, Rn. 121), stellt sich für den Ein-

zelfall die Möglichkeit einer gleichzeitigen Verwirklichung der beiden Regelbeispiele ein (vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, *MüK-EuWBR*, Art. 102, Rn. 630). Dabei ergibt sich entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 520) kein Anwendungsvorrang des Regelbeispiels der Diskriminierung, der eine Anwendung des Regelbeispiels der Geschäftsverweigerung ausschliessen würde (a.A. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 102 Rn. 108; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.779). Da die Verwirklichung der Missbrauchsform einer Geschäftsverweigerung nachfolgend bejaht wird (vgl. E. 1250), bedarf es keiner darüber hinausgehenden Abklärung, ob das in Frage stehende Verhalten auch die Missbrauchsform einer Diskriminierung erfüllt oder nicht (vgl. E. 1424 f.). Im Übrigen ergibt sich bei den vorstehend genannten Ansichten, welche einerseits einen Anwendungsvorrang des Regelbeispiels der Diskriminierung gegenüber dem Regelbeispiel der Geschäftsverweigerung propagieren und andererseits für die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung als zwingendes Tatbestandsmerkmal eine Wettbewerbsbeseitigung voraussetzen (vgl. E. 1153) ein inhaltlicher Widerspruch. Denn eine vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem jeweiligen, gegebenenfalls nachgelagerten Markt schliesst ein Verbleiben von Konkurrenten auf diesem Markt aus, weshalb eine Ungleichbehandlung von Konkurrenten durch das marktbeherrschende Unternehmen neben einer Geschäftsverweigerung gar nicht erfolgen könnte.

527. Die Einwendung der Beschwerdeführerinnen, es habe sich im vorliegenden Fall nur um eine wettbewerbsrechtlich zulässige Übergangsproblematik gehandelt (vgl. E. 519), wird durch die nachfolgenden Abklärungen zur Bedeutung der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Test- und Re-Zertifizierungsphasen inhaltlich widerlegt (vgl. E. 686 ff.).

#### **b) Kartellrechtliche Behandlung von Schnittstelleninformationen**

528. Zwischen den Parteien ist strittig, welche urheberrechtliche Qualifikation Schnittstellen zukommt und welche Auswirkungen sich daraus auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes angesichts des Immaterialgüterrechtsvorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 2 KG sowie auf die kartellrechtliche Beurteilung einer Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen ergeben. Inhalt und Tragweite des Immaterialgüterrechtsvorbehalts für den vorliegenden Sachverhalt sind unter Berücksichtigung der massgeblichen materiellen Aspekte vorzunehmen (vgl. E. 88). Hierbei ist

die Unterscheidung zwischen der formell-rechtlichen Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes einerseits und der materiell-rechtlichen Überprüfung der jeweiligen Sachverhalte andererseits zu beachten.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

529. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass das Kartellgesetz aufgrund des Immaterialgüterrechtsvorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 2 KG auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar sei.

530. Ungeachtet dessen sei das Verhalten der SIX-Gruppe jedenfalls deshalb nicht kartellrechtswidrig, weil sie angesichts einer Gruppengesellschaft als Rechtsinhaberin eines urheberrechtlichen Schutzes an den DCC-Schnittstellen nicht zur Herausgabe von Informationen über diese DCC-Schnittstellen verpflichtet gewesen sei.

531. Die Beschwerdeführerinnen behaupten, dass sich die grundsätzliche Schutzfähigkeit von Schnittstellen klar aus Art. 21 URG und Art. 17 URV ergäbe. Würde es sich bei Schnittstellen um gemeinfreie Teile handeln, wäre eine solche gesetzliche Regelung der Dekompilierung überflüssig.

532. Auf jeden Fall würden Schnittstellen aber als Teile des Computerprogramms an dessen Schutz teilhaben. Im vorliegenden Sachverhalt geniesse das Computerprogramm für die Abwicklung und Bearbeitung der DCC-Funktion ohne Zweifel urheberrechtlichen Schutz. Entsprechend seien auch die DCC-Schnittstellen als Teil der DCC-Funktion geschützt.

533. Zudem seien die Voraussetzungen von Art. 21 URG auf jeden Fall – d.h. nicht nur dann, wenn die Schnittstellen selbst urheberrechtlichen Schutz geniessen – einzuhalten. Denn die in Art. 21 URG und Art. 17 Abs. 3 URV vorgesehene Dekompilierung sei eine Schranke des Urheberrechts am Computerprogramm selbst.

534. In diesem Zusammenhang bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass die Schrankenbestimmung in Art. 21 URG zwar dazu diene, die Herstellung von kompatiblen Programmen und damit einen Wettbewerb für interoperable Drittsoftware zu ermöglichen. Dies umfasse jedoch nicht die Herstellung von konkurrenzierenden Programmen.



535. Ungeachtet dessen könne aus Art. 21 URG keine Pflicht zur Bekanntgabe der Schnittstelleninformationen durch den Urheber abgeleitet werden. Vielmehr bestehe allenfalls ein Recht des Entwicklers eines Zweitprogramms, sich die Informationen selbst zu beschaffen. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich daher die Schnittstelleninformationen mittels einer Dekompilierung selbst beschaffen können bzw. müssen.

536. Die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen habe zudem zu einer blossen Kopie eines bereits bestehenden Produkts und nicht zu einer Entwicklung ergänzender Produkte geführt. Die anderen Terminalhersteller hätten keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion der Card Solutions, sondern die identische DCC-Funktion anbieten wollen. Die angestrebte Leistung gehe demnach nicht über die Nachahmung der schon bestehenden Funktion von Card Solutions hinaus und sei mit ihr identisch. Dies diene weder dem Markt noch den Kunden.

537. Überdies seien die von der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Marktverschliessung durch technische Behinderung aufgeführten internationalen Leitentscheide *AT&T* (Hush-A-Phone v. United States, 238 F.2d 266 [D.C. Cir. 1956]; *Carterphone* (Federal Communications Commission, 13 F.C.C.2d 420 [1968]), *IBM* (EU-KOM, Vierzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik 1984, 1985, Rz. 94 f.) sowie *Microsoft* (EU-KOM, 24.3.2004, Comp/C-3/37.792) nicht einschlägig. So sei insbesondere in den Entscheiden *IBM* und *Microsoft* den Unternehmen vorgeworfen worden, die Interoperabilität mit einem marktbeherrschenden Produkt zu verhindern. Demgegenüber beschränke sich die vorliegende Frage auf die Schnittstelleninformationen hinsichtlich der Funktionalität für eine Zusatzdienstleistung der Card Solutions, bei der gerade keine marktbeherrschende Stellung bestehe.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

538. Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, dass sich die Statuierung der Dekompilierung in Art. 21 URG nicht aus einer Notwendigkeit eines Schutzes von Schnittstellen ergebe, sondern aus der Notwendigkeit des Schutzes von Programmcodes, in die bei einer Dekompilierung eingegriffen werden müsse. Bereits daraus lasse sich ableiten, dass Schnittstellen selbst urheberrechtlich nicht geschützt seien.

539. Selbst dann, wenn für Schnittstellen ein urheberrechtlicher Schutz zu bejahen wäre, ergäbe sich dennoch kein Anwendungsvorbehalt zu

Lasten des Kartellrechts, weil allein Schnittstelleninformationen und nicht Schnittstellen in Frage stünden. Schnittstelleninformationen, die den Schnittstellen zu Grunde liegen und die von anderen Terminalherstellern zur Schaffung ihrer eigenen Schnittstellensequenzen in ihrer eigenen Terminalsoftware angefordert würden, seien urheberrechtlich gar nicht erst schutzfähig.

540. Die Vorinstanz ist demzufolge der Ansicht, dass der Inhalt des Urheberrechts einer kartellrechtlichen Pflicht zur Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen nicht entgegenstehen könne.

541. Unabhängig von der Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Schnittstellen und Schnittstelleninformationen würde der vorliegende Sachverhalt über den Schutzzweck des Urheberrechts hinausgehen. So zeige insbesondere die Schrankenbestimmung von Art. 21 Abs. 2 URG, dass das Immaterialgüter- und das Kartellrecht nicht im Konflikt zueinander stünden, sondern letztlich dieselben Ziele verfolgten. Denn das Ziel der Dekompilierung sei letztlich die Ermöglichung von Wettbewerb im Bereich der Soft- und Hardwareanbieter. Dafür müsse die Interoperabilität zwischen den verschiedenen Softwareprodukten zwingend gewährleistet sein. Der vorliegende Sachverhalt falle daher nicht unter den Immaterialgüterrechtsvorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG.

542. Und selbst wenn von urheberrechtlich geschützten Rechtspositionen zur Herstellung einer Interoperabilität auszugehen wäre, so sei die konkrete Informationsverweigerung nicht ausschliesslich auf die Ausübung des Urheberrechts zurückzuführen, sondern primär auf die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

543. Für die Beurteilung eines Anwendungsvorrangs des Immaterialgüterrechts gemäss Art. 3 Abs. 2 KG bei Schnittstelleninformationen für EDV-Plattformen zur Herstellung der Interoperabilität mit EDV-Geräten liegt keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor. Zur Feststellung, ob Wettbewerbswirkungen vorliegen, die in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen, bedarf es daher einer Abwägung der für diese Konstellation massgeblichen immaterialgüterrechtlichen und wettbewerblichen Aspekte (vgl. E. 88 f.).

544. Voraussetzung für eine entsprechende Abwägung stellt dabei das Vorhandensein eines rechtmässigen Immaterialgüterrechts dar. Vorliegend wird von den Beschwerdeführerinnen ein Urheberrecht sowohl an der DCC-Funktion als auch der DCC-Schnittstelle geltend gemacht.

545. Zur Beurteilung der von den Parteien vorgebrachten Einwände bedürfen für diese Abwägung verschiedene Aspekte zunächst der Klärung: (i) Funktion und Bedeutung von Schnittstellen und Schnittstelleninformationen (vgl. E. 546 ff.); (ii) Zweck und Schutzzumfang der urheberrechtlichen Regelungen in Art. 10, 12 und 21 URG (vgl. E. 557 ff.); (iii) Voraussetzungen eines Urheberrechts an Schnittstellen (vgl. E. 570 ff.); (iv) Voraussetzungen einer Dekompilierung gemäss Art. 21 URG (vgl. E. 580 ff.); (v) Bestehen einer urheberrechtlichen Pflicht zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen (vgl. E. 604 ff.). Aufgrund dieser Abklärung sind danach anhand der konkreten Feststellungen zum gegenseitigen Verhältnis von Kartell- und Urheberrecht allfällige konkrete Auswirkungen auf die materiellrechtliche Beurteilung zu bestimmen (vgl. E. 609 ff.).

(a) Schnittstellen und Schnittstelleninformationen

546. Ein Kartenzahlungssystem unter Einsatz von POS-Terminals sowie Zahlungskarten mit Magnetstreifen, Chips oder sonstigen Sicherheitskomponenten baut im Wesentlichen auf einem System der elektronischen Datenverarbeitung (nachfolgend: EDV) auf. Die massgebliche Grundlage für die Beurteilung einer urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der DCC-Schnittstellen zur Anbindung von POS-Terminals an die jeweiligen Akzeptanz-Plattformen bildet demzufolge die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Schnittstellen in EDV-Systemen.

547. Unabhängig von ihrer Grösse und ihrem Zweck setzen EDV-Systeme jeweils eine Infrastruktur voraus, die aus verschiedenen Komponenten in Gestalt von Computerprogrammen bzw. Software, wie z.B. Betriebssystemen, Anwendungs- und Funktionsprogrammen, sowie Einzelgeräten bzw. Hardware, wie z.B. Computern, Bildschirmen, Lesegeräten und Servern, besteht sowie allenfalls auch sog. Plattformen – die umgangssprachlich eine übergeordnete, d.h. über Einzelgeräte hinausgehende Zusammenfassung von Hard- und Software zum Anschluss von Einzelgeräten als Satelliten innerhalb eines Netzes zur Datenverarbeitung darstellen – umfasst.

548. Um die vorgesehene Datenverarbeitung durchzuführen, bedarf es der Interoperabilität, d.h. einer wechselseitigen Interaktion zwischen den verschiedenen Komponenten eines EDV-Systems (vgl. SV F.c). Hierzu müssen technische Verbindungen in Form von Leitungen oder Funktechnik aller Arten zwischen den einzelnen Komponenten innerhalb eines Geräts oder einer Plattform sowie eine Vernetzung zwischen einer Plattform und den angebotenen Geräten hergestellt werden. An den Übergängen der jeweiligen Verbindung bzw. Vernetzung befinden sich die Hardware-Schnittstellen als technische Verbindung des elektronischen Datenverkehrs und zudem die Software-Schnittstellen als elektronische Verbindung der Computerprogramme, wobei der Begriff „Schnittstellen“ nachfolgend ausschliesslich letztere umfasst. Zur Herstellung der Verbindung müssen die Schnittstellen entweder besondere Computerprogramme in Form von eigenständigen Funktionsprogrammen aufweisen oder als besondere Teile von Computerprogrammen ausgestaltet sein (vgl. NEFF EMIL F./ARN MATTHIAS, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band 2, 2. Teilband Urheberrecht im EDV-Bereich, 1. Teil Urheberrechtlicher Schutz der Software, 1998, zit. *SIWR II/2*, 302; STAFFELBACH OLIVER, Die Dekompilierung von Computerprogrammen, 2003, zit. *Dekompilierung*, 70 f.), mit denen die gegenseitige Interaktion der zugehörigen EDV-Komponenten durch eine gleichförmige Transformation des jeweiligen Informationsflusses ermöglicht wird. Die Schnittstellenspezifikationen umfassen als Schnittstelleninformationen Art und Aufbau des Informationsflusses der jeweiligen Schnittstelle, insbesondere die funktions- und sicherheitstechnische Ausgestaltung und Anordnung der am Übergang anzuliefernden bzw. abzunehmenden Daten. Aufgrund der Kenntnis der jeweiligen Schnittstelleninformationen können die einzelnen Hersteller die Interoperabilität ihrer EDV-Komponenten sicherstellen.

549. Diese allgemeine Charakterisierung von Schnittstellen und Schnittstelleninformationen entspricht deren Definition in Bezug auf Computerprogramme im Urheberrecht der Schweiz (Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 1.6.1993, zit. Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1; Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 26. April 1993, zit. Urheberrechtsverordnung, URV, SR 231.11) und der Europäischen Union (Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Schutz von Computerprogrammen, ABl. 2009 L 111/16, zit. *Software-RL*; vormals Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 1991 L 122/42).

550. Nach Erwägungsgrund 10 der *Software-RL* besteht die Funktion von Computerprogrammen darin, mit den anderen Komponenten eines Computersystems und den Benutzern in Verbindung zu treten und zu operieren. Zu diesem Zweck sei eine logische und, wenn zweckmässig, physische Verbindung und Interaktion notwendig, um zu gewährleisten, dass Software und Hardware mit anderer Software und Hardware wie beabsichtigt funktionieren können. Die Teile des Programms, die eine solche Verbindung und Interaktion zwischen den Elementen von Software und Hardware ermöglichen sollen, seien allgemein als „Schnittstellen“ bekannt. Bei dieser funktionalen Verbindung und Interaktion handle es sich um „Interoperabilität“. Diese Interoperabilität könne definiert werden als die Fähigkeit zum Austausch von Informationen und zur wechselseitigen Verwendung der ausgetauschten Informationen.

551. Gemäss Art. 17 Abs. 2 URV gelten als erforderliche Informationen über Schnittstellen im Sinne von Art. 21 Abs. 1 URG solche, die zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Programms mit anderen Programmen unerlässlich und dem Benutzer oder der Benutzerin von Programmen nicht ohne Weiteres zugänglich sind. Unter Schnittstellen werden Berührungspunkte und Mechanismen verstanden, die dem Austausch von Daten und somit der Gewährleistung von Interoperabilität von Programmen dienen (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 304; OERTLI REINHARD, in: Müller/Oertli [Hrsg.], *Urheberrechtsgesetz*, 2. Aufl. 2012, zit. *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 22). Bei Interoperabilität handelt es sich um die Fähigkeit zum Austausch von Informationen und zur wechselseitigen Verwendung der ausgetauschten Informationen. Interoperabilität setzt dabei eine logische und, wenn zweckmässig, physische Verbindung zwischen einem Erst-Programm und einem Zweit-Programm voraus (vgl. BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, *Das neue Urheberrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2008, zit. *Urheberrecht*, Art. 21 Rn. 2; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 304; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 14, jeweils unter Verweis auf die *Software-RL*).

552. Demzufolge bildet die Interoperabilität von einzelnen Komponenten eines EDV-Systems die notwendige Voraussetzung für deren bestimmungsgemässen Gebrauch. Denn ohne Möglichkeit der Interoperabilität sind einzelne Komponenten eines EDV-Systems offensichtlich ohne Verwendungsmöglichkeit. Dies gilt insbesondere auch für Einzelgeräte, wie in diesem Falle POS-Terminals, die an eine Plattform, in diesem Falle eine Akzeptanzplattform, angebunden werden sollen. Zur Herstellung der

notwendigen Interoperabilität ist die Angleichung der Schnittstellen der einzelnen EDV-Komponenten unabdingbar. Hierfür ist wiederum die Festlegung der jeweils massgeblichen Schnittstelleninformationen erforderlich.

553. Regelmässig werden die einzelnen Komponenten in einem offenen EDV-System eingesetzt, bei dem dessen jeweilige Betreiber bzw. Nutzer Komponenten unterschiedlicher Hersteller einsetzen können. Hierbei bedarf es von Seiten der Hersteller von EDV-Komponenten entweder (i) eines Rückgriffs auf bestehende Standards der Datenübermittlung, oder (ii) der Schaffung eines entsprechenden Standards, oder (iii) einer Offenlegung der einzelnen Schnittstelleninformationen für die eigenen EDV-Komponenten, weil ansonsten eine Einbindung der eigenen Komponente zusammen mit verschiedenen anderen Komponenten in ein EDV-System von vornherein nicht bewerkstelligt werden könnte.

554. Zahlungskartensysteme sind aus mehreren Gründen als offene EDV-Systeme zu qualifizieren. Zum einen weisen die jeweiligen Kartenlizenzgeber die Oberaufsicht über die technische Ausgestaltung eines Kartenzahlungssystems auf, wie dies von den Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf die notwendige Re-Zertifizierung ausdrücklich geltend gemacht wird (vgl. E. 673). Zudem wurde in der Schweiz von den an Kartenzahlungssystemen beteiligten Unternehmen mit dem ep2-Standard eine generelle Abstimmung der Schnittstellen und Schnittstelleninformationen zur Datenübertragung zwischen den Akzeptanz-Plattformen und den POS-Terminals vorgenommen, um die Kompatibilität aller Komponenten des Zahlungskartensystems bei deren Einsatz sicherzustellen (vgl. SV F.e). Daher bildet die technische Ausgestaltung der Schnittstellen von vornherein keine Eigenentwicklung einzelner Terminalhersteller oder sonstiger Unternehmen. Zum anderen wird sowohl den an einem Zahlungskartensystem angeschlossenen Kartenakquisiteuren ermöglicht, ihre Acquiring-Plattformen nach eigenen Vorstellungen auszugestalten, als auch den jeweiligen Händlern zugestanden, nach eigener Wahl POS-Terminals unterschiedlicher Hersteller einzusetzen.

555. Allfällige Besonderheiten eines absolut geschlossenen EDV-Systems, dessen gesamte Infrastruktur vom jeweiligen Betreiber als einheitliches Gesamtsystem nachgefragt und von seinem Hersteller als Einheit zur Verfügung gestellt und gewartet wird, bedürfen demzufolge im vorliegenden Zusammenhang keiner Abklärung und Berücksichtigung.

556. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 532) ergibt sich ein urheberrechtlicher Schutz der DCC-Schnittstellen demzufolge nicht bereits aus einer tatsächlichen Verbindung mit der DCC-Funktion, d.h. dem Programmcode, der die Währungsumrechnung ausführt. Denn Schnittstellen dienen ausschliesslich der Verbindung von mindestens zwei anderen Computerprogrammen, weshalb sie von diesen gesondert zu betrachten sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Schnittstelle unmittelbar in den Quellcode eines Computerprogramms integriert oder als eigenständiges Funktionsprogramm an andere Computerprogramme angedockt wird. Im Übrigen ist es für den Aspekt einer Verpflichtung zur Herausgabe von Schnittstelleninformationen entgegen ihrem Einwand letztlich unerheblich, ob den Beschwerdeführerinnen ein Urheberrecht an der DCC-Funktion und dem entsprechenden Anwendungsprogramm zukommt oder nicht (vgl. E. 578).

(b) Rechtliche Ausgangslage

557. Da Schnittstellen und die jeweiligen Schnittstelleninformationen eine zwingende Voraussetzung für den bestimmungsgemässen Einsatz von einzelnen Komponenten in offenen EDV-Systemen zur Herstellung der notwendigen Interoperabilität bilden (vgl. E. 552), bedarf es einer sachgerechten Ausgestaltung der urheberrechtlichen Regelungen, damit gegebenenfalls eine Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Schnittstelleninformationen durch die (potenziellen) Hersteller von zugehörigen Komponenten des jeweiligen EDV-Systems besteht, um die notwendige Interaktion der einzelnen Komponenten untereinander auch zu gewährleisten.

558. Hiervon zu unterscheiden ist die Sachverhaltskonstellation, bei der die Schnittstelle als solche in technischer Hinsicht eine besondere Qualität aufweist, die über den üblichen Datentransfer hinausgeht, sodass ihr aufgrund von anderen Rechtsvorschriften, wie dem Patentrecht, ein über den Werkschutz des Urheberrechts hinausgehender Schutzbereich zukommt, der auch eine andere rechtliche Beurteilung nach sich ziehen würde (vgl. E. 602).

559. Diese allgemeine Beurteilung spiegelt sich in den gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes und der Urheberrechtsverordnung sowie den hierzu bestehenden Ansichten in der Literatur wider.

560. Gemäss Art. 2 Abs. 3 URG gilt ein Computerprogramm als Werk im Sinne des Urheberrechts, soweit es sich um eine geistige Schöpfung mit

individuellem Charakter handelt. Teile von Werken sind gemäss Art. 2 Abs. 4 URG dabei nur dann geschützt, wenn es sich hierbei wiederum selbst um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt.

561. Art. 10 URG statuiert das grundsätzliche Recht des Urhebers, ausschliesslich über die Verwendung seines Werks zu entscheiden. Dieses ausschliessliche Verwendungsrecht erfährt gewisse Einschränkungen durch verschiedene Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes.

562. Art. 12 URG legt den Umfang der Nutzungsberechtigung eines Nutzers fest, dem das Computerprogramm durch den Schutzrechtsinhaber, d.h. dem Urheber bzw. einem von ihm mit dessen Absatz beauftragten Dritten als Lizenznehmer, zum Gebrauch überlassen wurde.

563. Gemäss Art. 21 Abs. 1 URG darf sich derjenige, der das Recht hat, ein Computerprogramm zu gebrauchen, die erforderlichen Informationen über Schnittstellen zu unabhängig entwickelten Programmen durch Entschlüsselung des Programmcodes beschaffen oder durch Drittpersonen beschaffen lassen. Gemäss Art. 21 Abs. 2 URG dürfen die so gewonnenen Schnittstelleninformationen allerdings nur zur Entwicklung, Wartung sowie zum Gebrauch von interoperablen Computerprogrammen verwendet werden, soweit dadurch weder die normale Auswertung des Programms noch die rechtmässigen Interessen der Rechtsinhaber unzumutbar beeinträchtigt werden. Eine unzumutbare Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Programms im Sinne von Art. 21 Abs. 2 URG liegt gemäss Art. 17 Abs. 3 URV insbesondere dann vor, wenn die im Rahmen der Entschlüsselung gewonnenen Schnittstelleninformationen für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung eines Programms mit im Wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform verwendet werden.

564. Der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Vorschriften liegt die Absicht des Gesetzgebers zu Grunde, im Ergebnis eine am EU-Recht orientierte Rechtslage herzustellen (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht vom 19.6.1989, BBl 1989 III 477, zit. *Botschaft URG*, 478; Berichterstatter FISCHER-SURSEE, AmtBull NR 27.1.1992, 4). Zu diesem Zweck wurde im Rahmen der parlamentarischen Überarbeitung des der Botschaft zu Grunde liegenden Vorentwurfs die Bestimmung des Art. 21 URG aufgenommen (AmtBull NR 1992 I 42), um – zumal im Vorfeld der Abstimmung über einen Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum – im Ergebnis eine dem EU-Recht entsprechende Rechtslage, die 1991 durch den Erlass der *Software-RL* konkretisiert



worden war, zu gewährleisten (vgl. BARRELET/EGLOFF, *Urheberrecht*, Art. 21 Rn. 1; CHERPILLOD IVAN, *Urheberrecht*, in: von Büren/David [Hrsg.], *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 1. Teilband, *Urheberrecht*, zit. *SIWR II/1*, Rn. 850, 852; FRÖHLICH-BLEULER, *Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders*, *AJP* 1995, 569, zit. *Nutzungsbefugnisse*, 569; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 39; RAUBER GEORG, *Computersoftware*, in: Streuli-Youssef [Hrsg.], *Urhebervertragsrecht*, 2006, zit. *Computersoftware*, 123). Die Regelungen in Art. 21 Abs. 1 URG und Art. 17 URV sind inhaltlich demnach Art. 6 *Software-RL* nachgebildet, auch wenn formal-sprachliche Unterschiede bestehen (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 2). Nach überwiegender Auffassung im schweizerischen Schrifttum ist Art. 21 URG daher vollumfänglich im Sinne von Art. 6 *Software-RL* zu interpretieren (vgl. BARRELET/EGLOFF, *Urheberrecht*, Art. 21 Rn. 1; CHERPILLOD, *SIWR II/1*, Rn. 284; FRÖHLICH-BLEULER, *Nutzungsbefugnisse*, 569; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 3; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 17 ff., 25, 39, 300 f.; a.A. STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 74, nach dem Abweichungen denkbar seien).

565. Der Zweck der entsprechenden EU-Regelungen besteht im Schutz der jeweiligen Computerprogramme vor einer unerlaubten Vervielfältigung (vgl. Erwägung 2 *Software-RL*). Hingegen bilden der Schutz vor konkurrierenden Produkten und damit die generelle Ausschaltung des Wettbewerbs keinen Zweck dieser Vorschriften (vgl. EuGH, 2.5.2012, C-406/10, *SAS Institute Inc. gg. World Programming Ltd*, EU:C:2012:259, zit. *SAS Institute*, Ziff. 40, 41). Dies wird auch durch die Regelung in Erwägung 17 *Software-RL* bestätigt, wonach ausdrücklich eine Anwendung der Wettbewerbsregeln von Art. 101 und 102 AEUV vorbehalten bleibt, wenn ein marktbeherrschender Anbieter den Zugang zu Informationen verweigert, die für die Interoperabilität von Computerprogrammen notwendig sind. Zudem kann ein erworbenes Computerprogramm gemäss Art. 5 Abs. 3 *Software-RL* auch durch Ausprobieren erkundet werden, um die dem Programmelement zu Grunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln und zu eigenen Zwecken zu nutzen (vgl. EuGH, EU:C:2012:259, *SAS Institute*, Ziff. 59).

566. In Bezug auf Schnittstellen und die entsprechenden Schnittstellenprogramme bzw. Teile von Anwendungsprogrammen wurde durch die Europäische Kommission im Rahmen der *Microsoft*-Entscheidung eine Differenzierung zwischen den eigentlichen Schnittstelleninformationen dieser Programme (interface specifications) einerseits und der Ausführung dieser Programme (implementation) andererseits vorgenommen.

Schnittstelleninformationen würden dabei ausschliesslich beschreiben, was eine Anwendung erfüllen muss und nicht, wie sie dies erfüllt. Schnittstelleninformationen müssten bzw. könnten demzufolge auch nicht durch eine Maschine ausführbar sein. Folglich würden sich Schnittstelleninformationen auch nicht mit den Details einer Anwendung bzw. Ausführung eines Programms befassen (EU-KOM, 24.3.2004, Comp/C-3/37.792 *Microsoft*, *Microsoft Corporation*, zit. *Microsoft*, Ziff. 570 f.). Damit verweist die Europäische Kommission auf zentrale Aspekte, die in der Literatur bei einer Gegenüberstellung von Schnittstelleninformationen einerseits und Quellcode andererseits gegen die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Schnittstelleninformationen geltend gemacht werden.

567. Trotz dieser Differenzierung und einer faktischen Abgrenzung von Schnittstelleninformationen gegenüber Quellcodes hat die Europäische Kommission die allgemeine Frage, ob Schnittstellen urheberrechtlich geschützt sind, in ihrer *Microsoft*-Entscheidung hinsichtlich der Betriebssysteme von Arbeitsgruppen-Servern für die Anbindung der Betriebssysteme von Personalcomputern offengelassen (EU-KOM, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 1003, 1004). Die Europäische Kommission hat auch für den konkreten Sachverhalt weder festgestellt noch ausgeschlossen, dass das beanstandete Verhalten von Microsoft aufgrund bzw. ungeachtet eines bestehenden Immaterialgüterrechts als Lizenzverweigerung zu qualifizieren sei (EuG, 17.7.2007, T-201/04, *Microsoft Corp.* gg. EU-Kom, EU:T:2007:289, zit. *Microsoft*, Ziff. 287), wobei das Verhalten insbesondere als eine unzulässige Einschränkung der technischen Entwicklung qualifiziert und eine Rechtfertigung unter Berufung auf ein Immaterialgüterrecht letztlich abgelehnt wurde (vgl. EU-KOM, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 783).

568. Ungeachtet dessen wurde allerdings auch die Möglichkeit, dass Immaterialgüterrechte an Schnittstellen grundsätzlich bestehen könnten, nicht ausgeschlossen. Denn für den Einzelfall wurde darauf hingewiesen, dass es nicht möglich gewesen sei, eine abschliessende Überprüfung vorzunehmen, ob entsprechende Rechte zu Gunsten von Microsoft tatsächlich bestanden hätten (EU-KOM, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 190 und Fn. 249, Ziff. 546). Letztlich wurde die materiell-rechtliche Prüfung auf der Grundlage einer „als ob-Betrachtung“ durchgeführt. Diese Vorgehensweise wurde durch das Europäische Gericht ausdrücklich bestätigt, weil es für das betroffene Unternehmen die günstigste Variante darstelle (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 283, 284).

569. Demzufolge liegt zum einen keine verbindliche Abklärung vor, ob Schnittstelleninformationen im IT-Bereich überhaupt ein für das Kartellrecht relevanter immaterialgüterrechtlicher Schutz zukommt oder nicht. Zum anderen ergibt sich aus den *Microsoft*-Verfahren aber, dass jedenfalls diese spezifischen Schnittstelleninformationen des IT-Bereichs keine Ausschliesslichkeitswirkung im Sinne des schweizerischen Immaterialgüterrechtsvorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 2 KG aufweisen. Ansonsten hätte die Verweigerung der Schnittstelleninformationen durch die Schutzrechtsinhaberin nicht als nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb qualifiziert werden können bzw. es hätte eine ausreichende Rechtfertigung für diese Einwirkung vorliegen müssen.

(c) Urheberrechtlicher Schutz von Schnittstellen

570. Vor diesem Hintergrund ist in der schweizerischen Literatur umstritten, ob Schnittstellen urheberrechtlich geschützt sind.

571. Nach einer Ansicht könne den in den Algorithmen des Computerprogramms enthaltenen Schnittstellencodes kein urheberrechtlicher Schutz zugesprochen werden, weil es ihnen an der erforderlichen Individualität und Originalität mangle und sie aufgrund ihrer Zweckbestimmung die Form zu weit vorgeben würden (vgl. STIRNIMANN FRANZ, *Urheberkartellrecht*, 2004, zit. *Urheberkartellrecht*, 137, Fn. 480) oder weil die Schnittstelleninformationen nicht ausführbar seien (vgl. STRAUB WOLFGANG, *Softwareschutz*, 2011, zit. *Softwareschutz*, 250).

572. Demgegenüber leitet die überwiegende Auffassung in der Literatur aus der gesetzgeberischen Ausgestaltung der massgeblichen Vorschriften ab, dass auch Schnittstellen ein urheberrechtlicher Schutz zukommen könne (vgl. BRÄNDLI SANDRA, *Die Flexibilität urheberrechtlicher Systeme*, 2017, zit. *Flexibilität*, Rn. 351; NEFF/ARN, *Urheberrecht*, 146, 302 f.; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 22; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 61).

573. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 531) lässt sich jedenfalls nicht bereits aus dem Vorhandensein der Regelung zur Dekompilierung von Computerprogrammen in Art. 21 URG herleiten, dass Schnittstellen urheberrechtlich geschützt sein müssen, weil die entsprechende Regelung ansonsten überflüssig wäre (a.A. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 146). Denn Art. 21 URG schützt die Schnittstellen – selbst dann, wenn es sich um ein selbständiges Schnittstellenprogramm handelt – gerade nicht, sondern sieht die Möglichkeit einer Entschlüsselung der Schnittstellen

und eine Verwendung der dadurch erlangten Schnittstelleninformationen durch Dritte ausdrücklich vor. Hierzu wird sogar ein Eingriff in den Quellcode eines Programms als zentrales urheberrechtliches Schutzgut vom Gesetzgeber zugelassen. Demnach besteht der Zweck des Art. 21 URG vielmehr im Schutz des (sonstigen) Quellcodes von Computerprogrammen. Ein Eingriff in diesen Bereich des urheberrechtlichen Werkschutzes bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Gestattung, weil er aufgrund der allgemeinen Vorschriften (vgl. E. 561, 562) über das Gebrauchsrecht am Computerprogramm nicht abgedeckt ist (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 301; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 10, 11). Zur Sicherstellung, dass sich Dritte diesen Quellcode nicht zu anderen Zwecken als der Entschlüsselung von Schnittstellen bemächtigen, statuiert Art. 21 URG die Modalitäten einer Dekompilierung (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 302; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 26 f.). Ein faktischer Schutz von Schnittstelleninformationen ergibt sich demzufolge nur als zusätzliche Reflexwirkung für den Einzelfall, dass die Voraussetzungen einer Dekompilierung hinsichtlich Erst- und Zeitprogramm nicht gegeben sind.

574. Die notwendige Voraussetzung für einen urheberrechtlichen Schutz von Schnittstellen besteht aber in jedem Fall darin, dass die jeweilige Schnittstelle gemäss Art. 2 URG auch als geschütztes Werk zu qualifizieren ist.

575. Voraussetzung für die Anerkennung von Computerprogrammen als urheberrechtliches Werk bildet gemäss Art. 2 Abs. 1 URG das Vorhandensein einer geistigen Schöpfung mit individuellem Charakter (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 131; CHERPILLOD IVAN, in: Müller/Oertli [Hrsg.], *Urheberrechtsgesetz*, 2. Aufl. 2012, zit. *SHK-URG*, Art. 2 Rn. 1; RAUBER, *Computersoftware*, 124). Geschützt ist ein Werk, wenn es sich als individuelle Schöpfung von den tatsächlichen oder natürlichen Vorbedingungen im Rahmen der Zweckbestimmung abhebt (vgl. BGE 143 III 373 E. 2.1; BGE 125 III 328 E. 4b). Eine geistige Schöpfung liegt vor, wenn das Werk die Äusserung einer gedanklichen Tätigkeit eines Menschen darstellt und damit auf einer zumindest geringen geistigen Leistung beruht (vgl. BGE 130 III 168 E. 4.5; BARRELET/EGLOFF, *Urheberrecht*, Art. 2 Rn. 5; CHERPILLOD, *SHK-URG*, Art. 2 Rn. 9). Ein Computerprogramm beruht grundsätzlich auf der geistigen Leistung eines Programmierers und stellt damit eine geistige Schöpfung dar (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 132), ungeachtet dessen, dass es in einem komplexen Entwicklungsprozess vielfach auch mittels automatisierter technischer Verfahren hergestellt wird (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 126 f., 130). Der individuelle Charakter eines Werks

spiegelt sich darin wider, dass ein Dritter bei gleicher Aufgabenstellung nicht das gleiche oder im Wesentlichen das gleiche Werk schaffen wird, und grenzt sich gegenüber der Banalität oder einer routinemässigen Arbeit ab (vgl. BGE 143 III 373 E. 2.1; BGE 134 III 166 E. 2.3.1; CHERPILLOD, *SHK-URG*, Art. 2 Rn. 20). Dabei genügt bereits ein geringerer Grad an individuellem Gepräge, je geringer der Gestaltungsspielraum für einen Urheber ist (vgl. BGE 143 III 373 E. 2.1; BGE 136 III 225 E. 4.2; CHERPILLOD, *SHK-URG*, Art. 2 Rn. 19). Prinzipiell bietet die Entwicklung eines Computerprogramms einen gewissen Gestaltungsspielraum, auch wenn dieser aufgrund der jeweiligen Zweckbestimmung vielfach niedrig ausfällt (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 131, 138 f.). Die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen hängt demzufolge davon ab, ob dem Programmierer angesichts der Aufgabenstellung und der übrigen Rahmenbedingungen ein genügender Spielraum für eine persönliche Gestaltung in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Befehle zur Verfügung stand und er diesen Spielraum auch entsprechend genutzt hat (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 132; THOMANN, *Grundriss*, 30). Ungeachtet eines bestehenden Gestaltungsspielraums fehlt einem Computerprogramm allerdings dann die notwendige Individualität, wenn es als banal bzw. trivial zu qualifizieren ist (vgl. *Botschaft URG*, 523), weil sein Inhalt eine bloss Aneinanderreihung von bekanntem, zum Gemeingut gehörendem Material darstellt, oder wenn es vollständig auf rein alltäglicher, standardisierter Programmierarbeit beruht (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 132).

576. Massgebend für die Feststellung der Werkqualität einer Schnittstelle ist demzufolge allein, ob sie eine ausreichende schöpferische Individualität aufweist oder nicht. Prinzipiell wird diese Voraussetzung bei Schnittstellen in geringerem Masse als bei sonstigen Computerprogrammen gegeben sein, weil der Gestaltungsspielraum eines Programmierers aufgrund der Vorgaben zur jeweiligen Datenübermittlung der einzelnen EDV-Komponenten noch enger ist. Zudem werden für den Datentransfer vielfach bestimmte Standards durch Regulierungsorganisationen, Branchenverbände oder die in diesem Bereich tätigen Unternehmen festgelegt, wodurch die Geltendmachung eines Urheberrechts durch einen einzelnen Hersteller einer EDV-Komponente ausscheidet. Dadurch wird die Qualifizierung von Schnittstellen als Werk im Sinne von Art. 2 URG für einen konkreten Einzelfall jedoch nicht von vornherein völlig ausgeschlossen.

577. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz (vgl. E. 538) kann im Einzelfall demnach auch ein Urheberrecht an Schnittstellen bestehen. Daher

lassen sich die Anwendung des Kartellrechts und ein Ausschluss des Immaterialgüterrechtsvorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 2 KG nicht auf diese Weise begründen.

578. Unabhängig davon, ob Schnittstellen als selbständige Computerprogramme oder als Teil eines Computerprogramms ausgestaltet werden, kommt ihnen allerdings nur dann ein urheberrechtlicher Schutz zu, wenn sie auch selbst eine ausreichende schöpferische Individualität aufweisen. Als selbständige Computerprogramme ergibt sich dies unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 URG. Als Teile eines Computerprogramms weist ihnen Art. 2 Abs. 4 URG nur dann einen urheberrechtlichen Schutz zu, wenn sie selbst über eine ausreichende schöpferische Individualität verfügen (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 303; vgl. allgemein *Botschaft URG*, 523; BARRELET/EGLOFF, URG, Art. 2 Rn. 27; CHERPILLOD, *SHK-URG*, Art. 2 Rn. 67; HILTY RETO M., *Urheberrecht*, 2011, zit. *Urheberrecht*, 121 a.E.; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 113). Nach überwiegender Ansicht ist bei Schnittstellen eine ausreichende schöpferische Individualität im Regelfall nicht gegeben (vgl. BRÄNDLI, *Flexibilität*, Rn. 351; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 146; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 11).

579. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 531) sind Schnittstellen demzufolge jedenfalls nicht bereits deshalb urheberrechtlich geschützt, weil sie einen unselbständigen Teil eines ansonsten geschützten Computerprogramms darstellen oder als selbständiges Funktionsprogramm die Interoperabilität eines geschützten Computerprogramms sicherstellen.

#### (d) Dekompilierung

580. Ungeachtet dessen, dass an Schnittstellen bei einer ausreichenden schöpferischen Individualität ein Urheberrecht bestehen kann, ergibt sich aufgrund der durch Art. 21 URG gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit zu einer Dekompilierung von Computerprogrammen zwecks Feststellung von Schnittstelleninformationen eine ganz wesentliche Einschränkung des üblichen urheberrechtlichen Schutzzumfangs.

581. Unter Dekompilierung ist ein Verfahren zu verstehen, bei dem der nicht verständliche Objekt- bzw. Maschinencode eines Computerprogramms in seinen, durch einen Fachmann bearbeitbaren Quellcode mittels eines Verfahrens des Re-Engineerings zurückübersetzt wird. Damit wird eine Umkehrung der ursprünglichen Erstellung eines Computerpro-

gramms vorgenommen, bei dem der vom Programmentwickler geschaffene Quellcode mittels eines Hilfsprogramms, dem sog. Compiler, zu einem maschinenverständlichen und damit ablauffähigen Objektcode kompiliert, d.h. transformiert wird (vgl. BARRELET/EGLOFF, *URG*, Art. 21 Rn. 1a; NEFF/ARN, *SWIR II/2*, 300; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 16). Eine Dekompilierung stellt ein aufwendiges und kostspieliges Verfahren dar, das mit vielen technischen Risiken behaftet und dessen Erfolg nicht absehbar ist (vgl. NEFF/ARN, *SWIR II/2*, 302; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 21; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 37 f.; STRAUB, *Softwareschutz*, 242). Einer der Gründe hierfür besteht darin, dass Softwarehersteller regelmässig technische Hilfsmittel zum Schutz vor Entschlüsselungsmassnahmen anwenden (vgl. LOWENHEIM/SPINDLER, in: Schrickler/Loewenheim [Hrsg.], *Urheberrecht*, 5. Aufl. 2017, zit. *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 1).

582. Zur Herstellung der notwendigen Interoperabilität schränkt Art. 21 URG das Urheberrecht an Computerprogrammen im Hinblick auf eine Feststellung der Schnittstelleninformationen ein und versagt Schnittstellen einen urheberrechtlichen Schutz (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 11).

583. Der Zweck von Art. 21 URG besteht darin, die Interoperabilität von EDV-Komponenten mittels Dekompilierung zu gewährleisten, um dadurch den Wettbewerb zwischen den Herstellern von EDV-Komponenten sicherzustellen (vgl. HILTY, *Urheberrecht*, 224; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 1; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 95; STRAUB, *Softwareschutz*, 245; vgl. auch GRÜTZMACHER MALTE, in: Wandtke/Bullinger [Hrsg.], *UrhR – Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl. 2014, zit. *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 1, sowie LOWENHEIM/SPINDLER, *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 21, in Bezug auf den wortgleichen, auf Art. 6 *Software-RL* beruhenden Art. 69e UrhG in Deutschland). Denn die Möglichkeit einer Dekompilierung verhindert, dass die Hersteller von EDV-Komponenten von einzelnen anderen Herstellern dadurch abhängig werden, dass ihnen der Zugang zu den Schnittstelleninformationen anderer EDV-Komponenten verwehrt wird. Die gesetzliche Regelung hat somit zur Folge, dass einzelne Hersteller keine Abschottungspolitik ihrer EDV-Komponenten gegenüber Konkurrenzprodukten umsetzen können. Ziel der Gewährleistung von Interoperabilität durch Dekompilierung ist also letztlich die Ermöglichung von Wettbewerb auf dem Markt von Computerprogrammen und sonstigen EDV-Komponenten.

584. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 529) begründet das Urheberrecht demnach keinen prinzipiellen Schutz der DCC-Schnittstellen und der jeweiligen DCC-Schnittstelleninformationen innerhalb eines EDV-Systems von POS-Terminals und Akzeptanz-Plattformen im Verhältnis zu anderen Herstellern von entsprechenden EDV-Komponenten. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Schnittstelle als selbstständiges Computerprogramm oder lediglich als unselbständiger Teil eines Computerprogramms zu qualifizieren ist.

585. Die Voraussetzungen einer rechtmässigen Dekompilierung von Computerprogrammen bilden gemäss Art. 21 URG entsprechend Art. 6 *Software-RL* folgende Kriterien: (i) interoperables Computerprogramm als Erstprogramm; (ii) rechtmässiger Gebrauch des Erstprogramms; (iii) Zusammenhang mit interoperablem unabhängigem Computerprogramm als Zweitprogramm; (iv) Sicherstellung der notwendigen Interoperabilität des Zweitprogramms; (v) fehlende Zugänglichkeit der Schnittstelleninformationen; (vi) Erforderlichkeit der Massnahmen; (vii) ausschliessliche Ausrichtung auf die Ermittlung der Schnittstelleninformationen; (viii) keine unzumutbare Beeinträchtigung; (ix) keine Weitergabe an Dritte; (x) Fehlen eines Patentrechts. Demgegenüber bildet die Zustimmung des Rechteinhabers keine Voraussetzung einer Dekompilierung.

586. Grundlage der Dekompilierung bildet ein interoperables Computerprogramm als Erstprogramm. Als Computerprogramm gelten alle in einer Programmiersprache verfassten Folgen von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 5). Das Computerprogramm ist interoperabel, wenn eine Anbindung in einem EDV-System über Schnittstellen zur wechselseitigen Informationsübertragung vorgenommen werden kann (vgl. E. 550 f.).

587. Ein rechtmässiger Gebrauch des Erstprogramms liegt vor, wenn dem jeweiligen Dekompilierer ein Recht zur Nutzung des Erstprogramms zusteht, unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine Lizenz oder um Eigentum am Erstprogramm handelt (vgl. BARRELET/EGLOFF, *URG*, Art. 21 Rn. 3; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 26; RAUBER, *Computersoftware*, 188; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 108; a.A. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 301, unter Verweis auf den Wortlaut von Art. 12 URG). Dies entspricht sowohl der ausdrücklichen Ausgestaltung von Art. 6 Abs. 1 *Software-RL*,



der ausdrücklich auf den Lizenznehmer abstellt, als auch dem Zweck von Art. 21 URG, weil (i) sich der Gebrauch eines Computerprogramms anhand einer Differenzierung von Kauf oder Lizenzierung nicht unterscheidet, (ii) der Rechtscharakter der jeweiligen Gebrauchsüberlassung ausschliesslich im Ermessen des Herstellers eines Computerprogramms liegt, und (iii) ein Hersteller ansonsten dadurch die Möglichkeit einer Dekompilierung seines Computerprogramms von vornherein ausschliessen und infolgedessen die zwingende gesetzliche Dekompilierungsregelung in Art. 21 URG einfach umgehen könnte (so bereits STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 109). Der Umfang der in Art. 12 URG gesetzlich vorgesehenen Nutzungsberechtigung, die eine Lizenzierung nicht ausdrücklich umfasst, ist hingegen für die Beurteilung der Dekompilierungsberechtigung gemäss Art. 21 URG nicht massgeblich. Der Dekompilierer kann auch einen Dritten mit der Ausführung der Dekompilierung beauftragen, wobei die übrigen Voraussetzungen einer Dekompilierung aber auch durch den Beauftragten einzuhalten sind (vgl. BARRELET/EGLOFF, *URG*, Art. 21 Rn. 3; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 302; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 26; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 109).

588. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bei Computerprogrammen, die proprietär und stationär ausgestaltet sind und demzufolge von Dritten nicht erworben werden können, die Möglichkeit einer Dekompilierung von vornherein ausgeschlossen ist, weil ein Dritter sie gar nicht rechtmässig in Gebrauch nehmen kann.

589. Die Dekompilierung muss in Zusammenhang mit einem unabhängigen Computerprogramm als Zweitprogramm stehen. Das Zweitprogramm ist dann unabhängig, wenn es gegenüber dem Erstprogramm nach den allgemeinen Grundsätzen eine ausreichende Abweichung seiner Ausdrucksform aufweist, um das Urheberrecht am Erstprogramm nicht zu verletzen (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 39). Dabei ist unerheblich, ob das Zweitprogramm erst nachträglich hergestellt wird, worauf der Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 URG hinweist, oder bereits zuvor geschaffen wurde, worauf der Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 URV hinweist (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 39; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 112; a.A. CHERPILLOD, *SIWR II/2*, 40).

590. Nach herrschender Auffassung im Schrifttum kann eine Dekompilierung nicht nur zur Herstellung eines zugehörigen Zweitprogramms, d.h. eines Computerprogramms, für das eine Anbindung an das Erstprogramm vorgesehen ist, eingesetzt werden, sondern auch zur Herstellung

eines konkurrenzierenden Zweitprogramms, d.h. eines Computerprogramms, durch welches das Erstprogramm ersetzt werden kann (vgl. FRÖHLICH-BLEULER, *Nutzungsbefugnisse*, 577; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 304; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 45; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 127; STRAUB, *Softwareschutz*, 247; EU-KOM, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 762; DREIER THOMAS, Rechtsschutz von Computerprogrammen, Die Richtlinie des Rates der EG vom 14. Mai 1991, CR 10/1991, 577 ff., 581 f.; VINJE THOMAS C., Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR Int. 4/1992, 250 ff.; dies entspricht auch der h.M. zu Art. 69e des deutschen UrhG, vgl. GRÜTZMACHER, *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 6 m.w.N.; LOEWENHEIM/SPINDLER, *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 12).

591. Nach einer Minderheitsmeinung ist die Dekompilierung im Rahmen der Herstellung eines Konkurrenzprodukts hingegen ausgeschlossen (vgl. RAUBER, *Computersoftware*, 189; REHBINDER MANFRED/VIGANÒ ADRIANO, *URG*, 3. Aufl. 2008, zit. *URG*, Art. 21 Rn. 4).

592. Durch eine Auslegung von Art. 21 URG wird die Auffassung der herrschenden Ansicht in der Literatur entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 534) bestätigt. Denn aufgrund des Wortlauts von Art. 21 URG, der auf die Entwicklung eines „unabhängigen Computerprogramms“ sowie auf die Verwendung der Schnittstelleninformationen für „interoperable Computerprogramme“ abstellt, ergibt sich weder eine Einschränkung auf zugehörige Zweitprogramme noch ein Ausschluss von substituierenden Zweitprogrammen. Auch systematische Aspekte für einen solchen Ausschluss sind nicht ersichtlich. Gleiches gilt auch für eine teleologische Betrachtung. Der Zweck der Vorschrift, der in einer Förderung des Wettbewerbs bei EDV-Komponenten durch die Gewährleistung von deren Interoperabilität besteht, spricht für eine Gleichstellung von substituierenden und zugehörigen Zweitprogrammen; denn es ist angesichts des Schutzzwecks der Vorschrift (vgl. E. 583) kein Grund ersichtlich, warum die gesetzlich vorgesehene Förderung des Wettbewerbs bei EDV-Komponenten durch die Gewährleistung der Interoperabilität nur bestimmten EDV-Komponenten zukommen sollte und anderen nicht.

593. Zudem würde eine entsprechende Differenzierung aus praktischen Überlegungen keine sachgerechte Abgrenzung ermöglichen. Denn eine Differenzierung zwischen substituierenden und zugehörigen Komponenten innerhalb eines EDV-Systems lässt sich zwar bei einem blossen Ver-

gleich von zwei EDV-Komponenten vornehmen, läuft aber bei einer Gesamtbetrachtung aller EDV-Komponenten ins Leere, weil jede EDV-Komponente innerhalb des Systems sowohl zugehörig als auch substituierend ist. Wenn ein Hersteller verschiedener EDV-Komponenten innerhalb eines EDV-Systems mehrere EDV-Komponenten anbietet, würde ihm die Möglichkeit offenstehen, für die Entwicklung einer eigenen, als zugehörig zu qualifizierenden EDV-Komponente auch die EDV-Komponente eines Dritten zu dekompileieren, die er am Markt durch eine andere, von ihm bereits hergestellte EDV-Komponente ersetzen will. Demzufolge würde ein Hersteller bereits aufgrund der Durchführung von Entwicklungstätigkeiten für eine zugehörige EDV-Komponente die Möglichkeit erlangen, eine EDV-Komponente zu dekompileieren, die er durch eine von ihm bereits hergestellte EDV-Komponente ersetzen will, und zwar ohne dass die zugehörige EDV-Komponente später jemals tatsächlich auf dem Markt angeboten werden müsste.

594. Darüber hinaus spricht auch ein weiterer Aspekt für ein weites inhaltliches Verständnis von Art. 21 URG. Die dekompileierten Schnittstelleninformationen dürfen durch einen Dekompilierer gegenüber Dritten nicht bekannt gegeben werden, weshalb alle Hersteller von EDV-Komponenten zwingend eine Dekompilierung für die Ermittlung der gleichen Schnittstelleninformationen durchführen müssen. Aus wettbewerblicher Sicht stellt dies eine ineffiziente Ressourcenallokation dar, welche die EDV-Komponenten des jeweiligen EDV-Systems verteuert. Bei einer rechtmässigen Dekompilierung werden ausschliesslich diejenigen Schnittstelleninformationen ermittelt, die für die Herstellung der Interoperabilität des Zweitprogramms erforderlich sind. Diese Schnittstelleninformationen können im Rahmen eines EDV-Systems an mindestens zwei EDV-Komponenten, regelmässig sogar an mehreren, u.U. auch unterschiedlichen EDV-Komponenten ausgelesen werden. Da Dekompilierungen mit erheblichen Problemen behaftet sind, ist es grundsätzlich sinnvoll, dass die jeweiligen Schnittstellen über diejenigen EDV-Komponenten ermittelt werden können, die aus Sicht des Dekompilierers die besten Erfolgschancen aufweisen. Letztere können sich dabei auf eine Feststellung von möglichst umfassenden Schnittstelleninformationen, eine möglichst einfache und kostengünstigste Feststellung der Schnittstelleninformationen oder sonstige Aspekte beziehen. Durch diese Wahlmöglichkeit wird die durch Art. 21 URG vorgegebene ineffiziente Ressourcenallokation aus wettbewerblicher Sicht zumindest verringert.

595. Eine andere Einschätzung ergibt sich auch nicht aufgrund von Art. 17 Abs. 3 URV, wonach eine Dekompilierung zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Urhebers führt, wenn „[die Schnittstelleninformationen zur Entwicklung] eines Programms mit im Wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform verwendet werden“. Zunächst ist bereits in formaler Hinsicht zu berücksichtigen, dass diese Verordnungsregelung des Bundesrats keine substantielle Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Dekompilierungsmöglichkeit statuieren kann. Da es sich bei einer Differenzierung zwischen substituierenden und zugehörigen Zweitprogrammen um eine substantielle Einschränkung handeln würde, scheidet ein entsprechendes Verständnis dieser Vorschrift im Rahmen einer gesetzeskonformen Auslegung aus. Zudem lässt sich dem Begriff eines „Programms mit im Wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform“ auch inhaltlich kein sachlicher Bedeutungsgehalt zuordnen. Das Zweitprogramm muss ausnahmslos eine ausreichend abweichende Ausdrucksform gegenüber derjenigen des Erstprogramms aufweisen, damit es dessen Urheberrecht nicht verletzt. Insoweit handelt es sich allenfalls um eine Wiederholung der gesetzlichen Voraussetzungen zum Werkcharakter durch die Verordnungsregelung (vgl. BARRELET/EGLOFF, *Urheberrecht*, Art. 21 Rn. 6; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 44; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 80). Für eine Differenzierung von substituierenden Zweitprogrammen, die urheberrechtlich über eine ausreichend abweichende Ausdrucksform wie das Erstprogramm verfügen, anhand ihrer über diese Abweichung hinausgehenden stärkeren oder schwächeren Ähnlichkeit mit der Ausdrucksform des Erstprogramms fehlen zum einen die hierfür erforderlichen sachgerechten Kriterien (vgl. z.B. STRAUB, *Softwareschutz*, 247, wonach sich das Zweitprogramm vom Erstprogramm im Wesentlichen von dessen „Struktur“ unterscheiden müsse). Zum anderen würde eine solche Differenzierung dem Zweck von Art. 21 URG widersprechen, weil die Förderung des Wettbewerbs als Zielsetzung in keine sinnhafte Abhängigkeit von einer „gewissen Ähnlichkeit“ der Ausdrucksformen einzelner EDV-Komponenten gesetzt werden kann. Art. 17 Abs. 3 URV ist daher insoweit unbeachtlich.

596. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 536), wonach die anderen Terminalhersteller keine neue zugehörige EDV-Komponente zu den POS-Terminals von Card Solutions, sondern nur eine blosser Kopie der DCC-Funktion einschliesslich der DCC-Schnittstellen herstellen wollten, um damit den Händlern eine Substitution der POS-Terminals von Card Solutions zu ermöglichen, wäre demzufolge bereits im Rahmen einer urheberrechtlichen Prüfung unbeachtlich.

597. Die Dekompilierung darf gemäss Art. 21 Abs. 2 URG ausschliesslich auf die Herstellung der notwendigen Interoperabilität des Zweitprogramms ausgerichtet sein. Der Dekompilierer kann keine anderen Zwecke im Rahmen einer Entschlüsselung des Erstprogramms verfolgen (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 302, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 41; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 110).

598. Die Dekompilierung muss gemäss Art. 21 Abs. 1 URG und Art. 17 Abs. 2 URV erforderlich sein, weil die jeweiligen Schnittstelleninformationen für den Dekompilierer nicht zugänglich sind. Die fehlende Zugänglichkeit ist dann nicht gegeben, wenn der Urheber die betreffenden Informationen vollständig offengelegt hat, sodass sie von einem Dekompilierer unmittelbar entgegengenommen werden können, z.B. durch Abruf einer Internetseite, oder ihm auf erste Anfrage hin innerhalb angemessener Frist und unter sachgerechten Bedingungen (z.B. Bestätigungen der ordnungsgemässen Zweckverwendung, Zahlung von administrativen Kosten) übermittelt werden (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 303; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 31 f.; RAUBER, *Computersoftware*, 189; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 117 f.).

599. Die Dekompilierung muss gemäss Art. 21 Abs. 1 URG auf diejenigen Massnahmen beschränkt werden, die zur Entschlüsselung der jeweiligen Schnittstellen erforderlich, d.h. notwendig, sind. Je nach Ausgestaltung der Schnittstellen als Teil eines Computerprogramms oder als eigenständiges Computerprogramm schliesst die Dekompilierung eine begrenzte oder umfassendere Bearbeitung des geschützten Quellcodes mit ein (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 303, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 28 f.; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 113).

600. Die Dekompilierung darf gemäss Art. 21 Abs. 2 URG nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Erstprogramms oder der rechtmässigen Interessen des Schutzrechtsinhabers führen. Soweit die vorstehenden Voraussetzungen vom Dekompilierer eingehalten werden, kann sich ein derartiges Ergebnis nur in Einzelfällen aufgrund von aussergewöhnlichen Umständen einstellen (vgl. hierzu STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 129, 134 f.; sowie die Beispiele bei LOEWENHEIM/SPINDLER, *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 22).

601. Obwohl der Wortlaut von Art. 21 URG anders als Art. 6 Abs. 2 *Software-RL* kein ausdrückliches Verbot einer Weitergabe der entschlüsselten Schnittstelleninformationen vorsieht, wird von der ganz überwiegenden

Auffassung in der Literatur die Untersagung einer Weitergabe der entschlüsselten Schnittstelleninformationen als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einer Dekompilierung qualifiziert (vgl. NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 47; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 136). Vorliegend ist daher davon auszugehen, dass dem Dekompilierer eine Weitergabe der durch die Entschlüsselung ermittelten Schnittstelleninformationen an andere Hersteller von EDV-Komponenten untersagt ist.

602. Art. 21 URG bezieht sich lediglich auf das Urheberrecht, womit andere ausschliesslichen Rechte vorbehalten bleiben. Entsprechend findet Art. 21 URG keine Anwendung, wenn die Schnittstelle des Erstprogramms durch ein Patent geschützt ist (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 53; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 147).

603. Eine Zustimmung zur Dekompilierung seitens des Schutzrechtsinhabers am Erstprogramm ist nicht erforderlich. Vielmehr handelt es sich bei Art. 21 URG um eine zwingende Vorschrift, die von den Parteien nicht abbedungen werden kann (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 1; NEFF/ARN, *SIWR II/2*, 305; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 44; REHBINDER/VIGANÒ, *URG*, Art. 21 Rn. 3; RAUBER, *Computersoftware*, 189; STAFFELBACH, *Dekompilierung*, 137). Dies wird im EU-Recht durch Art. 8 Abs. 2 *Software-RL* ausdrücklich statuiert. Ein Schutzrechtsinhaber kann demzufolge das Verbot einer Dekompilierung nicht rechtswirksam als Klausel in einen Kauf- oder Lizenzvertrag über ein Computerprogramm aufnehmen.

(e) Urheberrechtliche Pflicht zur Offenlegung bzw. Herausgabe

604. Der Schutzrechtsinhaber eines Erstprogramms kann die Möglichkeit von dessen Dekompilierung auf der Grundlage von Art. 21 URG dadurch unterbinden, dass er dessen Schnittstelleninformationen offenlegt (vgl. E. 598; OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 24, 37; für das deutsche Recht vgl. GRÜTZMACHER, *Urheberrecht*, Art. 69e Rn. 14). Denn dadurch wird die Voraussetzung einer Dekompilierung in Gestalt der fehlenden Zugänglichkeit der Schnittstelleninformationen aufgehoben.

605. Auch wenn Art. 21 URG eine Dekompilierung von Schnittstellen zur Gewährleistung der Interoperabilität von Zweitprogrammen zulässt, ergibt sich daraus nach ganz überwiegender Auffassung aber umgekehrt kein Anspruch der Hersteller von Zweitprogrammen auf Offenlegung der jewei-

ligen Schnittstelleninformationen eines Erstprogramms durch dessen Schutzrechtsinhaber (vgl. OERTLI, *SHK-URG*, Art. 21 Rn. 24, 37). Dies soll unabhängig davon gelten, ob es sich beim Zweitprogramm um ein ergänzendes oder substituierendes Computerprogramm handelt.

606. Diese urheberrechtliche Rechtslage bildet jedoch wiederum keinen zwingenden Ausschluss einer Offenlegungspflicht des Urhebers aufgrund anderer Rechtsvorschriften.

607. Das Recht zur Dekompilierung gemäss Art. 21 URG statuiert die Möglichkeit zu einem Eingriff in den Quellcode eines Computerprogramms und damit in die wesentliche Substanz eines Werks im Sinne von Art. 2 URG, mit dem zur Gewährleistung der Interoperabilität von EDV-Komponenten der Schutz von Schnittstellen und deren Informationen vollständig aufgehoben und der Schutz eines Computerprogramms eingeschränkt wird. Vorschriften des Kartellrechts oder anderer Rechtsgebiete können einen derartigen Eingriff in die wesentliche Substanz eines Computerprogramms als urheberrechtliches Werk zu Gunsten Dritter von vornherein nicht vorsehen. Daraus lässt sich allerdings nicht ableiten, dass nicht auch Vorschriften des Kartellrechts oder anderer Rechtsgebiete zur Gewährleistung der Interoperabilität von EDV-Komponenten den Schnittstelleninformationen einen rechtlichen Schutz versagen. Vielmehr lässt sich die Sicherstellung der Interoperabilität nur durch einen Zugriff auf die jeweiligen Schnittstelleninformationen mittels einer Verpflichtung zu deren Offenlegung durch den Schutzrechtsinhaber des Erstprogramms gegenüber den Herstellern von Zweitprogrammen bewerkstelligen.

608. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 533) ist es für eine kartellrechtliche Beurteilung demzufolge unerheblich, ob sich aus dem Urheberrecht für ein marktbeherrschendes Unternehmen eine Verpflichtung zur Herausgabe von Schnittstelleninformationen ergibt oder nicht.

(f) Kartellrechtliche Beurteilung

609. Vor diesem Hintergrund ist im Hinblick auf eine Anwendung des Immaterialgüterrechtsvorbehalts der massgebliche Grundsatz für die allgemeine Beurteilung der Schnittstellen von EDV-Komponenten sowie den entsprechenden Schnittstelleninformationen im Rahmen eines kartellrechtlichen Sachverhalts festzulegen.

610. Der Zweck des Urheberrechts besteht im Schutz des jeweiligen Rechtsinhabers vor einer unrechtmässigen Vervielfältigung seiner EDV-Komponente als geschütztem Werk, nicht aber vor einer Konkurrenzierung der EDV-Komponente durch EDV-Komponenten anderer Wirtschaftsteilnehmer (vgl. E. 565; 583). Unabhängig davon, ob an der Schnittstelle einer EDV-Komponente und den damit einhergehenden Schnittstelleninformationen wegen ihrer schöpferischen und individuellen Ausgestaltung im Einzelfall ein Urheberrecht besteht oder nicht, eröffnet das Urheberrecht Herstellern von EDV-Komponenten daher die Möglichkeit, im Wege einer Dekompilierung die jeweiligen Schnittstelleninformationen einer anderen EDV-Komponente zu ermitteln, um sie für die Ausrüstung von eigenen EDV-Komponenten mit einer entsprechenden Schnittstelle nutzen zu können, damit auch die eigenen EDV-Komponenten innerhalb eines EDV-Systems über diese Schnittstelle angebunden werden können. Die Sicherstellung der Interoperabilität von EDV-Komponenten steht somit aus der Sicht des Urheberrechts über dem Schutz von Schnittstellen und deren Schnittstelleninformationen.

611. Der Zweck des Kartellrechts besteht sowohl im institutionellen Schutz des Wettbewerbs vor einer nachteiligen Einwirkung als auch im individuellen Schutz der einzelnen Unternehmen, die auf einem Markt am jeweiligen Wettbewerb teilnehmen (vgl. E. 510). Eine Vorenthaltung der Schnittstelleninformationen von einzelnen EDV-Komponenten führt zu einer Monopolisierung der mit diesen Schnittstellen ausgestatteten EDV-Komponenten und damit zu einer Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt einer Marktabstottung gegenüber konkurrierenden EDV-Komponenten von anderen Wirtschaftsteilnehmern auf den jeweiligen Märkten der betroffenen EDV-Komponenten oder EDV-Systeme. Dadurch stellt sich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ein, die bei Vorliegen einer Wettbewerbsabrede oder einer marktbeherrschenden Stellung sowie allfälligen weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen der materiellrechtlichen Vorschriften eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Kartellgesetz darstellt. Die Sicherstellung der Interoperabilität von EDV-Komponenten stellt somit aus der Sicht des Kartellrechts eine notwendige Massnahme zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs dar.

612. Sowohl das Urheberrecht als auch das Kartellrecht sind demzufolge darauf ausgerichtet, die Verfügbarkeit von untereinander austauschbaren EDV-Komponenten zur Nutzung innerhalb eines EDV-Systems zu gewährleisten, um dadurch im Interesse der Nutzer von EDV-Systemen den



Wettbewerb unter den Herstellern entsprechender EDV-Komponenten sicherzustellen und wettbewerbsfeindliche Monopolisierungen und sonstige Einschränkungen der Interoperabilität von EDV-Komponenten durch einzelne Anbieter zu unterbinden.

613. Angesichts dieser Ausgangslage ergibt sich für die rechtliche Behandlung der Schnittstellen von EDV-Komponenten und deren Schnittstelleninformationen kein inhaltlicher Konflikt zwischen Urheber- und Kartellrecht. Vielmehr sind beide Gesetzesordnungen auf die Gewährleistung von ausreichenden wettbewerblichen Marktbedingungen ausgerichtet.

614. Das Bestehen eines Urheberrechts an einer Schnittstelle von EDV-Komponenten begründet demnach keinen Anwendungsvorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG. Soweit Schnittstellen von EDV-Komponenten im Einzelfall mangels Werkqualität kein urheberrechtlicher Schutz zukommt, scheidet eine Anwendung des Immaterialgüterrechtvorbehalts ohnehin bereits von vornherein aus.

615. Die materiell-rechtlichen Vorschriften des Kartellgesetzes sind demzufolge auf die Beurteilung einer Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen für EDV-Komponenten anzuwenden. Dies gilt umso mehr, als der Immaterialgüterrechtvorbehalt nach herrschender Ansicht restriktiv anzuwenden ist (vgl. E. 86). Der gegenteilige grundlegende Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 529) ist daher unbegründet.

616. Dieses Ergebnis entspricht sowohl der Ausrichtung, die in Erwägung 17 der *Software-RL* zum Ausdruck gebracht wird, wonach die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ausdrücklich vorbehalten bleibt, wenn der Zugang zu Schnittstelleninformationen, die für die Interoperabilität von EDV-Komponenten notwendig sind, durch ein marktbeherrschendes Unternehmen verweigert wird, als auch dem Urheberrechtsgesetz, weil dieses eine inhaltliche Umsetzung der Vorschriften der *Software-RL* beabsichtigt (vgl. E. 564).

617. Ein anderes Ergebnis stellt sich im Übrigen auch dann nicht ein, wenn der Regelungsgehalt von Art. 21 URG einschränkend ausgelegt würde und darunter nur zugehörige, nicht aber substituierbare EDV-Komponenten erfasst würden. Denn das Urheberrecht anerkennt mit der Statuierung einer Möglichkeit zur Dekompilierung von Computerprogrammen zwecks Erlangung von dessen Schnittstelleninformationen,

dass zum einen die Kenntnis der jeweiligen Schnittstelleninformationen innerhalb eines EDV-Systems von grundlegender Bedeutung für die Hersteller von EDV-Komponenten sind, um eine Anbindung im System vornehmen zu können, und dass zum anderen diese Möglichkeit der Kenntniserlangung für die Gewährleistung von Wettbewerb auf dem Markt der EDV-Komponenten und EDV-Systeme zur Abwehr von Abschottungsmaßnahmen und Monopolisierungen erforderlich ist. Selbst wenn daher unterstellt wird, dass eine Dekompilierung von Erstprogrammen zu deren Substitution durch Zweitprogramme aus bestimmten Gründen urheberrechtlich nicht zulässig sei, so kann dadurch der Anspruch des Kartellrechts auf eine Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich aller Arten von EDV-Komponenten, unabhängig davon, ob sie als zugehörig oder substituierend zu bezeichnen sind, nicht negiert werden. Dies gilt umso mehr, als eine Differenzierung zwischen zugehörigen und zu substituierenden Computerprogrammen wie aufgezeigt in der Praxis nicht zu einer sachgerechten Abgrenzung führt. Deshalb kann zum einen der Charakter als zu substituierendes Computerprogramm innerhalb eines EDV-Systems auch nicht als zwangsläufige Beschränkung des Urheberrechts qualifiziert werden, und zum anderen kann im Einzelfall darauf aufbauend auch keine sinnvolle Feststellung vorgenommen werden, ob wirksamer Wettbewerb im Sinne des Kartellgesetzes vorliegt oder nicht. Ein Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes aufgrund des Immaterialgüterrechtsvorbehalts wäre deshalb auch bei einem engeren Regelungsgehalt von Art. 21 URG nicht gegeben.

618. Dieses grundlegende Verhältnis von Kartellrecht und Urheberrecht in Bezug auf Schnittstellen und Schnittstelleninformationen führt im Hinblick auf die konkrete Anwendung der materiellrechtlichen Vorschriften des Kartellrechts zur folgenden grundsätzlichen Beurteilungslage.

619. Das Urheberrecht statuiert für Schnittstelleninformationen von EDV-Komponenten weder einen allgemeinen immaterialgüterrechtlichen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG noch weist Art. 21 URG einen generellen Vorbehalt gegenüber kartellrechtlichen Vorschriften zur Begründung einer Offenlegung von Schnittstelleninformationen auf, selbst wenn an den Schnittstellen ein Urheberrecht bestehen sollte. Demzufolge genießen Schnittstelleninformationen aus kartellrechtlicher Sicht keinen beachtenswerten urheberrechtlichen Schutz im Hinblick auf die Herstellung bzw. Gewährleistung einer notwendigen Kompatibilität von EDV-Komponenten. Dies gilt unabhängig von der Art der jeweiligen EDV-Komponente, insbesondere wird hierdurch auch die Kompatibilität von

Peripheriegeräten oder Konkurrenzprodukten mit einer Plattform erfasst. Die Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschriften des Kartellrechts zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs wird daher bei entsprechendem Sachverhalten nicht durch urheberrechtliche Aspekte eingeschränkt.

620. Diese Vorgabe gilt für alle Schnittstelleninformationen in gleicher Weise, unabhängig davon, ob die jeweiligen Schnittstelleninformationen sich im Einzelfall auf eine EDV-Komponente beziehen, für die ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung aufweist oder nicht. Der Aspekt der Marktbeherrschung und dessen inhaltliche Anforderungen erlangen im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung von Art. 7 KG Bedeutung, nicht aber im Hinblick auf die Feststellung einer Anwendbarkeit bzw. eines Ausschlusses des Kartellgesetzes gemäss Art. 3 Abs. 2 KG. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. E. 542 ) ist es daher unerheblich, ob die Informationsverweigerung auf die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist oder nicht. Und entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 537) ist es für eine Anwendung des Kartellgesetzes gleichfalls unerheblich, inwieweit die Sachverhaltskonstellationen in den Fällen *IBM* oder *Microsoft* mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar sind. Im Übrigen betrifft die Verweigerung einer Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen vorliegend gerade dasjenige Produkt, bei denen der SIX-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

621. Ebenso wenig kommt im Einzelfall den konkreten Modalitäten einer Dekompilierung eine Bedeutung für die Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschriften des Kartellgesetzes zu. Daher ist es unerheblich, ob eine Dekompilierung im Einzelfall rechtmässig durchgeführt werden kann oder tatsächlich rechtmässig durchgeführt wurde. Diese Aspekte erlangen allenfalls im Rahmen einer Prüfung des materiellen Tatbestands eine Bedeutung (vgl. E. 1005 ff.). Demzufolge ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 535), wonach sich die anderen Terminalhersteller die Schnittstelleninformationen mittels einer Dekompilierung hätten selbst beschaffen können, in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

(g) Sachverhalt

622. Der konkrete Sachverhalt verlangt nicht nach einer Ausnahme von der vorstehend festgestellten grundsätzlichen kartellrechtlichen Beurtei-

lung der Schnittstelleninformationen von EDV-Komponenten. Denn die vorliegende Sachverhaltskonstellation entspricht der beschriebenen Ausgangskonstellation und den damit verbundenen Wettbewerbseinschränkungen bei einer Vorenthaltung von Schnittstelleninformationen für EDV-Komponenten. Gründe für eine Abweichung vom vorstehend festgestellten Grundsatz und eine dadurch bedingte unterschiedliche Beurteilung sind nicht ersichtlich.

623. Im Übrigen wären in diesem Zusammenhang zudem verschiedene weitere Aspekte in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt der Vollständigkeit halber zu berücksichtigen.

624. Die Beschwerdeführerinnen machen das Bestehen eines Urheberrechts an den DCC-Schnittstellen geltend, wobei im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben kann, ob als massgeblicher Schutzrechtsinhaber Card Solutions oder Multipay zu qualifizieren ist (vgl. E. 644 ff.). Von den Beschwerdeführerinnen wird hingegen von vornherein nicht geltend gemacht, dass ein Patentrecht an den Schnittstellen besteht, weshalb es hierzu keiner weiteren Ausführungen bedarf (vgl. E. 558, 602).

625. Zum Nachweis des Urheberrechts an den DCC-Schnittstellen verweisen die Beschwerdeführerinnen auf das Urheberrecht, das am Computerprogramm der DCC-Funktion bestehe. Wie vorstehend dargelegt, müssen die DCC-Schnittstellen allerdings selbst über eine ausreichende schöpferische Individualität verfügen, um als urheberrechtliches Werk qualifiziert werden zu können (vgl. E. 578).

626. Von den Beschwerdeführerinnen wird in keiner Weise konkret dargelegt, dass und weshalb die DCC-Schnittstelle selbst eine ausreichende schöpferische individuelle Qualität aufweist, um gemäss Art. 2 Abs. 4 URG als urheberrechtliches Werk gelten zu können.

627. Eine allgemeine Vermutung zugunsten der Werkqualität von Schnittstellen besteht nicht (vgl. ARN/NEFF, *SIWR II/2*, 133).

628. Im vorliegenden Fall wäre eine entsprechende Vermutung auch nicht zu rechtfertigen, weil die nachfolgenden Umstände gegen eine ausreichende schöpferische Individualität der Schnittstellen sprechen: (i) Die DCC-Schnittstelle ist als Zusatz in die allgemeine Schnittstelle zwischen POS-Terminals und Akzeptanz-Plattform eingebunden (vgl. E. 554); (ii) diese Ergänzung ist von der inhaltlichen Überprüfung und Zustimmung

der Kartenlizenzgeber abhängig und bedarf auf deren Veranlassung hin der Anpassungen; (iii) eine DCC-Schnittstelle war bereits im Rahmen der erstmaligen Implementation der DCC-Umrechnung im Ausland durch ein anderes Unternehmen eingeführt und vom Visa Card Scheme abgenommen worden.

629. Insbesondere schon deshalb ist nicht davon auszugehen, dass die DCC-Schnittstellen eine ausreichende schöpferische Individualität aufweisen, weil die DCC-Funktion und damit auch die DCC-Schnittstellen, aufgrund der Vorgaben des Visa Card Scheme ausgestaltet werden mussten, wie die Beschwerdeführerinnen in Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Re-Zertifizierungsphase als Rechtsfertigungsgrund selbst geltend machen. Im dortigen Zusammenhang führen sie aus, dass die Ausgestaltung der Schnittstellen aufgrund der Intervention des Visa Card Schemes bis zum Abschluss der Re-Zertifizierung einem konstanten Wandel unterworfen gewesen wäre (vgl. E. 665, 677).

630. Zudem führt die Ausführung der DCC-Funktion über den Datentransfer hinaus, der im Rahmen des bestehenden ep2-Standards die allgemeinen Kartendaten und den Zahlungsbetrag in inländischer Währung umfasst, lediglich zur zusätzlichen Übermittlung eines weiteren Zahlungsbetrags in ausländischer Währung und des Wechselkurses. Deshalb handelt es sich bei der Ausgestaltung der DCC-Schnittstelle eher um eine triviale Entwicklungstätigkeit bzw. eine bloss alltägliche, standardisierte Programmierarbeit ohne besonderen eigenen individuellen Beitrag seitens der Beschwerdeführerinnen.

631. Dies wird zudem von den Beschwerdeführerinnen auch durch ihr Vorbringen (vgl. E. 536) bestätigt, wonach die anderen Terminalhersteller nur eine Kopie der DCC-Funktion der Card-Solutions hätten herstellen können. Wenn die anderen Terminalhersteller keine Möglichkeit gehabt hätten, im Rahmen des vorgegebenen ep2-Standards eine DCC-Funktion bzw. eine DCC-Schnittstelle mit einer urheberrechtlich zulässigen abweichenden Ausdrucksform zu gestalten, dann hätte auch für Card Solutions keine Möglichkeit bestanden, eine DCC-Funktion bzw. eine DCC-Schnittstelle mit einer ausreichenden schöpferischen Individualität herzustellen, welche die Voraussetzungen der Werkqualität gemäss Art 2 URG erfüllt hätte. Wenn nicht einmal die DCC-Funktion selbst mit einer ausreichenden schöpferischen Qualität hergestellt werden kann, dann kann den DCC-Schnittstellen erst recht kein urheberrechtlicher Schutz zugesprochen werden.

632. Aus diesen Gründen ist demnach nicht davon auszugehen, dass überhaupt ein Urheberrecht der SIX-Gruppe an der DCC-Schnittstelle besteht, weshalb der Immaterialgüterrechtsvorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG vorliegend bereits deshalb von vornherein keine Bedeutung erlangen kann (vgl. E. 614).

### **c) *Massgebliche Schnittstellen und Schnittstelleninformationen***

633. Zwischen den Parteien ist strittig, welche Schnittstelleninformationen – und damit welcher Anknüpfungspunkt für die Geschäftsbeziehungen zwischen der SIX-Gruppe und den anderen Terminalherstellern – für die Beurteilung der Angelegenheit und die dabei auftretenden einzelnen Sach- und Rechtsfragen von Bedeutung sind. Die Vorinstanz stellt in der angefochtenen Verfügung auf die Schnittstelle der Akzeptanz-Plattform zur Anbindung der Zahlungskartenterminals und als Folge hiervon auf die Offenlegung der entsprechenden Schnittstelleninformationen als Anknüpfungspunkt der Geschäftsverweigerung ab. Demgegenüber verweisen die Beschwerdeführerinnen wiederkehrend auf die Massgeblichkeit der DCC-Funktion sowie die DCC-Terminals von Card Solutions, weshalb die Schnittstelleninformationen der DCC-Terminals von Card Solutions relevant seien. Diese Divergenz in der Zuordnung der tatsächlichen Gegebenheiten verlangt nach einer entsprechenden Abklärung, die dann der Beurteilung der weiteren Rechtsfragen zu Grunde zu legen ist.

#### **(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen***

634. Die Beschwerdeführerinnen räumen zwar ein, dass die auf der DCC-Funktion aufbauenden DCC-Dienstleistungen durch Multipay als Kartenakquisiteur erbracht wurden. Dieser Aspekt sei aber irrelevant, weil in der angefochtenen Verfügung weder behauptet werde, die anderen Terminalhersteller hätten DCC-Dienstleistungen nachgefragt, noch dass ihnen entsprechende DCC-Dienstleistungen vorenthalten worden seien.

635. Vielmehr hätten die anderen Terminalhersteller versucht, Zugriff auf die von Card Solutions entwickelte DCC-Funktion und damit auf die Software der DCC-Terminals von Card Solutions zu erlangen. Hierbei handle es sich um eine Entwicklung und ein Produkt von Card Solutions, weshalb dieser die Urheberrechte an der DCC-Funktion bzw. den damit ausgerüsteten DCC-Terminals und damit auch an den entsprechenden Schnittstelleninformationen zustehe.

636. Die anderen Terminalhersteller hätten demzufolge von Multipay die Offenlegung von Schnittstelleninformationen verlangt, die der Card Solutions zugestanden hätten.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

637. Die angefochtene Verfügung geht auf diesen Sachpunkt nicht ausdrücklich ein. Allerdings ergibt sich implizit aus ihr, dass die Vorinstanz die Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform und nicht die Schnittstelleninformationen der DCC-Terminals als massgeblich erachtet.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

638. Die allgemeine Intention der Terminalhersteller, die mit der SIX-Gruppe auf dem Markt der ep2-Terminals konkurrieren, ist auf die Herstellung eines technischen Anschlusses an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe zur Sicherstellung eines ordnungsgemässen Datenaustausches zwischen ep2-Terminals und Akzeptanz-Plattform ausgerichtet. Dies gilt in gleicher Weise auch in Bezug auf die Akzeptanz-Plattformen der anderen Unternehmen im Akzeptanzgeschäft. Dieser Anschluss und der darauf aufbauende Datenaustausch sind innerhalb der Schweiz aufgrund des bestehenden ep2-Standards und der damit verbundenen Festlegung und Offenlegung von Schnittstelleninformationen prinzipiell gewährleistet, weshalb Zahlungskartentransaktionen ohne Einsatz der DCC-Währungsumrechnung mit ep2-Terminals unterschiedlicher Hersteller prinzipiell ohne Schwierigkeiten ordnungsgemäss mit der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe oder anderen Akzeptanz-Plattformen durchgeführt werden können (vgl. SV F.e).

639. Im Hinblick auf die im relevanten Zeitraum eingeführte DCC-Währungsumrechnung ist die spezifische Intention der anderen Terminalhersteller in entsprechender Weise auf den Anschluss ihrer Zahlungskartenterminals an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe gerichtet, um einen ordnungsgemässen Datentransfer zur Umsetzung der DCC-Währungsumrechnung zu gewährleisten. Da die DCC-Währungsumrechnung nicht Bestandteil des ep2-Standards ist und diesbezüglich auch kein internationaler Standard bestand, bildete die Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber den anderen Terminalherstellern eine notwendige Voraussetzung, um die Funktionsfähigkeit von DCC-Terminals im Zahlungskartensystem sicherzustellen. Dies gilt nicht nur in

Bezug auf die Akzeptanz-Plattformen der SIX-Gruppe, sondern auch hinsichtlich der Akzeptanz-Plattformen von Drittunternehmen. Das Interesse der Terminalhersteller war demnach auf die Erlangung der notwendigen Schnittstelleninformationen für die einzelnen Akzeptanz-Plattformen zur Anbindung ihrer DCC-Terminals ausgerichtet.

640. Entgegen den wiederkehrenden Behauptungen der Beschwerdeführerinnen waren die anderen Terminalhersteller demzufolge nicht an den DCC-Schnittstelleninformationen der ep2-Terminals von Card Solutions interessiert. Vielmehr waren diese Schnittstelleninformationen überhaupt nicht von Interesse. Denn die anderen Terminalhersteller wollten ihre ep2-Terminals nicht mit den ep2-Terminals der Card Solutions verbinden, sondern ausschliesslich mit der Akzeptanz-Plattform der Multipay. Die hierfür notwendigen Informationen waren Gegenstand der Herausgabeverlangen durch die anderen Terminalhersteller. Ob es sich dabei um die gleichen Daten wie für die DCC-Schnittstelle der ep2-Terminals der Card Solutions oder um Daten für eine anders ausgestaltete DCC-Schnittstelle gehandelt hätte, weil an der DCC-Schnittstelle für die ep2-Terminals der Card Solutions ein Urheberrecht bestand, war völlig irrelevant. Denn die SIX-Gruppe hätte die DCC-Schnittstelle zwischen ihrer Akzeptanz-Plattform und den ep2-Terminals der anderen Terminalhersteller anders ausgestalten müssen als diejenige zu ihren eigenen ep2-Terminals, um ein allfälliges Urheberrecht an der DCC-Schnittstelle der ep2-Terminals von Card Solutions gegenüber einer Offenlegung zu schützen. Die anderen Terminalhersteller wollten zudem auch kein Zusatzprodukt für die ep2-Terminals der Card Solutions herstellen.

641. Den DCC-Schnittstelleninformationen der ep2-Terminals der Card Solutions kommt ungeachtet dessen, dass ohnehin eine kartellrechtliche Unternehmensidentität besteht (vgl. E. 653 ff.), demnach keinerlei Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit zu. Infolgedessen ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch unerheblich, ob der Card Solutions Urheberrechte an den DCC-Schnittstelleninformationen ihrer ep2-Terminals zustehen oder nicht, und zwar ungeachtet dessen, dass an derartigen Schnittstelleninformationen wie dargelegt wohl keine Urheberrechte bestehen.

642. Massgebend für die rechtliche Beurteilung der einzelnen Sach- und Rechtsfragen sind vorliegend demzufolge allein die notwendigen DCC-Schnittstelleninformationen für die Anbindung von ep2-Terminals der anderen Terminalhersteller an die Acquiring-Plattform der Multipay.



643. Dies entspricht im Übrigen auch dem tatsächlichen Geschehensablauf, weil die Multipay als Betreiberin der Akzeptanz-Plattform auch als Vermarkterin der DCC-Währungsumrechnung und als Anbieterin der entsprechenden DCC-Dienstleistungen aufgetreten ist. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen selbst bestätigt. Demzufolge war sie für die anderen Terminalhersteller offensichtlich die zutreffende Ansprechperson für eine Anbindung ihrer DCC-Terminals an die Acquiring-Plattform der Multipay. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist es hierbei auch unbeachtlich, dass die anderen Terminalhersteller keine DCC-Dienstleistungen nachgefragt haben.

#### **d) *Einwand der Unternehmensdifferenzierung***

644. Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen beruhen wiederkehrend auf einer Abgrenzung zwischen Multipay und Card Solutions als eigenständige Gesellschaften mit unterschiedlichen Interessen, weshalb eine Zuordnung von Verantwortlichkeiten und eine Zurechnung des Verhaltens, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vorgenommen habe, in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend und daher rechtlich unzulässig seien.

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

645. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen versucht die angefochtene Verfügung, die massgeblichen Zuständigkeiten zu verwischen. Eine Lizenzierung des nachgefragten Gutes falle schon rein zivilrechtlich in den Zuständigkeitsbereich des Inhabers des Immaterialgüterrechts. Multipay verfüge aber über keinerlei Rechte an den DCC-Schnittstelleninformationen als nachgefragtem Gut. Multipay hätte daher aus eigenem Recht überhaupt nicht über die DCC-Schnittstelleninformationen verfügen können.

646. Die wirtschaftliche und rechtliche Kontrolle über die Offenlegung der Schnittstelleninformationen habe einzig bei der nicht marktbeherrschenden Card Solutions vorgelegen. Card Solutions habe aber kein Interesse an einer Behinderung anderer Terminalhersteller gehabt. Card Solutions sei vielmehr daran interessiert gewesen, die von ihr selbst als Akzeptanzdienstleister verarbeiteten DCC-Transaktionen zu maximieren. Dies sei wirtschaftlich wesentlich interessanter als der geringe Gewinn von Terminalverkäufen gewesen. Card Solutions sei nicht marktbeherrschend und

daher auch nicht zur Herausgabe der Schnittstelleninformationen verpflichtet gewesen. Multipay habe keine Einwirkungsmöglichkeiten auf Card Solutions gehabt.

647. Der Entscheid über die Anfragen der anderen Terminalhersteller sei durch die Card Solutions als Eigentümerin der DCC-Funktion getroffen worden. Der Umstand, dass dies auch an gemeinsamen Geschäftsleitungssitzungen von Multipay und Card Solutions thematisiert worden sei, sei darauf zurückzuführen, dass die Anfragen von Jeronimo jeweils fälschlicherweise an Multipay gerichtet worden seien. Multipay hätte entsprechend mit Card Solutions Rücksprache halten müssen. Hieraus den Schluss zu ziehen, dass die Verweigerung de facto durch Multipay erfolgt sei, sei folglich falsch. Zudem handle es sich bei diesen Protokollen um bloße Beschlussprotokolle und nicht um ausführliche Inhaltsprotokolle. In Bezug auf die den Beschlüssen zu Grunde liegenden Diskussionen und die Entscheidungsfindung seitens der Card Solutions könne demnach nichts aus den Protokollen abgeleitet werden.

648. Der Umweg über eine Konzernbetrachtung sei nicht zielführend, weil im Rahmen der Untersuchung des Sekretariats der Konzern zu keinem Zeitpunkt involviert und auch nicht Gegenstand der Untersuchung gewesen sei. Bezüglich der Verhaltensweise des Konzerns würden sich denn auch keine Abklärungen, Sachverhaltsfeststellungen oder rechtliche Beurteilungen finden.

649. Ungeachtet dessen müssten auch innerhalb eines Konzerns die einzelnen Interessen eines Unternehmens Berücksichtigung finden. Der Vorwurf gegenüber Multipay, durch die Vorgehensweise die Verkäufe von Zahlungskartenterminals durch die Schwestergesellschaft zu unterstützen, setze die Möglichkeit der Multipay voraus, auf eine Offenlegung der Schnittstellen durch Card Solutions Einfluss nehmen zu können. Eine solche Möglichkeit habe gerade nicht bestanden.

650. Es sei falsch, die Thematik unter dem Titel „DCC bei Multipay“ abzuhandeln. Es handle sich vielmehr um eine Entwicklung und ein Produkt von Card Solutions. Die DCC-Funktion und das Processing seien durch Card Solutions erbracht worden. Diese Leistungen seien mit dem Transaktionsverarbeiter verbunden, welcher wiederum vom Kartenakquisiteur und nicht vom Händler gewählt werde. Die Vorinstanz führe hierzu aus, dass dies nicht korrekt sei, weil für den vorliegenden Fall die Händlersicht massgebend sei. Dieses Argument sei nicht konsistent mit dem Rest der

angefochtenen Verfügung. Der Vorwurf der Wettbewerbskommission laute dahingehend, dass den anderen Terminalherstellern die Schnittstellen nicht offengelegt worden seien. Relevant sei demnach die Optik der Terminalhersteller und nicht diejenige der Händler. Für die Terminalhersteller könnte jedoch nicht die Verhaltensweise der Multipay relevant sein, weil diese auch nicht über die notwendigen Rechte an der DCC-Funktion habe verfügen und auch gar keine Schnittstelleninformationen habe offenlegen können.

651. Nachdem es sich bei SCA nicht um ein marktbeherrschendes Unternehmen handle, sei auch nicht einzusehen, weshalb sie ihre Produkte und Funktionen ungehindert, kostenfrei und noch vor Abschluss der eigentlichen Produktentwicklung ihren Wettbewerbern zur Verfügung stellen sollte.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

652. Die Vorinstanz verweist darauf, dass es sich bei Multipay und Card Solutions um Gruppengesellschaften des gleichen Konzerns handle, weshalb eine Differenzierung nicht vorgenommen werden könne.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

653. Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen zu Grunde gelegte Differenzierung zwischen Multipay und Card Solutions ist zum einen das massgebliche Kartellrechtssubjekt zu beachten und zum anderen der Gegenstand des missbräuchlichen Verhaltens sowie das Verhalten der beiden Wirtschaftsteilnehmer gegenüber ihren bestehenden und potenziellen Geschäftspartnern zu berücksichtigen.

654. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, wonach Multipay für die DCC-Funktion und die Offenlegung von DCC-Schnittstelleninformationen sowie deren allfällige Lizenzierung nicht zuständig gewesen sei, weil Card Solutions die Inhaberin der einschlägigen Immaterialgüterrechte hinsichtlich der DCC-Funktion gewesen sei, weshalb keine unzulässige Handlung der Multipay vorliegen könne, ist zum einen widersprüchlich angesichts des tatsächlichen Marktauftritts der beiden Konzerngesellschaften und zum anderen aber ohnehin unbeachtlich, weil es sich beim massgeblichen Kartellrechtssubjekt um die SIX-Gruppe handelt.

655. Wie vorstehend dargelegt wurde, ist das massgebliche Kartellrechtssubjekt des schweizerischen Kartellgesetzes der Konzern und nicht eine oder mehrere einzelne Konzerngesellschaften (vgl. E. 119 ff.). Daher stehen weder Multipay noch Card Solutions als einzelne Konzerngesellschaft, sondern die SIX-Gruppe als Ganzes in der kartellrechtlichen Verantwortung.

656. Eine konzerninterne Differenzierung zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften ist grundsätzlich nicht vorzunehmen. Sinn und Zweck der Qualifizierung des Konzerns als Kartellrechtssubjekt besteht gerade darin, auf eine kartellrechtliche Untersuchung und allfällige Verfolgung von konzerninternen Transaktionen zu verzichten. Einerseits wären ansonsten eine nach eigenen Vorstellungen erfolgende Aufteilung von Funktionen und Tätigkeiten innerhalb eines Konzerns sowie die gruppenweite Zusammenarbeit zwischen einzelnen Konzerngesellschaften ausgeschlossen. Vielmehr müssten alle Handlungen und damit die gesamte interne Organisation des Konzerns und der Konzerngesellschaften in solch einer Weise ausgestaltet werden, dass sämtliche Transaktionen einem Drittvergleich standhielten, mit der Folge, dass alle konzerninternen Transaktionen vollumfänglich wettbewerbskonform ausgestaltet sein müssten. Damit wäre ein Konzern der Vorteile, welche dieses Rechtsgebilde im Hinblick auf eine kartellrechtliche Beurteilung bietet, gerade beraubt. Andererseits liesse sich die Entscheidungsfindung zu einzelnen Sachentscheidungen innerhalb eines Konzerns überhaupt nicht verfolgen und nachweisen. Da der Konzern per Definition unter einer gesamtheitlichen (Gruppen-)Führung steht (vgl. E. 39 ff.), können zudem Anweisungen an nachgeordnete Funktionsträger von anderen Konzerngesellschaften in mannigfaltiger Weise ausgestaltet und umgesetzt werden, weshalb sie einer Nachverfolgung von vornherein nicht zugänglich sind. Letztlich könnte ein marktmissbräuchliches Verhalten durch einen marktbeherrschenden Konzern mit derartigen Behauptungen ohne Schwierigkeiten verschleiert werden. Dies wird durch die Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Vorbringens zum Verhalten von Multipay und Card Solutions geradezu eindrücklich bestätigt.

657. Ob und inwieweit Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen, ist umstritten. Teilweise werden von der EU-Wettbewerbspraxis Ausnahmen vorgesehen. Ob eine entsprechende Anwendung dieser Differenzierung mit dem schweizerischen Kartellgesetz angesichts von dessen unterschiedlicher Statuierung eines eigenständigen Kartellrechtssubjekts kompatibel wäre, bedarf vorliegend keiner abschliessenden Beantwortung,

weil der Sachverhalt keinen Anlass zur Begründung einer Ausnahme darstellt. Vielmehr stellt er geradezu ein Exempel für die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit des Konzerns und dessen kartellrechtliche Heranziehung dar.

658. Für die kartellrechtliche Beurteilung sind die DCC-Schnittstellen der Akzeptanz-Plattform von Multipay zur Anbindung von DCC-Terminals massgebend (vgl. E. 638). Denn diese Schnittstellen werden von der Multipay als Betreiberin der Akzeptanz-Plattform verwendet. Daher waren diese Schnittstelleninformationen an die anderen Terminalhersteller herauszugeben (vgl. E. 638 f.), unabhängig davon, ob der Multipay ein Urheberrecht an diesen Schnittstellen zustand oder nicht. Wobei von einer urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der DCC-Schnittstellen nicht auszugehen ist (vgl. E. 546 ff.). Ungeachtet dessen standen sie der Multipay rechtlich uneingeschränkt zur Verfügung. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen war die Multipay daher nicht aufgrund eines bestehenden Immaterialgüterrechts der Card Solution in ihrer Verfügungsgewalt über die DCC-Schnittstelleninformationen ihrer Akzeptanz-Plattform eingeschränkt. Die Entscheidung über eine Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen an andere Terminalhersteller oblag demzufolge ausschliesslich dem Verantwortungsbereich von Multipay. Zudem ist auf dem Markt ausschliesslich Multipay als Vermarkterin der DCC-Währungsumrechnung aufgetreten, schon allein deshalb, weil die DCC-Währungsumrechnung nur im Rahmen der Kartenakzeptanz umgesetzt werden kann. Es ist daher nur sachlogisch, dass die anderen Terminalhersteller von der Multipay die Offenlegung der Schnittstelleninformationen für die Anbindung ihrer DCC-Terminals an die Akzeptanz-Plattform der Multipay verlangt haben.

659. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf ein allfällig bestehendes Urheberrecht der Card Solutions an der DCC-Schnittstelle der ep2-Terminals sind daher unerheblich, weil auch bei einer von ihnen verlangten Unternehmensdifferenzierung die alleinige Zuständigkeit der Multipay gegeben gewesen wäre und Card Solutions gerade keine Ansprüche oder Rechte im Hinblick auf die DCC-Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform, die den anderen Terminalherstellern hätten bekannt gegeben und zur Verfügung gestellt werden müssen, geltend machen konnte.

660. Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zeigen allerdings auf, dass nachträglich der Versuch unternommen wird, diese tatsächlichen

Gegebenheiten zu verschleiern. Hierbei handelt es sich im Verhältnis zu den Geschäftspartnern um ein fragwürdiges und im Rahmen eines Kartellverfahrens um ein widersprüchliches Verhalten. Zudem wird dadurch belegt, dass eine vollständige Durchdringung und Aufklärung von konzerninternen Verhältnissen durch die Wettbewerbsbehörden mitunter an Grenzen stossen.

661. Die Beschwerdeführerinnen übersehen zudem, dass sich auch bei Annahme ihrer Vorbringen zur Unternehmensdifferenzierung ein marktmissbräuchliches Verhalten ergeben würde. Wenn die Multipay als eigenständig zu behandelndes Unternehmen sich geweigert hätte, den anderen Terminalherstellern die DCC-Schnittstelleninformationen ihrer Akzeptanz-Plattform – die dann in jedem Fall ungeachtet einer urheberrechtlichen Schutzfähigkeit auch unabhängig von den DCC-Schnittstelleninformationen für die DCC-Terminals der Card Solutions zu betrachten gewesen wären – herauszugeben, hätte dies zur Folge gehabt, dass deswegen die DCC-Terminals der anderen Terminalhersteller nicht an die Akzeptanz-Plattform hätten angebunden werden können. Demzufolge hätte Multipay die verschiedenen Terminalhersteller unterschiedlich behandelt. Für eine derartige unterschiedliche Behandlung der Terminalhersteller und eine Bevorzugung von Card Solutions durch Multipay hätte unter unabhängigen Unternehmen kein sachlich angemessener Grund bestanden. Mithin hätte Multipay bei dieser Sichtweise gegenüber den anderen Terminalherstellern in jedem Fall die Missbrauchsform einer Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. KG verwirklicht.

#### **e) *Einwand der Test- und Re-Zertifizierungsphase***

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

662. Die Beschwerdeführerinnen machen zu allen von der Vorinstanz festgestellten Missbrauchsformen in ähnlicher Weise wiederkehrend geltend, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vorgelegen habe, weil die DCC-Funktion und damit auch die DCC-Terminals sich zum Zeitpunkt der Anfragen der anderen Terminalhersteller noch in einer Test- bzw. in einer Re-Zertifizierungsphase befunden hätten.

663. Eine Geschäftsverweigerung oder eine Koppelung liegt nach den Beschwerdeführerinnen nur vor, wenn das nachgefragte Gut oder die nachgefragte Leistung überhaupt erbracht werden könne. Bei Fehlen

eines definitiven Produkts sei eine Geschäftsverweigerung oder ein anderes missbräuchliches Verhalten ausgeschlossen. Zum Zeitpunkt der jeweiligen Anfragen habe kein definitives Produkt bestanden, weil das Test- und Re-Zertifizierungsverfahren noch gar nicht abgeschlossen gewesen sei. Eine Offenlegung hätte daher nicht vor Beendigung der Test- und Re-Zertifizierungsphase erfolgen müssen.

664. Eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen sei grundsätzlich auch im damaligen Zeitpunkt geplant gewesen und sollte nach der endgültigen Fertigstellung der DCC-Funktion, d.h. nach deren definitiver Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme, erfolgen.

665. Vor Abschluss der Re-Zertifizierung am 11. Mai 2006 habe keine definitive DCC-Funktion bestanden und die Schnittstellen seien aufgrund der noch laufenden Entwicklung und der sich ändernden Zertifizierungsanforderungen des Visa Card Scheme einem konstanten Wandel unterworfen gewesen.

666. Nachdem im Januar 2005 eine probeweise Aufschaltung des nicht vollendeten DCC-Systems als Pilotversuch vorgenommen worden sei, habe im März 2005 eine erste Phase zu Testzwecken mit einer Aufschaltung der DCC-Lösung begonnen. Ein regulärer Betrieb im Sinne einer uneingeschränkten Verwendung und Umsetzung der DCC-Funktion sei zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen. Im Rahmen der vorhergehenden Pilotphase und der Phase zu Testzwecken hätten sich diverse Probleme ergeben, die Änderungen an der DCC-Funktion nach sich gezogen hätten.

667. Die Testphase sei nur auf einem bestimmten Terminalprodukt durchgeführt worden. Denn zunächst habe die Systemstabilität festgestellt werden müssen, bevor weitere Terminalprodukte hätten eingebunden werden können. Dies habe insbesondere auch für die Terminalprodukte der anderen Terminalhersteller gegolten.

668. Den verschiedenen Marketingaussagen der Multipay über die DCC-Währungsumrechnung gegenüber den Marktteilnehmern käme keine Bedeutung zu, weil zu diesem Zeitpunkt noch wesentliche Änderungen vorzunehmen gewesen seien. Die Vorinstanz versuche, den Marketingaussagen der Beschwerdeführerinnen ein höheres Gewicht beizumessen als den objektiven Fakten.

669. Der Abschluss von DCC-Verträgen habe die Voraussetzung für die Durchführung der Testphase gebildet und sei gerade nicht eine Folge der behaupteten Marktfähigkeit. Denn eine Zertifizierung setze voraus, dass eine Funktion im effektiven Betrieb und nicht nur im Labor getestet worden sei.

670. Die Behauptung der Vorinstanz, dass es sich ab März 2005 bei der DCC-Währungsumrechnung der Card Solutions um ein marktfähiges Produkt gehandelt habe, sei daher rein spekulativ und unbewiesen und werde durch die vorgenommenen erheblichen Anpassungen widerlegt.

671. Die Notwendigkeit einer Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme belege, dass Card Solutions sich nicht unabhängig habe verhalten können.

672. Dass die SIX-Gruppe die Firma Redpoint mit der Entwicklung einer Implementierung von DCC für eine Hotellösung beauftragt habe, widerspreche dem nicht, weil es sich hierbei um eine Auftragsentwicklung für eine Integration in Kassensysteme gehandelt habe. Das Projekt habe nicht beendet werden können, sondern sei eingestellt worden.

673. Am 16. Dezember 2005 sei das Visa Card Scheme eingeschritten und habe mit Blick auf die DCC-Funktion eine Sistierung angeordnet. Die Risiken im Zusammenhang mit der Sistierung der Zertifizierung durch das Visa Card Scheme hätten nicht unterschätzt werden dürfen. Aufgrund der Anforderungen des Visa Card Scheme seien zusätzliche Zertifizierungsbedingungen festgelegt worden und es hätten signifikante Anpassungen der technischen Ausgestaltung der DCC-Funktion vorgenommen werden müssen. Diese Massnahme des Visa Card Scheme habe auch andere Kartenakquisiteure und Anbieter von DCC-Dienstleistungen ausserhalb der Schweiz betroffen. Diese hätten bis zu 12 Monate für die Durchführung der Re-Zertifizierung benötigt.

674. Der Umstand, dass zu Testzwecken bei einigen Händlern bereits ein Vertragsabschluss und eine Installation vorgenommen worden seien, sei gerade Bestandteil der Test- und Zertifizierungsphase. Denn eine definitive Zertifizierung sei überhaupt nur möglich, wenn das Card Scheme das Produkt im effektiven Betrieb begutachten könne.

675. Bis zum Abschluss dieser Re-Zertifizierung habe die Card Solutions keine neuen, nicht zertifizierten DCC-fähigen Zahlungskartenterminals mit der DCC-Funktion aufschalten dürfen. Daher seien die Beschwerdeführe-



rinnen überhaupt nicht in der Lage gewesen, weitere nicht zertifizierte DCC-fähige Zahlungskartenterminals von Drittherstellern mit DCC-Funktion aufzuschalten.

676. Auch wenn der Aufwand im Rahmen der Re-Zertifizierung nicht übermässig gewesen sei, habe dies nicht bedeutet, dass die Konsequenzen bei einer nicht ordnungsgemässen Durchführung nicht ernsthaft gewesen wären, weil diese bis hin zum Entzug der Akzeptanz-Lizenz gereicht hätten. Der Aufwand sei im Übrigen deshalb nicht übermässig gewesen, weil angesichts der homogenen Terminalpopulation die Anpassungen speditiv hätten durchgeführt werden können.

677. Die notwendigen Anpassungen an der DCC-Software seien umfangreich und komplex gewesen. Bis zur definitiven Re-Zertifizierung seien weite Bereiche der notwendigen Terminalsoftware, Terminal-Menüführung und der Backed-Application für das Processing grundlegend überarbeitet worden. Die Softwareversion 1.0 habe sich zur Version 3.0 entwickelt. Die Quellcodes seien grundlegend überarbeitet oder neu erstellt worden. Diese Anpassungen hätten auch Auswirkungen auf die Spezifikationen der Schnittstellen gehabt, sodass mangels Vorhandenseins eines definitiven Produkts auch keine definitiven Schnittstellen vorhanden gewesen seien.

678. Die Anfragen der anderen Terminalhersteller, einschliesslich derjenigen vom 10. Juni 2005 und 5. Juli 2005 sowie vom 20. Februar 2006 und vom 17. März 2006, seien vor der verbindlichen Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme am 11. Mai 2006 gestellt worden. Sämtlichen Terminalherstellern sei mitgeteilt worden, dass sich die DCC-Funktion in einer Pilotphase befinde, noch nicht ausgereift sei und aus diesem Grunde nicht zur Verfügung gestellt werden könne.

679. Bei diesem Sachverhalt handle es sich demnach um eine blosser Übergangsproblematik, weil einer Lizenzierung nach Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase nichts mehr im Wege gestanden habe.

680. Der Card Solutions könne daher nur angelastet werden, dass sie während des sehr beschränkten Zeitraums vom Abschluss der Re-Zertifizierung am 11. Mai 2006 und der Anzeige von Jeronimo bei der Wettbewerbskommission am 20. Juli 2006 nicht von sich aus auf Jeronimo zugegangen sei und ihr die Lizenzierung der DCC-Schnittstelleninformationen nicht von sich aus angeboten habe. Dabei handle es sich allerdings nicht um ein missbräuchliches Verhalten.

681. Die Berücksichtigung der Test- und Re-Zertifizierungsphase müsse bereits auf der Ebene des Tatbestands erfolgen und sei für die Verweigerung einer Offenlegung von zentraler Relevanz; in jedem Fall sei sie im Rahmen der sachlichen Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen.

682. Das angewandte Verfahren der Entwicklung, Zertifizierung und schliesslich Lizenzierung sei der übliche Ablauf bei sämtlichen Produktentwicklungen innerhalb der Card Solutions. Neuentwicklungen würden nur beschränkt eingeführt, bis das neue Produkt und die neuen Prozesse unter Kontrolle seien. Erst danach werde ein Produkt auf andere Produktfamilien ausgeweitet und später extern lizenziert. Gründe für diese Vorgehensweise seien die Sicherheit des Gesamtsystems und der Zahlungsflüsse sowie nicht zuletzt auch Haftungs- und Reputationsrisiken. Unerlaubte Eingriffe, Rückrufaktionen oder eine fehlerhafte Transaktionsabwicklung hätten erhebliche finanzielle Konsequenzen. Eine ausreichende Testphase mit beschränkter Einführung sei demnach zwingend erforderlich. In einer derart heiklen Phase zusätzliche Hersteller einzubinden und damit zusätzliche Kommunikationsstellen und Risiken von Fehlprogrammierungen einzugehen, wäre betriebswirtschaftlich und sicherheitstechnisch unverantwortlich gewesen. Insbesondere hätten in dieser Phase der Änderungen nicht noch Zahlungskartenterminals anderer Hersteller angepasst werden können. Dass der Änderungsaufwand nicht erheblich gewesen sei, ändere daran nichts.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

683. Die Vorinstanz kommt im Rahmen ihrer Prüfung zum Ergebnis, dass sowohl die behauptete Testphase als auch die Re-Zertifizierungsphase keine ausreichende Rechtfertigung darstellen würden, weil derartige Phasen tatsächlich nicht vorgelegen bzw. nicht zu einer Einschränkung des Absatzes der DCC-Währungsumrechnung und der DCC-Terminals geführt hätten.

684. Nach Ansicht der Vorinstanz sei ab dem 1. März 2005 ein marktfähiges und auch tatsächlich kommerzialisiertes Produkt vorhanden gewesen. Zum Zeitpunkt der Anfrage von Jeronimo am 5. Juli 2005 könne die Markteinführung bereits als fortgeschritten bezeichnet werden. Entsprechend wäre die Offenlegung der Schnittstellen möglich gewesen.

685. Der von den Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf eine Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme geltend gemachte erhebliche

und daher unverhältnismässige Anpassungsbedarf im Verarbeitungssystem der SIX-Gruppe für die Zulassung eines Zahlungskartenterminals von einem anderen Terminalhersteller sei nicht stichhaltig dargelegt worden. Insbesondere habe die SIX-Gruppe nicht ernsthaft geprüft, welche technischen Lösungsmöglichkeiten bestehen könnten. Namentlich sei auch die durch Jeronimo vorgeschlagene Lösung zunächst unter Berufung auf technische Gründe kategorisch abgelehnt worden. Erst anlässlich des Treffens vom 8. Dezember 2006 sei von Seiten der SIX-Gruppe die Bereitschaft gezeigt worden, Lösungsmöglichkeiten auszuloten.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

686. Aufgrund der eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist unstrittig, dass im relevanten Zeitraum von Juli 2005 bis Januar 2007 mangels einer Offenlegung von Datenverarbeitungs-Schnittstellen für den Anschluss von DCC-fähigen Zahlungskartenterminals an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe zur Übermittlung der DCC-Funktion eine Einschränkung der anderen Terminalhersteller im Hinblick auf deren Möglichkeit, DCC-fähige Zahlungskartenterminals an Händler mit einem Akzeptanz-Vertrag der SIX-Gruppe zu verkaufen, bestand.

687. Die SIX-Gruppe begründet diese Einschränkung damit, dass die Offenlegung dieser Schnittstellen zumindest im relevanten Zeitraum aus technischen und operativen Gründen habe verweigert werden können, weil zum einen eine Testphase sowie zum anderen eine Re-Zertifizierungsphase durch das Visa Card Scheme noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Die SIX-Gruppe macht somit jedenfalls eine Rechtfertigung für die Einschränkung der anderen Terminalhersteller wegen des Vorliegens eines sachlich angemessenen Grundes geltend.

688. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 681) ist die Begründetheit des geltend gemachten Sachgrunds im Rahmen einer Prüfung der Geschäftsverweigerung nicht bereits auf der Tatbestandsebene im Rahmen des Merkmals der Ablehnungshandlung zu prüfen. Denn auch bei Vorliegen einer Test- oder Re-Zertifizierungsphase für ein bestimmtes Produkt ergibt sich nicht zwingend, dass dadurch die Offenlegung von Schnittstelleninformationen ausgeschlossen ist. Vielmehr bedarf es auch in einem solchen Fall einer Bewertung, ob die Anforderungen an eine Rechtfertigung aufgrund der sachlichen Begründetheit und Angemessenheit der konkreten Einschränkung gegeben sind.

## (a) Grundlagen einer Rechtfertigung

689. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung für ein tatbestandliches marktmissbräuchliches Verhalten wird – vielfach unter Verweis auf die aus dem US-amerikanischen Wettbewerbsrecht stammende Doktrin der „legitimate business reasons“ – überwiegend grundsätzlich für zulässig erachtet, soweit entsprechende sachgerechte Gründe geltend gemacht werden (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.4, spricht von „motifs objectifs d’ordre commercial“; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 63 ff.; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 Abs. 2 Rn. 101 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 109; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.561 ff.; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 163).

690. Eine Rechtfertigung für ein missbräuchliches Verhalten ist danach grundsätzlich gegeben, wenn objektiv zwingende Gründe, wie zum Beispiel technische oder sicherheitsrelevante Aspekte, für die jeweilige Einschränkung des Wettbewerbs sprechen (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 265, unter Verweis auf *Botschaft KG 1995*, 576; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 63 ff., 545 ff.; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 115 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.564; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 163).

691. Ob und inwieweit auch rein wirtschaftliche Aspekte, insbesondere in Form einer Einsparung von Produktions-, Vertriebs- und Transaktionskosten, als Rechtfertigungsgrund für eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb durch ein marktbeherrschendes Unternehmen anzuerkennen sind, wurde bislang nicht abschliessend geklärt (vgl. *Botschaft KG 1995*, 576, verweist nur auf „zwingende wirtschaftliche“ Gründe; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2, zählt hierzu unter Verweis auf die Literatur beispielhaft die Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners, eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen sowie Transport- und Vertriebskosten auf; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.4, hält eine Berücksichtigung von Effizienzgründen als Rechtfertigungsgrund ohne nähere Erläuterung für möglich; WEKO, RPW 2008/3, 385, *Documed*, Ziff. 203 f., wobei jedoch nicht ersichtlich wird, ob die geringfügige Kosteneinsparung als Rechtfertigungsgrund zu gelten hat oder ob angesichts der Notwendigkeit zur Vornahme gewisser Korrekturen bei jeglicher Publikation die entsprechenden Arbeiten überhaupt das Ausmass selbständiger Korrekturarbeiten angenommen haben; die Möglichkeit wird grundsätzlich anerkannt durch AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 547; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.565; EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*,

Ziff. 62; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 163, und wird teilweise auch ausdrücklich abgelehnt, vgl. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 125, unter Verweis auf den durch das Kartellgesetz bezweckten Individualschutz, vgl. E. 510). Dabei müssen auf alle Fälle weitere mittelbare Wettbewerbsbeschränkungen, wie z.B. Verdrängungsstrategien, ausgeschlossen sein (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 266, mit Hinweis auf Quersubventionierungen; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 556 m.w.N., mit Hinweis auf sachwidrige Subventionierungstransfers; in diesem Sinne auch die EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*, Rz. 60, wonach bei einer preisbezogenen Anreizkoppelung die Preise für beide Produkte über den durchschnittlichen langfristigen Zusatzkosten liegen müssen; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 163, wonach dies nicht zu einer völligen Aushebelung wettbewerblicher Prozesse führen dürfe).

692. Im Rahmen der Beurteilung potenzieller Rechtfertigungsgründe findet jedenfalls der Verhältnismässigkeitsgrundsatz Anwendung (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 267, AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 69 f.; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 99; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 130; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.567; FUCHS/MÖSCHEL Rn. 292; a.A. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 754). Demzufolge muss ein zur Rechtfertigung geltend gemachter Sachgrund (i) geeignet sein, den Zweck der Einschränkung auch tatsächlich herbeizuführen, und (ii) erforderlich sein, den Zweck der Einschränkung herbeizuführen, d.h. der Zweck kann nicht auf eine andere Weise erreicht werden, welche die Marktgegenseite oder die Konkurrenten weniger beeinträchtigt, und (iii) zur Erzielung des mit der Einschränkung verbundenen Zwecks gegenüber den mit der Einschränkung verbundenen Nachteilen angemessen sein, mit der Folge, dass für eine Rechtfertigung allfällige Vorteile umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

#### (b) Sachverhalt

693. Vorliegend verweisen die Beschwerdeführerinnen auf Sicherheitsaspekte, die im Rahmen einer Einführung der DCC-Währungsumrechnung und der Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme zur Folge gehabt hätten, dass eine Offenlegung der Schnittstelleninformationen ausgeschlossen gewesen sei und deshalb gezwungenermassen eine Kombination von Akzeptanz--Dienstleistungen, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals durch die SIX-Gruppe während dieses Zeitraums stattgefunden habe.

694. Die Anerkennung einer Testphase und einer Re-Zertifizierungsphase als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der anderen Terminalhersteller setzt voraus, dass eine solche Testphase und eine Re-Zertifizierungsphase überhaupt stattgefunden haben, und falls dies zu bejahen ist, dass das beanstandete wirtschaftliche Verhalten – vorliegend zum einen die Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen und zum anderen die zwingende Kombination von Acquiring-Dienstleistungen mit DCC-Leistungen und DCC-Terminals der SIX-Gruppe – einen aus objektiver Sicht sachlich angemessenen und verhältnismässigen Grund für die Einschränkung der anderen Wirtschaftsteilnehmer – vorliegend zum einen die anderen Terminalhersteller und zum anderen die Händler – darstellt. Die Feststellung eines objektiv ausreichenden Sachgrunds erübrigt sich aber, wenn bereits in tatsächlicher Hinsicht keine Testphase und/oder keine Re-Zertifizierungsphase vorgelegen haben.

695. Die Testphase soll nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ab dem 1. März 2005 mit der Aufschaltung der DCC-Funktion bei bestehenden Kunden begonnen haben. Ein konkretes Ende der Testphase wird von den Beschwerdeführerinnen jedoch nicht bezeichnet. Die Testphase geht demnach nahtlos in die Re-Zertifizierungsphase über, welche im Dezember 2005 begann und am 11. Mai 2006 abgeschlossen wurde. Für die Zeit ab 11. Mai 2006 bis zur Anzeige von Jeronimo bei der Wettbewerbskommission am 20. Juli 2006 wird von den Beschwerdeführerinnen selbst eingeräumt, dass die Card Solutions in diesem Zeitraum Jeronimo hätte kontaktieren und ihr die Schnittstelleninformationen von sich aus hätte anbieten müssen; allerdings könne diese Unterlassung nicht als missbräuchlich qualifiziert werden (vgl. E. 680).

696. Bei einem unterstellten Geschehensablauf wie dargestellt ergibt sich demzufolge, dass zumindest für einen Zeitraum von sieben Monaten zwischen dem Abschluss der Re-Zertifizierung am 11. Mai 2006 und der Offenlegung der Schnittstelleninformationen durch die SIX-Gruppe gegenüber den anderen Terminalherstellern am 22. bzw. 25. Januar 2006 (vgl. SV J.e) bereits nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerinnen keine Rechtfertigung für die Verweigerung einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen vorlag.

697. Aus diesem Grund ist nur für den Zeitraum zwischen Juli 2005 und Mai 2006 zu prüfen, ob hierfür ein sachlich angemessener Grund als Rechtfertigung für die fehlende Offenlegung gegeben war. Dabei ist zwi-

schen der angeblichen Testphase und der Re-Zertifizierungsphase zu unterscheiden.

(c) Testphase

698. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach ab dem 1. März 2005 eine Testphase eingeleitet worden sei, wird durch wesentliche Aspekte des tatsächlichen Geschehensablaufs eindeutig widerlegt. Massgebend hierfür sind die am Markt erkennbaren Massnahmen wie die Einführung der Produkte, der uneingeschränkte Absatz der Produkte, der reguläre Betrieb der DCC-Kartenterminals sowie sonstige Geschehnisse, wie die interne Projektbeschreibung der SIX-Gruppe und die Argumentation der Beschwerdeführerinnen gegenüber der Vorinstanz.

699. Eine Testphase zeichnet sich dadurch aus, dass sie mit ausgewählten Versuchsteilnehmern unter Offenlegung des Testcharakters und unter dem Vorbehalt von Nutzungsausfällen oder -einschränkungen und einem sich daraus ergebenden ausserordentlichen Aufwand einschliesslich allfällig erhöhter Kosten durchgeführt wird. Regelmässig werden dabei auch ein Ausschluss der Haftung des den Test durchführenden Unternehmens und ein Ausschluss von Regressansprüchen der Nutzer vorgesehen.

700. Demgegenüber stellt die allgemeine Ankündigung eines Produkts gegenüber den Wirtschaftsteilnehmern im jeweiligen Markt die Einführung eines verkehrsfähigen Produkts dar und lässt für die Wirtschaftsteilnehmer aus objektiver Sicht einzig und allein den Schluss zu, dass eine ausreichende Testphase des jeweiligen Produkts bereits abgeschlossen ist. Dies gilt umso mehr, wenn das Produkt auf dem jeweiligen Markt frei verfügbar ist und der reguläre Betrieb ohne Nutzungseinschränkungen aufgenommen wird.

701. Im Rahmen der Vermarktung von Akzeptanz-Dienstleistungen und von ep2-Terminals durch die SIX-Gruppe wurden – wie von der Vorinstanz vorgetragen und von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten wurde – bereits seit dem Jahr 2004 auch die DCC-Funktion und die DCC-Terminals beworben. So enthält das Kundenmagazin „accept“ von Multipay seit März 2004 wiederkehrende Artikel zur DCC-Währungsumrechnung, wobei von Januar bis März 2005 jeden Monat mindestens ein Artikel veröffentlicht wurde. Darüber hinaus wurde auf der Homepage von Multipay und von Card Solutions ausdrücklich die DCC-Währungsumrechnung als neue zusätzliche Akzeptanz-Dienstleistung

und als neue Funktion der ep2-Terminals vorgestellt und erläutert. Dabei wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die DCC-Währungsumrechnung im Rahmen einer vorgängigen Pilotphase umfassend – „auf Herz und Nieren“ – überprüft worden sei.

702. Als Beispiele der Vermarktung der DCC-Währungsumrechnung durch die SIX-Gruppe sind insbesondere die folgenden Anpreisungen zu nennen (Anm.: Bei den Hervorhebungen handelt es sich um Verlinkungen auf weitere Seiten):

(i) Hinweis Homepage Card Solutions ab 6. Februar 2005:

„Automatische Währungsumwandlung (DCC).

Die Dynamic Currency Conversion funktioniert auf allen ep2-Terminals der Telekurs Card Solutions.

Die Dynamic Currency Conversion (DCC) ist eine neue Dienstleistung von Telekurs Multipay. [...]

DCC verlangt Terminals der neuesten 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.“

(ii) Hinweis Homepage Multipay ab 18. Februar 2005:

„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 neuesten 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.“

(iii) Hinweis Homepage Multipay ab 6. Juni 2005:

„DCC: Installieren und sofort profitieren.

Noch nie war es für Sie so einfach, Ihren Kunden einen Extra-Service zu bie-



ten und gleichzeitig Ihren Kommissionssatz bis zu einem vollen Prozentpunkt zu senken. DCC von Telekurs Multipay, die automatische Währungsumwechslung direkt am Terminal, ist sofort betriebsbereit, kinderleicht zu bedienen und dank Währungsgewinn auch finanziell äusserst attraktiv. Für die Kunden einen Mehrwert zu schaffen, ist nicht nur grossen Häusern vorbehalten und verlangt auch nicht zwingend einen finanziellen Kraftakt. [...] Das zahlt sich für Sie von Beginn an durch zufriedeneren 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 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.

Für alle Vertragspartner gilt aber, dass der Aufwand für den Betrieb der automatischen Währungsumwechslung äusserst gering ist, nicht nur bei der Installation – Sie benötigen Terminals der neuesten, ep2-fähigen Generation –, sondern vor allem auch in der täglichen Arbeit. Dank Plug and 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 Renommee und reduzieren Ihren Kommissionssatz.

Weitere Informationen zur automatischen Währungsumrechnung finden Sie auf unserer Webseite im Kapitel „Service“ unter Dynamic Currency Conversion. Dort können Sie sich auch direkt für unseren neuen Service anmelden. Sie können nur profitieren.“

703. Aus diesen allgemeinen Anpreisungen gegenüber der Marktgegenseite ergibt sich ohne Weiteres und unzweifelhaft, dass es sich bei den Angeboten DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals um verkehrsfähige Produkte mit uneingeschränkter sachlicher und rechtlicher Gewährleistung handelte und nicht um Produkte, die lediglich zum Testbetrieb unter dem Vorbehalt von eingeschränkter Nutzbarkeit, auftretenden Mängeln, notwendigen Anpassungen sowie einem dadurch notwendig werdenden zusätzlichen Aufwand und damit verbundenen erhöhten Kosten gegenüber einer beschränkten Anzahl von Versuchsteilnehmern eingesetzt werden. Die Verfügbarkeit der Produkte war dabei jedenfalls ab März 2005 gegeben.

704. Auch die Vertragsdokumente der SIX-Gruppe zu den DCC-Dienstleistungen und den DCC-Terminals sahen keine entsprechenden Einschränkungen der Nutzbarkeit, der Gewährleistung oder des Haftungsausschlusses aufgrund einer Testphase vor. Vielmehr lassen sich auch aus diesen vertraglichen Regelungen keinerlei Hinweise auf eine Testphase ableiten.

705. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 666 ff.), wonach die flächendeckende Markteinführung der DCC-Funktion und der DCC-Terminals sowie die Aufnahme des regulären Betriebs bei ihren bestehenden Kunden dennoch als Testphase zu qualifizieren seien, ist damit unzutreffend. Selbstredend ist eine flächendeckende Abgabe eines Produkts an alle bestehenden Kunden nicht als eine für die Erwerber und Nutzer des Produkts unerkennbare Testphase zu qualifizieren. Andernfalls würde eine Unterscheidung zwischen einer Testphase und einem regulären Betrieb von Produkten überhaupt nicht existieren. Ansonsten könnten im Übrigen mittels einer Geschäftsverweigerung die eigenen Kunden eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber dem Wettbewerb durch konkurrierende Produkthanbieter durch die bloße Behauptung der Durchführung einer Testphase beliebig abgeschottet werden, mit der Folge, dass dadurch ein jeglicher Verkauf von Produkten an bestehende Kunden durch Konkurrenten seitens des marktbeherrschenden Unternehmens unterbunden werden könnte.

706. Ab März 2005 wurden die Produkte DCC-Währungsrechnung und DCC-Terminals auch uneingeschränkt abgesetzt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob diese Produkte tatsächlich nur an bestehende Kunden oder auch an Neukunden abgegeben wurden. Die Daten des Produktabsatzes sowohl für die DCC-Dienstleistungen (vgl. SV I.f) als auch für die DCC-Terminals (vgl. SV I.i) belegen jedenfalls, dass ab März 2005 ein kontinuierlicher und stetig ansteigender Verkauf der Produkte bis Dezember 2006 sowie darüber hinaus in den Jahren 2007 und 2008 erfolgte. Mit den Händlern wurden in den Jahren 2005 bzw. 2006 jeweils {2'100-[•••]-2'500} bzw. {2'000-[•••]-2'600} DCC-Dienstleistungsverträge abgeschlossen, wobei insgesamt {1'700-[•••]-1'800} DCC-Terminals für diese Verträge ausgeliefert und aufgeschaltet wurden. Dabei ist zu keinem Zeitpunkt ein signifikanter Anstieg des Produktabsatzes zu erkennen, der auf den Abschluss einer Testphase und der Freigabe der DCC-Funktion für den gesamten Markt schließen liesse.

707. Die Beschwerdeführerinnen behaupten nicht und legen auch keine entsprechenden Nachweise vor, dass die Händler mit DCC-Vertrag und DCC-Terminal aufgrund einer unfertigen Ausgestaltung oder den notwendigen Anpassungen der DCC-Funktion die an den DCC-Terminals aufgeschaltete Währungsumrechnung nur in einem eingeschränkten Umfang hätten nutzen können und dass ein erhöhter Aufwand die Folge hiervon gewesen wäre. Insbesondere legen die Beschwerdeführerinnen auch nicht dar, in welcher Art und Weise die Händler bei der Nutzung der Wäh-

runsumrechnung mit ihren DCC-Terminals aufgrund der notwendigen Anpassungen der DCC-Funktion eingeschränkt gewesen seien. Vielmehr wird in den Anpreisungen der DCC-Währungsumrechnung sogar darauf hingewiesen, dass die Händler bereits vorhandene ep2-Terminals mit geringem Aufwand mit der DCC-Funktion aufrüsten könnten. Es ist daher a majore ad minus nicht davon auszugehen, dass bei neu ausgelieferten DCC-Terminals durch allfällige notwendige Anpassungen – wenn überhaupt – mehr als ein geringer Aufwand für die Händler angefallen ist.

708. Auch die internen Dokumente der SIX-Gruppe belegen die Überführung der DCC-Funktion in den regulären Betrieb. So werden in den Projektstatusberichten von Card Solutions der Übergang von einer Testphase im Dezember 2004 zur Pilotphase im Januar/Februar 2005 sowie die Aufnahme des regulären Betriebs ab März 2005 ausdrücklich wie folgt festgehalten:

(i) Projektstatusbericht vom 2. Dezember 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 [...].“

(ii) Projektstatusbericht vom 8. Februar 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 (16 Terminals in 10 Hotels). Ab 1.3. beginnt die Ausbreitungsphase. TKM akquiriert bereits heute DCC-Verträge mit Startdatum 1.3.“

(iii) Projektstatusbericht vom 8. März 2005

„Der Pilot wurde Ende Februar abgeschlossen und in den regulären Betrieb überführt.“

(iv) Projektstatusbericht vom 14. Juni 2005

„Bis heute (14.6.) sind knapp {700-[●●●]-1'000} Händler mit DCC-Verträgen in PASS erfasst. Davon sind rund {200-[●●●]-400} mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC-Transaktionen. Weitere ca. {50-[●●●]-200} VPs haben ein ep2-Terminal, aber machen noch keine DCC-Transaktionen. Rund {40-[●●]-60}% der Händler mit DCC-Vertrag haben noch kein neues ep2-Terminal von TKC.“

## (iv) Projektstatusbericht vom 5. Juli 2005

„Im Juni wurden gut {22'000-[●●'●●●]-27'000} Transaktionen für knapp {5-[●]-10} Mio. CHF im DCC-Modus abgewickelt. Bis heute (5.7.) sind rund {1'000-[●'●●●]-1'500} Händler mit DCC-Verträgen im PASS [Payment Acquiring Service System] erfasst. Davon sind gut {400-[●●●]-600} mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC-Transaktionen. Weitere {50-[●●●]-200} VPs haben ein ep2-Terminal, aber machen noch keine DCC-Transaktionen. Rund {40-[●●]-60}% der Händler mit DCC-Vertrag haben noch kein ep2-Terminal von TKC [=Telekurs Card Solutions].“

## (v) Projektstatusbericht vom 13. September 2005

„Bis heute sind gut {1'800-[●'●●●]-2'400} Händler mit DCC-Verträgen im PASS erfasst. Davon sind gut {500-[●●●]-1'000} mit einem DCC-fähigen ep2-Gerät ausgerüstet und machen aktiv DCC-Transaktionen.“

709. Die Beschwerdeführerinnen haben noch im August 2006 die Offenlegung der Schnittstelleninformationen unter Verweis auf die Rechtmässigkeit ihres Verhaltens aufgrund von lizenzrechtlichen Überlegungen abgelehnt, ohne dass dabei auf die Test- und Zertifizierungsphase hingewiesen wurde. Ein entsprechender Verweis auf die Testphase wäre aber nahegelegen, wenn die SIX-Gruppe zu diesem Zeitpunkt tatsächlich von der Durchführung einer Testphase nach März 2005 ausgegangen wäre. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen der Ansicht sind, dass bei Durchführung einer Test- und Re-Zertifizierungsphase aufgrund des Fehlens eines „definitiven“, d.h. verkehrsfähigen Produkts mangels einer möglichen Ablehnungshandlung bereits der Tatbestand einer Geschäftsverweigerung nicht vorliegen würde und nicht erst eine Rechtfertigung aufgrund von angemessenen Sachgründen gegeben sei.

710. Angesichts der vorgenannten Tatsachen und Umstände ist unzweifelhaft davon auszugehen, dass die DCC-Funktion einschliesslich der DCC-Terminals ab März 2005 im regulären Betrieb zum Einsatz kamen und sich nicht mehr in einer Testphase befanden. Die nachträglichen umfangreichen Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zur Durchführung einer Testphase ab März 2005 (E. 662, 666, 667, 677, 678) sind daher unglaubwürdig und als blosser Schutzbehauptungen zu qualifizieren.

711. Dies gilt insbesondere auch für die Behauptung der Beschwerdeführerinnen (E. 668), wonach die Marketingaussagen der SIX-Gruppe zur Produkteinführung nicht korrekt gewesen seien. Die Beschwerdeführerinnen behaupten damit nämlich, dass sie ihre Kunden über die Einsatzfähigkeit und Zuverlässigkeit der von ihnen verkauften Produkte getäuscht

hätten. Würde diese Behauptung als richtig unterstellt werden, müsste zwangsläufig ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 lit. c KG in Betracht gezogen werden, weil den Kunden für den Bezug eines unfertigen Testprodukts unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen aufgezwungen worden wären.

712. Dieser Qualifizierung als blosse Schutzbehauptungen steht im Übrigen nicht entgegen, dass die SIX-Gruppe im Rahmen des regulären Betriebs auch weiterhin Anpassungen an der DCC-Funktion sowie der Ausgestaltung der DCC-Terminals vorgenommen hat. Gerade im Bereich der Softwareentwicklung und -pflege gelten die nach deren Auslieferung vorgenommenen regelmässigen Anpassungen als notwendige Voraussetzungen zur Erzielung von laufenden Verbesserungen und zur Herstellung eines optimierten Programms. Dabei wird die Zeit nach Inbetriebnahme eines Geräts oder eines Programms nicht als Testphase qualifiziert. Daher sind die entsprechenden ergänzenden Behauptungen der Beschwerdeführerinnen (E. 669, 682) unzutreffend.

713. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 667), wonach die Testphase nur auf einem bestimmten Terminaltyp durchgeführt worden sei, ist unzutreffend. Denn die Offenlegung der Schnittstelleninformationen steht in keinem Zusammenhang mit der Anzahl an Zahlungskartenterminals, die in einer Testphase Verwendung finden können, weil die Offenlegung der Schnittstelleninformationen der Entwicklung und Produktion von DCC-Terminals sowie deren Einsatz in einem Zahlungskartensystem vorausgeht. Die Beschwerdeführerinnen machen auch nicht geltend, dass jeder Typ von DCC-Terminal über eine unterschiedliche Schnittstelle an die Akzeptanz-Plattform anzubinden gewesen wäre, was dem Sinn und Zweck von Schnittstellen ebenfalls widersprechen würde. Daher kommt dem Umstand, ob die SIX-Gruppe zwischen Juli und November 2005 nur ein einziges ihrer Terminalprodukte zur DCC-Währungsumrechnung gegenüber der Akzeptanz-Plattform verwendet hat oder nicht, keine sachliche Relevanz zu.

714. Im Übrigen belegt die Beauftragung der Firma Redpoint mit der Entwicklung einer Implementierung von DCC für eine Hotellösung entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 672), dass trotz Vorliegens einer angeblichen Testphase durchaus weiterführende Entwicklungsarbeiten hätten vorgenommen werden können. Auch dieser Um-

stand bestätigt die Möglichkeit zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen.

715. Mangels Vorliegens einer Testphase besteht demzufolge für den Zeitraum zwischen Juli und November 2005 ohne Zweifel keine tatsächliche Grundlage für einen Rechtfertigungsgrund der Verweigerung einer Offenlegung der Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion.

716. Es bedarf daher keiner weiteren Überprüfung, ob die geltend gemachte Testphase eine sachlich angemessene Rechtfertigung für die Verweigerung einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen und die zwingende Kombination der Akzeptanz-Dienstleistungen mit den DCC-Dienstleistungen und den DCC-Terminals durch die SIX-Gruppe darstellt. Im Übrigen wäre die Verweigerung einer Offenlegung der Schnittstelleninformationen gegenüber den anderen Terminalherstellern angesichts des uneingeschränkten Absatzes von DCC-Terminals im Markt durch die SIX-Gruppe jedenfalls nicht als verhältnismässiges Mittel zur Sicherstellung von allfälligen Sicherheitsüberlegungen zu qualifizieren, weshalb in jedem Fall kein wirksamer Rechtfertigungsgrund gegeben war.

(d) Re-Zertifizierungsphase

717. Unbestrittenermassen wurde von Seiten des Visa Card Schemes eine Re-Zertifizierung der durch die SIX-Gruppe ausgearbeiteten und verwendeten DCC-Funktion verlangt, wodurch ein Validierungsprozess durchgeführt werden musste. Die Re-Zertifizierungsphase dauerte insgesamt vom 16. Dezember 2005 bis zum 11. Mai 2006.

718. Ungeachtet dessen, dass die Beschwerdeführerinnen Test- und Re-Zertifizierungsphase zu einem einheitlichen Zeitraum verknüpfen, ist der Beginn der Re-Zertifizierungsphase auf den Eingang des Schreibens des Visa Card Schemes am 16. Dezember 2005 festzulegen. Da die DCC-Währungsumrechnung durch die SIX-Gruppe wie dargestellt vorgängig am Markt eingeführt worden war, ist der Aspekt unbeachtlich, ob der SIX-Gruppe die Notwendigkeit der Durchführung einer Re-Zertifizierung bereits bei Markteinführung bekannt war oder ob sie zumindest mit einem späteren Eingreifen eines Kartenlizenzgebers rechnen musste.

719. Der Abschluss der Re-Zertifizierungsphase erfolgte spätestens am 11. Mai 2006 mit Erteilung der definitiven Re-Qualifikation durch Visa

Europe, nachdem bereits am 1. März 2006 die definitive Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme erfolgt war (vgl. SV I.t).

720. Die Re-Zertifizierungsphase stellt eine ausreichende Rechtfertigung dar, wenn sie in Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als angemessener Sachgrund für das weitere Verhalten der SIX-Gruppe sowohl in Bezug auf die Verweigerung einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen gegenüber den anderen Terminalherstellern als auch im Hinblick auf die zwingende Kombination der Akzeptanz-Dienstleistungen mit den DCC-Dienstleistungen und den DCC-Terminals gegenüber den Händlern zu qualifizieren ist.

721. Gegen die Qualifizierung der Re-Zertifizierung als potenziellen Sachgrund einer Rechtfertigung und damit bereits gegen die notwendige Geeignetheit der Massnahme sprechen allerdings verschiedene gewichtige Aspekte.

722. Aus dem tatsächlichen Geschehensablauf ergibt sich, dass die Durchführung einer Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme keine zwingende Voraussetzung vorgängig zum Einsatz der DCC-Währungsumrechnung im Rahmen des Zahlungsverkehrssystems darstellt. Denn ansonsten hätten sowohl die SIX-Gruppe als auch die anderen Terminalhersteller ausnahmslos für eine vorherige Anmeldung und Überprüfung durch die Kartenlizenzgeber besorgt sein müssen. Vielmehr liegt die Durchführung von entsprechenden Re-Zertifizierungen im Ermessen der jeweiligen Kartenlizenzgeber. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die anderen Kartenlizenzgeber keinen Bedarf für die Durchführung einer gleichen Re-Zertifizierung wie das Visa Card Scheme gesehen hatten.

723. Da die Beschwerdeführerinnen selbst darauf hinweisen, dass auch andere Kartenakquisiteure eine Re-Zertifizierung durch das Visa Card Scheme vornehmen mussten, ergibt sich offensichtlich, dass die Re-Zertifizierung der DCC-Funktion bei der SIX-Gruppe kein aussergewöhnliches Ereignis darstellt, sondern dass es sich vielmehr um einen Vorgang handelt, von dessen Eintritt die Kartenakquisiteure und demnach auch die Terminalhersteller jedenfalls bei einer Änderung der technischen Ausgestaltung des Zahlungskartensystems sowie bei Einführung neuer Funktionen an Plattformen und Zahlungskartenterminals ausgehen müssen.

724. Für die Terminalhersteller bedeutet dies folglich, dass sie in der Lage sein müssen, die Re-Zertifizierung von technischen Änderungen und Neuerungen des Zahlungskartensystems verschiedener Kartenakquisiteure nachzuvollziehen und die dadurch bedingten Anpassungen ihrer Zahlungskartenterminals einschliesslich einer Anpassung der jeweiligen Schnittstellen vorzunehmen. Dabei haben sie die jeweiligen Anweisungen und Hinweise der Kartenakquisiteure im Hinblick auf die notwendigen Veränderungen zu beachten und ordnungsgemäss umzusetzen. Demzufolge müssen die Terminalhersteller ständig auf eine notwendige Anpassung ihrer Terminalschnittstellen aufgrund einer Re-Zertifizierung vorbereitet sein. Mangels anderslautender Erkenntnisse oder Vorbringen der Parteien ist davon auszugehen, dass die Abwicklung einer Re-Zertifizierung die Terminalhersteller kein grundsätzliches Problem darstellt. Es ist daher von vornherein nicht ersichtlich, warum gerade eine Re-Zertifizierung der DCC-Funktion anders zu beurteilen gewesen wäre.

725. Die Beschwerdeführerinnen legen auch weder dar noch weisen sie nach, dass die Re-Zertifizierung der DCC-Funktion als Sonderfall zu behandeln gewesen wäre. Im Rahmen ihrer Argumentation wird jeweils nur integral darauf verwiesen, dass die notwendigen Modifikationen der Benutzerführung Änderungen der Terminalsoftware nach sich ziehen und auch Anpassungen der Schnittstellen erfordern würden.

726. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Aduno ebenfalls im Jahr 2005 damit begonnen hatte, in Zusammenarbeit mit FCC als DCC-Provider ihren Händlern die DCC-Währungsumrechnung anzubieten. Dabei hatte Aduno von Anfang an mehreren Terminalherstellern die DCC-Schnittstelleninformationen offengelegt, obwohl Aduno denselben Anforderungen der Card Schemes unterlag wie die SIX-Gruppe.

727. Allein die Möglichkeit, dass die Schnittstellen von Zahlungskartenterminals aufgrund einer Re-Zertifizierung von einzelnen Funktionen des Zahlungskartensystems eines Kartenakquisiteurs angepasst werden müssen, stellt einen üblichen Umstand im Rahmen eines solchen Validierungsprozesses dar, der den Terminalherstellern allgemein bekannt ist. Das Risiko eines erhöhten Aufwands oder unnützer Aufwendungen aufgrund einer notwendigen Anpassung von Schnittstellen liegt demzufolge im Geschäftsbereich der Terminalhersteller. Deshalb haben die Terminalhersteller im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit zu entscheiden, zu welchem Zeitpunkt sie die Entwicklung ihrer eigenen Terminalsoftware zur Herstellung einzelner Funktionalitäten vornehmen. Aus dem gleichen



Grund besteht für einen marktbeherrschenden Kartenakquisiteur kein Anlass, die Offenlegung der Schnittstelleninformationen für den Anschluss der Zahlungskartenterminals an ihre Akzeptanz-Plattformen abzulehnen.

728. Während der Re-Zertifizierungsphase bei der SIX-Gruppe wurden sowohl die im Markt vorhandenen DCC-Dienstleistungsverträge fortgeführt als auch die aufgeschalteten DCC-Terminals weiterhin benutzt. Die vom Visa Card Scheme zunächst aufgestellte Anforderung, den Betrieb der DCC-Terminals auf 100 Händler zu beschränken, wurde nach einer Intervention von Multipay aufgehoben. Darüber hinaus wurden zwischen Dezember 2005 und Mai 2006 der Absatz der DCC-Dienstleistungsverträge und die Aufschaltung der DCC-Terminals ungehindert fortgeführt; denn es wurden {800–[•••]–900} neue DCC-Verträge abgeschlossen und {1000–[•'•••]–1'100} DCC-Terminals aufgeschaltet. Insgesamt wurden rund {400'000–[•••'•••]–500'000} Transaktionen mit DCC-Währungsumrechnung mit einem Umsatz in Höhe von {120–[•••]–160} Mio. CHF durchgeführt (vgl. SV I.f). Diese Tatsachen werden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht bestritten. Demzufolge ist nicht erkennbar, dass es erforderlich gewesen wäre, den Betrieb der DCC-Funktion während der Re-Zertifizierungsphase in einem wesentlichen Umfang einzuschränken oder gar auszusetzen.

729. Vor dem Hintergrund dieser Umstände ist entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen (vgl. 673, 676, 682) von vornherein nicht ersichtlich, warum die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe gegenüber anderen Terminalherstellern ein prinzipielles Problem hätte darstellen sollen, die eine Verweigerung durch die SIX-Gruppe hätte begründen können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass von einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen keine nachteiligen Auswirkungen auf die ordnungsgemässe Umsetzung der Re-Zertifizierung durch die anderen Terminalhersteller ausgegangen wären.

730. Auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 675), wonach eine Aufschaltung von DCC-Terminals der SIX-Gruppe sowie anderer Terminalhersteller aufgrund der Re-Zertifizierung ausgeschlossen gewesen sei, zielt von vornherein ins Leere. Gegenstand des Vorwurfs eines wettbewerbswidrigen Verhaltens bildet nicht eine allfällige Verweigerung der Aufschaltung von DCC-Terminals an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe während der Re-Zertifizierungsphase, sondern die Verweigerung einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen für den Anschluss

von DCC-Terminals an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe. Die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen zur Datenübermittlung zwischen Zahlungskartenterminals und Acquiring-Plattform geht einer Aufschaltung von DCC-Terminals offensichtlich voraus, weil die anderen Terminalhersteller nach Erhalt dieser Informationen über die notwendigen Schnittstellen ihre Zahlungskartenterminals erst hätten in entsprechender Weise ausgestalten und erproben müssen. Darüber hinaus widerspricht dieser Einwand offensichtlich auch dem vorstehend dargestellten uneingeschränkten tatsächlichen Absatz von DCC-Dienstleistungsverträgen und der weiteren Aufschaltung von DCC-Terminals während der Re-Zertifizierungsphase von Dezember 2005 bis Mai 2006 durch die SIX-Gruppe.

731. Im Hinblick auf die Rechtfertigung einer zwingenden Kombination von Akzeptanz-Dienstleistungen, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals ist in gleicher Weise darauf hinzuweisen, dass hierfür ein Verweis auf die Re-Zertifizierungsphase von vornherein unbehelflich ist.

732. Die zwingende Kombination von Acquiring-Dienstleistungen, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals hätte nach der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 682) zur Herstellung einer ausreichenden Sicherheitsstruktur vorgenommen werden müssen, um die Zertifizierung für das Zahlungssystem mit DCC-Funktion zu erlangen. Selbst wenn entsprechend dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen davon auszugehen wäre, dass eine Zertifizierung der DCC-Funktion durch die Kartenaussteller für das gesamte, von der SIX-Gruppe angebotene Zahlungssystem erforderlich war und daher sowohl die Akzeptanz-Plattform als auch die Zahlungskartenterminals der SIX-Gruppe und demzufolge auch diejenigen von anderen Terminalherstellern einer entsprechenden Sicherheitsüberprüfung durch die Kartenaussteller zu unterziehen waren, so stellt dies unzweifelhaft keinen Aspekt dar, der eine zwingende Bindung der Händler mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe an Zahlungskartenterminals mit DCC-Funktion der SIX-Gruppe zu rechtfertigen vermag. Da in diesem Fall auch Zahlungskartenterminals mit DCC-Funktion von anderen Terminalherstellern eine Zertifizierung erlangen mussten, um im Zahlungsabwicklungssystem der SIX-Gruppe ohne sicherheitstechnische Bedenken eingesetzt werden zu können – und sie diesen Status nach dem relevanten Zeitraum auch ohne Schwierigkeiten erlangten –, besteht kein sachlicher Grund zur Erreichung des Zwecks der Kombination.

733. Ungeachtet dessen, dass die Geeignetheit der Verweigerung einer Offenlegung der DCC-Schnittstellen und der zwingenden Kombination von Acquiring-Dienstleistungen, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals nicht gegeben war, ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass auch die Erforderlichkeit dieser Massnahmen zur Sicherstellung eines berechtigten Zwecks nicht gegeben war.

734. Überdies ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht dargelegt, warum die Herausgabe der notwendigen DCC-Schnittstelleninformationen zum Anschluss von DCC-Terminals sonstiger Terminalhersteller an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe wegen der notwendigen Re-Zertifizierung des Zahlungssystems der SIX-Gruppe durch Visa hätte eingeschränkt werden müssen. Die Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen hätte ohne Weiteres mit einem Verweis auf eine allfällig notwendige Zertifizierung durch das Visa Card Scheme und die sich daraus ergebenden tatsächlichen Weiterungen sowie auf allfällige rechtliche Implikationen verbunden werden können. Hinweise auf mögliche tatsächliche Weiterungen hätten insbesondere die Aspekte eingeschlossen, dass (i) die DCC-Funktion der Zahlungskartenterminals und damit auch die Schnittstellen zur Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe für die Zertifizierung angepasst werden müssen und (ii) die Zahlungskartenterminals mit DCC-Funktion bis zu einer Zertifizierung nicht an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe angeschlossen werden können. Hinweise zu rechtlichen Implikationen hätten bis hin zu einem Haftungsausschluss für Verluste der anderen Terminalhersteller bei Zahlungskartenterminals, die aufgrund der Modalitäten einer später tatsächlich erfolgten Zertifizierung nicht an die Händler verkauft werden, reichen können. Es wäre dann Sache der anderen Terminalhersteller gewesen zu entscheiden, ob mit der Entwicklung der DCC-Funktion für ihre eigenen Zahlungskartenterminals sofort begonnen oder die endgültige Ausgestaltung einschliesslich allfälliger Anpassungen aufgrund des Ergebnisses der Zertifizierung abgewartet wird. Die Terminalhersteller hätten dabei – in gleicher Weise wie die SIX-Gruppe im Rahmen von deren Vertrieb der Zahlungskartenterminals mit DCC-Funktion auch – die Entscheidung über das entsprechende rechtliche und wirtschaftliche Risiko selbst vornehmen müssen und können.

735. Zu keinem anderen Ergebnis führt die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, es habe sich lediglich um eine zeitlich beschränkte Kombination bis zur Erlangung der Zertifizierung gehandelt. Denn aufgrund der im Recht liegenden Tatsachen ist nachgewiesen, dass die SIX-Gruppe selbst

ihre eigenen Zahlungskartenterminals mit DCC-Funktion bereits vor einer Zertifizierung durch Visa als Kartenlizenzgeber gegenüber den Händlern beworben und auch uneingeschränkt vertrieben hat. Das Verhalten der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum widerspricht demzufolge der nun nachträglich im Kartellverfahren vorgebrachten Argumentation.

(e) Ergebnis

736. Die gesamten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, wonach sich die DCC-Funktion noch in einer Test- und Zertifizierungsphase befunden habe, widersprechen somit den wesentlichen Tatsachen des Geschehensablaufs und sind daher unzutreffend. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen in anderem Zusammenhang indirekt bestätigt (vgl. E. 766). Der Einwand einer Rechtfertigung wegen der angeblichen Test- und Re-Zertifizierungsphase ist demzufolge als nachträgliche Schutzbehauptung zu qualifizieren, weshalb die jeweiligen Vorbringen für die rechtliche Beurteilung der Angelegenheit nicht massgeblich sein können.

737. Eine Rechtfertigung der Verweigerung einer Offenlegung von DCC-Schnittstelleninformationen sowie der Kombination von DCC-Währungsumrechnung und eigenen DCC-Terminals durch die SIX-Gruppe aufgrund der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Test- und Re-Zertifizierungsphasen ist deshalb ausgeschlossen.

**f) *Einwand des Entwurfs einer einvernehmlichen Regelung***

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

738. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die fehlende Verpflichtung zur Offenlegung der Schnittstellen dadurch nachgewiesen sei, dass (i) das Sekretariat der Wettbewerbskommission und die Beschwerdeführerinnen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung verhandelt hätten, und dass (ii) der entsprechende Entwurf der Vereinbarung die Feststellung vorgesehen habe, dass eine Offenlegung der Schnittstellen bis zum Abschluss einer Test- und Re-Zertifizierungsphase und einer Erlangung der Marktreife des Produkts nicht erforderlich sei.

739. Im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung sei nach mehrfacher Abstimmung im Entwurf der Vereinbarung Folgendes festgehalten worden:

„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 [...] 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 Card Schemes zertifiziert werden müssen.“

740. Das Sekretariat habe sich nach jahrelanger Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung klar zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen geäußert.

741. Beim Sekretariat handle es sich um eine eigenständige Wettbewerbsbehörde mit einem erheblichen technischen, rechtlichen und ökonomischen Fachwissen. Das Sekretariat würde gemäss Art. 23 KG andere Amtsstellen und Unternehmen beraten und gemäss Art. 46 KG Stellungnahmen abgeben. Es sei daher davon auszugehen, dass eine Aussage dieser Fachinstanz zu einer kartellrechtlichen Auslegungsfrage inhaltlich belastbar und kohärent mit der wettbewerbsrechtlichen Praxis sei.

742. Angesichts der im Entwurf der einvernehmlichen Regelung vorgesehenen Ausnahmen einer Zustimmung durch das Card Scheme und der vollständigen Übernahme der Risiken durch den Lizenznehmer würde gerade bestätigt, dass vor einer definitiven Zertifizierung grundsätzlich finanzielle und Reputationsrisiken bestehen würden, weshalb die Verweigerung einer Offenlegung der Schnittstellen gerechtfertigt sei.

743. Diesen Ansatz des Sekretariats könnten auch die Beschwerdeführerinnen für sich in Anspruch nehmen. Wenn selbst das Sekretariat von einer entsprechenden Ausnahmesituation ausgehe, so dürften auch die Beschwerdeführerinnen so vorgehen. Dies könne ihnen zumindest nicht vorgeworfen werden.

744. Es sei demzufolge widersprüchlich, wenn von dieser durch das Sekretariat zunächst als zulässig erachteten Vorgehensweise im Rahmen der Verfügung abgerückt worden sei.

745. Unerheblich sei dabei, dass die einvernehmliche Regelung nicht zustande gekommen sei, weil es sich bei den Sachpunkten, zu denen keine Einigung habe erzielt werden können, um die Aspekte der Lizenzgebüh-

ren und der massgeblichen, von der Regelung betroffenen Produkte gehandelt habe.

746. Dass die Wettbewerbskommission mangels abgeschlossener einvernehmlicher Regelung keine Genehmigung habe erteilen können, sei nicht von Relevanz, weil das Sekretariat sich generisch zur Gesetzesauslegung geäussert und dabei anerkannt habe, dass die Offenlegung von Schnittstellen jeweils in Abhängigkeit des Produktentwicklungsstadiums zu prüfen sei. Diese grundlegende Einschätzung müsse auch im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangen, unabhängig davon, ob sie sich auf ein zukünftiges oder ein vergangenes Verhalten beziehe.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

747. Die Vorinstanz macht gegenüber dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum einen geltend, dass den Aussagen des Sekretariats im Rahmen von Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung keine Bedeutung zukomme, weil eine einvernehmliche Regelung einer Genehmigung durch die Wettbewerbskommission bedürfe und diese nicht an den Antrag oder einzelne Aussagen des Sekretariats gebunden sei. Aufgrund des expliziten Wortlauts von Art. 30 Abs. 1 KG stehe die Entscheidungsbefugnis in der Hauptsache allein der Vorinstanz zu.

748. Zum anderen führt die Vorinstanz an, dass mit der einvernehmlichen Regelung eine generelle Lösung für die Zukunft und kein Präjudiz für ein vergangenes Verhalten geschaffen werden sollte. Demnach sei es ausgeschlossen, dass die einvernehmliche Regelung die materiell-rechtliche Beurteilung zum Gegenstand haben könne. Sachverhalt und Rechtsfragen seien nicht verhandelbar, sondern von der rechtsanwendenden Behörde hoheitlich zu entscheiden. Da der Entwurf eine generelle Lösung für die Zukunft darstellen sollte, erscheine es überdies umso weniger nachvollziehbar, weshalb er die Beurteilung des vergangenen Verhaltens im konkreten Fall hätte präjudizieren sollen.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

749. Auf Anfrage von Multipay und Card Solutions wurden zwischen November 2009 und Juni 2010 mit dem Sekretariat Verhandlungen über Abschluss und Inhalt einer einvernehmlichen Regelung in Bezug auf die Angelegenheit geführt. Diese Verhandlungen wurden vom Sekretariat

wegen eines mangelnden Konsenses zwischen den Verhandlungsparteien über wesentliche Elemente einer einvernehmlichen Regelung abgebrochen (vgl. SV J.k).

750. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, wonach sich aus einzelnen Formulierungen im Entwurf zu einer einvernehmlichen Regelung zwingende verbindliche Rechtswirkungen im Hinblick auf die Behandlung der Angelegenheit im Rahmen einer Verfügung der Wettbewerbskommission oder in Bezug auf die Beurteilung durch eine Rechtsmittelinstanz ergeben würden, vermag bereits allgemein aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Darüber hinaus liegen auch die geltend gemachten und für eine Berücksichtigung im Rahmen einer rechtlichen Beurteilung notwendigen Umstände im vorliegenden Fall gerade nicht vor.

751. Wenn das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, kann es gemäss Art. 29 KG den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Eine einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und einem Unternehmen dient demnach einer inhaltlichen Festlegung der Modalitäten zur Beseitigung einer unzulässigen wirtschaftlichen Verhaltensweise durch das jeweilige Unternehmen. Demgegenüber stellt die Rechtsauffassung des Sekretariats, wonach die betreffende wirtschaftliche Verhaltensweise als kartellrechtswidrig zu qualifizieren sei, die notwendige Voraussetzung für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung dar (vgl. BGer, 19.12.2003, 2A.417/2003, Sellita Watch Co. SA gg. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse u.a., in: RPW 2004/2, 661, E. 3.4.4; BVGer, 2.7.2010, B-1324/2010, Jelmoli Bonus Card AG gg. Weko, E. 5.1.2; BEURET CARLA, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellrecht, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 29 Rn. 38; BORER, *KG*, Art. 29 Rn. 4; TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 29 Rn. 4). Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung bildet demzufolge die Folgenbehandlung einer bestimmten wirtschaftlichen Verhaltensweise und nicht die Feststellung von deren Wettbewerbswidrigkeit.

752. Demzufolge sind die Einwendungen der Beschwerdeführerinnen, vorliegend müsse aus dem Textentwurf der einvernehmlichen Regelung die Zulässigkeit ihres in Frage stehenden Verhaltens abgeleitet werden, nicht beachtlich. Vielmehr bestätigt der Umstand, dass das Sekretariat Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geführt hat, im Gegenteil gerade, dass es die fehlende Offenlegung der Schnittstelleninformationen mangels Vorliegens einer Rechtfertigung auf-

grund einer Test- und Zertifizierungsphase oder eines anderen Rechtfertigungsgrunds als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG qualifiziert hat.

753. Die Rechtswirksamkeit einer einvernehmlichen Regelung zwischen einem Unternehmen und dem Sekretariat tritt gemäss Art. 29 Abs. 2 KG erst durch die Genehmigung der Wettbewerbskommission ein. Demzufolge kann das Sekretariat ein wirtschaftliches Verhalten auch nicht mittels einer einvernehmlichen Regelung rechtsverbindlich verhandeln. Soweit die Genehmigung durch die Wettbewerbskommission nicht erteilt wird, kommen einer angestrebten einvernehmlichen Regelung keinerlei Rechtswirkungen zu.

754. Wenn schon einer abgeschlossenen, aber nicht genehmigten einvernehmlichen Regelung keine Rechtswirkungen zukommen, dann gilt dies umso mehr für den blossen Entwurf einer einvernehmlichen Regelung, die aufgrund der Ablehnung durch eine der beteiligten Parteien noch nicht einmal zustandegekommen ist.

755. Da zum einen die Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung erst im November 2009 und damit erst nach Durchführung des fraglichen Verhaltens aufgenommen worden waren und zum anderen auch keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde, kann sich von vornherein auch keine Notwendigkeit zur Berücksichtigung eines allfällig geschützten Vertrauens der Beschwerdeführerinnen in die Haltung des Sekretariats für einen bestimmten Zeitraum ergeben.

756. Der Vollständigkeit halber ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass diese Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Gesamtzusammenhang zu einem inhaltlichen Widerspruch in der Beschwerde führen. Denn die Beschwerdeführerinnen verlangen einerseits die Berücksichtigung einer vom Sekretariat selbst nicht als rechtsverbindlich qualifizierten Erklärung aufgrund von dessen – in diesem Zusammenhang behaupteter – ausgewiesener Fachkompetenz, während andererseits mittels der vorliegenden Beschwerde nahezu sämtliche Sachpunkte des Antrags des Sekretariats, welche der angefochtenen Verfügung zu Grunde liegen, inhaltlich bestritten werden und damit die Fachkompetenz des Sekretariats nachgerade umfassend in Frage gestellt wird. Aus dieser Argumentationsführung der eigenen Vorbringen ergibt sich demnach, dass die Beschwerdeführerinnen zu den verschiedenen Sachpunkten je nach deren Nützlichkeit für ih-



ren eigenen Standpunkt inhaltlich sich widersprechende Argumente vortragen.

**g) *Einwand des Investitions- und Innovationsschutzes***

757. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Schnittstelleninformationen von der SIX-Gruppe berechtigterweise zurückgehalten werden konnten, weil auch zu Gunsten eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Sicherstellung eines Investitions- und Innovationsschutzes ein bestimmter Zeitraum anzusetzen ist, während dessen diesem die neu entwickelten Produkte und Produktfunktionen zur ausschliesslich eigenen Nutzung zur Verfügung stehen, weshalb die Schnittstelleninformationen von neu entwickelten Produkten und Produktfunktionen innerhalb dieses Zeitraums nicht herausgegeben werden müssen und demzufolge kein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG verwirklicht wird.

**(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen***

758. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, dass der Six-Gruppe als innovativem Unternehmen ein gewisser Investitions- und Innovationsschutz zukäme, der sich in einem bestimmten Zeitraum zur Ausnutzung der eigenen Innovation niederschläge, weshalb die Offenlegung der Schnittstellen gegenüber den anderen Terminalherstellern für diesen Zeitraum hätte verweigert werden können.

759. Diesen Ansatz habe bereits das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bestätigt. Der entsprechende Entwurf habe als zusätzliches Kriterium für die grundsätzlich zulässigen Lizenzbedingungen vorgesehen, dass die Zugangsgewährung nach Vollendung der Test- und Zertifizierungsphase erst nach Ablauf eines einjährigen Schutzzeitraums zu leisten sei, soweit sich der Petent nicht an den Investitionskosten beteilige.

760. Die Beschwerdeführerinnen verweisen hierzu darauf, dass die angefochtene Verfügung anerkenne, dass zur Sicherstellung der Investitions- und Innovationsanreize auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit gewährt werden müsse, die Belieferung Dritter für eine bestimmte Mindestperiode zu verweigern.

761. Die angefochtene Verfügung verkehre diesen Ansatz allerdings in sein genaues Gegenteil. Denn dadurch müsse ein marktbeherrschendes Unternehmen sämtliche nur denkbaren neuen Funktionen und Dienste und Dienstleistungserweiterungen sofort, uneingeschränkt und allenfalls sogar kostenlos an sämtliche Wettbewerber weiterreichen. Bei einer entsprechenden Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschrift würde dadurch einem marktbeherrschenden Unternehmen der Anreiz für jegliche Innovation, Investition und Produktdifferenzierung genommen. Denn die Wettbewerber könnten dann ohne eigene Investitionen neue Produkte, Dienste und Funktionen eines marktbeherrschenden Unternehmens sofort kopieren. Daher sei die Annahme der angefochtenen Verfügung unzutreffend, wonach die Offenlegung von Schnittstelleninformationen nicht zu einer Kopie des Produkts, sondern nur zu einer Entwicklung ergänzender Produkte führen würde.

762. Den Gegenstand des vorliegenden Sachverhalts bilde daher auch keinesfalls die bloße Offenlegung von Schnittstellen, sondern eine Duplizierung bestehender Funktionen. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz führe die Offenlegung der Schnittstelleninformationen zu einer Kopie des Produkts und nicht zur Entwicklung ergänzender Produkte. Denn mit der Offenlegung ginge zwingend einher, dass die Wettbewerber ohne irgendeine eigene Investition neue Produkte, Dienste und Funktionen der SIX-Gruppe sofort kopieren könnten. Die anderen Terminalhersteller als Initiatoren wollten gerade keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion der Card Solutions, sondern unmittelbar selbst die identische DCC-Funktion von Card Solutions anbieten. Die Leistung der Initiatoren würde demnach nicht über die Nachahmung schon bestehender Funktionen der Card Solutions hinausgehen. Dies diene weder dem Markt noch den Kunden.

## (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

763. Die Vorinstanz hält den Einwand der Beschwerdeführerinnen unter Verweis auf verschiedene, in der ökonomischen Literatur erörterte Aspekte des Innovations- und Investitionsschutzes, die hierzu in den *Microsoft*-Entscheidungen getroffenen Feststellungen sowie die mangelnde urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Schnittstelleninformationen für unzutreffend. Im vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich, weshalb durch die Offenlegung der Schnittstelleninformationen die Investitions- und Innovationsanreize bei der SIX-Gruppe verloren gehen sollten. Es sei vielmehr davon

auszugehen, dass die positiven Folgen der Offenlegung der Schnittstelleninformationen auf den Innovationswettbewerb überwiegen würden.

764. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, Jeronimo habe selbst die DCC-Funktion der Card Solutions – und daher keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion – anbieten wollen, sei unzutreffend. Jeronimo habe zu keinem Zeitpunkt die DCC-Funktion der Card Solutions erhalten. Jeronimo habe die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen verlangt, um die Interoperabilität der eigenen Zahlungskartenterminals mit der durch Multipay den Händlern angebotenen DCC-Währungsumrechnung sicherzustellen. Dies diene entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen sowohl dem Markt als auch den Kunden, werde doch der Innovationswettbewerb auf dem Terminalmarkt nicht mehr durch die fehlende Interoperabilität der Zahlungskartenterminals von Drittherstellern verfälscht.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

765. Der Einwand des Investitions- und Innovationsschutzes, den die Beschwerdeführerinnen bereits im Kartellverwaltungsverfahren gegenüber dem Sekretariat vorgebracht haben, ist im vorliegenden Sachverhalt aus mehreren Gründen nicht entscheidungsrelevant. Der Investitions- und Innovationsschutz bildet daher keinen Rechtfertigungsgrund für ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG.

766. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Einwand, wonach der SIX-Gruppe nach Abschluss der Test- und Re-Zertifizierungsphase ein zusätzlicher Zeitraum zur ausschliesslich eigenen Nutzung der DCC-Funktion zukommen müsse, dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform hätten nach Abschluss der Test- und Re-Zertifizierungsphase den anderen Terminalherstellern zur Verfügung gestellt werden sollen, offensichtlich widerspricht. Aufgrund dieses inhaltlichen Widerspruchs kommt demzufolge von vornherein weder dem Einwand der Test- und Re-Zertifizierungsphase noch dem Einwand des Investitions- und Innovationsschutzes eine sachliche Bedeutung zu, weil deren tatsächliches Vorliegen nicht erstellt ist; von Seiten der Beschwerdeführerinnen liegt keine sachdienliche Darstellung vor und von Seiten des Gerichts kann keine eindeutige Feststellung im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes getroffen werden. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den beiden Einwänden erfolgt daher ausschliesslich der Vollständigkeit halber im Hinblick auf ein allfälliges

weiteres Rechtsmittelverfahren. Angesichts des inhaltlichen Widerspruchs wird jedenfalls die bereits vorstehend getroffene Feststellung, wonach es sich bei dem Einwand der angeblichen Test- und Re-Zertifizierungsphase nur um eine nachträgliche Schutzbehauptung der Beschwerdeführerinnen handelt (vgl. E. 736), von diesen selbst bestätigt.

767. Zunächst ist im Hinblick auf die formale Grundlage des Einwands darauf hinzuweisen, dass die SIX-Gruppe gar nicht als Erfinder der DCC-Währungsumrechnung zu qualifizieren ist. Vielmehr wurde die DCC-Funktion im Rahmen von Kartenzahlungssystemen durch ausländische Unternehmen entwickelt, weshalb es sich bei der SIX-Gruppe diesbezüglich nur um eine Nachahmerin dieser Produktfunktion handelt (vgl. SV G.h). Demzufolge richtet sich eine allfällige Nachahmung durch die anderen Terminalhersteller an der Produktfunktion der ausländischen Unternehmen und nicht an derjenigen der SIX-Gruppe aus. Dies belegt schon der Umstand, dass die anderen Terminalhersteller für die Akzeptanz-Plattformen von anderen Kartenakquisiteuren als der SIX-Gruppe entsprechende DCC-Terminals mit DCC-Funktion auch ohne Informationen von Seiten der SIX-Gruppe entwickeln konnten und an Händler geliefert haben. Daher besteht – selbst nach dem eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen – von vornherein gar kein Grund, warum der SIX-Gruppe ein Investitions- und Innovationsschutz gegenüber den anderen Terminalherstellern zukommen sollte.

768. Im Hinblick auf die materielle Grundlage des Einwands ist sodann darauf hinzuweisen, dass ein Investitions- und Innovationsschutz selbstverständlich nur für Produkte anzuerkennen ist, die auch tatsächlich schutzfähig sind. Diese notwendige Schutzfähigkeit weisen Schnittstelleninformationen in Bezug auf die Herstellung der Interoperabilität von EDV-Komponenten aber gerade nicht auf. Vielmehr wird Schnittstelleninformationen hierfür sowohl ausdrücklich von Seiten des Urheberrechts (vgl. E. 582 f.) als auch von Seiten des Kartellrechts (vgl. E. 609 f., 1049) ein Innovations- und Investitionsschutz abgesprochen, weil sie letztlich die notwendige Grundlage für diese Interoperabilität bilden, deren Sicherstellung der Gesetzgeber über den Schutz der hierzu notwendigen Informationen gestellt hat.

769. Die Offenlegung oder Mitteilung von Schnittstelleninformationen für EDV-Komponenten führt nicht dazu, dass Konkurrenten aufgrund dieser Informationen ein Anwendungsprogramm, welches über die entsprechenden Schnittstellen mit anderen Anwendungsprogrammen verbunden wer-

den soll, nachahmen können. Denn die Schnittstelleninformationen enthalten keine Angaben zum Quellcode eines Anwendungsprogramms. Daher wird aktuellen oder potenziellen Konkurrenten durch die Offenlegung oder Mitteilung von Schnittstelleninformationen nicht ermöglicht, Produkte oder Produktfunktionen ohne eigene Leistung zu kopieren (im Ergebnis ebenso EuG, EU:C:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 286, 375).

770. Die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 761) ist demzufolge unzutreffend. Die Beschwerdeführerinnen legen auch keinerlei Nachweise für ihre Behauptung vor.

771. Die anderen Terminalhersteller haben zur Anbindung ihrer Zahlungskartenterminals unter Einschluss der DCC-Funktion an die Akzeptanz-Plattformen der anderen Zahlungskartenakquisiteure eine DCC-Funktion entwickelt und dadurch ihre ep2-Zahlungskartenterminals zu DCC-Terminals aufgerüstet. Sie verfügen demzufolge über eine eigene DCC-Funktion. Sie waren daher ganz offensichtlich nicht auf eine Duplizierung der DCC-Funktion der SIX-Gruppe angewiesen. Vielmehr bedurften sie nur der Schnittstelleninformationen, damit ihre DCC-Terminals mit ihrer eigenen DCC-Funktion an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe zur Sicherstellung einer ordnungsgemässen DCC-Währungsumrechnung zu Gunsten der Händler hätten angeschlossen werden können.

772. Die mannigfaltig wiederkehrend geltend gemachte Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 762), wonach das Verlangen auf Herausgabe der Schnittstelleninformationen zur blossen Nachahmung der DCC-Funktion der SIX-Gruppe und damit zu einer Duplizierung ihrer Produkte dienen sollte und die entsprechende Bekanntgabe hierzu geführt hätte, ist daher unzutreffend. Ihre Behauptungen zur angeblichen Duplizierung von innovationsgeschützten Produkten der SIX-Gruppe sind demnach nur als Versuch einer Irreführung der Wettbewerbsbehörden und des Gerichts zu werten.

773. Aus den vorgenannten Gründen hätte im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung zwischen der Vorinstanz und der SIX-Gruppe (vgl. E. 749 ff.) auch keine Schutzfrist für eine zeitlich begrenzte ausschliessliche Nutzung der eigenen Schnittstelleninformationen vereinbart werden können. Denn dadurch wäre allein die missbräuchliche Behinderung der Konkurrenten für diesen Zeitraum aufrechterhalten worden, ohne dass hierfür geeignete sachliche Gründe erforderlich gewesen wären. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 759) lässt sich aus

einem allfällig gegenteiligen Ansinnen des Sekretariats der Wettbewerbskommission im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung daher auch keine Rechtsposition ableiten, die im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen wäre.

774. Der Verweis der Beschwerdeführerinnen auf eine angebliche Anerkennung des Investitions- und Innovationsschutzes durch die angefochtene Verfügung (vgl. E. 760) ist nicht relevant, weil die Vorinstanz in diesem Zusammenhang lediglich die Voraussetzungen für eine entsprechende Anerkennung darlegt, die im Zusammenhang mit der Missbrauchsform der Geschäftsverweigerung auch abgehandelt werden und im vorliegenden Sachverhalt aber gerade nicht gegeben sind (vgl. E. 775 ff.).

### **3) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG**

775. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Verwirklichung einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG gegenüber den anderen Terminalherstellern durch die SIX-Gruppe festgestellt, weil diese die Herausgabe der notwendigen Informationen über rechtlich nicht geschützte Schnittstelleninformationen zum Anschluss von ep2-Terminals mit Unterstützung der DCC-Währungsumrechnung an die Akzeptanz-Plattform von Multipay abgelehnt hatte und dadurch die Konkurrenten der SIX-Gruppe auf dem Markt der ep2-Terminals beeinträchtigt wurden.

#### **a) Ausgangslage**

776. Im Rahmen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung stellt die Berechtigung zur eigenständigen und eigenverantwortlichen Auswahl der eigenen Geschäftspartner die Grundlage aller wirtschaftlichen Aktivitäten eines Wirtschaftsteilnehmers dar. Demzufolge bildet die Möglichkeit zur Auswahl des Vertragspartners einen zentralen Bestandteil der Privatautonomie und die damit einhergehende Entscheidung über die Aufnahme oder die Fortsetzung von Geschäftsbeziehungen ist als grundlegende Voraussetzung für das Vorhandensein von wirksamem Wettbewerb in einem marktwirtschaftlichen System zu qualifizieren.

777. Soweit die Erlangung und der Bestand einer marktbeherrschenden Stellung in einer Wirtschaftsordnung nicht als unzulässig qualifiziert werden – wie dies im Rahmen der schweizerischen Wettbewerbsordnung der Fall ist (vgl. *Botschaft KG 1995*, 547) –, steht demzufolge ausser Frage, dass auch einem Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung die Privatautonomie zusteht und seine unternehmerische Entscheidungsfreiheit hinsichtlich seiner Vertragspartner, der von ihm abzuschliessenden Verträge und seiner Disposition über eigene Vermögenswerte grundsätzlich nicht eingeschränkt ist. Daher unterliegt ein marktbeherrschendes Unternehmen keiner prinzipiellen Kontrahierungspflicht allein aufgrund des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. *Botschaft KG 1995*, 570; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.1; EuGH, 27.3.2012, C-209/10, *Post Danmark A/S* gg. Konkurrencerådet, EU:C:2012:172, zit. *Post Danmark*, Ziff. 21).

778. Allerdings hat die Wettbewerbspraxis aufgezeigt, dass bei Vorliegen von bestimmten Umständen eine Einschränkung der Privatautonomie eines marktbeherrschenden Unternehmens im Hinblick auf eine Kontrahierungspflicht gerechtfertigt sein kann, um dadurch die Aufrechterhaltung eines ausreichenden Wettbewerbs in einem relevanten Markt sicherzustellen. Dabei kommt einem Tatbestand der Geschäftsverweigerung eine wettbewerbspolitisch zentrale Bedeutung zu, weil er indirekt auch der Verhinderung von anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen dient (vgl. *Botschaft KG 1995*, 570; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 198 f.). Denn andere missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Geschäftspartnern werden von diesen erfahrungsgemäss hingenommen, um eine Ablehnung von (weiteren) Geschäftsbeziehungen zu verhindern (vgl. *Botschaft KG 1995*, 570).

779. Mit der Statuierung der Geschäftsverweigerung als Regelbeispiel in Art. 7 Abs. 2 lit. a KG hat der schweizerische Gesetzgeber ausdrücklich bestätigt, dass von einem solchen Verhalten eine Gefährdung des Wettbewerbs ausgeht und dass infolgedessen die Möglichkeit zu einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen für ein marktbeherrschendes Unternehmen eingeschränkt ist.

780. Unter dem Aspekt einer Verweigerung von geschäftlichen Beziehungen zwischen verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern – die vor dem Hintergrund einer in der Wettbewerbspraxis und Literatur bislang bestehenden uneinheitlichen Terminologie nachfolgend zusammenfassend als „Geschäftsverweigerung“ bezeichnet und damit gegen die nachfolgend

aufgeführten Varianten abgegrenzt wird, deren Bezeichnung in Praxis und Literatur ebenfalls unterschiedlich gehandhabt wird – werden in Praxis und Doktrin unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen erfasst, wobei die folgenden allgemeinen und besonderen Varianten des wirtschaftlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens angesprochen werden: (i) „Lieferabbruch“: der Abbruch oder eine Einschränkung von bestehenden Lieferbeziehungen zu Kunden (dem der Abbruch von Bezugsbeziehungen zu Lieferanten gleichzusetzen ist); (ii) „Lieferverweigerung“: die Ablehnung einer (Neu-)Aufnahme von Lieferbeziehungen gegenüber potenziellen oder ehemaligen Kunden (der die Ablehnung von Bezugsbeziehungen gegenüber Lieferanten gleichzusetzen ist); (iii) „Zugangsverweigerung“: die Vorenthaltung eines Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen; (iv) „Lizenzverweigerung“: die Ablehnung einer Einräumung von Immaterialgüterrechten durch Erteilung einer Lizenz; (v) z.T. auch der „Vertriebsausschluss“: die Ablehnung einer Aufnahme oder Eingliederung in ein Absatzmittlungssystem (wobei diese Variante nachfolgend keine Berücksichtigung findet).

781. In der schweizerischen gerichtlichen Wettbewerbspraxis erfolgte die Feststellung einer Geschäftsverweigerung insbesondere in Form einer Zugangsverweigerung in den Fällen *Angehörigeninformation* (vgl. HGER KT. AARGAU, 13.2.2003, Allg. Bestattungsinstitut gg. Kt. Aargau, RPW 2003/2, 451), *EEF* (BGer, 17.6.2003, 2A.520/2002, Entreprises Electrique Fribourgoise gg. Watt Suisse AG, Coopératives Migros sowie Weko u.a., publ. in: BGE 129 II 497, zit. *EEF*, in Bezug auf das Urteil der REKO/WEF, 17.9.2002, RPW 2002/4, 672, zit. *EEF*, wiederum in Bezug auf die Verfügung der WEKO, 5.3.2001, RPW 2001/2, 255), *Swiss Football League* (HGER KT. AARGAU, 19.10.2004, FC Aarau 1902 u.a. gg. Swiss Football League, RPW 2004/4, 1203), *Valet Parking* (BVGer, 3.10.2007, B-2157/2006, Flughafen Zürich AG gg. Weko, in Bezug auf eine Sanktionsverfügung der WEKO, 5.12.2005, RPW 2006/1, 141, die wiederum in Zusammenhang mit der Verfügung über vorsorgliche Massnahmen der WEKO, 1.12.2003, RPW 2004/1, 102 und dem hierzu ergangenen Urteil der REKO/WEF, 14.6.2004, RPW 2004/3, 859, Flughafen Zürich AG gg. Weko u.a., in gleicher Sache steht) sowie *Etivaz* (BGer, 23.5.2013, 4A\_449/2012, Coopérative des producteurs de fromages d'alpages „L'Etivaz“ gg. X, publ. in: BGE 139 II 316, in Bezug auf ein Zivilgerichtsurteil des Tribunal cantonal de canton du Valud). Die behördliche Wettbewerbspraxis hat darüber hinaus insbesondere in den Fällen *BKW* (WEKO, 7.2.2000, RPW 2000/1, 29, BKW FMB Energie AG), *Intensiv* (WEKO, 19.12.2000, RPW 2001/1, 95, Intensiv SA,), *ETA* (WEKO, 8.11.2004, RPW



2005/1, 128, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse) sowie *Sport im Pay-TV* (WEKO, 9.5.2016, RPW 2016/4, 920, Swisscom [Schweiz] AG, CT Cinetrade AG und Teleclub AG, n.n. rechtskräftig) eine Geschäftsverweigerung angenommen. Im Fall *Swatch* (WEKO, 21.10.2013, RPW 2014/1, 215, sowie in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen WEKO, 6.6.2011, RPW 2011/3, 400) wurde eine einvernehmliche Regelung zur Abwendung einer Geschäftsverweigerung getroffen. Im Fall *NOK* (WEKO, 2.7.2007, RPW 2007/3, 353, NOK-Anschlussbegehren SN Energie AG/EW JR,) wurde das Vorliegen einer Geschäftsverweigerung abgelehnt. Im Fall *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz* (SEKRETARIAT, 16.12.2013, RPW 2014/1, 117) wurden im Rahmen einer Vorabklärung für verschiedene Aspekte einer Vereinbarung über den Zugang zu Erdgastransporten potenzielle Geschäftsverweigerungen identifiziert. Demgegenüber wurde im Fall *Service Après Vente* (SEKRETARIAT, 6.5.2018, 32-0256, n.n.publ.) das Vorliegen eines marktmissbräuchlichen Verhaltens einschliesslich einer Geschäftsverweigerung als unwahrscheinlich qualifiziert, weswegen die Vorabklärung eingestellt wurde.

782. Im Rahmen der Europäischen Wettbewerbspraxis wurde die Geschäftsverweigerung in diversen Urteilen mit verschiedenen Missbrauchsvarianten behandelt, wobei einzelne Entscheide auch wesentlich früher ergingen. Hierbei sind insbesondere folgende Fälle zu beachten: (i) Lieferabbruch/Lieferverweigerung: *Commercial Solvents* (EuGH, 6.3.1974, Rs. 6 und 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. & Commercial Solvents Corporation gg. EU-Kom, EU:C:1974:18); *United Brands* (EuGH, 14.2.1978, 27/76, United Brands Company & United Brands Continentaal BV gg. EU-Kom, EU:C:1978:22); *BP* (EuGH, 29.6.1978, 77/77, Bezine en Petroleum Handelsmaatschappij B.V. u.a. gg. EU-Kom, EU:C:1978:141); *Télémarketing* (EuGH, 3.10.1985, C-311/84, SA Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) gg. SA Compagnie luxembourgoise de télédiffusion (CLT) & SA Information publicite Benelux (IPB), EU:C:1985:394); *British Leyland* (EuGH, 11.11.1986, 226/84, British Leyland Public Limited Company gg. EU-Kom, EU:C:1986:421); *Hilti* (EuG, 12.12.1991, T-30/89, Hilti AG gg. EU-Kom u.a., EU:T:1991:70); *Glaxo* (EuGH, 16.9.2008, C-468/06 & C-478/06, Sot. Lélos kai Sia EE u.a. gg. GlaxoSmithKline AEVE Famakeftikon Proionton, EU:C:2008:54); *British Midland* (EU-KOM, 26.2.1992, IV/33 544, British Midland/Air Lingus, ABI. 1992 L 96/34); (ii) Zugangsverweigerung: *Hugin* (EuGH, 31.5.1979, 22/78, Hugin Kassaregister AG u.a. gg. EU-Kom, EU:C:1979:139); *GB-Inno* (EuGH, 13.12.1991, C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones gg. GB-Inno SA, EU:C:1991:474), *Sealink I*

(EU-KOM, 11.6.1992; IV/34.174 – Sealink/B&I & Holyhead); *Sealink II* (EU-KOM, 21.12.1993, 94/19/EG, IV/34.689 – Sea Containers gg. Stena Sealink, ABl. 1994 L 15/8); *Hafen von Rødby* (EU-KOM, 21.12.1993, Hafen von Rødby, ABl. 1994 L 55/52); *Bronner* (EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG gg. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG u.a., EU:C:1998:559); *RWE* (EU-KOM, 18.3.2009, COMP/39.402-Gasmarktabschottung); *Clearstream* (EuG, 9.9.2009, T-301/04, Clearstream Banking AG/Clearstream International AG gg. EU-Kom, EU:T:2009:317); *GDF* (EU-KOM, 3.12.2009, COMP/39.316-Gaz de France); *ENI* (EU-KOM, 29.9.2010, COMP/39.315-ENI); *CEAHR* (EuG, 17.10.2017, T-712/14, Confédération européenne des associations d’horlogerie-réparateurs gg. EU-Kom, EU:T:2017:748, nicht rechtskräftig); (iii) Lizenzverweigerung: *Renault* (EuGH, 5.10.1988, 53/87, Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli u.a. gg. Régie nationale des usines Renault, EU:C:1988:472); *Volvo* (EuGH, 15.10.1988, 238/87, AB Volvo gg. Erik Veng [UK] Ltd, EU:C:1988:477); *Magill* (EuGH, 6.4.1995, C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann [RTE] & Independent Television Publications Ltd [ITP] gg. Magill & EU-Kom, EU:C:1995:98); *IMS Health* (EuGH, 29.4.2004, C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG gg. NDC Health GmbH & Co. KG, EU:C:2004:257); *Microsoft* (EuG, 17.9.2007, T-201/04, Microsoft Corporation gg. EU-Kom, EU:T:2007:289; EU-KOM, 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 Microsoft, Microsoft Corporation, ABl. 2007 L 32/23); *Huawei* (EuGH, 16.7.2015, C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd. gg. ZTE Corp. & ZTE Deutschland GmbH, EU:C:2015:477).

783. Alle Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung beruhen dabei auf dem Umstand, dass mit der Ablehnung von Geschäftsbeziehungen die sich aus einer marktbeherrschenden Stellung ergebende Machtposition auf dem beherrschten Markt abgesichert oder weiter verstärkt oder sogar auf einen anderen Markt ausgedehnt werden kann, ohne dass hierzu Mittel des Leistungswettbewerbs zum Einsatz kommen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 96, f.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 6; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 195; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 273). Soweit über den beherrschten Markt hinaus ein weiterer Markt von der Ablehnung einer Geschäftsbeziehung erfasst wird, ergibt sich ein Machttransfer vom beherrschten auf den weiteren Markt.

784. Im vorliegenden Sachverhalt steht aus der Sicht der angefochtenen Verfügung die Verweigerung einer Offenlegung von rechtlich nicht ge-

geschützten Schnittstelleninformationen zur Herstellung der Interoperabilität von technischen Einrichtungen in Frage. Zu dieser Missbrauchsvariante einer „Interoperabilitätsverweigerung“ ist angesichts dessen, dass die Entscheide in Sachen *Microsoft* auf einer „als ob-Beurteilung“ einer Lizenzverweigerung beruhen, soweit ersichtlich bislang noch kein Entscheid im schweizerischen oder im EU-Wettbewerbsrecht ergangen. Dabei ist die rechtliche Beurteilung auf die Abklärung von Datentransfers zwischen Einrichtungen zur Datenverarbeitung bestehend aus Geräten, Programmen und Plattformen sowie Netzen zu beschränken.

## **b) Fallgruppen**

785. Im Hinblick auf eine Unterscheidung von verschiedenen Missbrauchsvarianten, d.h. unterschiedlichen Sachverhalts- bzw. Tatbestandsvarianten einer Geschäftsverweigerung sowie den hierbei jeweils zur Anwendung gelangenden Tatbestandsmerkmalen, bestehen unterschiedliche Auffassungen auf Seiten der Parteien.

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

786. Eine Geschäftsverweigerung erfordert nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen die folgenden Voraussetzungen: (1) Verweigerung einer Geschäftsbeziehung; (2) das verweigerte Gut ist unerlässlich für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gegenseite; (3) die Verweigerung führt zu einer Wettbewerbsbeseitigung, d.h. sie weist einen wettbewerbsausschliessenden Effekt auf; (4) die Verweigerung der Lizenzierung von immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern führt zu einer Verhinderung eines neuen Produkts und damit zur Verhinderung anderer für den Konsumenten vorteilhafter Entwicklungen; (5) es existieren keine Rechtfertigungsgründe. Die Beschwerdeführerinnen behaupten, die Vorinstanz habe diese Voraussetzungen nicht angewendet. Im vorliegenden Fall sei keine dieser Voraussetzungen erfüllt.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

787. Unter Berufung auf Ansichten in der Literatur lassen sich nach Ansicht der Vorinstanz die verschiedenen Missbrauchsformen einer Geschäftsverweigerung anhand einheitlicher Prüfungskriterien beurteilen. Insbesondere lasse sich auch die Missbrauchsform der Zugangsverwei-

gerung mit den allgemeinen Tatbestandsmerkmalen einer Geschäftsverweigerung zutreffend erfassen, weshalb es keiner Verschärfung dieser Anforderungen bedürfe. Die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission würde auf diesem Ansatz aufbauen.

788. Danach seien die folgenden Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen: (1) Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten; (2) Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können; (3) Verweigerung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte; (4) keine Rechtfertigung durch „legitimate business reasons“.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

789. Die formale rechtliche Erfassung der verschiedenen Sachverhaltskonstellationen durch die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften in der Schweiz und in der Europäischen Union erfolgt in unterschiedlicher Weise, die sich in einer divergierenden Behandlung durch Wettbewerbspraxis und Literatur widerspiegelt. Eine grundsätzlich angestrebte einheitliche rechtliche Qualifizierung von gleichen wirtschaftlichen Sachverhalten (vgl. E. 512) kann sich demzufolge von vornherein nur auf das jeweilige inhaltliche Ergebnis, nicht aber auf die formalen Aspekte einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung beziehen.

790. In der Schweiz wird die Geschäftsverweigerung ausdrücklich erfasst. So statuiert Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, dass die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, wie z.B. die Liefer- oder Bezugssperre, als missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu qualifizieren ist. Demnach hat der Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung des Tatbestands auf die blossе äussere Beschreibung einer Geschäftsverweigerung beschränkt, ohne darüber hinausgehende weitere sachliche Tatbestandsmerkmale zu verankern. Aus dieser konkreten Ausgestaltung lassen sich zwei Aspekte ableiten.

791. Da Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zum einen die Sachverhaltskonstellationen des Lieferabbruchs und der Lieferverweigerung nur als Beispiele bezeichnet und zum anderen ausser der formalen Ablehnung einer Eingehung von geschäftlichen Beziehungen keinerlei weitere Voraussetzungen vorsieht, werden alle Missbrauchsvarianten, d.h. alle möglichen Sachverhalts- und Tatbestandsvarianten einer Geschäftsverweigerung, von der Vorschrift erfasst. Es ergibt sich daher keine strukturelle Notwendigkeit

zur Abgrenzung verschiedener Missbrauchsformen und einer unterschiedlichen Zuordnung zur Generalklausel oder zu anderen Regelbeispielen.

792. Angesichts der vorstehend dargestellten Geltung der Privatautonomie für marktbeherrschende Unternehmen und der sich daraus ergebenden Konsequenz, dass eine Geschäftsverweigerung nicht bereits aufgrund des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung unzulässig ist bzw. sein kann, bedeutet dies allerdings, dass allein die Ablehnung von (weiteren) Handelsbeziehungen oder einer Lizenzerteilung sowie die bloße Vorenthaltung des Zugangs zu bestimmten Einrichtungen nicht ausreichend sein können, um den Tatbestand einer Geschäftsverweigerung zu verwirklichen. Vielmehr müssen die unterschiedlichen Missbrauchsvarianten Tatbestandsmerkmale aufweisen, die im Rahmen der Feststellung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung zu einer Behinderung von Konkurrenten – eine Benachteiligung von Vertragspartnern wird bei diesen Konstellationen eher nicht zum Tragen kommen – zu berücksichtigen und zu konkretisieren sind. Ungeachtet einer einheitlichen Zuordnung zum Regelbeispiel des Art. 7 Abs. 2 lit. a KG bedarf es daher einer Differenzierung zur Feststellung, welche Tatbestandsmerkmale bei den einzelnen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung zur Anwendung gelangen.

793. Im Gegensatz zum schweizerischen Kartellgesetz erfasst das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union die Geschäftsverweigerung nicht mittels eines eigenständigen Regelbeispiels. Dies hat zur Folge, dass die einzelnen Sachverhaltskonstellationen in unterschiedlicher Weise der Generalklausel sowie den Regelbeispielen einer Einschränkung der technischen Entwicklung oder der Diskriminierung zugeordnet werden (vgl. BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 252). Während zunächst vor allem der Lieferabbruch und die Lieferverweigerung den Gegenstand der EU-Wettbewerbspraxis bildeten, standen in der Folge die Lizenzverweigerung und die Zugangsverweigerung im Vordergrund, wobei letztere unter Berücksichtigung der US-amerikanischen essential facility-Doktrin entwickelt wurde.

794. In der Literatur zum Wettbewerbsrecht wird teilweise postuliert, dass es sich bei den Sachverhaltskonstellationen der Geschäftsverweigerung nicht um unterschiedliche Fallgruppen eines marktmissbräuchlichen Verhaltens handle, sondern diese vielmehr auf die gleiche Grundkonstellation zurückgeführt werden könnten, weshalb sie keiner unterschiedlichen

Behandlung bedürften und die gleichen Tatbestandsmerkmale zur Anwendung gelangen sollten (vgl. BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 13). Dabei wird zumeist eine Übertragung der Anforderungen der Zugangsverweigerung auf die übrigen Missbrauchsvarianten der Geschäftsverweigerung propagiert. Nach überwiegender Ansicht ist jedoch eine entsprechende Differenzierung im Hinblick auf die jeweiligen Tatbestandsmerkmale vorzunehmen und die verschiedenen Missbrauchsvarianten sind unterschiedlichen Fallgruppen zuzuordnen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 121; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 181 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.583, 2.587, 2.597, 2.608). Dabei ergibt sich eine Abgrenzung zwischen dem Lieferabbruch und der Lieferverweigerung einerseits sowie der Zugangsverweigerung und der Lizenzverweigerung andererseits.

795. Die Rechtsprechung zur Geschäftsverweigerung hat bislang weder eine eindeutige Abgrenzung der verschiedenen Varianten anhand bestimmter Merkmale vorgenommen noch eine einheitliche Prüfungssystematik herausgearbeitet (vgl. BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 257; EILMANNBERGER/BIEN, *MüK-EUWBR*, Art. 102 Rn. 344; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 288), sondern bei der Überprüfung im Einzelfall sowohl auf wiederkehrende übereinstimmende Merkmale als auch auf spezifische, die jeweilige Sachverhaltskonstellation prägende Elemente abgestellt. Dabei weisen allerdings sogar formal gleichlautende Merkmale unterschiedliche inhaltliche Ausgestaltungen auf und die Anwendung einzelner Kriterien für die verschiedenen Missbrauchsvarianten ist nicht geklärt. Infolgedessen ergibt sich daher eine erhebliche Anwendungsbreite der möglichen Kriterien und deren Gewichtung und Würdigung für die Beurteilung einer einzelnen Missbrauchsvariante der Geschäftsverweigerung.

796. In ihrer *Microsoft*-Entscheidung hat die Europäische Kommission unter Darstellung der verschiedenen Entscheidungen ausdrücklich festgehalten, dass angesichts der bestehenden Rechtsprechung der EU-Gerichte kein Grund für die Annahme bestehe, dass eine erschöpfende Liste an besonderen Umständen für die Überprüfung der Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung einschliesslich einer Lizenzverweigerung bestehe, welche die Heranziehung von anderen besonderen Umständen ausschliesse (EU-KOM, Comp/C-3/37-792, *Microsoft*, Rz. 555). Vielmehr sei eine umfassende Analyse der Gesamtheit aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, auf der die Beurteilung einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen abzustützen sei (EU-KOM,

Comp/C-3/37-792, *Microsoft*, Rz. 558). Dies wurde vom Europäischen Gericht im Rahmen seines *Microsoft*-Urteils zumindest insoweit bestätigt, als für die Beurteilung einer Lizenzverweigerung allgemein anerkannt wird, dass neben den in der Wettbewerbspraxis bislang berücksichtigten Kriterien weitere Aspekte für die Beurteilung herangezogen werden könnten. Dabei wurde ausdrücklich festgehalten, dass das Tatbestandsmerkmal der Produktneuheit nicht der einzige Parameter sei, anhand dessen abgeklärt werden könne, ob die Weigerung, für ein Recht des geistigen Eigentums eine Lizenz zu erteilen, zu einer Wettbewerbsverfälschung führe und demzufolge als missbräuchliches Verhalten zu qualifizieren sei (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Rz. 647, wobei dies im Rahmen von Art. 102 AEUV einerseits in Relation zu dem im Regelbeispiel des Abs. 2 lit. b enthaltenen Tatbestandsmerkmal „zum Schaden der Verbraucher“ und andererseits allgemein zur Verfälschung der Marktstruktur gesetzt wurde).

797. Wenn die Aufstellung eines abschliessenden Kanons an Prüfungspunkten demzufolge bereits für die Sachverhaltskonstellation der Lizenzverweigerung ausgeschlossen ist, so ergibt sich dieses Ergebnis a majore ad minus ebenfalls von vornherein für die Gesamtheit der Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung.

798. Ein in Praxis und Doktrin anerkanntes übergeordnetes Prüfungsschema für alle Missbrauchsvarianten der Geschäftsverweigerung ist demzufolge jedenfalls bislang nicht vorhanden.

799. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 786), wonach der rechtlichen Überprüfung einer Geschäftsverweigerung ein genau spezifiziertes Prüfungsschema zu Grunde zu legen wäre, an das sowohl die Vorinstanz als auch die Rechtsmittelgerichte gebunden seien, ist demzufolge unzutreffend. Gleiches gilt umgekehrt auch für die Ansicht der Vorinstanz (vgl. E. 788), wonach ausschliesslich bestimmte allgemeine Tatbestandsmerkmale einer Geschäftsverweigerung zur Anwendung kämen. Im Übrigen würde die Ansicht der Vorinstanz entgegen deren Darstellung im Ergebnis dazu führen, dass die Voraussetzungen einer Zugangsverweigerung für alle anderen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung Anwendung finden würden und sich damit bei einem Lieferabbruch und einer Lieferverweigerung eine Verschärfung der bislang angewendeten Voraussetzungen einstellen würde.

800. Ungeachtet dessen lassen sich jedenfalls die in einem weitesten Sinne massgeblichen Kriterien als mögliche Tatbestandsmerkmale einer Interoperabilitätsverweigerung aus der einschlägigen Wettbewerbspraxis zur Geschäftsverweigerung ableiten. Dabei handelt es sich um die folgenden Aspekte:

- (1) Marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte;
- (2) potenzielle oder bestehende Geschäftsbeziehung;
- (3) Verlangen auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung;
- (4) Ablehnungshandlung;
- (5) immaterialgüterrechtliche Rechtsposition;
- (6) Unerlässlichkeit des Einsatzguts;
- (7) Produktneuheit;
- (8) Besonderheiten des Einzelfalls;
- (9) Wettbewerbsverfälschung;
- (10) Entgeltregelung;
- (11) Fehlen einer sachlich angemessenen Rechtfertigung.

801. Die Kriterien „marktbeherrschende Stellung und massgeblicher Markt“, „Geschäftsbeziehung“, „Eingehungsverlangen“, „Ablehnungshandlung“, „Besonderheiten des Einzelfalls“, „Wettbewerbsverfälschung“ sowie „Fehlen einer Rechtfertigung“ bilden allgemeine Tatbestandsmerkmale, die bei allen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung notwendigerweise vorliegen müssen. Die Kriterien „immaterialgüterrechtliche Rechtsposition“, „Unerlässlichkeit des Einsatzguts“, „Produktneuheit“ sowie „Entgeltregelung“ bilden demgegenüber besondere Tatbestandsmerkmale, die nur bei bestimmten Missbrauchsvarianten oder in unterschiedlicher inhaltlicher Ausgestaltung bei den verschiedenen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung Anwendung finden.

802. Hierbei ist zum einen zu beachten, dass die Auflistung dieser Sachpunkte lediglich ihrer Bedeutung in der bisherigen Wettbewerbspraxis entspricht. Vorderhand ist dabei unbeachtlich, inwieweit einzelne der vorgenannten Kriterien unter dogmatischen Gesichtspunkten allenfalls zusammengefasst werden sollten oder nicht. So bildet das Kriterium der immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition faktisch den Geschäftsgegenstand und kann im Rahmen des Kriteriums der Geschäftsbeziehung abgehandelt werden. Zudem wäre es denkbar, die Unerlässlichkeit des Einsatzguts, die Produktneuheit sowie eine allfällige Entgeltlichkeit und deren sachgerechte Ausgestaltung unter dem Aspekt der Besonderheiten des Einzelfalls zusammenzufassen.



803. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass diese Tatbestandsmerkmale im Wesentlichen für Geschäftsverweigerungen des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber dessen Kunden als Abnehmern von Produkten entwickelt wurden. Daher muss bei Geschäftsverweigerungen des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Lieferanten oder sonstigen Wirtschaftsteilnehmern geprüft werden, inwieweit die einzelnen Tatbestandsmerkmale auch auf diese Sachverhaltskonstellationen Anwendung finden können oder ob Modifikationen vorgenommen bzw. weitere Tatbestandsmerkmale entwickelt werden müssen.

804. Im vorliegenden Fall steht aus der Sicht der angefochtenen Verfügung im Gegensatz zur Missbrauchsvariante einer Lizenzverweigerung nicht die Geltendmachung einer immaterialgüterrechtlich geschützten Rechtsposition und damit die Lizenzierung von bestimmten Gütern in Frage. Vielmehr ist die Beurteilung einer „Interoperabilitätsverweigerung“ als eigenständige Missbrauchsvariante vorzunehmen. Hierbei ist zunächst abzuklären, welche der oben genannten Tatbestandsmerkmale mit welchen inhaltlichen Anforderungen bei einer Interoperabilitätsverweigerung zur Anwendung gelangen, um daran anschliessend anhand der anwendbaren Tatbestandsmerkmale zu prüfen, ob die konkreten Umstände des Einzelfalls die jeweiligen inhaltlichen Anforderungen erfüllen.

### **c) *Marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte***

805. Den Gegenstand des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der marktbeherrschenden Stellung und massgeblichen Märkte bildet im Sinne einer Grundkonstellation für ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG das Verhältnis zwischen der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens und den im Einzelfall involvierten Märkten, die durch das jeweils in Frage stehende wirtschaftliche Verhalten beeinflusst werden.

#### **(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen***

806. Die Beschwerdeführerinnen machen hierzu verschiedene Aspekte geltend, die eine fehlende Verwirklichung dieses Tatbestandsmerkmals belegen sollen.

807. Zum einen sei zu beachten, dass als nachgelagerter Markt allein der Markt für den Verkauf von ep2-Terminals in Betracht zu ziehen sei, weil die Vorinstanz keinen eigenständigen Markt für DCC-Terminals abge-

grenzt habe. Infolgedessen beziehen die Beschwerdeführerinnen ihre Vorbringen, wie zum Beispiel dasjenige zur Unerlässlichkeit des Einsatzguts, auch ausschliesslich auf den Markt von ep2-Terminals. Bei der DCC-Funktion handle es sich demnach nur um eine Zusatzfunktion, der im Markt der ep2-Terminals zudem keine Bedeutung beizumessen sei. Daher fehle es an einem anderen relevanten Markt, auf dem es durch ein Verhalten auf dem beherrschten Markt zu einer Einschränkung kommen könne.

808. Zum anderen reiche es nicht aus, in irgendeinem sachlich relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zu identifizieren. Denn die Abgrenzung des relevanten Markts zur Beurteilung der Marktstellung könne nicht isoliert ohne Rückgriff auf das angeblich missbräuchliche Verhalten erfolgen. Vielmehr müsse zwischen marktbeherrschender Stellung und angeblichem Missbrauch ein kausaler Zusammenhang bestehen.

809. Um einen derartigen kausalen Zusammenhang identifizieren zu können, müsse vorgehend das ökonomische Ziel der beanstandeten Strategie ermittelt werden.

810. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die im Kartengeschäft tätigen Gruppengesellschaften der SIX-Gruppe im internationalen Vergleich kleine Marktteilnehmer und dementsprechend darauf angewiesen seien, die fehlenden, im begrenzten Schweizer Markt nicht erzielbaren Skaleneffekte durch entsprechenden Qualitätswettbewerb zu kompensieren. Die Entwicklung eines DCC-Produkts und die Abstimmung dieses Produkts mit den Zahlungskartenterminals der Card Solutions seien im Rahmen dieses Qualitätswettbewerbs zur Attraktivitätssteigerung der Kartenprodukte von Card Solutions erfolgt.

811. Demzufolge seien im Hinblick auf die Notwendigkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktstellung und angeblichem Missbrauch folgende Fragen zu prüfen: (i) Ob unmittelbar durch den Einstieg von Card Solutions in das Fremdwährungsrechnungsgeschäft durch die Bereitstellung einer Umrechnungsfunktion eine Marktbeherrschungssituation in diesem Markt vorliege, welche hätte missbraucht werden können; (ii) ob durch die Aufschaltung einer bestimmten Anzahl von Zahlungskartenterminals der Card Solutions in der Pilotphase auf das Akzeptanzsystem von Multipay im Terminalmarkt eine Marktbeherrschungssituation vorliege, welche hätte missbraucht werden können; und zur mittelbaren Be-

rücksichtigung von möglichen Kausalitäten, (iii) ob die Marktstellung von Multipay im Akzeptanzgeschäft dazu ausreiche, diese Stellung zu missbrauchen, um Card Solutions auf dem Terminalmarkt einen Vorteil zu verschaffen.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

812. Die Vorinstanz geht ohne nähere Ausführungen von der Massgeblichkeit der verschiedenen Märkte für die Akzeptanz-Dienstleistungen, die DCC-Währungsumrechnung sowie die DCC-Terminals aufgrund von deren sachlichem Zusammenhang aus.

## (3) Würdigung durch das Gericht

813. Die Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs in Gestalt des Verhältnisses zwischen der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens und den im Einzelfall involvierten Märkten bildet eine notwendige Voraussetzung für alle Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung.

### (a) Allgemein

814. Bei den involvierten Märkten kann es sich um den „Primärmarkt“, d.h. den relevanten Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung besteht, um „Sekundärmärkte“, d.h. solche Märkte, die dem Primärmarkt vor- oder nachgelagert sind, sowie um „Tertiärmärkte“, d.h. sonstige wie insbesondere benachbarte Märkte handeln (vgl. Art. 9 Abs. 4 KG, AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 21; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 Abs. 2 Rn. 17; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.80; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.556). Die auf diesen Märkten gehandelten Produkte sind dementsprechend als „Primärprodukte“, „Sekundärprodukte“ oder „Tertiärprodukte“ zu bezeichnen.

815. Da Art. 7 KG zum einen gemäss Abs. 2 lit. c eine Diskriminierung von Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, und zum anderen gemäss Abs. 2 lit. f eine Koppelung von Produkten aus unterschiedlichen Märkten untersagt, beschränkt sich die Anwendung der Vorschrift offensichtlich nicht nur auf Primärmärkte, sondern bezieht auch Sekundär- und Tertiärmärkte mit ein. Zudem bezieht Art. 7 Abs. 2 lit. a KG gerade auch sonstige Märkte mit ein. Der Tatbestand von Art. 7 KG

setzt demnach keine Identität zwischen dem beherrschten und dem von dem missbräuchlichen Verhalten betroffenen Markt voraus (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 21, 123; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.556; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 132 m.w.H.).

816. Im Hinblick auf die notwendige Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen marktbeherrschender Stellung und den im Einzelfall massgeblichen Märkten bestehen unterschiedliche Auffassungen in der Literatur. Teilweise wird geltend gemacht, dass die jeweilige Vorschrift über den Marktmissbrauch ungeachtet eines irgendwie bestehenden Kausal- oder Sachzusammenhangs anzuwenden sei, weil sich die Macht eines beherrschenden Unternehmens in seinen Ressourcen manifestiere und sie nicht von seinem Verhalten losgelöst werden könne, unabhängig davon, in welchem Markt das Unternehmen agiere (vgl. EMMERICH VOLKER, *Kartellrecht*, 13. Aufl., 2014, § 10 Rn. 10). Demgegenüber wird teilweise angenommen, dass ohne einen gewissen Zusammenhang zwischen dem Primärmarkt und dem Sekundärmarkt oder dem Tertiärmarkt ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht vorliegen könne (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 21; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.556).

817. Aufgrund der bestehenden Wettbewerbspraxis lassen sich bislang verschiedene Abgrenzungen vornehmen.

818. Soweit das jeweilige wirtschaftliche Verhalten auf dem Primärmarkt vorgenommen wird und es sich auch auf diesem auswirkt, ist die Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs ohne Weiteres gegeben (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 21; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, 2.555; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 132; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 169).

819. Soweit das jeweilige wirtschaftliche Verhalten zwar auf dem Primärmarkt vorgenommen wird, es sich aber auf einem anderen Markt auswirkt, bedarf es für die Feststellung der Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen dem beherrschten und dem weiteren Markt (vgl. EuGH, EU:C:1974:343; *Commercial Solvents*, Ziff. 22; EuG, 12.12.2000, T-128/98, *Aéroports de Paris* gg. EU-Kom, EU:T:2000:290, zit. *Aéroports de Paris*, Ziff. 164; EuG, 17.12.2003, T-219/99, *British Airways plc* gg. EU-Kom, EU:T:2003:343, zit. *British Airways*, Ziff. 127; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 21; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 132, 169). Der Zusammenhang kann dabei auf einer sachlichen Beziehung der Märkte oder der

auf den Märkten gehandelten Produkte oder auf sonstigen Aspekten beruhen. An das Bestehen eines hinreichenden Zusammenhangs sind keine besonderen Anforderungen zu stellen. Bei Sekundärmärkten ist dieser hinreichende Zusammenhang mit dem Primärmarkt aufgrund der sachlichen Verknüpfung von Primär- und Sekundärprodukt ohne Weiteres gegeben (vgl. EuGH, EU:C:1974:343, *Commercial Solvents*, Ziff. 22; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 132).

820. Der andere Markt, auf dem sich die Auswirkungen zeigen, bedarf dabei für die Feststellung einer nachteiligen Einwirkung keiner genauen Abgrenzung (vgl. EuGH, EU:C:1978:18, *United Brands*, Ziff. 22, wonach diese Wirkungen zu berücksichtigen sind, „selbst wenn der Markt für die Derivate nicht in sich selbst abgeschlossen ist“).

821. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, wenn das jeweilige wirtschaftliche Verhalten auf einem weiteren Markt vorgenommen wird, es sich aber (auch) auf den beherrschten Markt auswirkt (vgl. EuGH, 3.7.1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV* gg. EU-Kom, EU:C:1991:286, zit. *AKZO Chemie*, Ziff. 39 f.; EuGH, 6.4.1995, C-310/9 P, *BPB Industries plc & British Gypsum*, EU:C:1995:101, zit. *BPB*, Ziff. 11 mit Verweis auf den Schlussantrag von Generalanwalt Léger, EU:C:1994:408, Ziff. 82 f.; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 133; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 132).

822. In Fällen, in denen das wirtschaftliche Verhalten auf einem anderen als dem beherrschten Markt vorgenommen wird und sich auf diesen oder auf einen weiteren anderen als den beherrschten Markt auswirkt, liegt die Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs dann vor, wenn zwischen dem Primärmarkt und dem anderen Markt bzw. den anderen Märkten eine spezifische Beziehung aufgrund besonderer Umstände besteht (vgl. WEKO, 22.10.2003, RPW 2003/4, *Veterinärmedizinische Tests/Migros*, 753, Ziff. 75; EuGH, 14.11.1996, C-333/94 P, *Tetra Pak International SA* gg. EU-Kom, EU:C:1996:436, zit. *Tetra Pak II*, Ziff. 27; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 133). Die Feststellung dieser besonderen Umstände hat aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen (vgl. EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Ziff. 27, 30). Soweit die Gesamtschau ergibt, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen auch ohne besondere Stellung auf dem anderen Markt gegenüber den anderen Wettbewerbern unabhängig verhalten kann, ist der wirksame Wettbewerb geschwächt (vgl. EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Ziff. 27, 30) und die Grundkonstellation somit auch in solchen Fällen gegeben.

823. Die Kriterien des hinreichenden Zusammenhangs und der besonderen Umstände setzen inhaltlich nicht das Vorliegen einer Kausalität gemäss Äquivalenz- und Adäquanzprinzip voraus. Für das Kriterium der besonderen Umstände ergibt sich das bereits aus der offenen Umschreibung von dessen Voraussetzungen, die gerade nicht auf das allgemein bekannte Merkmal der Kausalität abstellt. Für das Kriterium des hinreichenden Zusammenhangs ergibt sich das aus einem Rückschluss a major ad minus: Wenn für Fälle, in denen sowohl das massgebliche Verhalten als auch die Betroffenheit nicht den Primärmarkt, sondern einen Tertiärmarkt beschlagen, kein Kausalzusammenhang erforderlich ist, können in den Fällen, in denen immerhin das massgebliche Verhalten auf dem Primärmarkt stattfindet, keine höheren Anforderungen an die inhaltliche Verbindung zwischen den involvierten Märkten gestellt werden.

824. Auch ein Kausalzusammenhang zwischen Marktstellung und missbräuchlichem Verhalten ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 808 f.) für die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG nicht erforderlich.

825. Dies ergibt sich schon aus der ausdrücklichen Qualifizierung der Wettbewerbswidrigkeit einer Geschäftsverweigerung durch marktbeherrschende Unternehmen des Gesetzgebers, der im Gegensatz hierzu Geschäftsverweigerungen von nicht marktbeherrschenden Unternehmen als wettbewerbskonform einstuft. Die besondere Marktstellung, die bereits eine objektive Voraussetzung des Tatbestands darstellt, kann nicht darüber hinaus als weitere Voraussetzung in Form von natürlicher Äquivalenz und sozialadäquater Adäquanz erforderlich sein, damit ein marktbeherrschendes Unternehmen überhaupt eine Geschäftsverweigerung begehen kann. Denn wenn jedes nicht marktbeherrschende Unternehmen die Eingehung von Geschäftsbeziehungen ablehnen kann, obwohl ein solches Verhalten aufgrund der wirtschaftlichen Auswirkungen regelmässig nicht empfehlenswert ist, dann steht einem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit einer Geschäftsverweigerung offensichtlich in jedem Fall offen, weil ein derartiges Verhalten aus wirtschaftlichen Gründen regelmässig eher noch geringere Auswirkungen aufweist, ohne dass es weiterer Umstände bedarf, welche die Kausalität begründen. Ein spezifisches Kriterium, anhand dessen eine sachgerechte Abgrenzung zwischen verschiedenen Formen der Geschäftsverweigerungen aufgrund des kausalen Verhältnisses zwischen Marktstellung und Ablehnungshandlung vorgenommen werden könnte, lässt sich im Übrigen jedenfalls bislang auch nicht identifizieren.

826. In der Literatur wird die Notwendigkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen marktbeherrschender Stellung und Marktmissbrauch als Voraussetzung der Verwirklichung eines missbräuchlichen Verhaltens überwiegend abgelehnt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 21; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 67; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 23, 28; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 134; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 136; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-WBR*, § 19 Rn. 36; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 168 f.). Demgegenüber wird teilweise zwar das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs im üblichen Sinne ebenfalls verneint, allerdings zumindest ein Kausalzusammenhang in einem abgeschwächten Mass im Sinne einer normativen Kausalität für notwendig erachtet (vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, *MüK-EUWBR*, Art. 102 Rn. 135 f., unter Anknüpfung an das *Tetra Pak II*-Urteil). Teilweise wird auch ohne nähere Erläuterung ein Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und Marktmissbrauch für die Verwirklichung des Tatbestands verlangt (vgl. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 719; REINERT PETER, in: Baker&McKenzie [Hrsg.], *Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007*, zit. *SHK-KG*, Art. 7 Rn. 3; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, 838; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.554).

827. Etwas Anderes lässt sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichts in Sachen *Terminierung Mobilfunk* entnehmen (BGE 137 II 199 E. 4.3.4), wonach zwischen der Marktstellung und der Unangemessenheit eine Kausalität gegeben sein muss. Denn zum einen wird der Inhalt dieser notwendigen Korrelation durch das Bundesgericht inhaltlich näher spezifiziert, wodurch sich eine Änderung zum üblichen Kausalitätserfordernis ergibt (BGE 137 II 199 E. 4.3.5; vgl. hierzu auch BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 281). Zum anderen beziehen sich diese Ausführungen lediglich auf den Tatbestand einer Erzwingung von unangemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG und stellen keine allgemeine Qualifizierung für die anderen Missbrauchsformen des Art. 7 KG dar.

828. Die Rechtsprechung zum EU-Wettbewerbsrecht hat bereits seit längerem das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs zwischen Marktstellung und Marktmissbrauch verneint. Im Urteil *Continental Can* wies der Europäische Gerichtshof die Geltendmachung des Kausalitätserfordernisses ausdrücklich zurück (EuGH, 21.3.1972, 6/72, *Euroemballage Corporation & Continental Can Company Inc.* gg. EU-Kom, EU:C:1973:22, Ziff. 27) und im Fall *Hoffmann-La Roche* wurde die Voraussetzung, wonach die Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung

des Missbrauchs eingesetzt werde, ebenfalls ausdrücklich abgelehnt (EuGH, EU:C:1979:36, Ziff. 91). Dieser Ablehnung eines (allgemeinen) Kausalitätserfordernisses steht inhaltlich nicht entgegen, dass der Europäische Gerichtshof wie vorstehend im Urteil *Tetra Pak* eine gewisse Beziehung zwischen dem Primärmarkt und einem Tertiärmarkt für die Verwirklichung eines missbräuchlichen Verhaltens vorausgesetzt hat. Denn auch dabei wurde nicht die Feststellung einer (äquivalenten und adäquaten) Kausalität als notwendiges Merkmal statuiert, sondern im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Primär- und Tertiärmarkt ausdrücklich auf eine Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls abgestellt, welche die Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten seitens des marktbeherrschenden Unternehmens auf einem Tertiärmarkt ungeachtet von seiner Marktstellung auf diesem anderen Markt ermöglichen (EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Ziff. 24, 30).

829. Auch vor dem Hintergrund der allgemeinen Struktur des Art. 7 KG ergibt sich demzufolge kein Bedürfnis, im Rahmen einer Geschäftsverweigerung die Voraussetzung eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktstellung und Ablehnungshandlung anzuerkennen.

830. Angesichts dieses Ergebnisses bedurften bzw. bedürfen die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen spezifischen Fragen zur Kausalität (vgl. E. 811) keiner Beantwortung durch die Vorinstanz und das Gericht.

831. Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 807), wonach die DCC-Terminals nur eine Zusatzfunktion gegenüber den ep2-Terminals aufweisen und keinen eigenständigen Markt bilden würden, ist unbeachtlich. Denn die Einwirkung auf den Markt der ep2-Terminals ist unabhängig davon gegeben, ob die DCC-Terminals als eigenständiger Markt abzugrenzen sind oder nur einen Bereich des Markts für ep2-Terminals bilden, weil aufgrund der Wettbewerbspraxis der weitere Markt nicht einmal genau abgegrenzt sein muss (vgl. E. 820).

(b) Grundkonstellation bei Geschäftsverweigerungen

832. Wie sich aus dem Verweis in Art. 7 Abs. 2 lit. a KG auf eine Liefer- oder Bezugssperre ergibt, kann sich die intendierte Geschäftsbeziehung nicht nur auf den beherrschten Markt selbst auswirken, sondern auch andere, insbesondere vor- oder nachgelagerte Märkte erfassen.



833. Eine Geschäftsverweigerung kann ausschliesslich die Verfügbarkeit des Primärprodukts auf dem Primärmarkt betreffen. Diese Ausgangslage liegt z.B. den Sachverhaltskonstellationen eines Lieferabbruchs bei Verbrauchsgütern zu Grunde.

834. Die Geschäftsverweigerung kann sich aber auch auf Sekundärmärkte auswirken. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein Primärprodukt als sog. „Einsatzgut“ (auch als „Input“ oder „Vorleistungsprodukt“ bezeichnet) den Gegenstand der Ablehnung durch das marktbeherrschende Unternehmen bildet. Das Primärprodukt dient dabei als Ausgangsgut für die Herstellung oder Ausgestaltung von Sekundärprodukten. Als Einsatzgut stellt es in diesen Fällen den hinreichenden Zusammenhang zwischen dem Primärmarkt und dem jeweiligen Sekundärmarkt her. Gleiches gilt im Ergebnis auch für die Fälle, bei denen sonstige Güter, die zwar kein Primärprodukt darstellen, die jedoch in einem notwendigen Zusammenhang zu einem Primärprodukt und dessen Verwendung stehen, für die Herstellung von Sekundärprodukten auf einem Sekundärmarkt genutzt werden.

835. Eine Geschäftsverweigerung kann sich gegebenenfalls auch auf Tertiärmärkte auswirken, soweit wie dargelegt eine spezifische Beziehung aufgrund besonderer Umstände besteht.

(c) Sachverhalt

836. Im vorliegenden Sachverhalt ist die Offenlegung von Schnittstelleninformationen zur Herstellung von Interoperabilität zwischen der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe und den DCC-Terminals der Terminalhersteller zur Ermöglichung einer DCC-Währungsumrechnung zu beurteilen.

837. Eine marktbeherrschende Stellung der SIX-Gruppe ist für verschiedene Märkte der Akzeptanz-Dienstleistungen gegeben (vgl. E. 340, 494, 507). Weitere abgegrenzte Märkte bilden der Markt der DCC-Dienstleistungen und der Markt der ep2-Terminals (vgl. E. 378, 397).

838. Sowohl die Akzeptanz-Dienstleistungen als auch die DCC-Dienstleistungen der SIX-Gruppe werden im Wesentlichen durch den Einsatz von bestimmten EDV-Anlagen, die aus verschiedenen Geräten und Programmen bestehen, im Rahmen eines elektronischen Zahlungssystems erbracht. Kernstück der von der SIX-Gruppe eingesetzten EDV-Anlage bildet dabei die Acquiring-Plattform, an welche die ep2-Terminals

bzw. die DCC-Terminals der Händler angebunden werden, um über elektronische Datentransfers bzw. Datenübertragungen die jeweiligen Transaktionsdaten von einzelnen Zahlungstransaktionen des Zahlungskarteninhabers gegenüber dem Händler sowie dem Kartenaussteller abzuwickeln. Die Acquiring-Plattform bildet demzufolge das notwendige technische Mittel zur Erbringung von Akzeptanz- und DCC-Dienstleistungen durch die SIX-Gruppe gegenüber den Händlern. Zur Herstellung der Interoperabilität von der Akzeptanz-Plattform und den ep2-Terminals zwecks Durchführung einer Zahlungskartentransaktion bedarf es übereinstimmender Schnittstellen auf Seiten der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe und den ep2-Terminals der Terminalhersteller. Die entsprechenden Schnittstelleninformationen für diese Schnittstellen werden als Branchenstandard durch den ep2-Standard ausdrücklich fest- und offengelegt, um die uneingeschränkte Interoperabilität von Akzeptanz-Plattform und Zahlungskartenterminals herzustellen (vgl. SV F.c ff.). Zur Durchführung einer DCC-Währungsumrechnung bedarf es wiederum übereinstimmender Schnittstellen auf Seiten der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe und den DCC-Terminals der Terminalhersteller. Zur Sicherstellung dieser Übereinstimmung ist die Kenntnis der Terminalhersteller von den Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform ebenfalls unabdingbar. Die DCC-Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform sind demzufolge als Einsatzgut auf dem Markt der ep2-Terminals zu qualifizieren, weil ohne diese Schnittstelleninformationen ein ep2-Terminal nicht zu einem einsatzfähigen, d.h. interoperablen DCC-Terminal aufgerüstet werden kann. Das gleiche würde in entsprechender Weise bei einer Abgrenzung eines eigenständigen Markts von DCC-Terminals gelten.

839. Wie in Zusammenhang mit der Prüfung einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ausführlich dargestellt wird (vgl. E. 1340 ff.), ergibt sich aufgrund der Ausgestaltung des Währungsumrechnungssystems der SIX-Gruppe ein einheitlicher Verbund von Haupt- und Zusatzprodukten, d.h. von Primär- und Sekundärprodukten. Dabei bestehen mehrere Kombinationen an Produkten, die jeweils zwingend unmittelbar oder mittelbar miteinander verknüpft sind:

- (1) Akzeptanz-Dienstleistungen und DCC-Dienstleistungen;
- (2) DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals;
- (3) Akzeptanz-Dienstleistungen und DCC-Terminals.

840. Als Folge dieser Verknüpfungen ist es einem Händler mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe nicht möglich, die dynamische Wäh-

rumsumrechnung gegenüber seinen Kunden anzubieten und anzuwenden, ohne an die SIX-Gruppe sowohl als Service-Partner der DCC-Dienstleistungen als auch als Lieferant der notwendigen DCC-Terminals gebunden zu sein.

841. Die Märkte des Akzeptanzgeschäfts, der DCC-Dienstleistungen sowie der ep2-Terminals – einschliesslich der DCC-Terminals, unabhängig davon, ob sie dem Markt der ep2-Terminals zuzuordnen oder als eigenständiger relevanter Markt abzugrenzen sind – bilden demzufolge eine zwingende Einheit. Es besteht daher ein Märkteverbund, d.h. ein Verbund von mehreren relevanten Märkten, die für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung aufgrund ihrer sachlichen Verknüpfung gesamthaft zu beurteilen sind.

842. Für die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ist demzufolge entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht allein der Markt für ep2-Terminals von Relevanz. Vielmehr sind neben dem Markt der Akzeptanz-Dienstleistungen sowohl der Sekundärmarkt für ep2-Terminals als auch der Sekundärmarkt für DCC-Dienstleistungen sowie die zwischen diesen Märkten und den darauf gehandelten Produkten bestehenden zwingenden Verknüpfungen zu berücksichtigen und der rechtlichen Prüfung zu Grunde zu legen.

843. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 810), dass die im Kartengeschäft tätigen Gruppengesellschaften der SIX-Gruppe im internationalen Vergleich kleine Marktteilnehmer und dementsprechend darauf angewiesen seien, die fehlenden, im begrenzten Schweizer Markt nicht erzielbaren Skaleneffekte durch entsprechenden Qualitätswettbewerb zu kompensieren, weshalb die Entwicklung eines DCC-Produkts und die Abstimmung dieses Produkts mit den Zahlungskartenterminals der Card Solutions im Rahmen dieses Qualitätswettbewerbs zur Attraktivitätssteigerung der Kartenprodukte von Card Solutions notwendig gewesen sei, begründet keinesfalls einen Aspekt, aufgrund dessen die Verwirklichung der Grundkonstellation einer Geschäftsverweigerung zu verneinen wäre. Allenfalls könnte sie als Rechtfertigungsgrund für die Ablehnungshandlung zu berücksichtigen sein. Allerdings taugt das Vorbringen, wonach ein bestimmtes, gemäss Art. 7 KG tatbestandsmässiges Verhalten zur Verbesserung der Wettbewerbsposition gegenüber den Konkurrenten durchgeführt werden müsse, offensichtlich von vornherein gerade nicht zur Rechtfertigung dieses tatbestandsmässigen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Denn der Wettbewerb auf dem Primärmarkt rechtfertigt

keine rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung auf einem Sekundärmarkt. Zudem widerspricht diese Behauptung auch der an anderer Stelle vorgebrachten Argumentation der Beschwerdeführerinnen, dass die Zahlungskartenterminals anderer Hersteller hätten einbezogen werden müssen, um wirtschaftlich sinnvoll zu handeln. Denn ein Einbezug von Zahlungskartenterminals Dritter aus wirtschaftlichen Gründen schliesst deren Ausgrenzung im Qualitätswettbewerb aus. Aus diesem Grund ist dieser Einwand der Beschwerdeführerinnen unbeachtlich.

#### **d) Geschäftsbeziehung**

844. Gegenstand des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der Geschäftsbeziehung ist die Herstellung oder die Fortführung einer geschäftlichen Verbindung zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und einem Initiator (vgl. E. 864) als potenziellem Vertragspartner.

##### **(a) Art**

845. Der Begriff „Geschäftsbeziehung“ umfasst jede Art von rechtlichen oder tatsächlichen Verbindungen zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmern.

846. Grundlage einer Geschäftsbeziehung bilden regelmässig rechtliche Vereinbarungen, insbesondere in Form von Handelsverträgen, von Nutzungsvereinbarungen über Anlagen und sonstige Einrichtungen, der Einräumung von Lizenzen an immaterialgüterrechtlich geschützten Rechtsgütern oder der Überlassung von sonstigen Informationen.

##### **(b) Gegenstand**

847. Den Gegenstand der Geschäftsbeziehung kann jegliche Art von Produkten in Form von Waren, Dienstleistungen, Rechten oder sonstigen Gütern bilden. Zumeist ist die intendierte Geschäftsbeziehung auf die Erlangung oder den Absatz einer Ware oder einer Dienstleistung durch den Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens ausgerichtet. Eine Geschäftsbeziehung kann sich aber auch in der Gewährung von tatsächlichen Leistungen, wie der Ermöglichung des faktischen Zugangs zu einer Anlage oder der Übermittlung von Informationen, erschöpfen.

848. Die verschiedenen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung weisen jeweils einen unterschiedlichen Gegenstand der von den

Initiatoren intendierten Geschäftsbeziehungen zum marktbeherrschenden Unternehmen auf.

849. Bei einem Lieferabbruch und einer Lieferverweigerung bilden regelmässig Verbrauchs-, Verarbeitungs- oder Absatzgüter, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen hergestellt und/oder vertrieben werden und die vom Initiator erworben werden sollen, den Gegenstand der Geschäftsbeziehung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 101 ff.).

850. Bei einer Lizenzverweigerung ist die intendierte Geschäftsbeziehung auf ein immaterialgüterrechtlich geschütztes Gut des marktbeherrschenden Unternehmens ausgerichtet, das im Wege einer Lizenzerteilung, d.h. der Einräumung eines Rechts zur Herstellung oder anderweitigen Nutzung, für den Initiator zugänglich gemacht werden soll.

851. Bei einer Zugangsverweigerung ist die Geschäftsbeziehung auf die tatsächlich gewährte Möglichkeit zur Nutzung einer wesentlichen Einrichtung des marktbeherrschenden Unternehmens ausgerichtet, wodurch diese für den Initiator zugänglich gemacht werden soll.

852. Als Einrichtungen in diesem Sinne sind insbesondere Anlagen in Gestalt von singulären Infrastrukturanlagen oder Infrastrukturnetzen zu qualifizieren. Erfasst werden z.B. Seehäfen sowie Telekommunikations-, Strom- oder Gasnetze. Darüber hinaus wird auch bei sonstigen singulären Strukturen, wie ein landesweites Verteilsystem für Tageszeitungen (vgl. EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41 f.), Abrechnungssystemen im Wertpapierhandel (vgl. EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 73) oder einer Anlage zur Käseerzeugung (vgl. BGE 139 II 316, *Etivaz*, Ziff. 7) die Wesentlichkeit der Einrichtung geprüft. Dabei erfolgt nicht immer auch eine ausdrückliche Qualifizierung als wesentliche Einrichtung (z.B. wird im Urteil *Bronner*, EuGH, EU:C:1998:559, Ziff. 41 f., eine entsprechende formale Qualifizierung vermieden)

853. Überwiegend wird befürwortet, dass je nach Sachverhalt auch andere Güter als wesentliche Einrichtungen qualifiziert werden können (vgl. BGE 139 II 316, *Etivaz*, E. 6.1; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.1, „des équipements ou des installations indispensables à la fourniture d'une prestation“; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 229; WEBER/VOLZ, *FBH-WBR*, Rn. 2.600; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-WBR*, § 19 Rn. 75), wie z.B. Waren und Dienstleistungen (vgl. EuG, 15.9.1998, T-374/94 u.a., *European Night Services Ltd. u.a. gg. EU-Kom*, EU:T:1998:198, zit.

*European Night Services*, Ziff. 209, „[...] Infrastrukturen, Erzeugnisse und Dienstleistungen [...]“), Immaterialgüterrechte sowie Informationen (vgl. HGER D. KT. AARGAU, RPW 2003/2, 451, *Angehörigeninformation*, Ziff. 7d, nach dem die Art und der Inhalt einer Information der Angehörigen eines im Kantonsspital Aargau Verstorbenen eine essential facility darstelle) und sogar einfache Willenserklärungen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-WBR*, § 19 Rn. 75 unter Verweis auf BGH, 3.3.2009, KZR 82/07, *Reisestellenkarte*).

854. Die Wesentlichkeit einer Einrichtung liegt vor, wenn es keinen tatsächlichen oder potenziellen Ersatz für die Einrichtung gibt (vgl. BGE 139 II 316, *Etivaz*, E. 7; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.1; EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41 f.; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 147; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 229; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-WBR*, § 19 Rn. 76; a.A. WEKO, RPW 2016/4, 920, *Sport im Pay-TV*, Ziff. 106, wonach die objektive Notwendigkeit des Zugangs „nicht bedeute, dass es ohne den besagten Zugang nicht dennoch möglich sein könnte, [...] in diesen [Anm.: Markt] einzutreten“). Charakteristisch für die wesentliche Einrichtung sind zum einen das Fehlen einer faktisch bestehenden Alternative sowie zum anderen die fehlende Duplizierbarkeit, d.h. der Ausschluss einer Möglichkeit zur Herstellung einer gleichartigen Einrichtung. Daraus ergibt sich eine Alleinstellung zu Gunsten der jeweiligen Einrichtung des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne einer Einzigartigkeit.

855. Die Möglichkeit zur Herstellung einer gleichartigen Einrichtung ist dann ausgeschlossen, wenn dies (i) aus rechtlichen Gründen unmöglich ist (vgl. EU-KOM, 21.12.93, ABl. 1994 L 55/52, Hafen von Rodby, Untersagung der Genehmigung zum Bau eines neuen Hafens), (ii) aus tatsächlichen Gründen nicht durchführbar ist, oder (iii) aus wirtschaftlichen Gründen nicht vertretbar ist (vgl. EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 44). Letzteres ist dann der Fall, wenn einem Initiator die Bereitstellung der notwendigen Aufwendungen für die Herstellung einer weiteren Einrichtung aus objektiver Sicht nicht zumutbar ist (vgl. EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 44, 46, [...] dass es unrentabel wäre [...]; EuG, EU:T:1998:198, *European Night Services*, Ziff. 209, „[...] Infrastrukturen, Erzeugnisse und Dienstleistungen [...] wenn es wegen ihrer besonderen Eigenschaften und insbesondere der prohibitiven Kosten ihrer erneuten Bereitstellung und/oder der vernünftigerweise hierzu erforderlichen Zeit keine gangbaren Alternativen für die möglichen Konkurrenten des Ge-

meinschaftsunternehmens gibt, die auf diese Weise vom Markt ausgeschlossen würden“).

856. Bei einer Interoperabilitätsverweigerung ist die Geschäftsbeziehung auf die Erlangung von Schnittstelleninformationen, d.h. bestimmten technischen Daten, ausgerichtet.

857. Durch diesen Geschäftsgegenstand der Schnittstelleninformationen unterscheidet sich die Interoperabilitätsverweigerung von den anderen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung. Denn im Rahmen der anderen Missbrauchsformen handelt es sich bei den jeweiligen Einsatzgütern in Form der Verbrauchs-, Verarbeitungs- oder Absatzgüter, der immaterialgüterrechtlich geschützten Güter oder der wesentlichen Einrichtungen jeweils um ein Primärprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens. Demgegenüber stellen Schnittstelleninformationen selbst kein Primärprodukt dar, sondern sie stehen lediglich in Zusammenhang mit einem Primärprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens.

858. Insbesondere sind Schnittstelleninformationen als Gegenstand einer Interoperabilitätsverweigerung nicht mit einer wesentlichen Einrichtung als Gegenstand einer Zugangsverweigerung vergleichbar (a.A. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 270; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.612). Denn Schnittstelleninformationen stellen keine wesentliche Einrichtung dar. Zum einen kommt Schnittstelleninformationen keine Einzigartigkeit entsprechend einer wesentlichen Einrichtung im oben beschriebenen Sinne zu. Denn die Alleinstellung von Schnittstelleninformationen ergibt sich ausschliesslich aus der Verweigerung ihrer Bekanntgabe durch das marktbeherrschende Unternehmen, nicht aber aus einer tatsächlich bestehenden sachlichen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit einer Herstellung und Vervielfältigung entsprechender technischer Daten oder der Schnittstelle selbst, wie das bei einer wesentlichen Einrichtung der Fall sein müsste. Werden Schnittstelleninformationen durch das marktbeherrschende Unternehmen an Dritte bekannt gegeben, können diese sowohl die technischen Daten als auch die entsprechenden Schnittstellen in unbegrenzter Anzahl herstellen bzw. vervielfältigen. Zum anderen lassen sich die wesentlichen Einrichtungen hinsichtlich Herstellung, Betrieb und Unterhalt nicht mit Schnittstelleninformationen vergleichen. Überdies ist die Interoperabilitätsverweigerung dementsprechend auch auf den blossen Erhalt der Schnittstelleninformationen als Einsatzgut und nicht auf einen darüber hinausgehenden (physischen) Zugang zu

dem dahinter stehenden Primärprodukt als Einsatzgut wie bei der Zugangsverweigerung ausgerichtet.

859. Auch mit dem immaterialgüterrechtlich geschützten Gut als Gegenstand einer Lizenzverweigerung sind Schnittstelleninformationen als Gegenstand einer Interoperabilitätsverweigerung nicht vergleichbar. Dies gilt unabhängig davon, ob an den jeweiligen Schnittstelleninformationen ebenfalls ein Urheberrecht besteht oder nicht. Denn auch hierbei bilden die Schnittstelleninformationen nicht das Primärprodukt, sondern sie stehen lediglich in einem Zusammenhang zum Primärprodukt. Eine andere Sachverhaltskonstellation ergibt sich nur dann, wenn an der Schnittstelle ein Patentrecht besteht und Geschäftsbeziehung auf eine Nutzung der Schnittstelle als solche durch eine Lizenzierung des Patentrechts ausgerichtet wäre.

860. Dem Einsatzgut „Schnittstelleninformationen“ kommt demnach keine originäre, sondern lediglich eine abgeleitete Bedeutung zu, die sich ausschliesslich aufgrund ihres Zusammenhangs mit dem jeweiligen Primärprodukt einstellt (vgl. E. 1172). Demzufolge lassen sich die, insbesondere im Hinblick auf eine Lizenzverweigerung und eine Zugangsverweigerung zur Diskussion stehenden, mit dem Primärprodukt verbundenen Wertungen zu dessen Wertschöpfung und der damit verbundenen eigentums- bzw. immaterialgüterrechtlichen Nutzungsberechtigung sowie einer damit einhergehenden Einschränkung der Verfügungsbefugnis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht oder zumindest nur sehr eingeschränkt auf die Schnittstelleninformationen übertragen.

(c) Sachverhalt

861. Vorliegend besteht die durch die anderen Terminalhersteller intendierte Geschäftsbeziehung in einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform durch die SIX-Gruppe.

862. Aus der Sicht der SIX-Gruppe war hierzu zwischen der Multipay und den anderen Terminalherstellern eine Vereinbarung zu treffen, welche die Informationen zu den Schnittstellen den anderen Terminalherstellern vermittelt und gegebenenfalls deren Geheimhaltungsverpflichtung statuiert.

863. Art und Inhalt des Vertrags bedürfen vorliegend keiner näheren Begutachtung, weil sich die Ablehnungshandlung der SIX-Gruppe aus einer



unmittelbaren faktischen Grundsatzentscheidung ergibt und nicht auf einem Dissens der Parteien über die Notwendigkeit bzw. Angemessenheit einer bestimmten vertraglichen Regelung oder auf der konkreten Ausgestaltung des Vertrags beruht.

**e) *Eingehungsverlangen des Initiators***

864. Den Gegenstand dieses allgemeinen Tatbestandsmerkmals bildet die Erklärung eines potenziellen oder tatsächlichen Geschäftspartners (nachfolgend: Initiator) auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung (nachfolgend: Eingehungsverlangen), mit der um Herstellung oder Weiterführung einer Geschäftsbeziehung mit dem marktbeherrschenden Unternehmen nachgesucht wird.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

865. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass ein Verlangen auf Eingehung von Geschäftsbeziehungen nicht vorgelegen habe. Denn die anderen Terminalhersteller hätten keine klaren Anfragen gestellt. Deshalb sei für Multipay unklar gewesen, welcher Inhalt diesen Anfragen tatsächlich beizumessen gewesen sei. Zunächst sei davon auszugehen gewesen, dass eine Lizenzierung der DCC-Funktion verlangt worden sei.

866. Zudem hätten die anderen Terminalhersteller keine Zulassung für das Akzeptanzgeschäft mit Multipay beantragt, sondern die Offenlegung und Lizenzierung von Schnittstelleninformationen der Card Solutions. Multipay hätte aus eigenem Recht aber gar nicht über die DCC-Schnittstelleninformationen verfügen können.

867. Dass eine Unklarheit bestanden habe, ergäbe sich auch aus den vorangehenden geschäftlichen Kontakten zwischen Jeronimo und Card Solutions, in welchen Jeronimo jeweils die Terminalsoftware als solche von Card Solutions zur Verwendung verlangt habe. Deshalb sei Card Solutions zunächst davon ausgegangen, dass Jeronimo die entsprechende DCC-Funktion erlangen wolle, um diese integral auf ihren Zahlungskartenterminals zu installieren.

868. Diese Ausgangslage werde durch die Anzeige der Jeronimo bei der Wettbewerbskommission vom 20. Juli 2006 bestätigt. Darin sei insbesondere die Rede davon gewesen, dass Multipay der Nutzung der DCC-

Funktion von Card Solutions hätte zustimmen müssen, was auf eine Zwangslizenz hinweise. Durch die Anzeige sei daher eine unklare Rechtslage entstanden. Erst mit der Präzisierung des Rechtsbegehrens vom 25. September 2006 habe Klarheit bestanden, dass die Offenlegung der Schnittstellen nachgefragt werde.

869. Der Beginn der Geschäftsverweigerung werde von der Vorinstanz ohne Begründung an das Schreiben von Jeronimo vom 5. Juli 2005 angeknüpft. Eine Geschäftsverweigerung der Beschwerdeführerinnen könne aber nicht aus dem Schreiben des Antragstellers oder eines sonstigen Unternehmens abgeleitet werden.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

870. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass aufgrund des dokumentierten Geschehensablaufs ersichtlich sei, dass die anderen Terminalhersteller keine Zwangslizenz an der DCC-Funktion der Card Solutions gefordert hätten, sondern die Protokolle und Spezifikationen, die zur Herstellung von Interoperabilität zwischen ihren Zahlungskartenterminals und der durch Multipay angebotenen DCC-Dienstleistung notwendig gewesen seien.

871. Spätestens mit dem Schreiben von Jeronimo vom 5. Juli 2005 sei der Wunsch nach Interoperabilität und Offenlegung der dafür notwendigen Spezifikationen eindeutig formuliert worden. Entsprechend definiert die Vorinstanz dieses Datum als Beginn der Geschäftsverweigerung.

872. Zur Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Anfrage der Anzeigerin vom 5. Juli 2005 und nicht die Verweigerungsäußerung der Beschwerdeführerinnen als Beginn der Verweigerung qualifiziert, nimmt die Vorinstanz dahingehend Stellung, sie sei einverstanden, anstatt des 5. Juli 2005 den 20. Juni 2005 als Beginn der Geschäftsverweigerung zu werten, falls die Beschwerdeführerinnen darauf bestehen würden.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

873. Notwendige Voraussetzung für eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist bei allen Missbrauchsvarianten ein Verlangen des Initiators auf eine Eingehung von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherr-

schendes Unternehmen, weil auch letzteres nicht verpflichtet ist, gegenüber Dritten den Abschluss von Geschäftsbeziehungen über ein bestimmtes Produkt von sich aus anzubieten.

(a) Allgemein

874. Ein Eingehungsverlangen ist dann gegeben, wenn von Seiten des potenziellen Geschäftspartners in ausreichender Weise eine Aufforderung zur Eingehung von geschäftlichen Beziehungen gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen abgegeben wird (vgl. SEKRETARIAT, RPW 1997/4, 465, Schiffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees, Ziff. 16 f.; WEKO, RPW 2000/1, *BKW*, Ziff. 31; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 124; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 7). Hierfür ist allein massgebend, dass aus objektiver Sicht die Intention des Initiators aus der jeweiligen Erklärung oder Handlung hervorgeht.

875. An ein Eingehungsverlangen sind keine besonderen formellen oder inhaltlichen Anforderungen zu stellen. Eine bestimmte Form ist nicht einzuhalten und es bedarf keiner sachlichen oder sonstigen Begründung für das Verlangen. Das Verlangen kann ausdrücklich oder stillschweigend, direkt oder indirekt zum Ausdruck gebracht werden. Es kann sich daher nicht nur aus schriftlichen Erklärungen, sondern implizit auch aus einem Verhalten des Initiators ergeben. Auch bei allen anderen Formen als einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung muss der Wille des Initiators auf Eingehung einer Geschäftsbeziehung aus objektiver Sicht daraus hervorgehen.

876. Das Eingehungsverlangen des Initiators bildet den Ausgangspunkt einer Geschäftsverweigerung. Deshalb ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 869) für die Festlegung des Beginns einer Geschäftsverweigerung massgebend. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ablehnungshandlung durch das marktbeherrschende Unternehmen ausdrücklich erklärt oder mittelbar durch ein bestimmtes Verhalten zum Ausdruck gebracht wird oder sich sogar aufgrund einer Hinhaltenetaktik oder einer Abschreckungsstrategie ergibt (vgl. E. 902 ff.). Dadurch wird zum einen eine eindeutige und einheitliche Behandlung der einzelnen Sachverhalte sichergestellt und zum anderen sind allfällige Versuche zur Verschleierung der Ablehnungshandlung seitens des marktbeherrschenden Unternehmens – bei denen eine genaue Festlegung des Zeitpunkts der Ablehnungshandlung ohnehin nur aufgrund einer Bewertung vorgenommen werden kann – unbeachtlich.

(b) Sachverhalt

877. Aufgrund des dokumentierten Geschehensablaufs steht ein Verlangen auf die Eingehung von Geschäftsbeziehungen ausser Frage. Die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerinnen ist offensichtlich unbeachtlich.

878. Die anderen Terminalhersteller haben seit dem 10. Juni 2005, d.h. zu dem Zeitpunkt, als Jeronimo im Rahmen einer Besprechung mit Multipay erstmals ihr Interesse bekundet hatte, mehrfach bei der SIX-Gruppe durch Anschreiben oder im Rahmen von persönlichen oder telefonischen Besprechungen nachgefragt, um die notwendigen Informationen zur Anbindung ihrer DCC-Terminals an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe zu erlangen (vgl. SV I.o ff.). Dies belegen insbesondere die nachfolgend aufgeführten Anfragen an die Multipay:

(i) Schreiben Jeronimo vom 5. Juli 2005

„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'aquiring chez vous et les terminaux chez nous. Vous nous avez informés 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.“

(ii) Schreiben Ingenico vom 22. Juli 2005

„In diesem Sinne nehmen wir mit Ihnen Kontakt auf und würden uns freuen, mit Ihnen eine Geschäftsbeziehung aufzubauen, die es 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 Zahlungskartenterminals notwendig sind, zur Verfügung stellen.“

(iii) Schreiben der Van de Velden vom 17. März 2006

„[...] the company'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.“

879. Mit den vorstehenden Anfragen haben die Terminalhersteller aus objektiver Sicht zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, dass sie von Multipay diejenigen Informationen erlangen möchten, die zur Ausgestaltung und Anbindung ihrer ep2-Terminals an die Akzeptanz-Plattform von Multipay notwendig sind. Hierbei war es nicht erforderlich, weitere Konkretisierungen zur inhaltlichen Erläuterung dieses Verlangens vorzunehmen.

880. Dabei haben sich die Anfragen richtigerweise an Multipay gerichtet, weil diese gegenüber den Händlern als Betreiberin der Akzeptanz-Plattform für die Akzeptanz-Dienstleistungen und auch selbst als Anbieterin der DCC-Dienstleistung aufgetreten ist (vgl. SV. I.c).

881. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 866 f.) konnten die vorstehenden Anfragen von Seiten der SIX-Gruppe auch nicht in anderer Weise verstanden werden. Insbesondere ist den vorstehend genannten Anfragen bei objektiver Würdigung weder sprachlich noch sachlich zu entnehmen, dass hierdurch die technischen Details der DCC-Funktion der SIX-Gruppe zu deren Nachbildung durch die anderen Terminalhersteller nachgefragt wurden. Ein entsprechendes Verlangen ergibt sich aus dem Wortlaut dieser Nachfragen gerade nicht. Unter Berücksichtigung des vorhandenen ep2-Standards zur Interoperabilität der im elektronischen Zahlungsverkehr eingesetzten Komponenten sowie der notwendigerweise vorhandenen Fachkenntnisse auf beiden Seiten waren die Anfragen offensichtlich nicht auf die Erlangung von Details von Anwendungsprogrammen ausgerichtet, sondern auf diejenigen Informationen beschränkt, welche für die Ausgestaltung der Zahlungskartenterminals zur Anbindung an die Akzeptanz-Plattform und demnach für die entsprechenden DCC-Schnittstelleninformationen notwendig sind.

882. Zudem steht die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die Anfragen seien auf die Erlangung der DCC-Funktion ausgerichtet gewesen, in einem inhaltlichen Widerspruch zu der von ihnen vorgebrachten Behauptung, der Card Solutions käme ein Urheberrecht an der DCC-Funktion zu. Da die Existenz eines Urheberrechts an der DCC-Funktion angesichts der notwendigen technischen Ausgestaltung der Währungsumrechnung zwar unwahrscheinlich sein mag, aber aus der Sicht von Dritten nicht ohne nähere Prüfung einfach ausgeschlossen werden kann, lässt sich ein Verlangen auf Herausgabe von Informationen unter Fachfirmen von vornherein nur auf die DCC-Schnittstelleninformationen beziehen. Denn ein Verlangen auf die Herausgabe von urheberrechtlich geschützten Informationen über Details eines Anwendungsprogramms ginge von vornherein

ins Leere. Und selbst wenn unterstellt würde, dass über die Anfragen ein Missverständnis auf Seiten von Multipay oder Card Solutions hätte auftreten können, so hätte durch eine einfache Mitteilung an die Terminalhersteller einerseits die Anerkennung des Eingehungsverlangens in Bezug auf die DCC-Schnittstelleninformationen sowie andererseits die Ablehnung des Eingehungsverlangens im Hinblick auf die DCC-Funktion klar gestellt werden können. Da ein entsprechendes Verhalten als geschäftsüblich unterstellt werden kann, lässt sich aus dem Unterlassen einer solchen Mitteilung ohne Weiteres der Rückschluss ziehen, dass auch auf Seiten von Multipay und Card Solutions kein Missverständnis über den Inhalt des Eingehungsverlangens der anderen Terminalhersteller bestand.

883. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 867) kann sich eine massgebliche Unklarheit auch nicht aus den vorgängigen geschäftlichen Kontakten zwischen Jeronimo und Card Solutions ergeben haben. Denn dieses Vorbringen stellt von vornherein kein Argument gegenüber dem Vorliegen eines Eingehungsverlangens von Ingenico dar. Im Übrigen wird von den Beschwerdeführerinnen auch in keiner Weise substantiiert dargelegt, weshalb sich aufgrund dieser geschäftlichen Kontakte eine Unklarheit hätte ergeben können. Der Einwand ist daher unbeachtlich.

884. Aus diesem Einwand ergibt sich aber umgekehrt wiederum ein Widerspruch zur Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach Jeronimo mit seinen Anfragen fälschlicherweise an Multipay gelangt sei, wodurch wiederum Rücksprachen zwischen Multipay und Card Solutions an Geschäftsleitungssitzungen notwendig gewesen seien (vgl. E. 895). Entgegen letzterem Vorbringen bestätigten die Beschwerdeführerinnen demzufolge, dass auch im Verhältnis zwischen Jeronimo und Card Solutions die Frage einer Umsetzung der DCC-Währungsumrechnung seitens Jeronimo angesprochen worden war. Dann hätte die vorstehend beschriebene Mitteilung über die Offenlegung von DCC-Schnittstelleninformationen und die Verweigerung von DCC-Funktionsdetails also bereits zu diesem Zeitpunkt vorgenommen werden können.

885. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 868) ist die Darstellung von Jeronimo in ihrer Anzeige vom 20. Juli 2006 gegenüber der Wettbewerbsbehörde für die Beurteilung, ob ein ausreichendes Eingehungsverlangen seitens eines Initiators zwischen März 2005 und Mai 2006 vorliegt, nicht massgebend. Denn relevant sind die konkreten Anfragen gegenüber der SIX-Gruppe in besagtem Zeitraum und nicht et-

waige spätere Aussagen gegenüber der Wettbewerbsbehörde. Der Versuch der Beschwerdeführerinnen, in Widerspruch zum unzweideutigen Inhalt der tatsächlich vorliegenden Nachfragen aus den in der Anzeige enthaltenden Feststellungen das Fehlen eines ausreichenden Eingehungsverlangens zu konstruieren, ist daher sachlich nicht begründet.

886. Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber diesbezüglich festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen auch hierbei irreführende Behauptungen vorbringen. Denn Jeronimo hat im Rahmen der Anzeige die Vorenthaltung von Informationen und Spezifikationen hinsichtlich der Kommunikation zwischen ihren Zahlungskartenterminals und dem Netzwerk von Multipay beanstandet und nicht eine fehlende Lizenzerteilung der DCC-Funktion geltend gemacht. Dabei verweist sie ausdrücklich darauf, dass sie von Aduno die erforderlichen Schnittstelleninformationen ohne Weiteres erhalten hat. Im Einzelnen hält sie z.B. Folgendes fest:

(i) „Die Produkte von Card Solutions sind in keiner Weise besser als diejenigen von Jeronimo. Ihre Besserstellung wird lediglich dadurch erreicht, dass sie von Multipay hinsichtlich DCC als dialogfähig qualifiziert werden bzw. dass Multipay den Terminals von Jeronimo diese Dialogfähigkeit verweigert.“

(ii) „Das Vorgehen der Multipay zur Verhinderung von Interoperabilität der Terminals von Jeronimo mit ihrem Netzwerk von Multipay im Bereich der DCC ist dem von der Europäischen Kommission als unzulässig qualifizierten Verhalten vergleichbar.“

887. Beim Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum Tatbestandsmerkmal des Eingehungsverlangens handelt es sich demzufolge um irreführende Schutzbehauptungen.

888. Auch bezüglich dieses Sachpunkts bleibt festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen mit einer Vielzahl von irreführenden Vorbringen versuchen, die Tatsachen zu verschleiern und die Bearbeitung der Angelegenheit durch das Gericht in einer einem effizienten Gerichts- und Prüfungsverfahren abträglichen bzw. nicht förderlichen Weise zu erschweren.

889. Der Beginn der Geschäftsverweigerung ist somit spätestens auf den 5. Juli 2005 – dem Zeitpunkt des ersten zweifelsfrei dokumentierten Eingehungsverlangens seitens eines anderen Terminalherstellers als Initiator – festzulegen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen in anderem Zusammenhang selbst vortragen (vgl. E. 893), Jeronimo sei bereits vorgängig zum Schreiben vom 5. Juli 2005 mitgeteilt

worden, dass die DCC-Schnittstelleninformationen nicht herausgegeben werden könnten.

**f) *Ablehnungshandlung***

890. Gegenstand des allgemeinen Tatbestandsmerkmals einer Ablehnungshandlung bildet das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, das die Ablehnung des Eingehungsverlangens auf Herstellung oder Weiterführung einer Geschäftsbeziehung gegenüber dem Initiator zum Ausdruck bringt.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

891. Die Beschwerdeführerinnen machen aus mehreren Gründen geltend, dass eine rechtsbeachtliche Ablehnung nicht vorgelegen habe.

892. Zunächst habe zum Zeitpunkt der Anfragen kein definitives Produkt bestanden, weil die Test- und Re-Zertifizierungsverfahren noch gar nicht abgeschlossen gewesen seien. Es könne demzufolge überhaupt keine Verweigerungshandlung von Seiten Multipays als marktbeherrschendem Unternehmen vorgelegen haben.

893. In Zusammenhang mit der Test- und Re-Zertifizierungsphase weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, aus dem Schreiben der Jeronimo würde gerade hervorgehen, dass dieser vorgängig bereits mitgeteilt worden sei, die Schnittstellen könnten erst nach Abschluss der Testphase bereitgestellt werden. Dies sei nach Erhalt des Schreibens von Jeronimo dieser gegenüber nochmals festgehalten worden.

894. Von Seiten Multipays könne auch keine Geschäftsverweigerung ausgegangen sein. Zuständig für eine Lizenzierung sei die Card Solution als Inhaberin des immaterialgüterrechtlichen Anspruchs gewesen. Schon rein zivilrechtlich könne nur diejenige Gesellschaft über ein Immaterialgüterrecht verfügen, welcher das entsprechende Recht zustehe. Multipay verfüge jedoch über keinerlei Rechte am nachgefragten Gut. Multipay habe auch über keine konzernrechtliche Weisungsbefugnis gegenüber Card Solutions verfügt. Folglich habe Multipay in keinem Fall die Offenlegung oder Lizenzierung von Immaterialgüterrechten der Card Solutions veranlassen können und dürfen. Die fehlende Rechtsinhaberschaft sei den Terminalherstellern durch Multipay denn auch mitgeteilt worden.



895. Für die Entscheidung über eine Behandlung der Nachfragen durch die anderen Terminalhersteller wäre allein die Card Solutions zuständig gewesen, welche die Entscheidung auch alleine vorgenommen habe. Die Behandlung der DCC-Währungsumrechnung an Geschäftsleitungssitzungen der Card Solutions und der Multipay beruhe ausschliesslich auf dem Umstand, dass die Anfragen von Jeronimo fälschlicherweise an Multipay gerichtet worden seien. Multipay hätte daher mit Card Solutions Rücksprache halten müssen. Allerdings entspreche dies auch einem üblichen Vorgehen zwischen einem Kartenakquisiteur und seinem Service-Partner, der die technischen Aspekte der internen Verarbeitung übernehme.

896. Die Ablehnung könne auch nicht dem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung der Card Solutions vom 20. Juni 2005, wonach den anderen Terminalherstellern kein Angebot unterbreitet werde, entnommen werden. Denn bei diesen Protokollen handle es sich um blosse Beschlussprotokolle und nicht um ausführliche Inhaltsprotokolle. In Bezug auf die den Beschlüssen zu Grunde liegenden Diskussionen und Entscheide seitens der Card Solutions könne demnach nichts aus diesen Protokollen abgeleitet werden. Vielmehr müsse diese Feststellung in Zusammenhang mit dem damaligen Geschehen gesehen und dahingehend verstanden werden, dass bis zur Fertigstellung der definitiven Funktion keine Offenlegung erfolgen würde. Ein Gegenbeweis, dass im damaligen Zeitpunkt nicht dies gemeint gewesen sei, finde sich in der angefochtenen Verfügung nicht. Es seien auch keine weiteren Sachverhaltsfeststellungen vorgenommen worden.

897. Es fehle daher jedenfalls an einem rechtsgenügenden Nachweis einer eigentlichen Verweigerung.

## (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

898. Die Vorinstanz geht davon aus, dass Multipay spätestens am 20. Juni 2005 beschlossen habe, anderen POS-Terminal-Anbietern den Zugang zur DCC-Funktion zu verweigern, nachdem spätestens mit dem Schreiben von Jeronimo vom 5. Juli 2005 der Wunsch nach Interoperabilität und Offenlegung der dafür notwendigen Spezifikationen eindeutig formuliert worden sei.

899. Die Geschäftsverweigerung habe bis zur Sitzung vom 8. Dezember 2006 zwischen Vertretern der Multipay, der Card Solutions und von Jero-

nimo, in der sich die Parteien gegenüber Jeronimo bereit erklärt hätten, die verlangten Schnittstelleninformationen offen zu legen, gedauert. Die Geschäftsverweigerung habe sich damit auf rund ein Jahr und fünf Monate belaufen.

900. Da der Konzern als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu qualifizieren sei und als solcher der Verhaltenskontrolle des Art. 7 KG unterliege, habe vorliegend die SIX-Group die Geschäftsverweigerung vorgenommen. Daher könne sich Multipay nicht darauf berufen, die Offenlegung der DCC-Spezifikationen habe gar nicht gefordert werden können, weil sie nicht Inhaberin der entsprechenden Rechte aus geistigem Eigentum sei.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

901. Für die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung muss das marktbeherrschende Unternehmen das Eingehungsverlangen eines Initiators auf Herstellung oder Weiterführung einer Geschäftsbeziehung notwendigerweise abgelehnt haben. Dies gilt offensichtlich für alle Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung.

#### (a) Allgemein

902. Die Ablehnungshandlung muss die Verweigerungshaltung des marktbeherrschenden Unternehmens in ausreichender Weise zum Ausdruck bringen. Hierfür ist allein massgebend, ob aus objektiver Sicht davon auszugehen ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen der Aufforderung zur Eingehung von Geschäftsbeziehungen keine Folge leisten wird.

903. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Ablehnungshandlung sind deren Grund und der ihr zu Grunde liegende Anlass unerheblich. Diese Aspekte erlangen erst im Hinblick auf eine allfällige Rechtfertigung der Geschäftsverweigerung Bedeutung (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 205 a.E.).

904. An eine Ablehnungshandlung sind keine besonderen formellen oder inhaltlichen Anforderungen zu stellen. Eine bestimmte Form ist nicht einzuhalten und es bedarf keiner sachlichen oder sonstigen Begründung für eine Ablehnung. Die Ablehnung kann ausdrücklich oder stillschweigend, direkt oder indirekt zum Ausdruck gebracht werden (vgl.

AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 124; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 205; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.583; EuG, EU:T:1991:70, *Hilti*, Ziff. 99, zum Verlangen von zu hohen Lizenzgebühren). Sie ergibt sich daher nicht nur aus schriftlichen, mündlichen oder faktischen Erklärungen, sondern implizit auch aus einem sonstigen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens.

905. Eine Ablehnungshandlung liegt daher insbesondere auch dann vor, wenn sich die Ablehnung nicht aus einer entsprechend abweisenden Erklärung, sondern faktisch als Ergebnis einer Hinhaltetaktik oder einer Abschreckungsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens einstellt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 124; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 205, Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien, unangemessene Geschäftsbedingungen; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.583).

906. Eine Hinhaltetaktik besteht darin, dass der konkrete Abschluss der Geschäftsbeziehung oder die Erlangung des jeweils nachgefragten Einsatzguts durch die (weitere) Angabe von Gründen, die unzutreffend oder sachlich nicht angemessen sind, aufgeschoben oder gänzlich verhindert wird.

907. Eine Abschreckungsstrategie besteht darin, durch die Ansetzung von sachlich nicht gerechtfertigten Anforderungen an den konkreten Abschluss der Geschäftsbeziehung oder zur Erlangung des jeweils nachgefragten Einsatzguts durch den Initiator die Eingehung von Geschäftsbeziehungen zu hintertreiben.

908. Massgebend für die Beendigung einer Geschäftsverweigerung ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Erhalts des Primärprodukts oder des jeweiligen Einsatzguts durch den Initiator. Durch die Heranziehung dieses Ereignisses als massgeblichen Zeitpunkt wird sichergestellt, dass eine Geschäftsverweigerung nach einer Erklärung über die Eingehung oder den formellen Abschluss der Geschäftsbeziehung durch das marktbeherrschende Unternehmen nicht noch weiter bis zur Auslieferung des Primärprodukts oder des Einsatzguts ausgedehnt werden kann. Soweit die Auslieferung des Primärprodukts oder des Einsatzguts dem üblichen Geschäftsgang entsprechend nach dem formellen Abschluss der Geschäftsbeziehung erfolgt, kann auch letzterer Zeitpunkt herangezogen werden. Insgesamt ergibt sich dadurch eine eindeutige und einheitliche Behandlung der verschiedenen Sachverhalte.

(b) Sachverhalt

909. Die SIX-Gruppe hat durch mehrere Handlungen eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Offenlegung der Schnittstellen gegenüber den anderen Terminalherstellern ablehnt (vgl. SV I.o ff.). Hierfür sind insbesondere die folgenden Ereignisse anzuführen:

(i) In der Sitzung der Geschäftsleitung von Card Solutions am 20. Juni 2005 wurde der Geschäftsleitung von Multipay der Beschluss mitgeteilt, dass DCC Jeronimo nicht angeboten werde;

(ii) im Nachgang zur Anfrage von Ingenico an Multipay am 22. Juli 2005 wurde ihr von Card Solutions mündlich mitgeteilt, dass sich die DCC-Funktion noch in einer Pilotphase befinde, weshalb das Produkt DCC noch nicht zur Verfügung gestellt werden könne;

(iii) anlässlich einer Besprechung im November 2005 wurde PaySys mitgeteilt, dass sich die DCC-Funktion in einer Pilotphase befinde und das Produkt DCC nicht weitergegeben werden könne;

(iv) anlässlich einer Geschäftsleitungssitzung von Multipay und Card Solutions Anfang Januar 2006 erfolgte die Entscheidung, das Produkt DCC für andere Terminalhersteller auch weiterhin nicht freizugeben;

(v) die Mitteilung in der E-Mail des CEO von Multipay vom 16. Januar 2006 an Jeronimo lautete wie folgt:

„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.“

(vi) In ihrer Mitteilung an Jeronimo vom 20. März 2006 antwortete Multipay auf die Aufforderung der Van de Velden vom 17. März 2006, dass sie keine Veranlassung sehe, die eigene Position zu ändern.

910. Aus diesen Handlungen ergibt sich offensichtlich, dass die SIX-Gruppe nicht gewillt war, auf das Eingehungsverlangen der Initiatoren einzugehen und die DCC-Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform den anderen Terminalherstellern offenzulegen.

911. Aufgrund der oben bezeichneten Ereignisse (i), (iv), (v) und (vi) liegt eine ausdrückliche Ablehnung der Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen gegenüber den Terminalherstellern vor. Darüber hinaus hat die SIX-Gruppe eine Hinhaltenaktik angewendet, indem sie den Initiatoren auf deren Anfragen hin mitgeteilt hatte, dass sich die DCC-Funktion noch in einer Testphase befinde, während die DCC-Währungsumrechnung von ihr tatsächlich bereits am Markt eingeführt worden war (vgl. E. 698). Wie die Beschwerdeführerinnen aber selbst bestätigt haben (vgl. E. 967), war der SIX-Gruppe bewusst, dass die anderen Terminalhersteller bei einer Verzögerung der Bereitstellung von ep2-Terminals mit DCC-Funktion über mehrere Monate Kunden verlieren würden, weil diese eine entsprechende Verzögerung nicht hinnehmen würden.

912. Im Übrigen bestätigen die Beschwerdeführerinnen selbst mit ihren Vorbringen zur Test- und Re-Zertifizierungsphase (vgl. E. 893), wonach Jeronimo bereits vor deren Schreiben vom 5. Juni 2005 mitgeteilt worden sei, dass die Schnittstellen erst nach Abschluss der Testphase bereit gestellt werden könnten, dass eine Ablehnungshandlung vorgelegen hat.

913. Dass die SIX-Gruppe entgegen ihren nachträglichen Vorbringen zu einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen nach Abschluss der Test- und Re-Zertifizierungsphasen allerdings gar nicht gewillt war, ergibt sich daraus, dass sie nach Abschluss der Re-Zertifizierungsphase im Mai 2006 den anderen Terminalherstellern die notwendigen Informationen nicht hat zukommen lassen.

914. Darüber hinaus ergibt sich ein wesentlicher inhaltlicher Widerspruch aus den verschiedenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, welche die Verweigerung der SIX-Gruppe zur Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen letztlich bestätigen. So hatten die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihrer Vorbringen gegenüber der Wettbewerbsbehörde vom 25. August 2006 geltend gemacht, dass die SIX-Gruppe nicht zu einer Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen verpflichtet gewesen sei. Die Berufung auf eine fehlende Verpflichtung zur Herausgabe und damit auf ein Recht zur Zurückhaltung stellt bei einem fortwährenden Fehlen der Offenlegung aber eine offensichtliche Ablehnung des Eingehungsverlangens der Initiatoren dar.

915. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, wonach wegen der angeblichen Durchführung einer Re- und Zertifizierungsphase noch kein fertiges Produkt vorhanden gewesen sei (vgl. E. 892), wurde bereits wider-

legt (vgl. E. 686 ff.), weshalb er auch in diesem Zusammenhang unbeachtlich ist.

916. Auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 894), wonach ausschliesslich Card Solutions als Inhaberin der entsprechenden Immaterialgüterrechte, nicht aber Multipay über die DCC-Schnittstelleninformationen habe verfügen können bzw. dürfen, ist unbeachtlich. So ist bereits die Berufung auf eine entsprechende Unternehmensdifferenzierung angesichts einer Qualifizierung der SIX-Gruppe als massgebliches Kartellrechtssubjekts ausgeschlossen (vgl. E. 653 ff.). Zudem ist die Existenz eines Immaterialgüterrechts an der DCC-Schnittstelle für die Anbindung von ep2-Terminals an die Akzeptanz-Plattform der Multipay weder ausreichend belegt und nachgewiesen (vgl. E. 624 ff.) noch würde dieser Umstand eine ausreichende Grundlage für eine Verweigerung der Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform darstellen (vgl. E. 609 ff., 638 ff., 939 ff.).

917. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 895), wonach die Geschäftsleitungssitzungen von Card Solutions und Multipay wegen der notwendigen Rückfragen hätten abgehalten werden müssen.

918. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 896), wonach aus der Feststellung im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung der Card Solutions vom 20. Juni 2005, dass Jeronimo das DCC nicht angeboten werde, keine Ablehnung abgeleitet werden könne, weil es sich hierbei nur um ein Beschluss- und nicht um ein Inhaltsprotokoll handle und der Gegenbeweis von der Wettbewerbsbehörde nicht erbracht worden sei, ist sowohl in formeller als auch in sachlicher Hinsicht unerheblich. Da sich aus dem Protokoll bei objektiver Würdigung eindeutig eine sachliche Ablehnung ergibt, hat nicht die Wettbewerbsbehörde den Nachweis zu führen, dass der Aussage dieser objektive Bedeutungsgehalt auch tatsächlich zukommt, sondern die Beschwerdeführerinnen haben nachzuweisen, dass dieser Aussage aus bestimmten Gründen nicht dieser objektiv erkennbare, sondern ein anderer Bedeutungsgehalt zukomme; solche Darlegungen erfolgen von Seiten der Beschwerdeführerinnen jedoch nicht. Da der Grund für die sich aus der Aussage ergebende Ablehnung für die Feststellung einer Ablehnungshandlung durch das marktbeherrschende Unternehmen allerdings irrelevant ist, bedarf es von vornherein auch keiner Differenzierung im Hinblick auf die Art des Protokolls und allfälliger daraus sich ergebender Weiterungen.

919. Der Zeitpunkt der Beendigung der Geschäftsverweigerung durch die SIX-Gruppe ist auf den 22. Januar 2007 – den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Geheimhaltungsvereinbarung zwischen der SIX-Gruppe und den Terminalherstellern – festzulegen. Da die DCC-Schnittstelleninformationen im Anschluss an den Abschluss dieser Vereinbarung ohne weitere Verzögerung von der SIX-Gruppe an die Terminalhersteller übermittelt wurde, kann bereits dieser Zeitpunkt als massgeblich qualifiziert werden.

920. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist für die Beendigung der Geschäftsverweigerung aus den oben angeführten Gründen vorliegend nicht auf den Zeitpunkt des blossen Inaussichtstellens der Offenlegung am 8. Dezember 2006 abzustellen.

921. Der massgebliche Zeitraum als Dauer der Geschäftsverweigerung reicht somit vom 5. Juli 2005 bis zum 22. Januar 2007, weshalb für die Sanktionierung von einer Dauer von insgesamt 19 Monaten auszugehen ist.

#### **g) *Immaterialgüterrechtliche Rechtsposition***

922. Gegenstand des besonderen Tatbestandsmerkmals der immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition bildet der Umstand, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen ein Recht aus geistigem Eigentum zusteht, das seiner Ablehnung von Geschäftsbeziehungen gegenüber dem Initiator zu Grunde liegt, und dass sich daraus erhöhte Anforderungen an die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung ergeben.

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

923. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass ihnen ein Immaterialgüterrecht an den Schnittstelleninformationen zustehe.

924. Als massgebliche Schnittstelleninformationen werden von ihnen die Daten zu den Schnittstellen der DCC-Terminals bezeichnet.

925. Bei Schnittstelleninformationen handle es sich nicht um öffentliche Güter, die zugänglich gemacht werden müssten.

926. Die Ansetzung von niedrigeren Anforderungen für eine Offenlegung von Schnittstelleninformationen als bei immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern sei nicht gerechtfertigt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz würden auch keine nationalen oder internationalen Entscheide bestehen, welche ein solches Vorgehen bestätigen würden. Insbesondere könne den Entscheiden in Sachen *AT&T*, *IBM* und *Microsoft* keine solche Aussage entnommen werden. Im Urteil *Microsoft* halte das Gericht sogar ausdrücklich fest, dass die Frage, ob bei Schnittstelleninformationen geringere Anforderungen zu stellen seien, keiner Beantwortung bedürfe, weil die Europäische Kommission den Test zur Prüfung einer immaterialgüterrechtlichen Lizenzverweigerung angewandt habe. Ungeachtet dessen sei die Faktenlage im Urteil *Microsoft* nicht vergleichbar, weshalb es für die vorliegende Beurteilung nicht herangezogen werden könne.

927. Die Ansicht der Vorinstanz würde auch dem Ansatz der Europäischen Kommission widersprechen, welche es ausdrücklich abgelehnt habe, dass ein erleichterter Prüfungsmaßstab für Schnittstellen zur Anwendung gelange. Denn die Prioritätenmitteilung halte in Ziff. 78 folgendes fest: „Das Konzept der Lieferverweigerung deckt eine grosse Bandbreite von Verhaltensweisen ab, so z.B. [...] die Weigerung, eine Lizenz für Rechte an geistigem Eigentum zu erteilen, auch wenn diese Lizenz notwendig ist, um Schnittstelleninformationen zur Verfügung zu stellen [...].“

928. Darüber hinaus machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass es sich vorliegend keinesfalls um die bloße Offenlegung von Schnittstellen handle, sondern dass damit eine Duplizierung bestehender Funktionen ermöglicht werde. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz führe die Offenlegung zu einer Kopie des Produkts und nicht zur Entwicklung ergänzender Produkte. Denn mit der Offenlegung ginge zwingend einher, dass die Wettbewerber ohne jedwede eigene Investition neue Produkte, Dienste und Funktionen der SIX-Gruppe sofort kopieren könnten.

929. Im vorliegenden Fall hätten die Terminalhersteller als Initiatoren gerade keine ergänzenden Produkte zur DCC-Funktion der Card Solutions gewollt, sondern sie hätten unmittelbar selbst die identische DCC-Funktion von Card Solutions anbieten wollen. Die Leistung der Initiatoren würde demnach nicht über die Nachahmung schon bestehender Funktionen der Card Solutions hinausgehen, vielmehr sei sie mit ihr identisch.

930. Im Übrigen anerkenne die angefochtene Verfügung, dass es sich vorliegend um einen Fall der Zwangslizenzierung von immaterialgüter-



rechtlich geschützten Rechtspositionen handle, weil sie die Frage der Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen in Zusammenhang mit der Offenlegung der immaterialgüterrechtlich geschützten Schnittstellen prüfe.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

931. Die Vorinstanz macht geltend, dass Schnittstelleninformationen kein immaterialgüterrechtlicher Schutz zukomme und daher keine erhöhten Anforderungen hinsichtlich ihrer Verfügbarkeit bestünden.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

932. Soweit für das Primärprodukt eine immaterialgüterrechtliche Rechtsposition besteht, führt dies gemäss der bestehenden Wettbewerbspraxis zu einer Differenzierung hinsichtlich der weiteren Anforderungen an die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung. Der Differenzierung kommt daher eine erhebliche Bedeutung für das jeweilige Gesamtergebnis der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts zu.

933. Fraglich ist aber, ob diese erhöhten Anforderungen auch bei einer Interoperabilitätsverweigerung zur Anwendung gelangen.

(a) *Ausgangslage*

934. Die Befugnis des Inhabers eines Immaterialgüterrechts, Dritte von einer Nutzung oder einer sonstigen Verwendung dieses Rechts ohne seine Zustimmung auszuschliessen und dadurch insbesondere eine Nachahmung des auf dem Immaterialgüterrecht beruhenden Primärprodukts oder die Verwendung zur Entwicklung, Herstellung und/oder zum Absatz von darauf aufbauenden Produkten zu verhindern, bildet die wesentliche Substanz eines Immaterialgüterrechts (vgl. EuGH, EU:C:1988:477, *Volvo*, Ziff. 8; EuGH, EU:C:1995:98, *Magill*, Ziff. 49; EuGH, EU:C:2004, *IMS Health*, Ziff. 34; EuGH, EU:C:2015:477; *Huawei*, Ziff. 46; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 148).

935. Die Weigerung zur Einräumung einer Lizenz für die Nutzung des immaterialgüterrechtlich geschützten Primärprodukts stellt daher als solche selbst unter Berücksichtigung des Angebots zur Zahlung von Lizenzgebühren keine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherr-

schenden Unternehmens dar. Ansonsten würde dem Inhaber des Immaterialgüterrechts gerade die Substanz seines Schutzrechts entzogen werden; dies gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen (vgl. EuGH, EU:C:1988:477, *Volvo*, Ziff. 8, AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 148).

936. Bei Bestehen einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition bedarf es demzufolge erhöhter Anforderungen an die Gründe für die Anerkennung einer Kontrahierungspflicht zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens, um im Einzelfall ein missbräuchliches Verhalten feststellen zu können, als bei Fehlen einer solchen Position (EuGH, EU:C:1988:477, *Volvo*, Ziff. 9; EuGH, EU:C:1995:98, *Magill*, Ziff. 50; EuGH, EU:C:2004, *IMS Health*, Ziff. 34; zu den Besonderheiten eines standardessentiellen Patents vgl. EuGH, EU:C:2015:477, *Huawei*, Ziff. 48 ff.; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 148).

937. Bislang wurden durch die Wettbewerbspraxis mit den Tatbestandsmerkmalen der Unerlässlichkeit des Einsatzguts und der Produktneuheit entsprechende Anforderungen statuiert, die zusätzlich zu den anderen tatbestandsmässigen Voraussetzungen einer Geschäftsverweigerung als besondere Tatbestandsmerkmale bei einer Lizenzverweigerung zu beachten sind (vgl. E. 950 ff., 979, 1032 ff., 1040).

938. Umgekehrt sind die Anforderungen an die besonderen Gründe für die Anerkennung einer Kontrahierungspflicht bei Vorliegen einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition nicht auf die sonstigen Fälle einer Geschäftsverweigerung auszudehnen, bei denen eine solche immaterialgüterrechtliche Rechtsposition auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht gegeben ist.

#### (b) Interoperabilitätsverweigerung

939. Wie dargelegt (vgl. E. 576) kann für Schnittstellen nicht automatisch ein Urheberrecht geltend gemacht werden, weil sie die Voraussetzungen der Werkqualität nicht ohne Weiteres erfüllen. Allerdings ist es auch nicht völlig ausgeschlossen, dass im Einzelfall ein Urheberrecht an einer Schnittstelle besteht.

940. Dementsprechend wäre bei Schnittstelleninformationen eine Differenzierung dahingehend vorzunehmen, ob ein Urheberrecht an den Schnittstellen im Ausnahmefall besteht oder nicht gegeben ist. Dies wür-

de zu einer unterschiedlichen Anwendung der Anforderungen an eine Geschäftsverweigerung je nach Rechtscharakter der Schnittstellen im Einzelfall führen. Hierbei müsste im Kartellverfahren regelmässig eine umfangreiche Abklärung der urheberrechtlichen Vorfrage mit einem entsprechenden Aufwand vorgenommen werden.

941. Allerdings ist hierzu die Besonderheit zu beachten, dass das Urheberrecht in Bezug auf den urheberrechtlichen Schutzzumfang von Schnittstellen besondere Regelungen vorsieht. Denn der übliche urheberrechtliche Schutzzumfang wird durch Art. 21 URG im Hinblick auf die Sicherstellung der Interoperabilität von Computerprogrammen gerade eingeschränkt (vgl. E. 582 f.). Insoweit weisen das Urheberrecht und das Kartellrecht für EDV-Komponenten in offenen EDV-Systemen den gleichen Schutzzweck auf, der für entsprechende Schnittstelleninformationen keinen Schutz vorsieht (vgl. E. 610 ff.).

942. Vor diesem Hintergrund besteht keine sachgerechte Veranlassung, die erhöhten Anforderungen an das Vorliegen einer Kontrahierungspflicht, die für absolut geschützte immaterialgüterrechtliche Rechtspositionen begründet wurde, auch auf Schnittstellen und Schnittstelleninformationen bei deren fehlender Mitteilung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber Herstellern anderer EDV-Komponenten auszudehnen. Denn Schnittstellen(informationen) liegt demzufolge nicht die gleiche Konzeption an Nutzungsberechtigung und möglicher Verwendungseinschränkung des Rechtsinhabers wie sonstigen immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern zu Grunde (vgl. E. 860).

943. Das Tatbestandsmerkmal der immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition findet bei Interoperabilitätsverweigerungen demzufolge keine Anwendung.

944. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 926, 925) kommt dem Tatbestandsmerkmal der immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition im vorliegenden Verfahren keine Bedeutung zu, unabhängig davon, ob Schnittstelleninformationen als öffentliche Güter zu qualifizieren sind.

945. Im Hinblick auf den Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 927), wonach sich aus der Prioritätenmitteilung ergeben würde, dass die Europäische Kommission eine Herabsetzung der Anforderungen gegenüber einer Lizenzverweigerung abgelehnt habe, ist auf verschiedene

Aspekte hinzuweisen. So kommt der Prioritätenmitteilung gemäss der Rechtsprechung der EU-Gerichte keine Rechtsverbindlichkeit zu, weshalb die Prioritätenmitteilung eine verbindliche Beachtung von Seiten der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte ebenfalls nicht erfordert. Darüber hinaus ergäbe sich auch bei einer Differenzierung von urheberrechtlich geschützten und nicht geschützten Schnittstelleninformationen für erstere aufgrund eines *a majore ad minus*-Schlusses das gleiche Ergebnis. Wenn die Wettbewerbspraxis selbst bei einem komplexen Computerprogramm – dessen Entwicklung und Betrieb grosses Know-how und erheblichen Aufwand erfordert – eine Verweigerung der Mitteilung von dessen Schnittstelleninformationen als wettbewerbswidrige Lizenzverweigerung qualifiziert, so müsste dies umso mehr für eine Verweigerung der Mitteilung der Schnittstelleninformationen für ein einfaches Computerprogramm wie eine DCC-Funktion – das nach eigenem Bekunden der Beschwerdeführerinnen in keiner Weise mit jenem Computerprogramm im *Microsoft*-Verfahren zu vergleichen sei (vgl. E. 964) – gelten.

946. Soweit die Beschwerdeführerinnen im Übrigen einerseits eine Heranziehung der Entscheidungen der EU-Wettbewerbspraxis in Sachen *Microsoft* wegen einer strukturellen Divergenz der jeweiligen Computerprogramme ablehnen (vgl. E. 964), während sie im Rahmen ihrer Argumentationen andererseits gerade auf bestimmte einzelne Aspekte aus den Begründungen dieser Entscheidungen abstellen, liegt ein Widerspruch ihrer Vorbringen vor.

947. Ungeachtet dessen ist in diesem Zusammenhang auf folgenden Umstand hinzuweisen. Die Europäische Kommission hat im Verfahren *Microsoft* ausdrücklich festgestellt, dass eine Abklärung der immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition nicht erforderlich gewesen sei, weil dem Aspekt, ob die Schnittstelleninformationen immaterialgüterrechtlich geschützt gewesen seien oder nicht, keine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommen würde (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 288). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass (i) die Europäische Kommission sich nicht abschliessend mit diesem Sachpunkt auseinandergesetzt hat und (ii) eine Lizenzverweigerung auch bei Anerkennung des urheberrechtlichen Schutzes für Schnittstellen verwirklicht wird.

948. Wie an anderer Stelle dargelegt wurde (vgl. E. 638 ff.), sind die wiederkehrenden Behauptungen der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 928; 929), die anderen Terminalhersteller hätten nur eine Kopie der DCC-Funktion der Card Solutions herstellen und damit lediglich eine Duplizie-

rung bereits bestehender Funktionen vornehmen wollen, sachlich unzutreffend und daher unbeachtlich. Auch die Massgeblichkeit der DCC-Schnittstellen der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe und nicht jener der DCC-Terminals der Card Solutions, wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet (vgl. E. 924), wurde bereits an anderer Stelle dargelegt (vgl. E. 638 ff.).

949. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 930), wonach sich die Anerkennung einer Zwangslizenzierung der immaterialgüterrechtlich geschützten Rechtsposition aus der Prüfung eines Investitionsschutzes in der angefochtenten Verfügung ableiten lasse, ist schon deshalb unerheblich, weil diesem Aspekt keine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommt, wie an anderer Stelle dargelegt wird (vgl. E. 765 ff.).

#### **h) *Unerlässlichkeit des Einsatzguts***

950. Beurteilungsgegenstand des besonderen Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit des Einsatzguts bildet die Notwendigkeit des Erhalts eines Primäprodukts oder eines mit dessen Nutzung in Zusammenhang stehenden sonstigen Guts im Rahmen der Geschäftsbeziehung durch den Initiator zur Verwendung bei einer von ihm vorgesehenen wirtschaftlichen Betätigung.

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

951. Die Beschwerdeführerinnen machen verschiedene allgemeine und spezifische Aspekte geltend, welche der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit eines Einsatzguts entgegenstehen würden.

952. In allgemeiner Hinsicht sei zu beachten, dass die Unerlässlichkeit des Inputs ein zwingendes Merkmal zur Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung darstelle. Die Verweigerung der Geschäftsbeziehung müsse ausnahmslos ein Produkt betreffen, welches für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt notwendig sei.

953. Dies ergäbe sich schon aus der Botschaft, welche klarstelle, dass ein Kontrahierungszwang nur dann bestehen könne, wenn ein Unternehmen „als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung von be-

stimmten Dienstleistungen oder zur Herstellung von bestimmten Produkten unerlässlich sind“. Die angefochtene Verfügung versuche, diesen Ansatz des Gesetzgebers genau in das Gegenteil zu verkehren. Hierbei nehme die Vorinstanz die gegenteiligen Ansichten in der Literatur nicht zur Kenntnis oder zitiere diese falsch.

954. Ein Gut, das lediglich hilfreich für die Ausübung sei oder das lediglich nachgeahmt werden solle, könne einen Kontrahierungszwang demnach von vornherein nicht rechtfertigen.

955. Zudem sei die Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte bezüglich der Vorhersehbarkeit bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eindeutig. Voraussetzung hierfür sei, dass das betreffende Verhalten geeignet sei, jeglichen Wettbewerb durch dieses Unternehmen auszuschliessen. Hinsichtlich immaterialgüterrechtlicher Lizenzen sei ausdrücklich festgestellt worden, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich keine Verpflichtung zur Einräumung einer Lizenz treffe, dass aber im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände eine solche Verpflichtung entstehen könne. Als besonderer Umstand sei dabei die Unentbehrlichkeit der immaterialgüterrechtlichen Leistung für die Vornahme von Marktaktivitäten der Wettbewerber qualifiziert worden.

956. Die Annahme der Vorinstanz, dass ein Input nicht erst dann als notwendig gelte, wenn es ohne den Input zum Marktaustritt komme, widerspreche der schweizerischen und der EU-Wettbewerbspraxis.

957. Die Gefahr eines Marktaustritts habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Die Behauptung von Jeronimo, der verlorene Anteil an Kunden wäre enorm, sei von der Vorinstanz einfach übernommen worden, ohne dass die Plausibilität und das tatsächliche Vorliegen überprüft und nachgewiesen worden seien. Jeronimo bzw. deren Unternehmensgruppe würde gemäss Protokoll der Anhörung ihres Geschäftsführers jährlich weltweit ca. 150'000 Zahlungskartenterminals verkaufen. Angesichts dieser Zahlen hätte nicht mit einem Marktaustritt gerechnet werden müssen. Letztlich seien nur 1,8% der Verkäufe effektiv vom Vorwurf betroffen gewesen, sodass kein Risiko eines Marktaustritts bestanden habe. Die Behauptung, dass die Anzeigestellerin in Zusammenhang mit der DCC-Funktion wichtige Kunden verloren habe, sei tatsachenwidrig. Auch die Behauptung, dass eine Sättigung von Zahlungskartenterminals mit DCC-Funktion bestehen könnte, sei nicht weiter nachgewiesen und aus dem Recht zu weisen. Die Erhebungen der Beschwerdeführerinnen zeigten vielmehr, dass

aktuell jeweils immer noch ca. 2'000 Zahlungskartenterminals in Zusammenhang mit dieser Funktion verkauft würden.

958. In jedem Fall stehe die Konstruktion der angefochtenen Verfügung, wonach die blosser Teilfunktion eines Produkts, welches seinerseits den relevanten Markt bilde, dennoch Gegenstand einer unzulässigen Geschäftsverweigerung sein könne, selbst wenn diese Teilfunktion für die Teilnahme an diesem Markt nicht notwendig sei, in Widerspruch zur schweizerischen und EU-Wettbewerbspraxis.

959. Da die DCC-Funktion nur einen Teilaspekt eines ep2-Terminals als Gesamtprodukt darstelle, könne ihre Notwendigkeit für das Gerät nicht bejaht werden.

960. Die angefochtene Verfügung habe keinen sachlich relevanten Markt für DCC-Terminals definiert. Der vorliegend allein relevante nachgelagerte Markt sei der Markt für ep2-Terminals. Somit seien sämtliche ep2-Terminals Substitute innerhalb des relevanten Markts. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Input der Beschwerdeführerinnen notwendig gewesen sei, weil auf dem nachgelagerten Markt kein Substitut bestanden habe, sei demnach unzutreffend.

961. Massgebend für die objektive Notwendigkeit des angeblich fehlenden Inputs sei allein, ob dieser den Herstellern von ep2-Terminals verunmöglicht habe, weiterhin im relevanten Markt der ep2-Terminals Verkäufe zu tätigen. Anders als in der angefochtenen Verfügung angeführt, sei demgegenüber die Verweigerung von Schnittstelleninformationen, welche ihrerseits für die Entwicklung von DCC-Terminals notwendig gewesen wären, nicht massgebend.

962. Die DCC-Funktion von Card Solutions sei bereits deshalb nicht unerlässlich gewesen, weil die anderen Terminalhersteller ansonsten gar keine Verkäufe von Zahlungskartenterminals mit einer DCC-Funktion hätten vornehmen können. Der Geschäftsführer von Jeronimo habe anlässlich seiner Anhörung aber bestätigt, dass den Kunden im Verbund mit Aduno die DCC-Funktion angeboten worden sei. Die Händler hätten von dieser Wahlmöglichkeit auch Gebrauch gemacht und einen Wechsel zu Jeronimo/Aduno vollzogen.

963. Zudem bestreiten die Beschwerdeführerinnen die generelle Unerlässlichkeit von Schnittstelleninformationen unter Verweis auf die Möglichkeit der anderen Terminalhersteller, eine (partielle) Dekompilierung

gemäss Art. 21 URG und Art. 17 Abs. 3 URV vornehmen zu können, um an die jeweiligen Daten zu gelangen. Ein Unternehmen, welches Schnittstelleninformationen erlangen möchte, könne sich nicht einfach auf das Kartellgesetz berufen, um so die urheberrechtliche Regelung und den damit verbundenen Dekompilierungsaufwand zu umgehen. Der Gesetzgeber habe mit diesen Regelungen offensichtlich sicherstellen wollen, dass auch das Drittunternehmen einen gewissen Mindestaufwand auf sich nehme, und nicht lediglich eine technische Reproduktion des Arbeitsergebnisses eines Urhebers erstelle. Die Vorinstanz habe bereits die entsprechende Prüfung der tatsächlichen Möglichkeiten und Schwierigkeiten sowie die sich daraus ergebende Zumutbarkeit einer Dekompilierung einschliesslich der Einholung einer hierfür notwendigen technischen Beurteilung unterlassen.

964. Der blosser Verweis der Vorinstanz auf das *Microsoft*-Urteil des Europäischen Gerichts zur Begründung der fehlenden Notwendigkeit einer Dekompilierung wirke nicht entlastend, weil es sich bei jenem Fall um hochkomplexe Softwareprodukte gehandelt habe, die keinesfalls mit der hier vorliegenden DCC-Funktion verglichen werden könnten.

965. Die Verfahrensweise der Vorinstanz führe dazu, dass der Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes und damit eines gleichrangigen Bundesgesetzes de facto und contra legem ausser Kraft gesetzt werde.

966. Die erforderliche Prüfung und der Nachweis, dass die DCC-Schnittstelle für den Verkauf von ep2-Terminals notwendig sei, seien durch die angefochtene Verfügung nicht vorgenommen und erbracht worden. Die Frage der Notwendigkeit des Inputs bleibe daher völlig offen.

967. Zuletzt belege auch das Verhalten der Anzeigestellerin und der weiteren Terminalhersteller im Nachgang zur Lizenzierung der Schnittstelle, dass offenbar keine wirkliche Dringlichkeit vorgelegen habe. Denn so habe Jeronimo sich zwei Jahre Zeit gelassen, um die DCC-Funktion in ihren ep2-Terminals zu implementieren. Jeronimo habe selbst bestätigt, dass die Realisierung einer DCC-Lösung mit Multipay nicht mehr prioritär gewesen sei, weil sich Jeronimo bereits auf andere Kartenakquisiteure ausgerichtet habe. Die Erklärung von Jeronimo, das blosser Inaussichtstellen der DCC-Funktion habe bereits ausgereicht, um ein Abwandern der Kunden zu verhindern, sei eine reine Schutzbehauptung, die von der Vorinstanz noch nicht einmal auf ihre Plausibilität überprüft worden sei. Denn bei realistischer Betrachtung der Geschäftswelt hätte kein Kunde von Je-



ronimo akzeptiert, dass eine notwendige Funktionalität nur angekündigt und daraufhin erst zwei Jahre später umgesetzt werde.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

968. Gemäss Vorinstanz ist ein Input dann als notwendig anzusehen, wenn es auf dem nachgelagerten Markt kein Substitut gebe, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen. Jedoch sei nicht erforderlich, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten.

969. Im vorliegenden Fall seien den anderen Terminalherstellern die DCC-Schnittstelleninformationen verweigert worden. Diese Schnittstelleninformationen hätten die Voraussetzung für die Entwicklung von Zahlungskartenterminals gebildet, die kompatibel seien mit der DCC-Funktion, welche den Händlern von Multipay zur Verfügung stehe.

970. Die theoretische Möglichkeit, die Schnittstelleninformationen auf dem Weg der Dekompilierung zu erhalten, bilde keine Alternative zu deren Offenlegung. Die Europäische Kommission habe im Verfahren *Microsoft* dargelegt, dass die Interoperabilität von Produkten, welche auf der Grundlage einer Dekompilierung entwickelt worden seien, nicht dauerhaft sichergestellt sei. Hinzu komme, dass sich der notwendige Input nicht in der Offenlegung der Schnittstellen erschöpfe. Denn es sei darüber hinaus notwendig, dass der Kartenakquisiteur die DCC-Funktion auf den Zahlungskartenterminals der Drittanbieter zulasse und unterstütze. Dies bedeute, dass der Input notwendigerweise durch Multipay/Card Solutions erfolgen müsse.

971. Des Weiteren kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass für die Terminalhersteller die DCC-Fähigkeit ihrer Zahlungskartenterminals bei anderen Kartenakquisiteuren auch in einer längerfristigen Perspektive kein Substitut zur DCC-Fähigkeit bei Multipay bilde. Auch das Verhalten von Jeronimo nach der Offenlegung der Schnittstelleninformationen könne nicht als Hinweis für eine „fehlende Unerlässlichkeit“ dienen. Jeronimo habe vielmehr diverse Gründe für ihre Verzögerung bei der Realisierung der DCC-Lösung angegeben. Folglich könne festgehalten werden, dass die Offenlegung der Schnittstelleninformationen und die Unterstützung der DCC-Funktion durch Multipay für die Terminalhersteller notwendige Inputs dargestellt hätten, die nicht hätten substituiert werden können.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

972. Angesichts der Notwendigkeit einer prinzipiellen Gesamtwürdigung (vgl. E. 796 f.) werden von der Wettbewerbspraxis und in der Literatur im Rahmen einer rechtlichen Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit unterschiedliche Aspekte berücksichtigt. Diese sind aber nur teilweise im Rahmen einer Prüfung des Merkmals der Unerlässlichkeit, teilweise aber erst im Rahmen einer Prüfung des Merkmals der Wettbewerbsverfälschung zu berücksichtigen. Für eine Detailbetrachtung der Einwände der Beschwerdeführerinnen sind daher zunächst die grundlegenden Begriffsmerkmale und Voraussetzungen abzugrenzen.

973. Zum einen steht im Hinblick auf den Einsatzbereich des Merkmals der Unerlässlichkeit in Frage, ob dieses eine Voraussetzung für alle oder nur für bestimmte Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung bildet. Im letzteren Falle wäre ergänzend zu bestimmen, ob und inwieweit das Merkmal der Unerlässlichkeit bei der Missbrauchsvariante der Interoperabilitätsverweigerung zur Anwendung gelangt.

974. Zum anderen sind die inhaltlichen Anforderungen des Merkmals der Unerlässlichkeit bei einer allfälligen Anwendung für einzelne Missbrauchsvarianten festzustellen. Dabei ist der Grad der Unerlässlichkeit im Hinblick daraufhin zu bestimmen, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer Substitution des Einsatzguts durch Alternativgüter bestehen und in welchem Ausmass der Initiatoren dementsprechend auf den Erhalt des Einsatzguts angewiesen ist.

975. Darüber hinaus sind die Auswirkungen bei einer fehlenden Möglichkeit zur Substitution des Einsatzguts und das Ausmass der sich daraus jeweils ergebenden nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. Diese Aspekte bilden allerdings nicht den Gegenstand des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit, sondern des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung, welches anschliessend einer Prüfung unterzogen wird (vgl. E. 1115 ff.).

#### (a) Einsatzbereich

976. Der Gesetzgeber hat das Merkmal der Unerlässlichkeit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 953) nicht als zwingende Voraussetzung der Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung vorgesehen. Einer entsprechenden Annahme steht bereits der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG entgegen, der dieses Kriterium gerade nicht statu-

iert. Darüber hinaus führt die Botschaft zum Kartellgesetz 1995 Folgendes aus: „Ein rechtlicher oder faktischer Kontrahierungszwang ist etwa dann gegeben, wenn ein Unternehmen ein öffentlich-rechtliches Monopol besitzt oder wenn es als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen oder zur Herstellung bestimmter Produkte unerlässlich sind“ (*Botschaft KG 1995*, 571). Das Merkmal der Unerlässlichkeit wird demzufolge nicht allgemein mit der Geschäftsverweigerung in Beziehung gesetzt, sondern nur mit der Missbrauchsvariante der Zugangsverweigerung, welche wiederum auch nur als eines von zwei Beispielen für das Bestehen von Kontrahierungspflichten herangezogen wird. Von Seiten des Gesetzgebers wird daher keinesfalls ausgeschlossen, dass eine Geschäftsverweigerung auch dann verwirklicht werden kann, wenn eine andere Sachverhaltskonstellation vorliegt, welche das Merkmal der Unerlässlichkeit nicht vorsieht. Dies wird auch dadurch ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit Art. 7 KG eine Anlehnung an die Missbrauchsvorschrift des EU-Wettbewerbsrechts herstellen wollte (vgl. E. 512), und Letzteres das Merkmal der Unerlässlichkeit nicht für alle Missbrauchsvarianten vorsieht, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

977. Bei der Missbrauchsvariante einer Zugangsverweigerung bildet das Merkmal der Unerlässlichkeit sowohl gemäss überwiegender Wettbewerbspraxis als auch nach herrschender Ansicht in der Literatur eine notwendige Voraussetzung für deren Verwirklichung (vgl. BGE 139 II 316, *Etivaz*, E. 6.1; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.1, „Encore faut-il que les concurrents n'aient aucune solution de remplacement“; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 147, 149; EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41 f.; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 125; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.84; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.599; a.A. WEKO, RPW 2016/4, 920, *Sport im Pay-TV*, Ziff. 627, wonach einerseits zwar ein Input als notwendig anzusehen sei, wenn es für den nachgelagerten Markt kein Substitut gebe, welches die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen, dies aber andererseits nicht bedeuten soll, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben; ebenso WEKO, RPW 2014/1, 215, *Swatch Group Lieferstopp*, Ziff. 319 f.; zustimmend STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 238 f., wonach die Unerlässlichkeit auf die Fähigkeit "wirksam konkurrieren zu können", nicht aber auf die vollständige Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt ausgerichtet sei).

978. Die Unerlässlichkeit bezieht sich dabei auf das Einsatzgut als Objekt der Geschäftsbeziehung. Dabei überschneidet sich der Inhalt des Merkmals allerdings mit demjenigen des Kriteriums der Wesentlichkeit einer Einrichtung. Die Wesentlichkeit einer Einrichtung ergibt sich aufgrund von deren Alleinstellung, weil es sich hierbei um eine rechtlich, faktisch oder ökonomisch nicht oder nur schwer duplizierbare Einrichtung handelt (vgl. E. 851 f.). Aufgrund dieser Alleinstellung folgt aber sachlogisch, dass die wesentliche Einrichtung als Einsatzgut für eine vorgesehene Nutzung auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auch ohne Weiteres notwendig ist (vgl. EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41 f.; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 146, 149: „wonach Clearstream aufgrund ihrer faktischen Monopolstellung ein unerlässlicher Handelspartner auf dem Markt für primäre Abrechnungsdienstleistungen im Wertschriftenhandel war [...], weshalb der Zugang zu ihr unerlässlich war für die Erbringung von sekundären Abrechnungsdienstleistungen im Wertschriftenhandel“). Die Begriffe „unerlässlich“ und „wesentlich“ bilden letztlich zwei Kehrseiten der gleichen Medaille (im Ergebnis so bereits EuG, EU:T:1998:198, *European Night Services*, Ziff. 208: „[...] da sie unerlässlich seien, oder wie die Parteien in ihren Schriftsätzen und der mündlichen Verhandlung erörtert haben, wesentliche Infrastrukturen darstellten [...]“, sowie Ziff. 209: „[...] im Besitz von für den Zugang zum relevanten Markt „unerlässlichen“ oder „wesentlichen“ Infrastrukturen, Erzeugnissen oder Dienstleistungen, wenn diese nicht austauschbar sind [...]“). Nur wenn die Anforderungen an die Wesentlichkeit und damit an die Alleinstellung der Einrichtung im Rahmen der Prüfung einer Geschäftsverweigerung herabgesetzt würden, ergäbe sich die Notwendigkeit für eine zusätzliche Abgrenzung, in welchen Fällen die Nutzung auch tatsächlich notwendig und damit die Unerlässlichkeit gegeben wäre. Ansonsten kommt dem Tatbestandsmerkmal der Unerlässlichkeit kein selbständiger Anwendungsbereich zu, der inhaltlich über die Wesentlichkeit der Einrichtung hinausreicht. Regelmässig erfolgt denn auch keine getrennte Untersuchung sowohl der Wesentlichkeit der Einrichtung als auch der Unerlässlichkeit des Einsatzguts (vgl. HGER KT. AARGAU, RPW 2004/4, 1203, *Swiss Football League*, Ziff. 3.2.2). Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit des Zugangs für eine entsprechende wirtschaftliche Betätigung aufgrund einer singulären und nicht einer kumulativen Betrachtung (vgl. BGE 129 II 497, *EEF*, 6.5.2, „[...] refuse, sans raisons justificatives objectives, de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval [...]). Dementsprechend überlagern sich teilweise sogar die

jeweiligen Begriffserläuterungen zur Wesentlichkeit der Einrichtung und der Unerlässlichkeit des Einsatzguts (vgl. WEKO, RPW 2014/1, 117, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, Ziff. 106: „Der Zugang zu einer Einrichtung ist dann als notwendig anzusehen, wenn es kein tatsächliches oder potenzielles Substitut gibt, das die Wettbewerber für eine Tätigkeit auf dem besagten Markt verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen“, sowie WEKO, RPW 2016/4, 920, *Sport im Pay-TV*, Ziff. 627: „Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die nachteiligen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen [z.B. durch Duplizierung des Inputs]“).

979. Bei der Missbrauchsvariante einer Lizenzverweigerung bildet das Merkmal der Unerlässlichkeit nach der Wettbewerbspraxis und nach Ansicht der Literatur ebenfalls eine notwendige Voraussetzung für deren Feststellung (vgl. EuGH, EU:C:1995:98, *Magill*, Ziff. 52; EuGH, EU:C:2004:257, *IMD Health*, Ziff. 42; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn.148; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 256; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.614).

980. Hierbei besteht eine gewisse inhaltliche Überschneidung zwischen dem Merkmal der Unerlässlichkeit und den weiteren Anforderungen einer Lizenzverweigerung. Die Unerlässlichkeit bezieht sich auf das Einsatzgut als Objekt der Geschäftsbeziehung, wobei diesem aufgrund eines zu Grunde liegenden Immaterialgüterrechts als Primärprodukt eine Alleinstellung zukommt (vgl. E. 932 ff.). Gleichzeitig setzt die Lizenzverweigerung die Bereitstellung eines besonderen Vorteils für die Konsumenten in Gestalt einer Produktneuheit voraus (vgl. E. 1038 ff.). Aus der Alleinstellung des immaterialgüterrechtlich geschützten Primärprodukts folgt zwar regelmässig, nicht aber zwingend, dass es als Einsatzgut für die Herstellung einer Produktneuheit auf einem anderen Markt auch notwendig ist. Bei der Lizenzverweigerung verbleibt daher für das Merkmal der Unerlässlichkeit eine eigenständige inhaltliche Bedeutung.

981. Bei der Missbrauchsvariante eines Lieferabbruchs sieht die Wettbewerbspraxis das Kriterium der Unerlässlichkeit des Einsatzguts für die Verwirklichung des Tatbestands hingegen nicht vor. Vielmehr wird dabei allein das Fehlen von sachlich angemessenen Gründen zur Beendigung der Lieferbeziehung für eine Verwirklichung des Tatbestands vorausgesetzt (vgl. EuGH, EU:C:2008:504, *Glaxo*, Ziff. 34, 49, unter Verweis auf

die Urteile in Sachen *Commercial Solvents*, EuGH, EU:C:1974:18, Ziff. 25, und *United Brands*, EuGH, EU:C:1978:22, Ziff. 182/183, wobei der Lieferabbruch in Bezug zu den Missbrauchsformen einer Einschränkung des Absatzes sowie einer Diskriminierung gesetzt wird; WEKO, RPW 2005/1, *ETA*, 128, Ziff. 131). Denn mangels ausreichender und sachlich angemessener Gründe für die Einstellung einer Belieferung ist ein Lieferabbruch ausschliesslich auf die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ohne den Einsatz von Leistungswettbewerb und damit auf deren missbräuchliche Ausnutzung ausgerichtet (vgl. EuGH, EU:C:2008:504, *Glaxo*, Ziff. 50). Hingegen ist in diesem Zusammenhang der Aspekt des Fehlens einer tatsächlich bestehenden und/oder zumutbaren alternativen Bezugsmöglichkeit für das Einsatzgut nicht von Bedeutung.

982. In der Literatur werden hierzu unterschiedliche Ansichten vertreten. Während einerseits in Übereinstimmung mit der Wettbewerbspraxis auf das Merkmal der Unerlässlichkeit verzichtet wird (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.81; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 212; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, *EU-Kartellrecht*, Art. 102 Rz. 48; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 262; IMMENGA/MESTMÄCKER, *EUWBR*, § 19 Rn. 47 ff.; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 275; WIRTZ MARKUS M., in: Mäger [Hrsg.], *Europäisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2011, zit. *Kartellrecht*, 6C Rn. 107 ff.), wird es andererseits in Abweichung zur Wettbewerbspraxis auch im Rahmen eines Lieferabbruchs vorausgesetzt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 138; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.588; differenzierend CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 34 f., 44, nach denen das Merkmal bei einem Lieferabbruch allerdings weniger strikt zur Anwendung gelangen soll).

983. Auch bei der Lieferverweigerung bildet das Kriterium der Unerlässlichkeit nach der Wettbewerbspraxis keine zwingende Voraussetzung, weil sich die Beurteilung auch hier am Vorliegen von ausreichenden sachlich angemessenen Gründen ausrichtet (vgl. EuGH, EU:C:1986:421, *British Leyland*, Ziff. 12 ff.; EU-KOM, ABl. 1992 L 96/34, *British Midland*, Ziff. 26 f., wonach es ausreichend war, dass es sich bei der intendierten Geschäftsbeziehung um eine im Geschäftszweig lang geübte Gepflogenheit handelte; EuG, EU:T:1991:70, *Hilti*, Ziff. 100, wonach die verfolgte Strategie einschliesslich der festgestellten Lieferverweigerungen kein rechtmässiges Mittel des Wettbewerbs darstelle; WEKO, RPW 2001/1, 95, *Intensiv*, Ziff. 50, wobei die Beliebtheit der Produkte zur Charakterisierung als notwendige Vertriebsware führte, was wiederum ein Grund für die Ab-

lehnung eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds für die Lieferverweigerung war). Mangels einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung erlangt das Kriterium der Angewiesenheit eines Marktteilnehmers auf den Erhalt des Einsatzguts faktisch allerdings regelmässig eine gewisse Bedeutung für die Abwägung zwischen der unternehmerischen Freiheit des marktbeherrschenden Unternehmens und der Ermöglichung von Wettbewerb durch einen Marktteilnehmer zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs auf dem Primär- oder Sekundärmarkt (vgl. EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*, Ziff. 84, wonach ein Lieferabbruch regelmässig eher als missbräuchlich zu qualifizieren sei als eine Lieferverweigerung).

984. In der Literatur wird das Kriterium der Unerlässlichkeit einerseits nicht als zwingende Voraussetzung einer Lieferverweigerung qualifiziert (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.81; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, *EU-Kartellrecht*, Art. 102 Rz. 48; DE BRONETT GEORG-KLAUS, in: Wiedemann [Hrsg.], *Handbuch des Kartellrechts*, 3. Aufl. 2016, zit. *W-HdKR*, § 22 Rn. 78; IMMENGA/MESTMÄCKER, *EUWBR*, § 19 Rn. 47 ff.; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 280; WIRTZ, *Kartellrecht*; 6C Rn. 110 f.) und andererseits ausdrücklich vorausgesetzt (AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 138; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 207; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.588; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 24 f. und 44; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 285). Zudem wird teilweise geltend gemacht, dass bei einer Lieferverweigerung oder einem Lieferabbruch auf der Nachfrageseite, bei denen einem Initiator der Absatz an ein marktbeherrschendes Unternehmen verwehrt bleibe, das Merkmal der Unerlässlichkeit keine Anwendung finden könne und allein auf die Wettbewerbsverfälschung aufgrund der nachteiligen Einwirkung und allfällige sachliche Rechtfertigungsgründe abzustellen sei (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 208).

985. Eine übereinstimmende Ansicht in Wettbewerbspraxis und Literatur zur zwingenden Anwendung des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit für alle Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung besteht demzufolge nicht. Infolgedessen ergibt sich auch keine strukturelle Vorgabe zur Anwendung des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit im Rahmen der Prüfung einer Interoperabilitätsverweigerung.

986. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 952 f.), wonach das Merkmal der Unerlässlichkeit gemäss Wettbewerbspraxis und Literatur die zwingende Voraussetzung einer Geschäftsverweigerung darstelle,

sowie die damit zusammenhängenden Argumentationen sind demzufolge unzutreffend und für die vorliegende Beurteilung unbeachtlich.

987. Im Übrigen ist mit Bezug auf den Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 953), wonach die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung Fundstellen falsch zitiert habe, darauf hinzuweisen, dass auch die Mehrzahl der von ihnen aufgeführten Verweise in der Sache unzutreffend sind, weil sich diese Fundstellen lediglich auf eine Zugangs- oder Lizenzverweigerung beziehen.

(b) Inhalt

988. Inhalt und Umfang des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit betreffen den Aspekt, welches Ausmass an Möglichkeiten für eine Substitution des Einsatzguts durch Alternativgüter noch bestehen darf, damit eine Nutzung des Einsatzguts als unverzichtbar zu qualifizieren ist.

989. Die Wettbewerbspraxis hat zunächst eine strenge formale Abgrenzung des massgeblichen Ausmasses vorgenommen, um sie in der Folge in weiteren Entscheiden inhaltlich deutlich zu lockern.

990. Danach muss das Einsatzgut für die Ausübung der Tätigkeit des Initiators in dem Sinne unentbehrlich sein, dass kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz für das Einsatzgut vorhanden ist (vgl. EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41; a.A. einschränkend GOHARI RAMIN SILVAN, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, 2017, zit. *Verweigerung*, 591 ff., wonach das Merkmal der Unerlässlichkeit für alle Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung ausschliesslich auf den Zugang eines objektivierten, zureichend effizienten Marktteilnehmers zu einer bestimmten Ressource, mittels derer eine Innovationsleistung zwecks Befriedigung bislang unberücksichtigter Konsumentenpräferenzen erbracht werden müsse, ausgerichtet sein soll).

991. Dabei ist allerdings eine Unterscheidung zwischen gleichwertigen und nicht gleichwertigen Alternativen vorzunehmen (vgl. EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 374, 435, wonach das Erfordernis der Unverzichtbarkeit gegeben war, weil Alternativen nicht den gleich hohen Interoperabilitätsgrad hätten herbeiführen können; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 147 f., 152, wonach ein möglicher indirekter Zugang gegenüber einem direkten Zugang mit gewissen Nachteilen – wie knappen Fristen, grösserem Risiko, höheren Kosten und möglichen Interes-



senkonflikten – verbunden gewesen wäre und daher nicht als Substitut habe qualifiziert werden können). Nicht gleichwertige Alternativen stellen dabei keine valablen Substitute für ein unerlässliches Einsatzgut dar, weshalb das Vorliegen von möglichen, aber nicht gleichwertigen Alternativen einer Feststellung der Unerlässlichkeit nicht entgegensteht. Demzufolge setzt die Unverzichtbarkeit des Einsatzguts zunächst voraus, dass die Gleichwertigkeit zwischen dem Einsatzgut und einem allfälligen Alternativgut gegeben ist. Gleichwertigkeit bedeutet dabei eine nahezu identische Nutzungs- bzw. Verwendungsmöglichkeit.

992. Darüber hinaus wurde auch die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit als Voraussetzung für die Herstellung eines Substituts für das Einsatzgut anerkannt (vgl. EuGH, EU:C:2004:257; *IMS Health*, Ziff. 28 f.; „wenn die Entwicklung der entsprechenden Produkte unrentabel wäre, wenn sie in vergleichbarem Umfang hergestellt bzw. erbracht würden wie von dem [Anm.: marktbeherrschenden] Unternehmen“; EU-KOM, 2.6.2004, COMP/38.096, *Clearstream*, Ziff. 210-215, 227, wonach die Herstellung eines Substituts/Alternativguts keinen Sinn machen würde, weil es mit hohen Kosten verbunden sei und die Marktteilnehmer nur einen Anbieter für die in Frage stehenden Dienstleistungen erwarten würden).

993. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit grundsätzlich wie folgt umschreiben (vgl. auch CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 25 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.585): Die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist für den Initiator ohne das jeweilige Einsatzgut nicht möglich bzw. nicht zumutbar, weil (i) ein gleichwertiges Alternativgut nicht vorhanden ist, oder (ii) potenzielle Alternativgüter keine sachlich ausreichende Gleichwertigkeit hinsichtlich ihrer Verwendungsfähigkeit aufweisen, sowie (iii) keine Möglichkeit zur Herstellung eines gleichwertigen Alternativguts mit sinnvollen wirtschaftlichen und/oder sachlichen Mitteln innerhalb eines angemessenen Zeitraums besteht.

994. Der Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Unerlässlichkeit weist demzufolge kein feststehendes absolutes Kriterium auf, sondern bildet eine relative Schwelle mit einem Beurteilungsspielraum, welche je nach unterschiedlicher Sachverhaltskonstellation im Einzelfall zu bestimmen ist.

995. Für diese inhaltliche Festlegung ist es entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen irrelevant, ob die vorgesehene wirtschaftliche Betätigung des Initiators auf einem Sekundärmarkt vollständig oder teilweise

verunmöglicht wird (vgl. E. 958 ff.), ob die fehlende Verfügbarkeit des Einsatzguts einen Marktaustritt zur Folge hat (vgl. E. 956 f.) und ob die Einschränkung der Wettbewerbsfähigkeit vorhersehbar war (vgl. E. 955). Diese Aspekte erlangen – wenn überhaupt – erst im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung Bedeutung. Massgebend für die Beurteilung der Unerlässlichkeit ist allein die sachliche Relevanz des Einsatzguts für das vom Initiator hergestellte Sekundärprodukt.

996. Gleiches gilt im Ergebnis auch für den Einwand der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf den Nutzungszweck des Sekundärprodukts (vgl. E. 954), wonach die Unerlässlichkeit bei einer blossen Nachahmung durch das Sekundärprodukt nicht gegeben sei. Zum einen betreffen die Schnittstelleninformationen für die DCC-Funktion nicht die DCC-Funktion selbst. Zum anderen bezweckt das Urheberrecht auch keinen Schutz des Herstellers vor Konkurrenzprodukten (vgl. E. 583 f.).

(c) Unerlässlichkeit von Schnittstelleninformationen

997. Bei einem Vergleich zwischen der Interoperabilitätsverweigerung und den anderen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung ist festzustellen, dass die Interoperabilitätsverweigerung nicht mit einer Zugangsverweigerung oder einer Lizenzverweigerung gleichgestellt werden kann. Bei Letzteren ergibt sich das Merkmal der Unerlässlichkeit aus der Alleinstellung, die der wesentlichen Einrichtung bzw. dem immaterialgüterrechtlich geschützten Primärprodukt zukommt. Eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des marktbeherrschenden Unternehmens über diese Primärprodukte kann angesichts von deren besonderer Bedeutung auch nur unter entsprechend gewichtigen Voraussetzungen vorgenommen werden. Deshalb muss die Verwendung dieser Primärprodukte auf dem Sekundär- oder Tertiärmarkt notwendig sein. Im Gegensatz dazu stellen Schnittstelleninformationen kein Primärprodukt dar, sondern sie stehen lediglich in Zusammenhang mit einem Primärprodukt (vgl. E. 857 ff). Ihnen kommt zudem keine eigenständige Bedeutung zu, auch wenn sie faktisch für die sachgerechte Nutzung des Primärprodukts zwingend erforderlich sind. Aus systematischer Sicht sind Schnittstelleninformationen daher nicht in gleicher Weise wie wesentliche Einrichtungen und Immaterialgüterrechte zu behandeln. Ein Vergleich mit diesen Missbrauchsvarianten führt demzufolge nicht zur Anerkennung der Unerlässlichkeit als notwendigem Tatbestandsmerkmal einer Interoperabilitätsverweigerung.

998. Ungeachtet dessen bildet bei Schnittstelleninformationen als Gegenstand einer Geschäftsverweigerung das Kriterium der Unerlässlichkeit aufgrund des Einsatzzwecks der Schnittstellen ein Ausschlussmerkmal, welches systembedingt prinzipiell vorliegt und nur in Ausnahmefällen nicht gegeben ist.

999. Denn Schnittstellen sind per se notwendig für die Herstellung von Interoperabilität zwischen verschiedenen technischen Geräten und Applikationen, insbesondere EDV-Komponenten. Demzufolge ist die Kenntnis der entsprechenden Schnittstelleninformationen ebenfalls zwingend notwendig für die Herstellung von Interoperabilität, weil sich eine Datenübertragung ohne Kenntnis von der konkreten technischen Ausgestaltung von deren Ausgangs- bzw. Empfangsstellen von vornherein planungstechnisch nicht zuverlässig sicherstellen und betriebstechnisch nicht ordnungsgemäss abwickeln lässt (vgl. E. 546 ff.).

1000. Bei vernetzten EDV-Komponenten, für deren bestimmungsgemässe Nutzung die Anbindung an andere Produkte erforderlich ist, würde die Verweigerung einer Offenlegung der für die Anbindung notwendigen Schnittstelleninformationen demzufolge dazu führen, dass sie überhaupt nicht einsatzfähig sind. Die Offenlegung von Schnittstelleninformationen bildet demzufolge eine notwendige Voraussetzung für den bestimmungsgemässen Einsatz eines solchen Produkts (vgl. E. 552).

1001. Schnittstelleninformationen werden dementsprechend von Art. 17 Abs. 2 URV gerade dadurch charakterisiert, dass sie zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Programms unerlässlich sind (vgl. E. 551).

1002. Mit der Markteinführung eines vernetzten Primärprodukts bringt das jeweilige Unternehmen – bei dem es sich um den Hersteller, den Importeur oder einen Generalvertreter handeln kann – implizit zum Ausdruck, dass das Produkt für die anderen Netzteilnehmer verfügbar ist und über die Schnittstellen andere technische Geräte und Applikationen angebunden werden können.

1003. Soweit es sich beim Markteinführer um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt und der Wettbewerb auf dem jeweiligen Primärmarkt bereits durch dessen Existenz eingeschränkt ist, ergibt sich für die Hersteller von vernetzten Produkten die Notwendigkeit, die Anbindung ihrer Geräte und Applikationen an das Primärprodukt sicherzustellen. Da-

her besteht für ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich die Verpflichtung, die jeweiligen Schnittstelleninformationen für diese Anbindung offenzulegen.

1004. Eine Ausnahme von dieser Verpflichtung zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen besteht nur dann, wenn ein ausreichender, sachlich angemessener Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung einer Offenlegung generell oder zumindest gegenüber dem jeweiligen Initiator gegeben ist. Ein allgemeiner Grund hierfür ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Schnittstelleninformationen einem Normierungsstandard entsprechen, bereits allgemein bekannt gemacht wurden oder auf Anfrage einem Initiator bekannt gegeben werden.

1005. Die im Urheberrecht vorgesehene Möglichkeit zur Vornahme einer Dekompilierung von Software zur Gewinnung von Schnittstelleninformationen gemäss Art. 21 UrhG bildet aus kartellrechtlicher Sicht entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 963 f.) grundsätzlich weder eine Ausnahme von der Unerlässlichkeit von Schnittstelleninformationen noch eine Rechtfertigung für eine Verweigerung von deren Herausgabe. Denn angesichts der urheberrechtlich vorgesehenen Möglichkeit zur Dekompilierung von urheberrechtlich geschützten Produkten zwecks Erlangung von Schnittstelleninformationen zur Herstellung der Interoperabilität besteht aus systematischen und tatsächlichen Gründen keine Veranlassung, Schnittstelleninformationen durch das Kartellrecht einen besonderen Schutz zukommen zu lassen.

1006. Ungeachtet ihrer prinzipiellen Gleichrangigkeit stehen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht wie dargestellt (E. 81 ff., 543 ff.) in einem gesetzlich vorgegebenen Ausschliesslichkeitsverhältnis, das in Bezug auf die Herstellung der Interoperabilität von EDV-Komponenten zu Gunsten des Kartellrechts aufzulösen ist (vgl. E. 609 ff.). Aus sachlogischen Gründen folgt daraus a majore ad minus, dass eine zwingende wettbewerbsrechtliche Verhaltensnorm, die gegenüber den immaterialgüterrechtlichen Schutznormen zu Lasten des Schutzrechtsinhabers bereits prinzipiellen Vorrang genießt, nicht durch eine fakultative immaterialgüterrechtliche, ebenfalls zu Lasten des Schutzrechtsinhabers bestehende Handlungsmöglichkeit Dritter eingeschränkt wird.

1007. Demzufolge kann der allgemeinen Dekompilierungsregelung in Art. 21 URG, die zu Lasten eines Schutzrechtsinhabers lediglich eine fakultative Handlungsmöglichkeit zu Gunsten Dritter vorsieht, bereits aus

systematischen Gründen kein Anwendungsvorrang gegenüber der durch Art. 7 KG statuierten uneingeschränkten Handlungsanweisung zu Lasten marktbeherrschender Unternehmen zukommen.

1008. Der systematische Anwendungsvorrang der kartellrechtlichen Vorschrift besteht dabei unabhängig vom Gegenstand der Dekompilierung oder von den jeweils beteiligten Parteien.

1009. Daher ist auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 965), wonach die angefochtene Verfügung ein gleichrangiges Bundesgesetz de facto und contra legem ausser Kraft setzen würde, unzutreffend.

1010. Des Weiteren ist in tatsächlicher Hinsicht zu beachten, dass die Möglichkeit zu einer allfälligen Erlangung der Schnittstelleninformationen mittels einer Dekompilierung gemäss den Grundsätzen der Wettbewerbspraxis grundsätzlich auch keine wirtschaftlich und sachlich gleichwertige Alternative gegenüber einer Herausgabe der entsprechenden Schnittstelleninformationen durch das marktbeherrschende Unternehmen darstellt.

1011. Bei einer Dekompilierung handelt es sich nicht um ein alternatives Produkt zu Schnittstelleninformationen, das frei verfügbar ist und von einem Initiator ohne Schwierigkeiten auf einem Markt erworben werden kann. Da eine rechtmässige Dekompilierung voraussetzt, dass die erlangten Daten vom Dekompilierer nicht an weitere Dritte herausgegeben werden (vgl. E. 585), müsste sie von jedem Initiator eines marktbeherrschenden Unternehmens selbst durchgeführt werden.

1012. Eine Dekompilierung stellt allerdings unstreitig ein aufwendiges und kostspieliges Verfahren dar, das mit vielen technischen Risiken behaftet und dessen Erfolg nicht absehbar ist (vgl. E. 581; EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 434 f.; EU-KOM, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 683 ff.). Eine Durchführung von technischen Verfahren zur Erlangung des Einsatzguts, bei denen der Erfolgseintritt auch bei ordnungsgemässer Umsetzung nicht sichergestellt ist, stellt von vornherein keine wirtschaftlich und sachlich zumutbare gleichwertigen Alternative für die Herausgabe des jeweiligen Einsatzguts durch das marktbeherrschende Unternehmen dar. Dies gilt insbesondere auch für Schnittstelleninformationen. So führen bereits kleine Fehler, die aufgrund des Dekompilierungsprozesses in Bezug auf die Schnittstellen auftreten können, dazu, dass eine dauerhafte stabile und ordnungsgemässe Abwicklung der Transaktionen zwischen

den betreffenden EDV-Komponenten, hier dem DCC-Terminal und der Akzeptanz-Plattform, nicht gewährleistet wäre.

1013. Im Hinblick auf EDV-Komponenten von Zahlungskartensystemen wie Zahlungskartenterminals ist zudem davon auszugehen, dass die jeweiligen Programme einschliesslich von Schnittstelleninformationen durch besondere Massnahmen gegenüber einer Dekompilation abgesichert werden, um einer Abänderung des Programmcodes und einer darauf aufbauenden missbräuchlichen Verwendung der Komponenten vorzubeugen (vgl. E. 581).

1014. Überdies vermittelt eine Dekompilierung auch keine dauerhafte Sicherung der dadurch ermittelten Schnittstelleninformationen. Diesbezüglich verweist die Vorinstanz zutreffenderweise auf die entsprechenden Feststellungen im Verfahren *Microsoft*, aufgrund deren ein reverse engineering als Alternative zur Offenlegung ausdrücklich abgelehnt wurde (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 434 f.; EU-KOM, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 683 ff.). Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 964) ist es hierbei unerheblich, ob es sich beim Primärprodukt um eine komplexe oder eine schlichte EDV-Komponente handelt. So würde z.B. jede geringfügige Änderung der Ausgestaltung einer Schnittstelle durch das marktbeherrschende Unternehmen unabhängig von der jeweiligen EDV-Komponente die Notwendigkeit einer erneuten Dekompilierung durch alle Initiatoren nach sich ziehen. Die SIX-Gruppe könnte durch Änderungen der DCC-Schnittstelle wiederkehrend die anderen Terminalhersteller zur erneuten Durchführung von Dekompilierungsmassnahmen zwingen. So führen z.B. auch die Beschwerdeführerinnen ausdrücklich an, dass im Rahmen der Re-Zertifizierung der DCC-Funktion durch das Visa Card Scheme die Schnittstellen einem konstanten Wandel unterworfen und mehrfach überarbeitet und abgeändert worden seien (vgl. E. 665, 677).

1015. Darüber hinaus würde sich ein Initiator bei einer Durchführung von Dekompilierungsmassnahmen unweigerlich dem Risiko aussetzen, dass er von dem marktbeherrschenden Unternehmen wegen einer behaupteten unzulässigen Umsetzung der Dekompilierung in Anspruch genommen werden könnte. Die Anforderung einer Dekompilierung würde demnach sogar die Möglichkeit zu einem weiteren marktmissbräuchlichen Verhalten eröffnen.

1016. Schliesslich ist aus praktischer Sicht zu berücksichtigen, dass bei einer entsprechenden Anforderung das Merkmal der Unerlässlichkeit durch formale Aspekte überlagert würde. Da eine Dekompilierung nicht zwangsläufig zu einem Erfolg führt und die Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen zumindest nach einer erfolglosen Durchführung entsprechender Dekompilierungsmassnahmen anzuerkennen wäre, müsste im Rahmen eines Kartellverfahrens eine Abgrenzung zwischen ausreichenden und nicht ausreichenden Dekompilierungsmassnahmen sowohl im Hinblick auf eine korrekte vorgängige Abklärung durch den Initiator als auch in Bezug auf eine ordnungsgemässe Durchführung der Dekompilierung durch den Initiator vorgenommen werden.

1017. In gleicher Weise wäre die vorgängige Verhandlung zwischen einem Initiator und dem marktbeherrschenden Unternehmen durch den Aspekt einer ordnungsgemässen Durchführung der Dekompilierung belastet. Auch diesbezüglich würde die Anforderung einer Dekompilierung demnach die Möglichkeit zu einem weiteren marktmissbräuchlichen Verhalten eröffnen.

1018. Aufgrund der vorgenannten Aspekte und angesichts dessen, dass die Feststellung des Tatbestandsmerkmals auf einem Beurteilungsspielraum gründet (vgl. E. 994), ist die Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen ungeachtet der Möglichkeit einer Dekompilierung gemäss Art. 21 URG grundsätzlich zu bejahen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber den Schnittstelleninformationen auch urheberrechtlich gerade keinen Schutz gegenüber der Herstellung von Interoperabilität zukommen lässt und Dritten zu deren Feststellung hierbei sogar der Zugang zum Quellcode des eigentlichen Computerprogramms gewährt wird.

1019. Die Unerlässlichkeit des Einsatzguts entfällt auch nicht deshalb, weil sich die Abnehmer des jeweiligen Initiators allenfalls auf anderem Wege das Einsatzgut bzw. den Zugang hierzu verschaffen könnten (anders EuG, 14.9.2017, T-751/15, *Contact Software GmbH gg. EU-Kom*, EU:T:2017:602, zit. *Contact Software*, Rn. 161, für die Nutzung von Software im Rahmen der Fahrzeugherstellung). Denn im Regelfall ist es dem Initiator nicht möglich, sein Produkt ohne Kenntnis der Schnittstelleninformationen so auszugestalten, dass es mit dem Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens verbunden werden kann. Zudem ist offensichtlich, dass ein Konkurrent in Bezug auf einen Markt, bei dem der Wettbewerb aufgrund des Vorhandenseins eines marktbeherrschenden

Unternehmens bereits beeinträchtigt ist, keinen wirksamen Wettbewerb betreiben kann, wenn er für den Absatz seines Produkts gegenüber seinen Kunden als Bittsteller auftreten und um Einholung der notwendigen Schnittstelleninformationen sowie um die Herstellung einer dann immer noch notwendigen Verbindung zum Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens durch den Kunden nachsuchen muss.

(d) Sachverhalt

1020. Vorliegend ist die Herausgabe der Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform durch die SIX-Gruppe zum Anschluss von DCC-Terminals anderer Terminalhersteller zu beurteilen (vgl. E. 638 ff.).

1021. Die Kenntnis der Schnittstelleninformationen einer Akzeptanz-Plattform für die Abwicklung einer DCC-Währungsumrechnung, d.h. die notwendigen Informationen über die Ausgestaltung der Schnittstelle an der Akzeptanz-Plattform zur Abwicklung des Datentransfers zwischen Akzeptanz-Plattform und DCC-Terminals in Bezug auf die Durchführung der DCC-Währungsumrechnung, ist für die Hersteller von ep2-Terminals offensichtlich erforderlich, um bislang gebräuchliche ep2-Terminals zu DCC-Terminals aufrüsten zu können. Denn nur mit diesen Informationen kann sichergestellt werden, dass die DCC-Währungsumrechnung durch das DCC-Terminal ordnungsgemäss an die Akzeptanz-Plattform übermittelt wird.

1022. Diese Schnittstelleninformationen waren nicht im Kanon der durch den ep2-Standard geregelten Informationen vorhanden, weil die DCC-Währungsumrechnung nicht in den Umfang des ep2-Standards aufgenommen worden war (vgl. SV G.i). Für die Terminalhersteller bestand demzufolge keine andere Möglichkeit, als durch eine Offenlegung seitens der Betreiber der Akzeptanz-Plattformen Kenntnis von diesen Schnittstelleninformationen nehmen zu können.

1023. Die Kenntnis der anderen Terminalhersteller von den DCC-Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe ist daher notwendig für die Anbindung ihrer DCC-Terminals zur ordnungsgemässen Durchführung der DCC-Währungsumrechnung.

1024. Demzufolge ist die Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform gegeben.



1025. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 958 ff.), wonach sämtliche ep2-Terminals Substitute innerhalb des relevanten Markts bilden würden, weil gemäss der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts durch die Vorinstanz nicht ein allfälliger Markt für ep2-Terminals mit DCC-Funktion, sondern allein der Markt für den Verkauf von ep2-Terminals der relevante nachgelagerte Markt sei, ist hingegen unbeachtlich. Die Voraussetzung der Unerlässlichkeit bezieht sich auf das Einsatzgut und nicht auf die Sekundärprodukte des nachgelagerten Markts (vgl. E. 960, 995). Das Einsatzgut umfasst entweder Primärprodukte oder ein mit deren Nutzung in Zusammenhang stehendes Gut. Demzufolge bilden für einen Terminalhersteller die ep2-Terminals der jeweils anderen Terminalhersteller weder eine notwendige Voraussetzung noch ein Substitut zur Herstellung und zum Absatz der eigenen ep2-Terminals auf dem Markt für ep2-Terminals. Im Gegensatz dazu ist die Kenntnis der DCC-Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattformen, an welche diese ep2-Terminals angeschlossen werden müssen, eine notwendige Voraussetzung für die ordnungsgemässe Abwicklung von DCC-Transaktionen.

1026. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 963), die Unerlässlichkeit sei angesichts der Möglichkeit zu einer Dekompilierung ausgeschlossen, ist sowohl aus den vorstehend dargestellten systematischen Gründen (vgl. E. 1005ff.) unbeachtlich als auch aus den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls unbegründet.

1027. Die Berechtigung zur Dekompilierung eines Erstprogramms zwecks Erlangung von Schnittstelleninformationen setzt eine rechtmässige Nutzung des Erstprogramms mittels Erwerbs oder Lizenzierung eines Programmexemplars voraus (vgl. E. 585). Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen in anderem Zusammenhang ausdrücklich bestätigt (vgl. E. 533). Vorliegend hätte eine Dekompilierung demzufolge nur dann vorgenommen werden können, wenn einem Terminalhersteller ein Nutzungsrecht an der Software der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe zugestanden wäre. Die anderen Terminalhersteller konnten von der SIX-Gruppe die von Multipay eingesetzte individuelle Akzeptanz-Software aber offensichtlich weder erwerben noch lizenzieren, um die notwendigen Schnittstelleninformationen für den Anschluss von DCC-Terminals aus dieser Software auszulesen. Gegenteiliges wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht behauptet. Daher lag eine von den Beschwerdeführerinnen selbst als notwendig erachtete Voraussetzung für eine Dekompilierung vorliegend von vornherein gar nicht vor.

1028. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (E. 967), wonach die Dauer der Implementierung der DCC-Funktion durch Jeronimo nach Offenlegung der Schnittstellen die fehlende Unerlässlichkeit einer Herausgabe belege, ist bereits in sich widersprüchlich und sachlich nicht begründet.

1029. Zunächst ist festzuhalten, dass aus dem Verhalten eines Initiators nach einem Zeitablauf von rund zwei Jahren seit der Geltendmachung des Eingehungsverlangens kein Rückschluss auf die Unerlässlichkeit eines notwendigen Produktbeitrags gezogen werden kann. Den anderen Terminalherstellern wurde zwischen Januar und Juli 2005 durch die SIX-Gruppe in unterschiedlicher Weise mitgeteilt, dass die notwendigen Schnittstellen für die spezifische Ausgestaltung der DCC-Funktion auf den Zahlungskartenterminals für deren Anbindung an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe nicht herausgegeben würden. Diese Haltung wurde bis Januar 2007 aufrechterhalten. Für die anderen Terminalhersteller war daher für einen Zeitraum zwischen 19 und 24 Monaten unklar, ob sie den Händlern mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe ein funktionsfähiges Zahlungskartenterminal mit DCC-Funktion anbieten können. Bei objektiver Würdigung ist daher davon auszugehen, dass eine Implementierung der DCC-Funktion für die anderen Terminalhersteller berechtigterweise keine Priorität mehr aufwies. Denn ein Unternehmen, dessen Geräte eine bestimmte Funktion nicht aufweisen, muss andere Vermarktungsstrategien einsetzen, um den weiteren Absatz seiner Produkte sicherstellen zu können. Zudem war die DCC-Funktion nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen von den Händlern nicht in einem grossen Ausmass nachgefragt worden. Daher war es nach einem Zeitraum von annähernd zwei Jahren aus objektiver Sicht naheliegend, dass die Händler sich mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe, welche die DCC-Funktion nutzen wollten, bereits mit einem Zahlungskartenterminal eingedeckt hatten. Wenn nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen davon auszugehen ist, dass die Kunden wegen des Fehlens einer Funktion innerhalb eines bestimmten Zeitraums schon abgewandert sind, dann kann die Herstellung dieser Funktion auch keine Priorität mehr beanspruchen. Demzufolge lässt sich das Fehlen der Unerlässlichkeit des Einsatzguts entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen bereits aus sachlichen Gründen nicht aus dem Zeitablauf herleiten.

1030. Zudem ist Folgendes zu beachten. Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, wonach bei realistischer Betrachtung der Geschäftswelt ein Kunde nicht akzeptiert, dass eine Funktion eines Geräts

durch einen Hersteller zwar angekündigt, aber erst nach einem Zeitraum von zwei Jahren zur Verfügung gestellt werden kann, führt bei der gleichen realistischen Betrachtung der Geschäftswelt zu der vorstehend dargelegten Feststellung. Sie steht deshalb in Widerspruch zu der anderen Behauptung der Beschwerdeführerinnen, aus einem Zeitablauf von zwei Jahren nach Bekanntgabe der Schnittstelleninformationen könne die annähernd zwei Jahre vor diesem Zeitpunkt bei Geltendmachung des Eingehungsverlangens bestehende Unerlässlichkeit des Einsatzguts ausgeschlossen werden.

1031. Allerdings ist das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, wonach bei realistischer Betrachtung der Geschäftswelt ein Kunde nicht akzeptiere, dass eine Funktion durch ein Unternehmen zwar angekündigt, aber erst nach einem Zeitraum von zwei Jahren fertiggestellt werden könne, in anderem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung. Die Beschwerdeführerinnen bestätigen damit nämlich selbst folgenden Umstand: Der SIX-Gruppe war bewusst, dass die Verweigerung der Herausgabe der Schnittstelleninformationen für einen Zeitraum von zwei Jahren dazu führen würde, dass die anderen Terminalhersteller ihre Kunden mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe und der Intention zum Einsatz der DCC-Funktion bei der vorhersehbaren Bestellung eines entsprechend funktionsfähigen Zahlungskartenterminals verlieren würden. Dies ist in Zusammenhang mit der Beurteilung der Vorwerfbarkeit zu berücksichtigen (vgl. E. 1508 f.).

#### **i) *Produktneuheit***

1032. Gegenstand des besonderen Tatbestandsmerkmals der Produktneuheit bildet die Befähigung des Initiators zur Entwicklung eines bislang nicht verfügbaren Wirtschaftsguts oder zur Weiterentwicklung eines bestehenden Wirtschaftsguts durch den Erhalt des Einsatzguts.

##### **(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen***

1033. Damit eine Verweigerung der Mitteilung von Schnittstelleninformationen als Missbrauch qualifiziert werden könne, reicht es nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht aus, dass die allgemein bei einer Geschäftsverweigerung zu prüfenden Kriterien erfüllt seien. Vielmehr müsse die Lizenzverweigerung darüber hinaus eine für den Konsumenten vorteilhafte Entwicklung, insbesondere ein neues Produkt, verhindern, deren

Verwirklichung die Lizenz zwingend verlange. Wenn sich ein Unternehmen lediglich darauf beschränke, bereits bestehende Produkte des marktbeherrschenden Unternehmens nachzuahmen oder zu duplizieren, so sei dies nicht ausreichend. Es müsse im Gegenteil der Nachweis erbracht werden, dass ein neues Gut produziert werden soll, das seinerseits eine potenzielle Nachfrage der Konsumenten befriedige.

1034. Diese Anforderung an eine Lizenzverweigerung werde durch die einschlägigen Urteile in Sachen *Magill*, *IMS Health* und *Microsoft* bestätigt.

1035. So sei gemäss dem Grundsatzurteil *Magill* ein Kontrahierungszwang zur Lizenzierung von Immaterialgüterrechten nur unter aussergewöhnlichen Umständen gegeben. Diese würden voraussetzen, dass eine Verhinderung eines neuen Produkts, für welches eine Nachfrage bestehe, erfolge.

1036. Die angefochtene Verfügung enthalte keinerlei Angaben oder Ausführungen dazu, inwiefern die von Jeronimo entwickelte Variante der DCC-Funktion von Card Solutions ein neues Produkt bzw. eine Verbesserung oder Weiterentwicklung darstelle, für welche eine zusätzliche potenzielle Nachfrage bestehe. Jeronimo habe lediglich die Duplizierung der DCC-Funktion von Card Solutions beabsichtigt. Eine Innovation oder ein Konsumentennutzen mit Bezug auf die von Jeronimo duplizierte DCC-Funktion sei nicht ersichtlich. Die Vorinstanz erbringe daher nicht den Nachweis, dass ein neues Gut produziert werden soll, welches seinerseits eine potenzielle Nachfrage der Konsumenten befriedige.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

1037. Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, im vorliegenden Fall gehe es nicht um die Offenlegung eines geschützten Immaterialgüterrechts, sondern um die Offenlegung urheberrechtlich nicht geschützter Schnittstelleninformationen. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass die Europäische Kommission in ihrem *Microsoft*-Entscheid diese Voraussetzung nicht geprüft und stattdessen den Incentive Balance-Test angewandt habe, welcher auch in die angefochtene Verfügung Eingang gefunden habe. Auch das Europäische Gericht habe im *Microsoft*-Urteil die bis dahin geforderte Neuheit relativiert und eine technische Einschränkung zum Schaden der Verbraucher genügen lassen. Schliesslich führe die Offenlegung der Schnittstelleninformationen nicht zu einer Duplizierung der

DCC-Funktion, sondern dazu, dass die anderen Terminalanbieter die Interoperabilität ihrer Zahlungskartenterminals mit dieser Funktion hätten herstellen können.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

1038. Das Tatbestandsmerkmal der Produktneuheit zielt auf den Umstand ab, dass durch den Initiator unter Verwendung des Einsatzguts zu Gunsten der Verbraucher ein neuer Produktnutzen geschaffen wird und nicht nur eine ausschliessliche Nachahmung der bestehenden Verwendungsmöglichkeiten von bereits vorhandenen Produkten vorgenommen wird.

(a) Einsatzbereich

1039. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich dieses Tatbestandsmerkmals ist ohne Weiteres ersichtlich, dass die Missbrauchsformen des Lieferabbruchs, der Lieferverweigerung und der Zugangsverweigerung keine Anforderung einer Produktneuheit aufweisen. Die Zugangsverweigerung steht in Bezug auf die übliche und bestehende Nutzung einer wesentlichen Einrichtung und setzt nicht eine durch den Initiator vorgesehene neuartige Nutzung dieser Einrichtung voraus. Beim Lieferabbruch wird die weitere Belieferung eines bestehenden Produkts abgelehnt, weshalb für den Initiator die bisherige und nicht eine neuartige Verwendung des Produkts ausgeschlossen wird. Gleiches gilt auch für die Lieferverweigerung. Entsprechende Anforderungen wurden demzufolge soweit ersichtlich in der bisherigen Wettbewerbspraxis weder für die Zugangsverweigerung noch den Lieferabbruch noch die Lieferverweigerung gestellt (vgl. BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 284; a.A. GOHARI, *Verweigerung*, 591 ff., wonach eine Vorenthaltung des Zugangs zu einer bestimmten Ressource mittels derer eine Innovationsleistung zwecks Befriedigung bislang unberücksichtigter Konsumentenpräferenzen erbracht werden müsse, als notwendige Voraussetzung aller Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sei).

1040. Gemäss Wettbewerbspraxis bildet dieses Tatbestandsmerkmal allein eine Voraussetzung für die Verwirklichung einer Lizenzverweigerung (so ausdrücklich EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 334). Das Kriterium der Produktneuheit soll bei dieser Missbrauchsform sicherstellen, dass der Inhaber eines Immaterialgüterrechts vor einer blossen Verwertung des geschützten Primärprodukts durch einfache Nachahmung geschützt

wird. Denn der Schutz vor blosser Nachahmung bildet gerade den massgeblichen Inhalt eines Immaterialgüterrechts (vgl. E. 565).

1041. Diese Differenzierung hinsichtlich des Einsatzbereichs des Tatbestandsmerkmals der Produktneuheit wird auch von den Beschwerdeführerinnen anerkannt und selbst vorgetragen.

1042. Da die Interoperabilitätsverweigerung mangels einer für die Geschäftsverweigerung massgeblichen immaterialgüterrechtlichen Rechtsposition als eigenständige Missbrauchsform und nicht als Lizenzverweigerung zu qualifizieren ist (vgl. E. 943), ist das Tatbestandsmerkmal der Produktneuheit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen jedenfalls nicht als zwingendes Merkmal einer Geschäftsverweigerung zu berücksichtigen.

1043. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. E. 1037) bedeutet dies allerdings nicht zwangsläufig, dass dieses Tatbestandsmerkmal im Rahmen einer Interoperabilitätsverweigerung nicht berücksichtigt werden könnte.

1044. Die Beschwerdeführerinnen legen allerdings in keiner Weise dar, warum die Anforderung der Produktneuheit auch auf die Missbrauchsvariante einer Interoperabilitätsverweigerung Anwendung finden müsste.

1045. Eine sachliche Begründung für die Anwendung des Kriteriums der Produktneuheit als Voraussetzung einer Interoperabilitätsverweigerung ist ebenfalls nicht ersichtlich. Vielmehr sprechen gewichtige Aspekte gegen einen solchen Einsatzbereich.

1046. Gegenstand der Interoperabilität bildet die Verbindung zwischen einzelnen EDV-Komponenten. Der sachliche Gehalt des Begriffs der Verbindung weist keine Differenzierung zwischen bestehenden und neuartigen EDV-Komponenten oder von deren einzelnen Funktionen auf. Vielmehr besteht die Entwicklung einer Verbindung für eine anzubindende EDV-Komponente gerade in der Nachahmung der vorhandenen Anschlussmöglichkeiten bei den bereits bestehenden EDV-Komponenten. Schnittstelleninformationen sind demzufolge gerade auf Nachahmung ausgerichtet, weil ohne Nachahmung eine Vernetzung der mit den entsprechenden Schnittstellen ausgerüsteten Geräte und Applikationen und damit auch deren bestimmungsgemässer Gebrauch nicht möglich ist. Dem entspricht auch das massgebliche Verständnis von Art. 21 URG bzw. Art. 6 *Software-RL*. Danach ist eine Dekompilierung sowohl von zu-

gehörigen als auch von konkurrenzierenden EDV-Komponenten zulässig (vgl. E. 590 ff.).

1047. Bei einer Anerkennung der Produktneuheit als Tatbestandsmerkmal der Interoperabilitätsverweigerung würde sich die formale Problematik ergeben, dass nach einer Herausgabe der Schnittstelleninformationen an den ersten Initiator gegenüber allen weiteren Initiatoren das Fehlen dieses Merkmals durch das marktbeherrschende Unternehmen geltend gemacht werden könnte. Dadurch würde sich eine formale Markteintrittsschranke auf dem Markt der Produktneuheit zu Gunsten des ersten Initiatoren gegenüber dessen potenziellen Konkurrenten einstellen, ohne dass diese Alleinstellung der Produktneuheit sachlich begründet sein müsste. Zudem würden sich dadurch Umgehungsstrategien des marktbeherrschenden Unternehmens unter Mitwirkung von Drittunternehmen für eine Interoperabilitätsverweigerung eröffnen.

1048. Wenn der Aspekt der Produktneuheit als Voraussetzung für die Bekanntgabe von Schnittstelleninformationen zu qualifizieren wäre, bestünde die Gefahr, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Mitteilung der Schnittstelleninformationen gegenüber den Initiatoren von einer vorgängigen Mitteilung der vorgesehenen Produktneuheit abhängig machen würde. Dies würde dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, frühzeitig von der Entwicklung neuer EDV-Komponenten oder Funktionen Kenntnis zu erlangen. Die Möglichkeit der Konkurrenten, einen Wettbewerbsdruck durch Produktneuheiten zu generieren, würde demzufolge in der Praxis deutlich geschwächt werden. Die Anerkennung einer Anforderung der Produktneuheit im Rahmen einer Interoperabilitätsverweigerung würde zudem faktisch dazu führen, dass die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens gestärkt und deshalb der bereits geschwächte Wettbewerb weiter beeinträchtigt würde.

1049. Bei Interoperabilitätsverweigerungen findet demzufolge das Tatbestandsmerkmal der Produktneuheit keine Anwendung.

1050. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1033 ff.), mit denen die Berücksichtigung des Tatbestandsmerkmals der Produktneuheit als notwendige Voraussetzung für eine Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts geltend gemacht wird, sind demzufolge nicht entscheidungsrelevant. Dementsprechend ist auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1036 ), wonach kein ausreichender Nachweis für das Vorliegen einer Produktneuheit vorliege, unbeachtlich.

(b) Inhalt

1051. Auf nähere Erläuterungen zum Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Produktneuheit kann angesichts der vorliegenden Sachverhaltskonstellation verzichtet werden.

1052. Wie an anderer Stelle dargelegt wurde (vgl. E. 638 ff.), ist die wiederkehrende Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 928 f., 1036), die anderen Terminalhersteller hätten eine Kopie die DCC-Funktion der Card Solutions herstellen wollen, nicht richtig und daher unbeachtlich. Darüber hinaus ist die Behauptung auch schon deshalb unzutreffend, weil die anderen Terminalhersteller ganz offensichtlich in der Lage waren, selbst eine DCC-Funktion zu entwickeln und diese nach Anpassung an die notwendigen DCC-Schnittstellen für die Akzeptanz-Plattformen der übrigen Kartenakquisiteure gegenüber den Händlern im Markt anzubieten (vgl. SV H.k.).

**j) Besonderheiten des Einzelfalls**

1053. Gegenstand dieses besonderen Tatbestandsmerkmals bildet der Aspekt, dass im Einzelfall spezifische Umstände für die Beurteilung einer Ablehnung von geschäftlichen Beziehungen Beachtung verlangen.

1054. Vorliegend kann der Aspekt, dass die Verweigerung einer Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen vor dem Hintergrund des absehbaren notwendigen Austauschs der Zahlungskartenterminals vorgenommen wurde (vgl. SV F.f), als Besonderheit des Einzelfalls qualifiziert werden. Diesem Aspekt wird im Rahmen der anderen Tatbestandsmerkmale entsprechend Rechnung getragen.

**k) Wettbewerbsverfälschung**

1055. Den Gegenstand des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung bildet das Ausmass der potenziellen oder tatsächlichen nachteiligen Einwirkungen auf den bestehenden (Rest-)Wettbewerb auf den massgeblichen Märkten durch die Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens.



(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1056. Die Beschwerdeführerinnen machen eine Vielzahl wettbewerbstheoretischer sowie einzelfallbezogener Einwände in verschiedensten Darstellungen gegenüber einer Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung geltend. Diese Aspekte würden ungeachtet dessen, dass wettbewerbstheoretische Erklärungsmodelle auf vereinfachenden Annahmen beruhen, auch durch das Gutachten ESMT bestätigt.

1057. Zunächst bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass sich keine ausreichende ökonomische Begründung finden lasse, warum die SIX-Gruppe mit dem ihr von der Vorinstanz vorgeworfenen Verhalten den Markt hätte beeinträchtigen sollen.

1058. Bei jeder missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens müsse primär geprüft werden, ob für diese Verhaltensweise eine wirtschaftlich sinnvolle Schädigungstheorie (engl. theory of harm) bestehe. Soweit nicht erkennbar sei, wie ein Unternehmen mittels der vorgeworfenen Verhaltensweise effektiv einen Vorteil erzielen könne, bestehe die Vermutung, dass die Verhaltensweise nicht missbräuchlich sei.

1059. Das vorgeworfene Verhalten würde darin bestehen, dass Multipay aufgrund seiner vermeintlich marktbeherrschenden Stellung im Akzeptanzgeschäft die bei ihr angeschlossenen Händler zum Kauf eines Zahlungskartenterminals der Card Solutions bewege, indem sie nur bei diesen Geräten die DCC-Funktion unterstütze. Multipay profitiere jedoch in keiner Weise von den Verkäufen der Zahlungskartenterminals durch Card Solutions. Multipay habe daher auch kein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, dass primär Zahlungskartenterminals von Card Solutions verkauft würden. Im Übrigen liege jede Verhaltensweise, die Kunden zu einem Wechsel des Kartenakquisiteurs führen könnten, nicht im Interesse von Multipay. Multipay sei alleine daran interessiert, dass möglichst viele (potenzielle) Kunden die DCC-Dienstleistung nutzen könnten, damit im Ergebnis die DCC-Umsätze zunehmen würden. Der finanzielle Vorteil aus höheren DCC-Umsätzen sei vermutlich wesentlich grösser als derjenige aus dem Verkauf von einigen hundert Zahlungskartenterminals durch Card Solutions.

1060. Die konkrete Motivation von Multipay könne demzufolge nicht wettbewerbsverfälschend gewesen sein. Mangels eines Eigeninteresses von Multipay könne kein wettbewerbsverfälschendes Verhalten vorliegen.

1061. Die wirtschaftliche und rechtliche Kontrolle über die Offenlegung der Schnittstelleninformationen habe einzig bei der nicht marktbeherrschenden Card Solutions gelegen. Card Solutions hätte aber kein Interesse an einer Behinderung anderer Terminalhersteller gehabt. Card Solutions sei vielmehr daran interessiert gewesen, die von ihr selbst als Transaktionsverarbeiter abzuwickelnden DCC-Transaktionen zu maximieren. Dies sei wirtschaftlich wesentlich interessanter als der geringe Gewinn von Terminalverkäufen gewesen. Card Solutions sei nicht marktbeherrschend und daher auch nicht zur Herausgabe der Schnittstelleninformationen verpflichtet gewesen. Multipay habe keine Einwirkungsmöglichkeiten auf Card Solutions gehabt.

1062. Unter den Prämissen einer wettbewerbswidrigen Übertragung von Marktmacht vom Markt des Akzeptanzgeschäfts auf den Terminalmarkt sowie der Komplementarität von Akzeptanz-Dienstleistungen und Terminalleistungen könne der Gewinn aus der Marktmacht nur einmal abgeschöpft werden. Deshalb bestehe an einer Übertragung der Marktmacht vom Markt des Akzeptanzgeschäfts auf den Terminalmarkt kein Interesse. Da die Einkünfte aus den Akzeptanzverträgen die Einkünfte aus den Terminalverkäufen übersteigen würden, hätte die SIX-Gruppe ein wesentlich höheres wirtschaftliches Interesse an einer Verbreitung der Akzeptanzverträge als an einer Verbreitung der Zahlungskartenterminals.

1063. Im Hinblick auf das Ausmass der Wettbewerbsverfälschung machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung die Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt voraussetze. Die kartellrechtliche Kontrahierungspflicht sei eine ultima ratio, um eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu verhindern. Drohe keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, bestehe auch keine Kontrahierungspflicht. Dies habe schon die Botschaft (*Botschaft KG 1995*, 571) festgehalten mit der Formulierung: „Verbleibt dem Marktpartner aufgrund der beherrschenden Stellung keine Ausweichmöglichkeit, so kann diesem durch die Verweigerung der Geschäftsbeziehungen die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit verunmöglicht werden.“ Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei hingegen das Vorliegen einer blossen Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss der schweizerischen und europäischen Wettbewerbspraxis nicht ausreichend.

1064. Dies müsse entsprechend der europäischen Wettbewerbspraxis auch für Schnittstelleninformationen als immaterialgüterrechtlich geschützte Rechtsgüter gelten.

1065. Da die angefochtene Verfügung die Entscheidungen der europäischen Wettbewerbspraxis mit keinem Wort erwähne, habe sich die Vorinstanz mit diesen Entscheidungen auch nicht auseinandergesetzt. Die Vorinstanz würde demnach ohne Begründung von der massgeblichen europäischen Wettbewerbspraxis abweichen.

1066. Selbst wenn vom Ansatz der Vorinstanz auszugehen wäre, würde die Missbräuchlichkeit in jedem Fall voraussetzen, dass das betreffende Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zumindest geeignet gewesen sei, immerhin jeglichen Wettbewerb durch die betroffenen Unternehmen auszuschliessen. Diese Vorhersehbarkeit müsse aufgrund der Entscheidpraxis der europäischen Gerichte bei einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eindeutig gegeben sein.

1067. Im vorliegenden Sachverhalt habe tatsächlich aber gar keine individuelle Wettbewerbsbeseitigung vorgelegen. Weder die Anzeigestellerin noch ein anderer Terminalhersteller seien vom Wettbewerb völlig ausgeschlossen gewesen. Vielmehr seien alle Terminalhersteller während des relevanten Zeitraums auf dem Terminalmarkt tätig gewesen, wobei die genaue Zahl der hierbei vorgenommenen Verkäufe jedoch nicht offengelegt worden sei. Dies werde auch durch die Marktentwicklung bestätigt, weil sowohl die Verkäufe als auch die Marktanteile der Terminalhersteller angestiegen seien.

1068. Eine individuelle Wettbewerbsbeseitigung einzelner Terminalhersteller scheidet schon deshalb aus, weil diese den Händlern jederzeit ein eigenes Zahlungskartenterminal zusammen mit Akzeptanz- und DCC-Dienstleistungen von Aduno hätten anbieten können. Da diese demnach zumindest teilweise ein Paket aus Terminal-, DCC- und Akzeptanz-Dienstleistungen hätten schnüren können, sei der Nachweis, dass die anderen Kartenakquisiteure ein solches Paket nicht effektiv nachbilden konnten, nicht gelungen.

1069. Darüber hinaus könne die zeitweise Nichtverfügbarkeit einer Produktentwicklung den Wettbewerb im Markt nicht beseitigen. Ansonsten könne ein marktbeherrschendes Unternehmen niemals neue Funktionen für seinen Eigengebrauch oder auch für den Gebrauch durch Dritte entwickeln, ohne dies nicht sofort sämtlichen Konkurrenten offen zu legen.

1070. Nur ein geringer Teil der Kunden sei überhaupt an der DCC-Funktion interessiert gewesen. Ferner ergäbe die Auswertung des Zah-

lenmaterials, dass nur wenige der Händler mit einem DCC-Vertrag und aktueller DCC-Nutzung überhaupt ein DCC-Terminal im relevanten Zeitraum erworben hätten. Aus dem Umstand, dass ein kleiner Teil der Händler im relevanten Zeitraum ein Zahlungskartenterminal von Card Solutions gekauft und die DCC-Funktion genutzt hätte, könne nicht abgeleitet werden, dass die anderen Terminalhersteller vom Wettbewerb völlig ausgeschlossen gewesen seien. Da die DCC-Funktion nur von einem kleinen Teil der Händler genutzt werde, würde die Ansicht der Vorinstanz dazu führen, dass jeder einzelne Verkauf eines Zahlungskartenterminals durch ein Unternehmen mit Marktbeherrschung in einem anderen Bereich zu einem Missbrauch führen würde, unabhängig davon, ob der Verkauf wegen besonderer Ausstattung – wie z.B. DCC-Funktion, Motorleser, Geschwindigkeit, Beheizbarkeit – aus einer Laune des Händlers heraus oder dem Trend entsprechend – z.B. gleiches Zahlungskartenterminal wie die Grossverteiler – erfolge.

1071. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen könne die angefochtene Verfügung aber auch keine Wettbewerbsbeeinträchtigung darlegen.

1072. Die Vorinstanz wende keine bestimmte Definition an, aufgrund der eine Bestimmung erfolge, ab welchem Mass einer Einwirkung auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bestehen würde. Es könne nicht sein, dass jede Produktfunktion oder jedes Designmerkmal, das für einzelne Kunden von Interesse sei, sofort zu einer bussgeldbewährten Wettbewerbsverfälschung führen würde, wenn nicht alle Wettbewerber identische Produkte anbieten könnten. Der Wettbewerb habe gerade ein Ziel in Gestalt des Entwicklungsantriebs.

1073. In der angefochtenen Verfügung fehle in jedem Fall der Nachweis einer negativen Wirkung auf die Verbraucher oder die Marktteilnehmer. So seien weder eine direkte Preiserhöhung noch Marktaustritte als plausible Gefahr aufgezeigt worden.

1074. Die Vorinstanz komme zum Ergebnis, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben sei, weil die anderen Terminalhersteller über kein gleichwertiges Angebot für eine gewisse Anzahl an Zahlungskartenterminals verfügt hätten. Die Gleichwertigkeit der Angebote sei jedoch der falsche Prüfungsmassstab für eine Wettbewerbsverfälschung. Nicht das Angebot sei von Relevanz, sondern die Nachfrage.

1075. Bei dem fraglichen Verhalten handle es sich um eine blosse Übergangsproblematik, weil einer Lizenzierung nach Abschluss der Test- und Zertifizierungsphase nichts mehr im Wege gestanden hätte. Die Vorenthaltung des Verkaufs von Zahlungskartenterminals mit einer bestimmten Funktion habe nämlich nur einen beschränkten Zeitraum von einigen Monaten gedauert. Die kurzzeitige Einschränkung aufgrund der Test- und Zertifizierungsphase hätte ferner kaum zu einer Beeinträchtigung führen können, weil die DCC-Funktion während dieser Zeit primär bei schon bestehenden Kunden aufgeschaltet worden sei. Diese hätten mehrheitlich schon über die notwendigen Zahlungskartenterminals verfügt. Bei neu verkauften Zahlungskartenterminals sei die DCC-Funktion nur bei einem Bruchteil überhaupt Bestandteil des jeweiligen Leistungsumfangs gewesen. Demzufolge hätten bei 95% der Verkäufe keine übergangszeitlichen Beschränkungen bestanden.

1076. Die angefochtene Verfügung basiere nur auf einer Vermutung. Die Vorinstanz gehe lediglich vermutungsweise davon aus, dass eine Beeinträchtigung vorgelegen habe, weil die DCC-Funktion geeignet sei, einen Kaufentscheid zu beeinflussen. Entsprechende Sachverhaltsabklärungen hätten nicht stattgefunden. Mangels Abklärung und Quantifizierung des Beeinflussungsgrads könne jedoch kein Missbrauch konstruiert werden; dies sei völlig abwegig.

1077. Im Einzelnen sei nicht abgeklärt worden, welche Händler tatsächlich auf die DCC-Funktion verzichtet hätten. Daher lasse sich nicht feststellen, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgelegen habe.

1078. Des Weiteren sei im Einzelnen auch nicht abgeklärt worden, ob andere Funktionalitäten wichtiger gewesen wären, wie etwa Zahlungskartenterminals mit Motoreinzug für rasche Transaktionsabwicklung und beheizbare Zahlungskartenterminals, die von der Anzeigestellerin aber nicht angeboten würden. Auf direkte Nachfrage durch die Beschwerdeführerinnen bei einzelnen Abnehmern sei von diesen ausdrücklich bestätigt worden, dass die DCC-Funktion beim Kaufentscheid keine Rolle gespielt habe. Im Übrigen sei bei gewissen Händlern der Aufwand einer Aufrüstung mit der DCC-Währungsumrechnung einschliesslich DCC-Terminals und Schulung der Mitarbeiter aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht vertretbar gewesen, weshalb auf den Erwerb von DCC-Terminals verzichtet worden sei.

1079. Die angefochtene Verfügung halte auch nicht fest, wie viele Händler tatsächlich eine Entscheidung zu Ungunsten von Jeronimo wegen der fehlenden DCC-Funktionalität getroffen hätten. Auch insgesamt sei nicht dargelegt worden, dass die anderen Terminalhersteller effektiv weniger Zahlungskartenterminals aufgrund der DCC-Funktion verkauft hätten. Angesichts der in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Daten sei aber davon auszugehen, dass die anderen Terminalhersteller ihre Verkäufe in den Jahren 2005 und 2006 gegenüber 2004 signifikant um rund 20% von 6'000-7'000 Zahlungskartenterminals auf 8'733 bzw. 9'000 Zahlungskartenterminals hätten steigern können. Demzufolge sei eine Wettbewerbsbehinderung ausgeschlossen.

1080. Nach Beseitigung der angeblichen Behinderungswirkung sei keine deutliche Zunahme derjenigen Händler zu verzeichnen gewesen, welche die Akzeptanz-Dienstleistungen von Multipay in Kombination mit einem Zahlungskartenterminal eines anderen Herstellers als Card Solutions in Anspruch genommen hätten. Dies würde gegen das Vorliegen einer vorgängigen Beeinträchtigung sprechen.

1081. Faktisch könnten von vornherein nur diejenigen Händler betroffen gewesen sein, die bereits mit Multipay einen Akzeptanzvertrag abgeschlossen hätten. Bei allen anderen Händlern habe ja die Möglichkeit bestanden, ein anderes Paket an Kartenakquisiteur und Terminalhersteller zu wählen.

1082. Aus dem Umstand, dass zwischen Juli 2005 und Dezember 2006 bei {4'000-[•'•••]-5'000} Vertragspartnern die DCC-Funktion zugelassen worden sei, könne nicht abgeleitet werden, dass alle diese Händler (i) ein neues Zahlungskartenterminal gekauft hätten und (ii) auch in demselben Jahr die DCC-Funktion genutzt hätten. Diese Händler hätten nur über die vertraglichen Grundlagen verfügt, um die DCC-Funktion überhaupt aufschalten zu können. Ein Kauf von DDC-Terminals werde durch die angefochtene Verfügung nicht nachgewiesen.

1083. Gemäss angefochtener Verfügung soll bei {1'700-[•'•••]-1'800} Händlern eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nachgewiesen sein. Hierzu hätte aber festgestellt werden müssen, ob die Anzeigestellerin überhaupt jemals als Terminallieferantin in Frage gekommen wäre. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung hätte sich nur ergeben können, wenn exakt diese Händler ein Zahlungskartenterminal von Jeronimo hätten kaufen wollen, die dies bevorzugt hätten, aber aufgrund der vorübergehend nicht verfüg-

baren DCC-Funktion letztlich nicht erworben haben. Eine entsprechende Sachverhaltsermittlung sei nicht erfolgt. Der Nachweis, dass sich alle {1'700-[•'•••]-1'800} Händler, bei denen eine wettbewerbsbehindernde Wirkung aufgrund der Koppelungswirkung behauptet worden sei, ansonsten für einen Wettbewerber entschieden hätten, sei demzufolge nicht erbracht worden.

1084. Gemäss angefochtener Verfügung soll bei {2'000-[•'•••]-2'500} Händlern, die über einen DCC-Vertrag verfügten, eine Wettbewerbsbehinderung erfolgt sein, obwohl sie in besagtem Zeitraum keine Zahlungskartenterminals gekauft hätten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern bei einem Händler überhaupt eine Beeinträchtigung vorliegen könne, wenn dieser überhaupt kein Zahlungskartenterminal gekauft habe. In diesem Falle hätte Jeronimo ungeachtet der DCC-Funktion kein Zahlungskartenterminal verkaufen können. Ein Nachweis für die Wettbewerbsbehinderung dieser Händler werde von der Vorinstanz nicht beigebracht.

1085. Bezüglich weiterer {11'000-[••'•••]-12'000} Händler mit Zahlungskartenterminals ohne DCC-Vertrag könne keine Behinderung eingetreten sein. Vielmehr belege diese Zahl, dass diese Händler kein Interesse an der DCC-Funktion gehabt hätten und diese damit nicht habe zentral sein können, wie von der Vorinstanz behauptet werde.

1086. Demzufolge hätten bei 95% der Verkäufe an die Händler keine übergangszeitlichen Beschränkungen bestanden, welche den Erwerb eines Zahlungskartenterminals von einem anderen Terminalhersteller eingeschränkt hätten, weshalb eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht angenommen werden könne.

1087. Die Beschwerdeführerinnen machen zudem geltend, dass jedenfalls angesichts der geringfügigen Einwirkung auf den Wettbewerb eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht vorliegen würde.

1088. Die von der Vorinstanz vertretene Ansicht, wonach eine minimale, hypothetische Beschränkung in Bezug auf eine geringe Anzahl an Kunden für die Verwirklichung einer kartellrechtlichen Unzulässigkeit als ausreichend zu qualifizieren sei, führe dazu, dass selbst einzelne Funktionen eines Geräts den anderen Konkurrenten sofort offengelegt werden müssten.

1089. Die DCC-Funktionalität sei nur für Unternehmen mit einem grossen Anteil an Fremdwährungstransaktionen interessant. Eine Vielzahl der

Händler habe kein Interesse an dieser Funktion, weshalb sie kein relevantes Kriterium für einen Kauf darstelle. Deshalb bestünden keine Hinweise darauf, dass die DCC-Funktion beim Terminalkauf oder bei Händlern ohne mittelbares Interesse an DCC die Kaufentscheidung erheblich beeinflusst habe.

1090. In der relevanten Periode vom 5. Juli 2005 bis 8. Dezember 2006 seien {12'000-[●●'●●●]-15'000} Zahlungskartenterminals an zwei Grosskunden geliefert und verrechnet worden. Dies würde einem Anteil von mehr als {45-[●●]-55}% der in der angefochtenen Verfügung als relevant erachteten Anzahl an Zahlungskartenterminals entsprechen. Diese Zahlungskartenterminals seien von der Vorinstanz korrekterweise auch nicht berücksichtigt worden. Den Verkäufen sei ein ordnungsgemässes Ausschreibungsverfahren vorausgegangen, an dem alle Terminalhersteller hätten diskriminierungsfrei teilnehmen können und in dessen Verlauf die DCC-Funktionalität weder im Pflichtenheft noch in den von Card Solutions gemachten Angeboten aufgetaucht sei. Wenn die Grossverteiler das Kriterium der DCC-Funktionalität unberücksichtigt liessen, könne ihm keine Bedeutung zukommen. Vielmehr müsse daraus der Schluss gezogen werden, dass ep2-Terminals auch ohne die DCC-Funktion nachgefragt worden seien, weshalb dieser Funktion nicht die von der Vorinstanz zugeordnete Bedeutung zukäme.

1091. Zudem hätten sich sogar Händler, die einen Multipay-Akzeptanzvertrag gehabt hätten, bewusst gegen die DCC-Option entschieden. Auch seien die Fremdterminalkäufe nach der Beendigung der angeblichen Wettbewerbsbehinderung nicht angestiegen. Diese Aspekte würden ebenfalls gegen eine Wirkung als angebliche Wettbewerbsbehinderung sprechen.

1092. Auch der Verlauf der Absatzzahlen und Marktanteile belege, dass der DCC-Funktion keine massgebliche Bedeutung für die Kaufentscheidung der Händler zukäme und demzufolge keine Behinderung anderer Terminalhersteller vorliegen könne.

1093. Die Verkäufe der Card Solutions würden keinen eigenen Markt darstellen. Vielmehr müsse als Ausgangsbasis die Anzahl aller Zahlungskartenterminals, die noch auf den ep2-Standard hätten umgestellt werden müssen, als potenzieller Markt herangezogen werden. Massgebend wäre somit der Anteil der von Card Solutions gelieferten Zahlungskartenterminals an diesem Gesamtmarkt. Dieser Anteil beliefe sich auf weniger als



{1%-[•]-3%} des Gesamtmarkts. Bei diesem Volumen könne nicht von einer Wettbewerbsverfälschung gesprochen werden.

1094. Von der Gesamtzahl der in den Jahren 2005 und 2006 verkauften oder vermieteten Zahlungskartenterminals habe nur ein sehr geringer Anteil von {4-[•,•]-7}% im Jahr 2006 und {8-[•,•]-9}% im Jahr 2005 in Zusammenhang mit der Aufschaltung der DCC-Funktion gestanden. Für die in den beiden Jahren 2005 und 2006 gesamthaft zu betrachtenden Verkäufe und Vermietungen habe sich dieser Anteil auf {4-[•,•]-7}% belaufen.

1095. Von den 2005 und 2006 insgesamt in der Schweiz von allen Herstellern verkauften Zahlungskartenterminals seien lediglich {2-[•,•]-5}% (2005) bzw. {2-[•,•]-5}% (2006) von Card Solutions im Zusammenhang mit einer Aufschaltung der DCC-Funktion verkauft worden. Dieser Anteil sei derart minimal, dass ihr nicht die Bedeutung beigemessen werden könne, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung erfordere.

1096. Ausserdem hätte ein gewisser Anteil der betrachteten Händler ohnehin ein Zahlungskartenterminal von Card Solutions gekauft; eine plausible, aber konservative Schätzung hierfür würde sich auf 52% belaufen. Bei Abzug eines Anteils an Händlern, die ohnehin ein Zahlungskartenterminal von Card Solutions erworben hätten, belaufe sich der Anteil nur noch auf {0,5-[•,•]-2,5}% des Gesamtmarkts.

1097. Bei {600-[•••]-700} Händlern, die {0,5-[•,•]-2,5}% des Gesamtmarkts ausmachen würden, habe es sich um Neukunden gehandelt. Diese Neukunden seien nicht zu berücksichtigen, weil nur Händler betroffen hätten sein können, für die bereits ein Akzeptanzvertrag mit Multipay bestand. Abzüglich dieser Gruppe wären im Sinne der angefochtenen Verfügung, d.h. der angeblich {1'700-[•'•••]-1'800} Händler mit Interesse an DCC, nur noch {1-[•,•]-3}% und nicht {2-[•]}% bis [•]-5% des Gesamtmarkts betroffen.

1098. Aufgrund des Umstands, dass die Grossverteiler als bedeutendste Nachfrager die DCC-Funktion nicht als relevantes Entscheidungskriterium aufgeführt hätten und Jeronimo im Angebotsverfahren nicht habe obsiegen können, sowie den tatsächlichen Marktdaten sei es demzufolge plausibel, zu unterstellen, dass auch bei einer Lizenzierung der DCC-Schnittstelleninformationen gegenüber den anderen Terminalherstellern eine Vielzahl von Händlern dennoch Card Solutions präferiert hätten. Dafür, dass die Marktanteile der Wettbewerber bei Stabilität der absoluten

Verkaufszahlen gesunken seien und sie damit weniger von der Umstellung auf die ep2-Technologie profitiert hätten, lägen auch nachvollziehbare Erklärungen vor: (i) bestehende Kundenbeziehungen von Card Solutions; (ii) schlechtes Produktangebot, weil die Zahlungskartenterminals der SIX-Gruppe den Zahlungskartenterminals der Konkurrenz technisch überlegen seien und daher für den Händler die bessere Lösung darstellen würden; sowie (iii) fehlende Kundenrückgewinnung wegen Marktsättigung.

1099. Die Angaben der Anzeigstellerin zum Nachweis einer Behinderung seien widersprüchlich und daher unglaubhaft. Für die Behauptung, dass sich gewisse Kunden geweigert hätten, Zahlungskartenterminals zu bestellen, würden keine Belege in den Akten oder der angefochtenen Verfügung vorliegen. Die Behauptung, man hätte viele kleine Händler wie Apotheken, Bäckereien etc. verloren, sei aktenwidrig, weil nur ein verschwindend kleiner Anteil an Bäckereien (24), Apotheken (69) und Metzgereien (20) über einen DCC-Vertrag verfügen würden. Und diese Betriebe seien an Lokalitäten domiziliert, welche von Touristen frequentiert würden (Flughäfen, Bahnhöfe, Ferienorte).

1100. Diese prozentual verschwindend kleinen Verkäufe durch die anderen Terminalhersteller seien jedoch keinesfalls ein rechtsgenügender Beweis für eine Wettbewerbsbehinderung. Es handle sich jeweils um weniger als 2-4% der Unternehmen in diesen Branchen. Die Behauptung, ein bestimmtes Unternehmen sei wegen der DCC-Funktion auf Zahlungskartenterminals der Card Solutions umgestiegen, sei unzutreffend. Die Anfrage der Beschwerdeführerinnen bei diesem Unternehmen habe vielmehr ergeben, dass die DCC-Funktion nicht relevant gewesen sei. Die DCC-Funktion werde bis heute von diesem Unternehmen nicht benutzt. Die Vorinstanz sei mit Schreiben vom 11. November 2010 hierauf ausdrücklich hingewiesen worden. Die Behauptung der Anzeigstellerin, in 90% der Verkaufsgespräche habe die DCC-Funktion eine Rolle gespielt, sei nicht verifiziert worden, obschon die Verkaufsgespräche von Jeronimo angeblich schriftlich rapportiert worden seien. Es sei somit nicht ein einziges Mal abgeklärt worden, ob die Vorwürfe gerechtfertigt seien. Die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung selbst bestätigt, dass keine Wettbewerbsbeseitigung vorgelegen habe: „Ein bestimmter Restwettbewerb bezüglich Multipay-Händlern, welche nicht an der DCC-Funktionalität interessiert waren, blieb bestehen.“ Dabei sei es untertrieben, den vorherrschenden Wettbewerb in mehr als 96% des Markts als blossen Restwettbewerb zu bezeichnen.

1101. Die Auswertung des vorhandenen Zahlenmaterials durch die angefochtene Verfügung sei unzulänglich, wodurch sich erhebliche Verfälschungen der Tatsachen ergeben würden. Aufgrund des korrekt berücksichtigten Zahlenmaterials ergäbe sich vielmehr, dass der Anteil wesentlich geringer ausfalle, als von der Vorinstanz behauptet. In der Stellungnahme zum Antrag hätten die Beschwerdeführerinnen umfangreiche Unterlagen, Informationen und Daten hinsichtlich der fehlenden Relevanz der meisten Verkäufe zur Verfügung gestellt. Die Feststellung der angefochtenen Verfügung, wonach diese Angaben nicht zur Verfügung gestanden hätten, sei demnach aktenwidrig und irreführend.

1102. Die Behauptung der Vorinstanz, wonach vorliegend eine Wettbewerbsverfälschung stattgefunden habe, sei demnach wirklichkeitsfremd, nicht substantiiert und unbewiesen.

1103. Das konkrete Verhalten der SIX-Gruppe habe Effizienzgewinne erzeugt, weil ansonsten als Folge einer verfrühten Herausgabe von Schnittstelleninformationen erhebliche ökonomische Transaktionskosten eingetreten wären.

## (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

1104. Nach Darlegung der allgemeinen Dogmatik zur Frage des Behinderungsmissbrauchs und unter Bezugnahme auf die internationalen Leitentscheide *AT&T*, *IBM* und *Microsoft* hält die Vorinstanz in einem ersten Schritt fest, dass die Verhaltensweise von Multipay einen Verdrängungseffekt auf dem Terminalmarkt zur Folge gehabt habe und einen Behinderungsmissbrauch darstellen würde.

1105. Mit Bezug auf ihre bisherige Praxis und der dieser zu Grunde liegenden monopoly leveraging-Theorie und verschiedenen Literaturansichten sowie in Abgrenzung zur Praxis im europäischen Kartellrecht und der essential facilities-Doktrin legt die Vorinstanz dar, dass die Geschäftsverweigerung entgegen einer Ansicht in der schweizerischen Literatur keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs verlange, sondern bereits das Bestehen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung für die Erfüllung des Tatbestands ausreichend sei.

1106. Ansonsten würde sich ein Widerspruch zur Systematik des Art. 7 KG ergeben, weil bei allen anderen Missbrauchsformen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichend sei. Da alle Regelbeispiele in Verbin-

derung mit Art. 7 Abs. 1 KG zur Anwendung gelangen würden, und dieser die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Regelbeispiele vorgebe, müsse das Kriterium der Wettbewerbsbeeinträchtigung auch im Rahmen einer Geschäftsverweigerung Anwendung finden.

1107. Auch die ökonomische Literatur würde anerkennen, dass eine Marktverschliessung nicht zum Marktaustritt der Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt führen müsse. So würden 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. Hierbei würde aufgezeigt, weshalb sich solche Verdrängungspraktiken für ein marktbeherrschendes Unternehmen lohnen könnten.

1108. Das Erfordernis der Wettbewerbsbeeinträchtigung würde auch nicht bloss dazu führen, dass nur ein Wettbewerber, nicht aber der Wettbewerb selbst geschützt werde. Denn auch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung führe zu einer nachteiligen Einwirkung auf den wirksamen Wettbewerb an sich, weil sich ein Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten einen Vorteil verschaffe, welcher sich nicht aus der Wettbewerbsfähigkeit seiner Produkte ergebe.

1109. Vorliegend habe die Geschäftsverweigerung der Beschwerdeführerinnen dazu geführt, dass Jeronimo und andere Terminalhersteller Händlern, welche über einen Akzeptanzvertrag mit Multipay verfügt hätten oder einen solchen hätten abschliessen wollen, keine DCC-fähigen Zahlungskartenterminals anbieten können. Einzig Card Solutions sei in der Lage gewesen, diesen Händlern DCC-fähige Zahlungskartenterminals zu verkaufen. Durch diese Verhaltensweise sei der Wettbewerb auf dem Markt für ep2-zertifizierte Zahlungskartenterminals eingeschränkt worden, indem er für ein bestimmtes Kundensegment – Händler mit einem Akzeptanzvertrag mit Multipay, welche an DCC interessiert seien – de facto vollständig ausgeschlossen worden sei.

1110. Von Bedeutung für die Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung sei die dynamische Marktphase, denn der Terminalmarkt habe sich während der Zeitdauer der Geschäftsverweigerung in einer Umbruchphase befunden. Des Weiteren sei zu beachten, dass aufgrund des ep2-Standards in der massgebenden Zeitperiode gleichzeitig eine Marktöffnung stattgefunden habe, weil ep2-zertifizierte Kartenzahlungsterminals

unabhängig vom Terminalanbieter bei jedem Kartenakquisiteur hätten eingesetzt werden können. Dadurch seien die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb auf dem Terminalmarkt geschaffen worden. Während dieser Umbruchphase habe Multipay ab März 2005 mit dem Abschluss von DCC-Verträgen begonnen. Die Anzahl der abgeschlossenen DCC-Verträge belege die erhebliche Bedeutung dieser Funktion.

1111. Card Solutions habe im Jahr 2006 eine eigentliche Trendumkehr bewirken können. Während die Marktanteile der Card Solutions seit dem Jahr 2001 stark erodiert seien und die Konkurrenten bis zum Jahr 2005 hätten Marktanteile gewinnen können, habe sich die Situation im Jahr 2006 gewendet. Die Card Solutions habe ihren Anteil an den verkauften Zahlungskartenterminals massiv um über {20-[●●]-30}% auf rund {65-[●●]-75}% ausbauen können. Alle anderen Terminalanbieter hätten demgegenüber Marktanteile verloren und Hauptkonkurrent Jeronimo sei stark zurückgebunden worden. Der Anteil von Jeronimo an den Terminalverkäufen habe sich im Jahr 2006 gegenüber den beiden Vorjahren mehr als halbiert und sei auf rund {●●-●●}% eingebrochen.

1112. Des Weiteren macht die Vorinstanz geltend, der Ansicht der Beschwerdeführerinnen, wonach die Behinderungswirkung nicht nachgewiesen sei, könne nicht gefolgt werden. Die Untersuchung habe sich gerade nicht darauf beschränkt, einen Nachweis mit Bezug auf einzelne Kunden zu erbringen, was angesichts der Anzahl betroffener Händler eher illustrativen Charakter gehabt hätte. Selbst wenn den Beschwerdeführerinnen gefolgt und nur bezüglich der {1'700-[●●●]-1'800} Händler, welche gleichzeitig ein Zahlungskartenterminal gekauft und einen DCC-Vertrag geschlossen hätten, von einer Behinderung oder Beseitigung des Wettbewerbs ausgegangen werden würde, sei die Wirkung des Verhaltens bereits für eine derart grosse Anzahl an Händlern nachgewiesen, sodass sich eine Befragung der durch die Zeugen genannten Grosskunden erübrige. Die wettbewerbsbehindernde Wirkung des Verhaltens sei bereits dadurch genügend nachgewiesen, dass der Wettbewerb in der massgebenden Zeitperiode für {1'700-[●●●]-1'800} Händler beseitigt worden sei. Werde diese Verschliessung in Relation zu den Verkaufszahlen des grössten Konkurrenten Jeronimo mit {4'000-[●●●-●●●]-7'000} Zahlungskartenterminals während derselben Zeitperiode gesetzt, so ergebe sich ein Wert von rund {25-[●●-●●]-40}%. Der Missbrauch sei bereits damit erstellt. Die anlässlich des Hearings und in der Eingabe vom 11. November 2010 bzw. im Nachtrag vom 22. November 2010 vorge-

brachten Einwände der Beschwerdeführerinnen würden zu keiner neuen Einschätzung der Bedeutung der DCC-Funktion führen.

1113. Mit Bezug auf die konkrete Wettbewerbsbehinderung im vorliegenden Fall kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass die Card Solutions ihre Marktanteilsverluste gegenüber der Konkurrenz während der Zeitdauer der Verweigerung nicht nur habe stoppen, sondern ihren Marktanteil habe massiv ausbauen können. Diese Entwicklung sei massgeblich durch die Behinderung im Bereich der DCC-Funktion beeinflusst worden. Von Juli 2005 bis Dezember 2006 habe Card Solutions rund {11'000-[•••••]-12'000} Zahlungskartenterminals verkauft, bei welchen aufgrund der Geschäftsverweigerung der wirksame Wettbewerb behindert worden sei. Für {1'700-[•••••]-1'800} Händler sei es zu einer Wettbewerbsbeseitigung gekommen. Zudem habe die Verhaltensweise der SIX-Group das Potenzial gehabt, den Kauf von weiteren {2'000-[•••••]-2'500} Zahlungskartenterminals zu begünstigen.

1114. Im Ergebnis könne den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, wonach ihr Verhalten nur einen derart geringen Effekt auf dem Markt gehabt habe, dass gar nicht von einer Beseitigung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs habe gesprochen werden können. Zunächst sei eine Wettbewerbsbeseitigung beim Verkauf von {1'700-[•••••]-1'800} Zahlungskartenterminals bereits ein ausreichender Effekt, um von einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen. Des Weiteren sei zu beachten, dass bei einer Beurteilung des Verhaltens aus damaliger Sicht das Behinderungspotenzial bedeutend gewesen sei, zumal auch nicht absehbar gewesen sei, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Verhalten aufgeben würden. Die Beurteilung der Beschwerdeführerinnen berücksichtige zudem nicht, dass ein Terminalkauf auch dann von der Möglichkeit der Inanspruchnahme der DCC-Funktion beeinflusst sein könne, wenn diese Option in der Folge nicht in Anspruch genommen werde. Die Aufgabe des Verhaltens führe zu einer Reduktion der massgeblichen Behinderungsdauer, nicht aber zu einer anderen materiellen Beurteilung des Verhaltens selbst.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

1115. Bei der Beurteilung und Feststellung der auf einer Geschäftsverweigerung beruhenden Wettbewerbsverfälschung stellen sich zahlreiche allgemeine Einzelfragen, die vorliegend hinsichtlich des konkreten Sach-

verhalts von den Einwendungen der Beschwerdeführerinnen angesprochen werden und demzufolge einer Abklärung bedürfen.

(a) Ausgangslage

1116. Hinsichtlich dieser Einzelfragen sind dabei die gesetzgeberische Zielsetzung von Art. 7 KG sowie die entsprechenden Wertungen der EU-Wettbewerbspraxis zum Missbrauchs begriff zu beachten.

1117. Danach ist der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ein objektiver Begriff (vgl. *Botschaft KG 1995*, 518, 531, 569; BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 Rn. 39; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 84 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 85; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.552). Er erfasst solche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, welche die Struktur eines Markts beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln eingeschränkt wird, die sich von den Mitteln eines normalen Produktwettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsbeteiligten unterscheiden (EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 91; EuGH, 15.3.2007, C-95/04P, *British Airways plc* gg. EU-Kom, EU:C:2007:166, zit. *British Airways*, Ziff. 66; EuGH, 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark A/S* gg. Konkurrenterådet, EU:C:2015:615, zit. *Post Danmark II*, Ziff. 26; EuG, 20.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin* gg. EU-Kom, EU:T:2003:250, zit. *Michelin II*, Ziff. 54; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 140).

1118. Zwar nimmt der Umstand, dass ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, diesem nicht das Recht, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn sie bedroht sind, und es darf grundsätzlich auch in angemessenem Umfang so vorgehen, wie es dies zum Schutz seiner Interessen für richtig hält; ein entsprechendes Verhalten ist jedoch dann nicht zulässig, wenn es auf eine unangemessene Verstärkung dieser beherrschenden Stellung oder ihren Missbrauch abzielt (vgl. *Botschaft KG 1995*, 569; BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.1; EuGH, EU:C:1978:22, *United Brands*, Ziff. 184/194; EuGH, 9.11.1983, 322/81, *N.V. Nederlandsche Bandenindustrie Michelin* gg. EU-Kom, EU:C:1983:313, *Michelin I*, Ziff. 58; EuG, EU:T:2003:250, *Michelin II*, Ziff. 55; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*,

Ziff. 132; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 8; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.552).

1119. Einem marktbeherrschenden Unternehmen kommt demzufolge eine besondere Verantwortung zu, dass es durch sein Verhalten am Markt einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht (weiter) beeinträchtigt. Daher hat es auf die Anwendung von Praktiken zu verzichten, die nicht den Mitteln eines Leistungswettbewerbs entsprechen (vgl. *Botschaft KG 1995*, 569; BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; EuGH, 6.9.2017, C-413/14P, *Intel Corporation Inc. gg. EU-Kom u.a.*, EU:C:2017:632, zit. *Intel*, Ziff. 135; EuGH, EU:C:1983:313, *Michelin I*, Ziff. 57; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 134; EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 229; EuG, EU:T:2003:250, *Michelin II*, Ziff. 55; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 38; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 1; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 81; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 6).

1120. Daraus folgt zum einen, dass Unternehmen in beherrschender Stellung unter besonderen Umständen das Recht zu bestimmten Verhaltensweisen oder Massnahmen abzusprechen ist, die für sich genommen nicht missbräuchlich sind und die sogar nicht zu beanstanden wären, wenn sie von nicht beherrschenden Unternehmen an den Tag gelegt oder vorgenommen würden (vgl. EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 133; EuG, 17.7.1998, T-111/96, *ITT Promedia gg. EU-Kom*, EU:T:1998:183; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 38; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 687; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 81, 82).

1121. Zum anderen folgt daraus, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen die Verpflichtung zukommt, alle praktizierten Verhaltensweisen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 7 KG zu überprüfen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 38).

1122. Dem Anspruch auf Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs kommt dabei eine umfassende Schutzfunktion zu (vgl. *Botschaft KG 1995*, 518; BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2, „alle denkbaren Verhaltensweisen“; EuGH, 21.2.1973, 6/72, *Continental Can Inc. u.a. gg. EU-Kom*, EU:C:1973:22, zit. *Continental Can*, Ziff. 21, 27; EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 120; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 8; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 9; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 10; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 129; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 171). Deshalb werden durch das



Missbrauchsverbot sowohl der Wettbewerb als Ordnungssystem als auch die Individualinteressen der einzelnen Marktteilnehmer erfasst (vgl. E. 510).

1123. Zur Verhinderung einer weiteren Beeinträchtigung des noch verbliebenen, aber aufgrund des Vorliegens der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens bereits geschwächten (Rest-)Wettbewerbs sind demzufolge keine für den Wettbewerb nachteiligen Verhaltensweisen hinzunehmen, soweit im Einzelfall keine ausreichende Rechtfertigung aufgrund von objektiven Gründen hierfür gegeben ist (vgl. *Botschaft KG 1995*, 569; BGE 139 II 72, *Publigruppe*, E. 10.1.2; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 81; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 92 ff.; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 154; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 130; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 168, 170 f.).

(b) Notwendigkeit einer Schädigungstheorie im Einzelfall

1124. Dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1057 ff.), wonach die angefochtene Verfügung keine ausreichende Schädigungstheorie für das vorgeworfene Verhalten nachweisen könne, weil weder Multi-pay noch Card Solutions ein wirtschaftliches Interesse an einer Einschränkung des Einsatzes von DCC-Terminals von Drittherstellern durch die Händler gehabt hätten und sie dadurch auch wettbewerbstheoretisch keinen effektiven Vorteil hätten erzielen können, liegt die Frage zu Grunde, ob der Nachweis eines als Regelbeispiel statuierten wettbewerbswidrigen Marktmissbrauchs das Fehlen einer übergeordneten wirtschaftlich sinnvollen Erklärung für das jeweilige Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens voraussetzt oder nicht.

1125. Für eine Beantwortung dieser Frage sind die verschiedenen Aspekte von Bedeutung, die nachfolgend im Hinblick auf die unterschiedlichen, sich überlagernden Argumentationen der Beschwerdeführerinnen kurz darzustellen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass angesichts der Vielfalt an wirtschaftstheoretischen Erklärungsmodellen beinahe jedes Ereignis einer ökonomischen Rechtfertigung zugeführt werden könnte, wie dies von den Beschwerdeführerinnen in anderem Zusammenhang selbst vorgetragen wird (vgl. E. 1430). Zudem liegen jedem wirtschaftstheoretischen Erklärungsmodell vereinfachende Annahmen zu Grunde, was auch von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich eingeräumt wird (vgl. E. 1056). Diese beiden Aspekte sprechen bereits grundlegend gegen eine zwingende Anwendung einzelner wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle.

delle einschliesslich bestimmter Schädigungstheorien auf einen konkreten Einzelfall (vgl. BGE 143 II 279, Gaba, E. 6.2.1 f., wonach die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG autonom, d.h. ohne Berücksichtigung bestimmter ökonomischer Theorien zu erfolgen habe, vielmehr sei der mittels aller Auslegungselemente festzustellende Normsinn massgeblich).

1126. Mit der ausdrücklichen Statuierung der Geschäftsverweigerung als Regelbeispiel eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen hat der schweizerische Gesetzgeber klargestellt, dass jedenfalls mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt, die zudem gemäss Art. 49a KG ausnahmslos zu sanktionieren ist. Infolgedessen steht im Rahmen der Rechtsanwendung auf einen konkreten Einzelfall sowohl für die Wettbewerbsbehörden als auch für die Gerichte als Rechtsmittelinstanzen das Vorliegen einer ausreichenden ökonomischen Schädigungstheorie bei einer Erfüllung der massgeblichen Tatbestandsmerkmale ausser Frage. Dies gilt für die Geschäftsverweigerung ungeachtet dessen, dass für verschiedene Missbrauchsvarianten unterschiedliche Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen sind. Demnach scheidet eine Erörterung des Aspekts, ob bei einer Geschäftsverweigerung überhaupt und gegebenenfalls nach welcher bestimmten ökonomischen Theorie tatsächlich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb angenommen werden kann, von vornherein aus. Im vorliegenden Fall kommt den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zur massgeblichen ökonomischen Schädigungstheorie (vgl. E. 1058 ff.) daher für die Entscheidung in der Sache keine Bedeutung zu.

1127. Die von den Beschwerdeführerinnen für eine ausreichende Schädigungstheorie statuierte Voraussetzung, wonach die Erzielung eines effektiven Vorteils durch das marktbeherrschende Unternehmen infolge des in Frage stehenden Verhaltens erkennbar sein müsse (vgl. E. 1058), kann keine zwingende Anforderung an ein marktmissbräuchliches Verhalten darstellen. Ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens muss nämlich nicht auf die Erzielung eines effektiven Vorteils ausgerichtet sein, um die eigene marktbeherrschende Stellung auf einem Markt zu stützen oder auszubauen oder auf einen weiteren Markt auszudehnen. Vielmehr kann eine Einwirkung auf den Wettbewerb zu Lasten einzelner oder aller Konkurrenten auf dem Markt auch unter Inkaufnahme von eigenen Nachteilen vorgenommen werden (vgl. E. 1206). Die eigenen Nachteile werden dabei in der Erwartung hingenommen, dass die betroffenen Konkurrenten durch die jeweiligen Massnah-

men ebenfalls nachteilig belastet werden und diese ihre Nachteile letztlich weniger verkraften können als das marktbeherrschende Unternehmen. Angesichts dieser im Einzelfall jeweils ohne Weiteres möglichen Schädigungskonstellation kann der Ausschluss eines Marktmachtmissbrauchs durch das marktbeherrschende Unternehmen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht aus dem Fehlen eines effektiven, d.h. verifizierbaren Vorteils abgeleitet werden.

1128. Die von einem bestimmten wirtschaftlichen Verhalten ausgehende Behinderung von anderen Wettbewerbsteilnehmern ist demzufolge grundsätzlich anhand von dessen Geeignetheit für eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb zu beurteilen. Allfällig auftretende Vorteile zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens vermögen die Feststellung von nachteiligen Einwirkungen zu Lasten anderer Marktteilnehmer zu stützen, bilden aber keine notwendige Voraussetzung hierfür.

1129. Auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1062), wonach gemäss dem wirtschaftstheoretischen Erklärungsmodell der single monopoly-Theorie der Chicago School ein Gewinn aus der Ausübung von Marktmacht durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nur einmal abgeschöpft werden könne – weshalb die Multipay und die Card Solutions als rational handelnde Unternehmen gar kein Interesse an einer Einschränkung der Absatzbarkeit von DCC-Terminals durch Dritthersteller gehabt hätten –, kann nicht als Grundlage für eine zwingende Ableitung dienen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ausnahmslos im Einzelfall keinesfalls Handlungen zur Absicherung, zum Ausbau oder zur Ausdehnung seiner Marktstellung vornimmt, die nicht dem Leistungswettbewerb entsprechen würden und/oder nicht zumindest durch Rechtfertigungsgründe abgedeckt wären, wie dies zur Missbrauchsform der Kopplung ausführlich dargelegt wird (vgl. E. 1273 ff.).

1130. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die subjektiven Absichten auf Seiten der Multipay und der Card Solutions (vgl. E. 1059 ff.) sind angesichts der rechtserheblichen Grundlagen einer Prüfung von Art. 7 KG nicht von Bedeutung. Die Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs weist kein subjektives Tatbestandsmerkmal auf und beruht allein auf den objektiven Merkmalen der Marktbeherrschung sowie des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens (vgl. E. 1193 ff.; zum Aspekt der Vorwerfbarkeit als Grundlage einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG vgl. E. 1488 ff.). Demzufolge sind die konkreten Beweggründe eines Unternehmens, welche der Durchführung eines bestimmten wirtschaftli-

chen Verhaltens zu Grunde liegen, für eine Verwirklichung des Tatbestands von Art. 7 KG unerheblich; sie können allenfalls zum Nachweis des jeweiligen missbräuchlichen Verhaltens dienen.

1131. Auch die von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang vorgetragene Unternehmensdifferenzierung zwischen Multipay und Card Solutions (vgl. E. 1059 ff.) ist wie bereits dargelegt (vgl. E. 653 ff.) unbeachtlich, weil das massgebliche Kartellrechtssubjekt der Konzern und damit die SIX-Gruppe bildet und bei einer kartellrechtlichen Beurteilung nicht ausschliesslich auf eine einzelne Konzerngesellschaft abzustellen ist.

(c) Erheblichkeit einer Wettbewerbsverfälschung

1132. Zwischen den Parteien ist strittig, ob und allenfalls inwieweit die Erheblichkeit der Wettbewerbsverfälschung eine Voraussetzung für die Verwirklichung eines Marktmissbrauchs gemäss Art. 7 KG darstellt.

1133. In der schweizerischen Literatur wird die Notwendigkeit einer mehr als geringfügigen Intensität der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb für die Verwirklichung einer Wettbewerbsfälschung im Rahmen von Art. 7 KG teilweise ausdrücklich verlangt (vgl. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 718) oder abgelehnt (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 82), überwiegend jedenfalls nicht als Voraussetzung aufgeführt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 17 ff.; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 5; CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 I Rn. 64 f.; REINERT, *SHK-KG*, Art. 7 Rn. 1 ff.).

1134. Grundlage für die Feststellung, ob das Kriterium der Erheblichkeit eine Voraussetzung für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG darstellt, bildet eine Auslegung der Vorschrift unter besonderer Berücksichtigung von deren Schutzzweck.

1135. Aufgrund einer grammatikalischen Interpretation ergibt sich kein Erheblichkeitsmerkmal als Voraussetzung eines Marktmissbrauchs gemäss Art. 7 KG. Der Wortlaut der Vorschrift weist weder eine ausdrückliche Geringfügigkeitsschwelle auf noch ergibt sich aus der Formulierung der Vorschrift ein impliziter Hinweis darauf.

1136. Das gleiche Ergebnis stellt sich auch aufgrund einer historischen Interpretation ein. Die Botschaft nimmt keinerlei Bezug auf eine ungeschriebene Geringfügigkeitsschwelle. Dies steht im Gegensatz zu den Er-

läuterungen zu Art. 5 KG, in dessen Rahmen die Frage der Bagatellklausel ausdrücklich behandelt wird. Soweit der Gesetzgeber das Erheblichkeitsmerkmal auch im Rahmen von Art. 7 KG vorgesehen hätte, wäre es demzufolge naheliegend gewesen, dieses auch in den Erläuterungen zu dieser Vorschrift zu erwähnen. Es bestehen zudem auch keine ausreichenden Hinweise dafür, dass dieses Merkmal im Rahmen der parlamentarischen Beratungen als ungeschriebene Voraussetzung der Vorschrift qualifiziert wurde.

1137. Bei einer systematischen Interpretation könnte im Hinblick auf Art. 5 KG, der bei Wettbewerbsabreden eine Unterscheidung zwischen erheblichen und unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen vornimmt, eine entsprechende Differenzierung auch für Art. 7 KG in Betracht zu ziehen sein. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Ausgangslage für eine Regulierung von Wettbewerbsabreden und Marktmissbräuchen unterschiedlich ist. Während Wettbewerbsabreden zu einer erstmaligen nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führen, knüpft ein missbräuchliches Verhalten an der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens an, die ihrerseits bereits zu einer generellen Schwächung des Wettbewerbs geführt hat. Die Unerheblichkeit einer Wettbewerbsverfälschung bei Wettbewerbsabreden weist demzufolge von vornherein eine völlig andere Dimension als bei einem Marktmissbrauch auf. Daher lässt sich die Notwendigkeit eines Erheblichkeitsmerkmals im Rahmen von Art. 7 KG nicht aufgrund einer systematischen Auslegung aus der Voraussetzung eines Erheblichkeitsmerkmals in Art. 5 KG ableiten.

1138. Eine teleologische Auslegung der Vorschrift spricht aus mehreren Gründen schliesslich ebenfalls gegen die Anerkennung eines Erheblichkeitsmerkmals.

1139. Der Zweck des Art. 7 KG besteht in der Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs, weil der Wettbewerb bereits durch die Existenz der marktbeherrschenden Stellung geschwächt wird. Angesichts dieser Ausgangslage ist jede weitere Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch ein nicht dem Leistungswettbewerb entsprechendes Verhalten von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens zu verhindern.

1140. Da bereits eine geringe weitere nachteilige Einwirkung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens zu einer zusätzlichen Belastung des Wettbewerbs und der anderen Marktteilnehmer führt, bedarf es auch keiner Anerkennung eines Toleranzbereichs zu Gunsten eines

marktbeherrschenden Unternehmens. Mit der Anerkennung einer allgemeinen Geringfügigkeitsschwelle bestünde zudem die Gefahr, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Ausnutzung derartiger Freiräume seine Marktmacht und seinen Marktanteil unter Einsatz von Mitteln, die nicht einem Leistungswettbewerb entsprechen würden, in einzelnen kleinen Schritten sukzessiv weiter ausbauen könnte.

1141. Eine Anerkennung von Erheblichkeitsschwellen wäre auch deshalb nicht sachgerecht, weil diese im Einzelfall als Markteintrittsschwelle wirken könnten. Denn einem marktbeherrschenden Unternehmen würde dadurch die Möglichkeit eröffnet, wettbewerbliche Massnahmen zur Behinderung von neu in den Markt eintretenden Drittunternehmen durchzuführen, um sie wieder vom Markt zu verdrängen, bevor sie einen Marktanteil erlangen, der über der Erheblichkeitsschwelle liegt.

1142. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung hinsichtlich eines marktbeherrschenden Verhaltens einen gewissen Beurteilungsspielraum aufweist. Denn die Grenzlinie zwischen einer nachteiligen und einer unbestimmten Einwirkung auf den Wettbewerb kann nur mit einer gewissen Unschärfe gezogen werden. Dieser Beurteilungsspielraum überlagert jedenfalls im Bereich geringfügiger Einwirkungen den Aspekt der Erheblichkeit. Soweit bei geringfügigen Einwirkungen daher Zweifel über den Eintritt einer tatsächlichen Nachteilhaftigkeit des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens bestehen, wäre das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung ohnehin nicht gegeben.

1143. Zudem wäre in diesem Zusammenhang auch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu berücksichtigen, im Rahmen ihres Aufgreifermessens auf die Untersuchung eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens angesichts einer eher unwahrscheinlichen Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens und einem damit allenfalls verbundenen hohen Ermittlungsaufwand aus Gründen der Verhältnismässigkeit zu verzichten (vgl. SEKRETARIAT, 28.8.2018, 32-0256, *Services Après Vente*, Schlussbericht Zusammenfassung, Ziff. 20), die im Falle einer rechtsverbindlichen Bestätigung durch die Rechtsmittelgerichte die Grundlage dafür bieten würde, jedenfalls zweifelhafte Einzelfälle eines unerheblichen wirtschaftlichen Verhaltens sachgerecht zu behandeln.

1144. Als Ergebnis einer Interpretation der Vorschrift ist angesichts der vorstehenden Erwägungen festzustellen, dass Art. 7 KG kein Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Geringfügigkeitsschwelle aufweist.

1145. Dieses Ergebnis entspricht der Beurteilung von Erheblichkeitseinwänden durch die EU-Wettbewerbspraxis, wonach Art. 102 AEUV weder eine de minimis-Schwelle vorsieht noch einen spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb verlangt. Denn angesichts der marktbeherrschenden Stellung sei der Markt in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächt, weshalb jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen könne (vgl. EuGH, EU:C:1979:36, *Hofmann-La-Roche*, Ziff. 123; EuGH, 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark A/S* gg. Konkurrenterådet, EU:C:2015:615, zit. *Post Danmark II*, Ziff. 72, 74; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 154; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 167).

1146. Für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG ist es demnach nicht erforderlich, dass die nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb durch das missbräuchliche Verhalten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten.

1147. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1092 ff.) bilden daher die zahlreichen von ihnen dargelegten Berechnungen, mit denen die Geringfügigkeit des Verhaltens nachgewiesen werden sollte, von vornherein keine Grundlage dafür, dass die von der SIX-Gruppe ausgehende nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb mangels Erreichens eines bestimmten erheblichen Ausmasses nicht als Wettbewerbsverfälschung zu qualifizieren ist. Gleiches gilt für die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten allgemeinen Überlegungen (vgl. E. 1069 f., 1087 ff.), wonach der DCC-Funktion sowohl hinsichtlich des Terminalmarkts als auch der Geschäftstätigkeit einzelner Terminalhersteller keine Bedeutung beizumessen gewesen sei. Angesichts dessen kommt auch den Einwänden der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1098 ff.), wonach die Abklärungen der Vorinstanz unzureichend und fehlerhaft gewesen seien, keine Bedeutung zu. Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass entsprechend den Darlegungen der Vorinstanz (vgl. E. 1111 ff.) vorliegend nicht von einer geringfügigen Einwirkung auf den Wettbewerb auszugehen ist.

(d) Abgrenzung Beseitigung und Beeinträchtigung

1148. Im Hinblick auf das Ausmass der Wettbewerbsverfälschung, die sich als Folge der Behinderungs- oder Benachteiligungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens ergibt, ist zwischen den Parteien streitig, ob die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb den Grad einer Wettbewerbsbeseitigung erfordert oder ob hierfür eine blosser Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichend ist. Da die Parteien aus ihren gegensätzlichen Prämissen jeweils unterschiedliche Folgen ableiten, bedarf dieser allgemeine Aspekt einer grundsätzlichen Abklärung.

1149. Der dogmatische Ausgangspunkt für diese Abgrenzung besteht in der Festlegung des Grads der Wettbewerbsverfälschung als notwendige Folge einer Geschäftsverweigerung. Dabei stellt sich die Frage, ob die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb infolge der missbräuchlichen Verhaltensweise zwingend zu einer Wettbewerbsbeseitigung, d.h. zu einer vollständigen Elimination des Wettbewerbs, führen muss oder ob eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung ausreichend sein kann.

1150. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. E. 1106) lässt sich diese Frage nicht mit der Überlegung beantworten, wonach ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestände des Art. 7 KG systemwidrig wäre, weshalb für alle Missbrauchsgruppen eine blosser Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreichend und nicht dessen Beseitigung erforderlich sei. Da sich der Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bei den verschiedenen Sachverhaltskonstellationen mit vielfältigen Erscheinungsformen unter Einschluss der Notwendigkeit zur Berücksichtigung aller Besonderheiten des Einzelfalls ergibt (vgl. E. 796 f.), ist es nicht per se ausgeschlossen, dass eine bestimmte Missbrauchsvariante auch nur dann als unzulässig zu qualifizieren wäre, wenn sie zu einer vollständigen Aufhebung des Wettbewerbs führt, weil sich ihre nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb erst und nur dann einstellt. Im Übrigen steht diese Argumentation auch nicht in Einklang mit der bislang bestehenden Wettbewerbspraxis, die für die Lizenzverweigerung eine Beseitigung des Wettbewerbs vorsieht (vgl. E. 1160).

1151. Deshalb kann eine Qualifizierung der notwendigen nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb durch die Missbrauchsvariante einer Interoperabilitätsverweigerung nicht ohne Weiteres vorgenommen werden, sondern bedarf einer näheren Prüfung.



1152. Bei Geschäftsverweigerungen ist in der Literatur bislang umstritten geblieben, welche Folge die Wettbewerbsverfälschung aufweisen muss, damit von einem wettbewerbswidrigen Verhalten auszugehen ist.

1153. Nach einer Ansicht setzt eine Wettbewerbsverfälschung im Rahmen einer Geschäftsverweigerung voraus, dass die entsprechende Verhaltensweise zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 125 f.; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 13; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Ziff. 2.592).

1154. Nach anderer Ansicht ist hingegen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreichend und es bedarf keiner Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs (vgl. CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 27, 29; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.84; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 722; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 196; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 278; EILMANNBERGER/BIEN, *MüK-EUWBR*, Art. 102 Rn. 323; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 287).

1155. In der Wettbewerbspraxis werden für die unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen einer Geschäftsverweigerung divergierende Anforderungen an den Grad der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb gestellt.

1156. Die Feststellung eines Lieferabbruchs oder einer Lieferverweigerung setzt nach der Wettbewerbspraxis keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt voraus (vgl. E. 1176; EuGH, EU:C:1974:18, *Commercial Solvents*, Ziff. 25; EuGH, EU:C:1978:22, *United Brands*, Ziff. 182/183; EuGH, EU:C:1978:141, *BP*, Ziff. 40/42; EuG, EU:T:1991:70, *Hilti*, Ziff. 100; EuGH, EU:C:2008:504, *Glaxo*, Ziff. 34; ambivalent EuGH, EU:C:1985:394, *Telemarketing*, Ziff. 26). Vielmehr ist es für das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung bereits ausreichend, dass sich gewisse nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb ergeben können. Demzufolge genügt für diese Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung eine bloße Wettbewerbsbeeinträchtigung.

1157. Bei einer Zugangsverweigerung wird von der Wettbewerbspraxis regelmässig festgestellt, dass der Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt infolge der Ablehnungshandlung ausgeschaltet wurde, ohne dass dieser Aspekt dabei jeweils auch als zwingende Voraussetzung qualifiziert wird (vgl. BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.3, „[...] et exclut, dans le résultat, toute concurrence entre les fournisseurs d'énergie“; BGE 139 II 316 Ziff. 7, „[...]

qu'il n'existe pas de concurrence sur le marché de cette prestation, [...], de mettre l'infrastructure aussi à la disposition d'un concurrent potentiel [...]"; EuG, 15.9.1998, T-374/94 u.a., *European Night Services Ltd. u.a. gg. EU-Kom*, EU:T:1998:198, zit. *European Night Services*, Ziff. 209, „[...] keine gangbaren Alternativen für die möglichen Konkurrenten des Gemeinschaftsunternehmens gibt, die auf diese Weise vom Markt ausgeschlossen würden“; EU-KOM, COMP/39.315, *ENI*, Ziff. 40; EU-KOM, 3.12.2009, COMP/39.316 – *GDF*, Ziff. 29-40; EU-KOM, COMP/39.402, *RWE*, Ziff. 23). Eine Wettbewerbsbeseitigung ist demzufolge in jedem Fall dann gegeben, wenn alle aktuellen oder potenziellen Wettbewerber vom relevanten Markt ferngehalten werden. In anderen Entscheidungen zur Zugangsverweigerung wird hingegen lediglich auf einen Ausschluss des jeweiligen Initiators vom Wettbewerb auf dem relevanten Markt abgestellt (vgl. E. 1177; BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.2, „[...] de donner accès [...] à une autre entreprise“; EuGH, EU:C:1991:474, *GB-Inno*, Ziff. 18, „jeglichen Wettbewerb seitens dieses Unternehmens“; EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 147). Demnach ist in der Wettbewerbspraxis für eine Zugangsverweigerung die Anforderung einer Wettbewerbsbeseitigung infolge eines vollständigen Ausschlusses aller Konkurrenten vom relevanten Markt ebenfalls nicht anerkannt.

1158. Im Hinblick auf eine entsprechende Differenzierung ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbspraxis teilweise auch diejenige Sachverhaltskonstellation als Zugangsverweigerung erfasst hat, in der das marktbeherrschende Unternehmen den jeweiligen Konkurrenten den Zugang zur wesentlichen Einrichtung zwar gewährt, allerdings nur zu Nutzungsbedingungen, die ungünstiger sind als bei seiner eigenen Inanspruchnahme (vgl. EU-KOM, COMP/39.315, *ENI*, Ziff. 39; EU-KOM, COMP/39.316, *GDF*, Ziff. 30; EU-KOM, IV/34689, *Sealink II*, Ziff. 66). Bei dieser Sachverhaltskonstellation würden die Konkurrenten durch die Ablehnungshandlung ebenfalls nicht vollständig vom Wettbewerb ausgeschlossen. Allerdings wurde die Verwirklichung einer Geschäftsverweigerung bei einer tatsächlichen Inanspruchnahme der jeweiligen Leistung durch den Initiator auch ausdrücklich abgelehnt (vgl. EuG, 30.9.2003, T-191/98 u.a., *Atlantic Container Line AG u.a. gg. EU-Kom*, EU:T:2003:245, Ziff. 1618, mit dem der gegenteilige Entscheid der EU-KOM, 16.9.1998, IV/35.134–*Trans-Atlantic Conference Agreement*, Zusammenfassung publ. in: ABl. 1999 L 95/1, aufgehoben wurde).

1159. Ungeachtet dieser inhaltlichen Divergenz ist bei einer Zugangsverweigerung allerdings der inhaltliche Zusammenhang zwischen der wesentlichen Einrichtung als Geschäftsgegenstand und der Wettbewerbsverfälschung zu beachten. Wenn die Einmaligkeit bzw. fehlende Duplizierbarkeit der wesentlichen Einrichtung per definitionem die Grundlage einer tatbestandlichen Erfassung eines wirtschaftlichen Verhaltens bildet (vgl. E. 851 ff.), führt die Ablehnungshandlung aller aktuellen oder potenziellen Wettbewerber zwangsläufig zu einer vollständigen Beseitigung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt, der auf der Nutzung der jeweiligen Infrastruktureinrichtung aufbaut. Die Beseitigung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt stellt sich demnach bereits als notwendige Konsequenz aus der festgestellten Wesentlichkeit der jeweiligen Einrichtung ein und bildet kein davon völlig unabhängiges und eigenständiges inhaltliches Prüfungskriterium. Vielmehr dient es faktisch allein einer möglichen Abgrenzung, ob die Geschäftsverweigerung in Fällen einer selektiven Zugangsverweigerung neben der dann regelmässig verwirklichten Missbrauchsvariante einer Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG verwirklicht werden kann oder nicht.

1160. Bei einer Lizenzverweigerung wird in der Wettbewerbspraxis die Wettbewerbsbeseitigung neben der Unerlässlichkeit und der Produktneueheit als kumulatives Kriterium aufgeführt, wodurch aussergewöhnliche Umstände vorlägen, die zu einer Einschränkung der Verwendungsbefugnis des Rechtsinhabers eines Immaterialgüterrechts berechtigen (vgl. EuGH, EU:C:1995:98, *Magill*, Ziff. 56; EuGH, EU:C:2004:257, *IMS Health*, Ziff. 38, 52; EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 332, 561, wonach insbesondere diese Kriterien als aussergewöhnlich zu qualifizieren seien, unter Verweis darauf, Ziff. 336, 316 f., dass auch andere Umstände berücksichtigt werden könnten, weshalb andere Varianten mit blosser Wettbewerbsbeeinträchtigung letztlich nicht per se ausgeschlossen werden).

1161. Eine faktische Relativierung der Anforderung einer Wettbewerbsbeseitigung erfolgte dabei allerdings durch das Europäische Gericht im Rahmen des Urteils in Sachen *Microsoft*. Danach müsse die Wettbewerbsbeseitigung nicht tatsächlich feststellbar sein; vielmehr sei die drohende Möglichkeit des Eintritts einer Wettbewerbsbeseitigung ausreichend (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 563). Denn die Missbrauchsvorschrift könne nicht erst dann Anwendung finden, wenn auf dem Markt kein oder praktisch kein Wettbewerb mehr bestehe (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 561). Dementsprechend sei für eine Wettbewerbsbeseiti-

gung auch keine schlagartige Aussetzung des Wettbewerbs erforderlich, vielmehr sei auch eine allmähliche Ausschaltung des Wettbewerbs zu berücksichtigen (EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 428).

1162. Wettbewerbsbeseitigung und Wettbewerbsbeeinträchtigung als Varianten einer Wettbewerbsverfälschung unterscheiden sich nach dieser Bewertung der Wettbewerbspraxis bei einer Betrachtung der kurzfristigen Einwirkungen demnach nicht. Der Unterschied besteht vielmehr einzig darin, dass bei einer Wettbewerbsbeseitigung zusätzlich eine gewisse Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss, dass die nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb durch das wirtschaftliche Verhalten zumindest langfristig zu einer Verdrängung nahezu oder sogar aller Konkurrenten auf dem Markt führen kann, während dies bei einer Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann.

1163. Ungeachtet dessen ist allerdings auch bei der Lizenzverweigerung der inhaltliche Zusammenhang sowohl zwischen dem Geschäftsgegenstand und der Wettbewerbsverfälschung als auch dem Tatbestandsmerkmal der Produktneuheit und der Wettbewerbsverfälschung zu beachten. Nach Ansicht der Wettbewerbspraxis stellt die Ausschliesslichkeit der Rechtsposition gerade die Substanz des Immaterialgüterrechts dar, weshalb der Ausschluss aller Dritter von einer Nutzung des rechtlich geschützten Guts mittels einer Lizenzierung auch grundsätzlich zulässig sein soll (vgl. E. 934 ff.). Die Wettbewerbsbeseitigung bildet demnach von vornherein die Folge des Inhalts der immaterialgüterrechtlich geschützten Rechtsposition und stellt sich bei deren Durchsetzung zwangsläufig ein. Darüber hinaus verlangt das Tatbestandsmerkmal der Produktneuheit die Schaffung eines neuen Erzeugnisses oder einer Dienstleistung durch die Initiatoren als potenzielle Lizenznehmer. Wenn eine Lizenzverweigerung per definitionem die Verhinderung einer Produktneuheit voraussetzt, ergibt sich aus dieser Anforderung zwangsläufig, dass die jeweilige Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens von vornherein auch den Wettbewerb auf dem Markt der Produktneuheit unterbindet. Mithin führt die Verwirklichung einer Lizenzverweigerung aufgrund der zu berücksichtigenden besonderen Tatbestandsmerkmale zwangsläufig zu einer Wettbewerbsbeseitigung. Auch bei einer Lizenzverweigerung stellt die Wettbewerbsbeseitigung demnach kein völlig unabhängiges und eigenständiges inhaltliches Prüfungskriterium dar.

1164. Aus der Wettbewerbspraxis folgt demnach, dass bei verschiedenen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung teilweise eine Wettbewerbsbeseitigung und teilweise eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen sind. Die Anforderung einer Wettbewerbsbeseitigung als Folge des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens steht in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Gegenstand der Geschäftsverweigerung und/oder besonderen Tatbestandsmerkmalen der jeweiligen Missbrauchsvariante. Demnach ist der notwendige Grad der Wettbewerbsverfälschung für die verschiedenen Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung unterschiedlich und unter Berücksichtigung der jeweiligen variantenspezifischen Sachverhaltskonstellation zu bestimmen.

1165. Zudem unterscheiden sich Wettbewerbsbeseitigung und Wettbewerbsbeeinträchtigung inhaltlich lediglich in der Prognose über die zukünftige Entwicklung, nicht aber hinsichtlich der unmittelbaren nachteiligen Einwirkungen auf die Geschäftstätigkeit der Initiatoren. Die Anforderungen an das Ausmass der nachteiligen Einwirkungen bedürfen daher nicht zwingend einer Ausdehnung auf eine vollständige Elimination als maximalen Grad einer Wettbewerbsverfälschung. Diese Einschätzung entspricht auch der bisherigen Wertung der Wettbewerbspraxis zum Marktmissbrauch, wonach es sich bei der Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs um eine sehr einschränkende Anforderung handle, welche z.B. nicht für alle Fälle einer strukturellen Veränderung der Angebotsstruktur vorausgesetzt werde (vgl. EuGH, EU:C:1973:22, *Continental Can*, Ziff. 29).

1166. Eine Wettbewerbsbeseitigung stellt demnach entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1063 ff.) auch unter Berücksichtigung der EU-Wettbewerbspraxis kein zwingendes Merkmal einer Geschäftsverweigerung dar, das auf eine Interoperabilitätsverweigerung Anwendung finden müsste.

1167. Da gemäss Wettbewerbspraxis eine Wettbewerbsbeseitigung nicht schlagartig eintreten muss, sondern die Verdrängung der Konkurrenten auch allmählich und daher längerfristig erfolgen kann (vgl. E. 1161), stellt demzufolge entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1067 f.) zudem im Einzelfall ein blosser Verweis darauf, dass die Konkurrenten noch auf dem Markt tätig waren bzw. sein konnten, von vornherein keine ausreichende Begründung gegen den Eintritt einer Wettbewerbsbeseitigung dar.

1168. Für die Beurteilung, ob die Verwirklichung einer Interoperabilitätsverweigerung das Vorliegen einer Wettbewerbsbeseitigung als variantenspezifisches Tatbestandsmerkmal der dieser Missbrauchsvariante zu Grunde liegenden Sachverhaltskonstellation voraussetzt, sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen.

1169. Die Anforderung einer Wettbewerbsbeseitigung geht grundsätzlich über das im Kartellgesetz verankerte massgebliche Konzept des wirksamen Wettbewerbs hinaus. Denn wirksamer Wettbewerb wird ausser bei Vorliegen eines Duopols regelmässig nicht erst dann aufgehoben, wenn überhaupt kein anderer Wettbewerber mehr oder nur solche mit marginalen Marktanteilen neben dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem jeweiligen Markt tätig sind (in diesem Sinn sogar für die Lizenzverweigerung ausdrücklich EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 561: Dass die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens in marginaler Weise in bestimmten Marktnischen präsent bleiben, könne nicht ausreichen, um auf die Existenz eines solchen [Anm.: wirksamen] Wettbewerbs zu schliessen). Vielmehr besteht wirksamer Wettbewerb auch bereits dann nicht mehr bzw. es liegt bereits eine Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs vor, wenn nur noch Konkurrenten auf einem Markt vorhanden sind, von denen kein ausreichender Wettbewerbsdruck mehr auf ein bestimmtes Unternehmen ausgeübt wird und sich dieses daher unabhängig verhalten kann, weshalb es als marktbeherrschend zu qualifizieren ist (vgl. E. 402 ff.). Diese Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs infolge einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist hinzunehmen, soweit die entsprechende Stellung durch ein Unternehmen mittels solcher wirtschaftlichen Verhaltensweisen erreicht oder weiter ausgebaut wird, die als Leistungswettbewerb zu qualifizieren und daher nicht zu beanstanden sind, unabhängig davon, ob den betreffenden Handlungen im Einzelfall keine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb zukommt oder zumindest ein Rechtfertigungsgrund hierfür gegeben ist (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; EuGH, EU:C:2017:632, *Intel*, Ziff. 133 f.; EuGH, EU:C:2012:172, *Post Danmark*, Ziff. 22). Für die anderen wirtschaftlichen Verhaltensweisen, die einem Leistungswettbewerb nicht entsprechen, gilt dies aber gerade nicht. Denn dadurch würde die bereits bestehende Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs ohne ausreichende sachliche Begründung weiter vergrössert und damit auch die konkrete marktbeherrschende Stellung in nicht sachgerechter Weise weiter verstärkt (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; EuGH, EU:C:2017:632, *Intel*, Ziff. 136; EuGH, EU:C:2012:172, *Post Danmark*, Ziff. 25). Daraus entspringt auch die besondere Verantwortung des

marktbeherrschenden Unternehmens zur ausschliesslichen Anwendung von wirtschaftlichen Verhaltensweisen des Leistungswettbewerbs (vgl. E. 1119). Der verbleibende Restwettbewerb bedarf daher des uneingeschränkten Schutzes (vgl. E. 1123 m.w.H.; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; EuGH, EU:C:2012:172, *Post Danmark*, Ziff. 26; EuGH, EU:C:1983:313, *Michelin I*, Ziff. 71; EuGH, 19.4.2012, C-549/10, *Tomra Systems ASA u.a. gg. EU-Kom*, EU:C:2012:221, zit. *Tomra*, Ziff. 17; auch im Urteil *Microsoft* wird ausdrücklich auf den Schutz des Restwettbewerbs als Regelungszweck von Art. 102 AEUV hingewiesen, EuG, EU:T:2007:289, Ziff. 561). Als massgeblicher Grad der Wettbewerbsverfälschung kann demzufolge grundsätzlich nicht eine Wettbewerbsbeseitigung als vollständige Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs auf einem Markt qualifiziert werden. Vielmehr erfordert die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung lediglich eine Wettbewerbsbeeinträchtigung.

1170. Dementsprechend spricht die grundsätzliche gesetzliche Regelungsinention des Art. 7 KG gegen die Annahme, dass die Wettbewerbsverfälschung im Rahmen einer Geschäftsverweigerung eine vollständige Beseitigung des gesamten Wettbewerbs voraussetzt. Wenn der Gesetzgeber einem marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen untersagt, die nicht marktbeherrschenden Unternehmen durchaus offenstehen, weil der Wettbewerb allein durch das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung bereits beeinträchtigt ist, kann eine weitere Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht hingenommen werden. Diese grundsätzliche Beurteilungslage wird auch dadurch bestätigt, dass im Rahmen eines Marktmissbrauchs keine Erheblichkeitsschwellen zur Anwendung gelangen (vgl. E. 1132 ff.). Ausgenommen hiervon sind demnach nur solche Sachverhalte mit weiteren Beeinträchtigungen, bei denen eine ausreichende sachliche Rechtfertigung zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens gegeben ist.

1171. Soweit (auch) ein anderer als der beherrschte Markt von der Geschäftsverweigerung betroffen ist, würde das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung zudem im Ergebnis dazu führen, dass für die Feststellung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens auf diesem weiteren Markt kein oder zumindest kein nennenswerter Wettbewerb mehr vorhanden sein dürfte. Das marktbeherrschende Unternehmen könnte damit auch auf dem weiteren Markt eine dominante Position einnehmen, bei der es sich sogar um ein Monopol oder ein Quasi-Monopol handeln würde. Die Anforderung der Wettbewerbsbeseitigung auf einem Sekundärmarkt würde demzufolge den Aufbau einer weiteren marktbeherrschenden Stellung

auf dem Sekundärmarkt zu Gunsten des auf dem Primärmarkt marktbeherrschenden Unternehmens sogar begünstigen. Dies würde der gesetzlichen Regulationsintention offensichtlich widersprechen.

1172. Im Gegensatz zur Lizenzverweigerung und zur Zugangsverweigerung folgt die Anforderung einer Wettbewerbsbeseitigung auch nicht bereits zwangsläufig aus dem Inhalt eines sonstigen Tatbestandsmerkmals. Insbesondere lässt sich diese Anforderung nicht aus dem Merkmal der Unerlässlichkeit des Einsatzguts ableiten, welches sowohl für die Interoperabilitätsverweigerung als auch für die Zugangs- und Lizenzverweigerung Anwendung findet (vgl. E. 997 ff.). Zwar besteht bei allen diesen Missbrauchsvarianten für die Initiatoren die Notwendigkeit, das jeweilige Einsatzgut tatsächlich nutzen zu können. Im Gegensatz zur wesentlichen Einrichtung und zum Immaterialgüterrecht handelt es sich bei den Schnittstelleninformationen aber nicht um das Primärprodukt selbst, sondern lediglich um ein Gut, das in Zusammenhang mit der Nutzung des Primärprodukts steht (vgl. E. 857 ff.). Deshalb liegt für das Primärprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens – vorliegend die Akzeptanz-Plattform – im Gegensatz zur wesentlichen Einrichtung und zum Immaterialgüterrecht auch nicht zwangsläufig eine Einmaligkeit im Markt vor – vorliegend verfügen auch die anderen Kartenaquisiteure über eine Akzeptanz-Plattform. Angesichts der fehlenden Einmaligkeit des Primärprodukts lässt sich die Notwendigkeit der Wettbewerbsbeseitigung demzufolge bei einer Interoperabilitätsverweigerung auch nicht aus dem intendierten Gegenstand der Geschäftsbeziehung ableiten.

1173. Eine Wettbewerbsbeseitigung stellt demnach entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1063 ff.) ebenfalls kein variantenspezifisches Merkmal einer Interoperabilitätsverweigerung dar.

#### (e) Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung

1174. Für die Beurteilung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung im Rahmen einer Interoperabilitätsverweigerung bedarf es ebenfalls einer Festlegung des erforderlichen Ausmasses der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb infolge der Ablehnung einer Mitteilung von Schnittstelleninformationen.

1175. Hierbei ist in einem ersten Schritt zunächst der massgebliche Bezugspunkt der Beeinträchtigung festzulegen. Damit stellt sich die Frage, ob die Beeinträchtigung nur in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung



des jeweiligen Initiators oder insgesamt für alle Marktteilnehmer des jeweiligen Sekundärmarkts zu beurteilen ist.

1176. Bei einem Lieferabbruch oder einer Lieferverweigerung bildet aufgrund der bestehenden Wettbewerbspraxis die wirtschaftliche Betätigung des Initiators und nicht der Markt als Ganzes den massgeblichen Bezugspunkt für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung. Bei den einzelnen Sachverhalten war ganz überwiegend massgebend, ob der Initiator durch die Ablehnung der Geschäftsbeziehung in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit beeinträchtigt wurde, während die Einwirkung auf den gesamten Markt infolge der Ablehnung nicht in die Betrachtung einbezogen wurde (vgl. EuGH, EU:C:1974:18, *Commercial Solvents*, Ziff. 25: „[...] auf die Gefahr hin, jeglichen Wettbewerb durch diesen Kunden auszuschalten“; EuGH, EU:C:1978:C:22, *United Brands*, Ziff. 182/183: „[...] bis zur Ausschaltung eines Geschäftspartners vom relevanten Markt gehen könnte“; EuGH, EU:C:1978:141, *BP*, Ziff. 40/42: „dass es ABG während der Knappheitsperiode [...] möglich war“; EuG, EU:T:1991:70, *Hilti*, Ziff. 100, „andere Unternehmen davon abhalten kann, sich auf dem Markt zu etablieren“; EuGH, EU:C:2008:504, *Glaxo*, Ziff. 34: „diese Weigerung die Tätigkeiten dieser Grosshändler auf dem Markt dieses Mitgliedstaats behindert“ sowie „den Wettbewerb auf Seiten eines Geschäftspartners auszuschalten“; ambivalent EuGH, EU:C:1985:394, *Telemarketing*, einerseits Ziff. 26: „[...] jeglichen Wettbewerb durch ein drittes Unternehmen“, sowie andererseits Ziff. 25: „[...] bis zur Ausschaltung eines Geschäftspartners vom relevanten Markt gehen könnte“, und Ziff. 27: „[...] so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht“, wobei bereits die Vorlagefrage im letzteren Sinne gestellt war).

1177. Selbst in Fällen einer Zugangsverweigerung wurde von der Wettbewerbspraxis auf die Folgen für den einzelnen Initiator und nicht diejenigen für den gesamten Markt abgestellt (vgl. EuGH, EU:C:1991:474, *GB-Inno*, Ziff. 18, „jeglichen Wettbewerb seitens dieses Unternehmens“; EuGH, EU:C:1998:559, *Bronner*, Ziff. 41: „[...] jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten“; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 147: „[...] wenn die Verweigerung der Dienstleistung geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem Markt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten“). Danach wäre bei einer teilweisen Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung gegenüber einzelnen, nicht aber allen Marktteilnehmern die gleichzeitige Verwirklichung der marktmissbräuchlichen Tatbestände einer Geschäftsverweigerung und einer Diskri-

minierung im Einzelfall bei einem Fehlen ausreichender Rechtfertigungsgründe nicht ausgeschlossen.

1178. Bei einer Lizenzverweigerung ergibt sich die Wettbewerbsbeseitigung auf Seiten des Initiators wie dargestellt (E. 1163) aus den besonderen Voraussetzungen dieser Missbrauchsvariante in Form der Unerlässlichkeit und der Produktneuheit. Deshalb führt die Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens bei Vorliegen dieser Voraussetzungen zwangsläufig zu einem vollständigen Ausschluss des Initiators von einer Betätigung auf dem jeweiligen Markt. Diesem Merkmal kommt demzufolge keine entsprechende Bedeutung wie bei den anderen Missbrauchsvarianten zu.

1179. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Wettbewerbspraxis ist die Ausrichtung auf den einzelnen Initiator bei der Missbrauchsvariante der Interoperabilitätsverweigerung sachgerecht.

1180. Da ein marktmissbräuchliches Verhalten angesichts der ohnehin bereits bestehenden Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs keine Anwendung von bestimmten Erheblichkeitsschwellen voraussetzt (vgl. E. 1146), führt bereits eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit des Initiators zu einer nachteiligen Einwirkung, die es im Hinblick auf die Sicherung des Wettbewerbs zu berücksichtigen gilt.

1181. Die Anforderung einer Beeinträchtigung des Gesamtmarkts würde zudem entweder eine Beeinträchtigung aller am Markt tätigen und von dem fraglichen Verhalten betroffenen Marktteilnehmer verlangen oder ein Kriterium für die Differenzierung erfordern, ab welchem Ausmass der Einwirkung auf alle Marktteilnehmer von einer Beeinträchtigung des jeweiligen Markts auszugehen wäre. Letztere Variante scheidet angesichts des Fehlens einer Erheblichkeitsschwelle und sachgerechter Kriterien für eine entsprechende Differenzierung aus (vgl. E. 1132 ff.). Die erste Variante ist nicht akzeptabel, weil sie einem marktbeherrschenden Unternehmen durch eine teilweise Verweigerung der Vermittlung von Schnittstelleninformationen als Einsatzgut ermöglichen würde, selektiv andere Marktteilnehmer aus dem Markt zu drängen.

1182. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1073 ff.) stellen demnach nicht die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gesamtmarkt, sondern die Geschäftstätigkeit des Initiators den massgeblichen Bezugspunkt für die Beurteilung einer Geschäftsverweigerung in Form

einer Interoperabilitätsverweigerung dar (vgl. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 722, „[...] untersagt, gewisse Lieferanten zu boykottieren oder mit Bezugssperren zu belegen).

1183. In einem zweiten Schritt ist die notwendige Intensität der Beeinträchtigung des Initiators festzulegen: Muss die nachteilige Einwirkung dazu führen, dass eine Geschäftstätigkeit des Initiators auf dem jeweiligen Markt vollständig ausgeschlossen wird, oder ist es ausreichend, dass die Möglichkeiten seiner Geschäftstätigkeit eingeschränkt werden?

1184. Aus der bisherigen Wettbewerbspraxis zur Lieferverweigerung und zum Lieferabbruch lässt sich hierzu entgegen dem vordergründigen Eindruck aufgrund verschiedener Entscheide das Ergebnis ableiten, dass kein vollständiger Marktausschluss des Initiators für die Feststellung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung erforderlich ist (ebenso CLERC/KÉLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 27).

1185. Teilweise wurde für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens zwar auf ein Handeln abgestellt, welches auf die Gefahr hin vorgenommen worden war, dass der Wettbewerb durch den jeweiligen Initiator als Kunden vollständig ausgeschlossen und nicht nur nachteilig beeinflusst wird (vgl. E. 1176; EuGH, EU:C:1974:18, *Commercial Solvents*, Ziff. 25: „auf die Gefahr hin, jeglichen Wettbewerb durch diesen Kunden auszuschalten“; ebenso EuGH, EU:C:1985:394, *Telemarketing*, Ziff. 25, 27; EuG, EU:T:1991:70, *Hilti*, Ziff. 100, „andere Unternehmen davon abhalten kann, sich auf dem Markt zu etablieren“). Aufgrund des Kontexts der einzelnen Formulierungen – insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass diese in Beantwortung von entsprechend ausgestalteten Vorlagefragen abgefasst wurden – wird dadurch aber eher zum Ausdruck gebracht, dass jedenfalls ein vollständiger Ausschluss vom Markt als Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren ist. Denn in den jeweiligen Urteilen wird nicht umgekehrt festgehalten, dass bei Fehlen eines vollständigen Ausschlusses des Initiators vom Markt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht festgestellt werden könne.

1186. Das Urteil in Sachen *United Brands* bestätigt diese Einschätzung. Danach würde die Verweigerung von normalen Bestellungen eines früheren Kunden „die Absatzmöglichkeiten beschränken [...] die bis zur Ausschaltung eines Geschäftspartners vom relevanten Markt gehen könnte“ (EU:C:1978:C:22, *United Brands*, Ziff. 182/183). Die vollständige Ausschaltung eines Initiators bildet demzufolge die schwerwiegendste Folge

einer nachteiligen Einwirkung im Sinne einer Maximalwirkung, nicht aber die notwendige Voraussetzung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne einer Minimalschwelle. Letztlich wird dies auch durch die Feststellungen im Urteil in Sachen *Glaxko* bestätigt. Danach sei die Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, von Grosshändlern aufgebene normale Bestellungen auszuführen, als missbräuchlich zu qualifizieren (EuGH, EU:C:2008:504, *Glaxko*, Ziff. 77). Allein aus dem Umstand, dass Bestellungen nicht ausgeführt werden, folgt nämlich nicht, dass dadurch eine weitere Betätigung des Bestellers im jeweiligen Markt ausgeschlossen wäre. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das bestellte Produkt einen eigenständigen Markt bilden würde. Dementsprechend wird im Urteil auch festgestellt, dass es für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ausreichend sei, wenn „diese Weigerung die Tätigkeiten dieser Grosshändler auf dem Markt dieses Mitgliedstaats behindert“ (EuGH, EU:C:2008:504, *Glaxko*, Ziff. 35, während im Hinblick auf den Parallelexport sprachlich wiederum darauf abgestellt wird, dass die Weigerung dazu führe, „den effektiven Wettbewerb der Grosshändler beim Vertrieb derselben Erzeugnisse auf den Märkten der anderen Mitgliedstaaten auszuschalten“).

1187. Gegen die Notwendigkeit eines vollständigen Marktausschlusses spricht zudem der Umstand, dass im Urteil *United Brands* die Missbräuchlichkeit einer Verweigerung der weiteren Belieferung festgestellt wurde, obschon der frühere Kunde Produkte anderer Marken von Drittunternehmen erwerben konnte, um diese anschliessend im Rahmen seiner weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Markt zu veräussern (EuGH, EU:C:1978:C:22, *United Brands*, Ziff. 198/202), und er demzufolge durch die Lieferverweigerung vom Markt gerade nicht vollständig ausgeschlossen worden war. Dem entspricht auch der Inhalt des Urteils in Sachen *BP*. Darin war die Missbräuchlichkeit einer Verweigerung von weiteren Lieferungen vor dem Hintergrund einer allgemeinen Versorgungskrise verneint worden, weil die auf Seiten des Initiators tatsächlich eingetretenen Liefereinschränkungen aufgrund von zusätzlich erfolgten staatlichen und privaten Hilfsmassnahmen nicht über die unvermeidbare Beeinträchtigung bei einer derartigen Versorgungskrise hinausgegangen waren (EuGH, EU:C:1978:141, *BP*, Ziff. 40/42). Mithin wären aber weitere Einschränkungen infolge einer Lieferverweigerung, die über eine durch eine Versorgungskrise hervorgerufene unvermeidbare Beeinträchtigung hinausgehen, als missbräuchlich zu qualifizieren, ohne dass hierfür angesichts allfällig zu berücksichtigender Hilfsmassnahmen von Seiten des

Staats oder privaten Dritten ein vollständiger Ausschluss vom Markt vorausgesetzt worden wäre.

1188. Auch für eine Beurteilung der notwendigen Intensivität der Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Interoperabilitätsverweigerungen sind ein Verzicht auf einen Marktausschluss und das Abstellen auf eine blosser Beeinträchtigung des Initiators angesichts des Fehlens einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle (vgl. E. 1146) sachgerecht. Dies wird durch verschiedene weitere Aspekte bestätigt.

1189. Der Aspekt, ob ein Initiator infolge einer Verweigerung der Mitteilung von Schnittstelleninformationen vollständig vom Markt verdrängt wird oder nicht, bildet bereits prinzipiell kein geeignetes Merkmal zur Beurteilung einer Interoperabilitätsverweigerung. Eine entsprechende Abgrenzung ist für die Sicherstellung eines wirksamen Restwettbewerbs angesichts des bereits geschwächten Wettbewerbs nicht geeignet, weil sich durch die Anforderung des Marktausschlusses eines Initiators sogar eine Verstärkung der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens einstellen würde. Denn hierbei würden zwar jene Drittunternehmen geschützt, die sich ausschliesslich auf den Absatz von Sekundärprodukten zur Anbindung an das Primärprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens fokussieren, weil sie bei einer Verweigerung der Mitteilung von dessen Schnittstelleninformationen ihre bestehende wirtschaftliche Betätigung auf dem Markt vollständig einstellen müssten oder diese erst gar nicht aufnehmen könnten. Demgegenüber würden solche Drittunternehmen nicht geschützt, welche den Absatz ihrer Sekundärprodukte auch auf eine Anbindung an Primärprodukte von anderen Herstellern ausrichten – und damit dem Gedanken der Interoperabilität sogar noch mehr entsprechen –, weil die Verweigerung einer Mitteilung von Schnittstelleninformationen für das Primärprodukt des marktbeherrschenden Unternehmens angesichts der verbleibenden Möglichkeit zur wirtschaftlichen Betätigung im Verhältnis zu sonstigen Herstellern von Primärprodukten nicht zu einem Marktausschluss führen würde. Die Anwendung einer Anforderung des Marktausschlusses würde demnach dazu führen, dass Drittunternehmen ihre Sekundärprodukte vermehrt auf eine Anbindung an die Primärprodukte des marktbeherrschenden Unternehmens ausrichten, um ihre wirtschaftliche Betätigung für den Fall einer fehlenden Vermittlung von Schnittstelleninformationen durch das marktbeherrschende Unternehmen rechtlich besser abzusichern. Angesichts der sich im Markt dadurch einstellenden (noch) grösseren Auswahl an kompatiblen Sekundärprodukten für die Primärprodukte des marktbeherrschenden Unternehmens würde

der Anreiz zur Auswahl dieser Primärprodukte für die jeweiligen Abnehmer aber letztlich sogar (zusätzlich) verstärkt.

1190. Der Umstand, ob ein bestimmter Initiator infolge einer Ablehnung der Mitteilung von Schnittstelleninformationen vom Markt vollständig ausgeschlossen oder nur in seiner Geschäftstätigkeit eingeschränkt wird, stellt letztlich ein singuläres Marktergebnis dar, das sich zufällig in Abhängigkeit von den wirtschaftlichen Gegebenheiten des betroffenen Initiators und weiterer Aspekte einstellt. Die Anwendung der Anforderung eines Marktausschlusses würde demzufolge dem grundlegenden Ansatz widersprechen, dass die Beurteilung eines Marktmissbrauchs auf einer Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Mitteln eines marktbeherrschenden Unternehmens im Wettbewerb und nicht auf den konkreten Auswirkungen als singuläre Folgen des Einzelfalls beruht (vgl. SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 25, 170); weshalb z.B. auch dem Aspekt, ob und inwieweit ein anderer Marktteilnehmer dem durch eine Geschäftsverweigerung entstehenden wirtschaftlichen Druck standhalten kann, keine Bedeutung zukommt (vgl. E. 1208). Zudem wäre der Eintritt eines Marktausschlusses von einer Vielzahl von individuellen unterschiedlichen wirtschaftlichen Parametern des Initiators abhängig, welche dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht bekannt sein können bzw. müssen. Daher wäre die Zurechnung einer entsprechend umfassenden Kenntnis gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen bei Anwendung dieser Anforderung problematisch.

1191. Für die Prüfung einer Wettbewerbsverfälschung ist ausserhalb eines in Bezug auf die konkrete Sachverhaltskonstellation massgeblichen Rechtfertigungsgrunds auch kein generelles Kriterium für eine sachgerechte Differenzierung ersichtlich, gegenüber welchem Initiator ein Ausschluss vom Markt zulässig sein sollte und gegenüber welchem potenziellen Geschäftspartner nicht. Von den Beschwerdeführerinnen wird auch kein entsprechendes Kriterium vorgebracht. Daher sind ihre Einwände gegenüber dem Fehlen einer entsprechenden Abklärung bzw. die Anwendung entsprechender Definitionen durch die Vorinstanz (vgl. E. 1072) unbegründet.

1192. Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass aus den genannten Gründen der Aspekt eines vollständigen Ausschlusses des Initiators vom Markt als Voraussetzung einer Interoperabilitätsverweigerung entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1066 ff.) ausscheidet. Vielmehr stellt jede nachteilige Einwirkung auf die wirtschaftliche Betäti-

gung eines Initiators zur Entwicklung, Herstellung oder den Absatz von konkurrenzierenden oder sonstigen Produkten durch eine Ablehnung der Mitteilung von Schnittstelleninformationen von Seiten eines marktbeherrschenden Unternehmens eine ausreichende Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Verwirklichung einer Interoperabilitätsverweigerung dar.

(f) Subjektive Beweggründe

1193. Die Beurteilung einer Wettbewerbsverfälschung erfolgt aufgrund einer Betrachtung aus der Sicht eines objektiven Dritten. Massgebend hierfür ist allein das Handeln des marktbeherrschenden Unternehmens.

1194. Subjektive Beweggründe einer Zuwiderhandlung auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens sind für die Beurteilung nicht massgeblich (vgl. EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann La-Roche*, Ziff. 91; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 140; EuGH, EU:C:2012:221, *Tomra*, Ziff. 21; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 39; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 9; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 85; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.501; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 84; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 149; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 164). Sie weisen allenfalls indikative Bedeutung auf, bilden aber keine konstitutive Voraussetzung für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung (instruktiv EuGH, EU:C:2012:221, *Tomra*, Ziff. 20).

1195. Die vorstehenden allgemeinen Grundsätze gelten auch für die Beurteilung einer Interoperabilitätsverweigerung.

1196. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1059 ff.), wonach weder Multipay noch Card Solutions die Intention hatten, die anderen Terminalhersteller von der Entwicklung von DCC-Terminal zum Anschluss an die Akzeptanz-Plattform von Multipay (dauerhaft) auszuschliessen, ist daher von vornherein nicht relevant.

(g) Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung

1197. Zwischen den Parteien sind Art und Inhalt der Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung im Hinblick auf eine Geschäftsverweigerung strittig. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass mangels ausreichender Sachverhaltsabklärungen durch die Vorinstanz eine genaue Feststellung der tatsächlich eingetretenen Auswirkungen nicht vorgenommen und demzufolge ein ausreichender Nachweis über die eingetretene Wettbewerbsverfälschung gar nicht geführt worden sei. Demgegen-

über ist die Vorinstanz der Ansicht, dass die von ihr dargelegten Umstände in ausreichender Weise eine Wettbewerbsverfälschung belegen würden. Daher bedarf es nachfolgend einer Abklärung, welche Voraussetzungen an die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung zu stellen sind und ob diese vorliegend nachgewiesen wurden. Hierbei sind verschiedene Sachpunkte zu beachten.

*-i- Charakter des Tatbestandsmerkmals*

1198. Zunächst ist der massgebliche Charakter des Tatbestandsmerkmals einer Wettbewerbsverfälschung festzulegen. Hierfür ist eine Abgrenzung vorzunehmen, ob im Sinne eines Gefährungsdelikts bereits die Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen für die Marktteilnehmer als ausreichend zu qualifizieren ist oder ob im Sinne eines Erfolgsdelikts tatsächlich verifizierbare Auswirkungen auf Seiten der Marktteilnehmer eingetreten sein müssen.

1199. Für ein marktmissbräuchliches Verhalten bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, wie im Einzelfall der Nachweis über das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung zu führen ist.

1200. In der schweizerischen Literatur wird für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung verschiedentlich eine umfassende Untersuchung und Berücksichtigung aller tatsächlich eingetretenen Auswirkungen verlangt (vgl. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 718). Teilweise soll zumindest massgebend sein, dass die Verhaltensweise bereits wohlfahrtsökonomische Kosten ausgelöst habe (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 40). Nach gegenteiliger Ansicht ist eine potenziell nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausreichend (vgl. CLERC, *CR-Concurrence*, Art. 7 Abs. 1 Rn. 89 f., unter Verweis darauf, dass den Beweisanforderungen eine grössere Bedeutung zukäme; HEINEMANN ANDREAS, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29.6.2015, zit. *Erheblichkeit*, Rn. 55 f.; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 107 Rn. 81).

1201. In der EU-Wettbewerbspraxis wird die Missbrauchsvorschrift des Art. 102 AEUV grundsätzlich im Sinne eines Gefährungstatbestands qualifiziert und angewendet (vgl. BULST, *LB-EUKR*, Rn. 131; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 6).

1202. Hierbei ist massgebend, ob das fragliche Verhalten geeignet ist, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder allenfalls auch eine Beseiti-



gung des Wettbewerbs herbeizuführen (vgl. EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffman-La Roche*, Ziff. 127; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 148).

1203. Die notwendige Grundlage hierfür bildet die Möglichkeit einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb. Ist eine nachteilige Einwirkung nicht darstellbar, scheidet die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung aus (vgl. EuGH, 14.10.2010, C-280/08P, *Deutsche Telekom AG* gg. EU-Kom, EU:C:2010:603, zit. *Deutsche Telekom*, Ziff. 254; EuGH, EU:C:2011:83, zit. *TeliaSonera*, Ziff. 61; EuGH, 6.6.2012, C-457/10, *AstraZeneca AB* u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2012:770, zit. *AstraZeneca*, Ziff. 112). Die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb darf zudem auch nicht nur rein hypothetischer Natur sein (vgl. EuGH, EU:C:2015:615, *Post Danmark II*, Ziff. 65).

1204. Allerdings ist es andererseits nicht erforderlich, dass auch tatsächlich ein Erfolg oder ein bestimmter Schaden eintritt (vgl. EuGH, EU:C:2010:603, *Deutsche Telekom*, Ziff. 254). Vielmehr ist es bereits ausreichend, dass eine potenziell nachteilige Einwirkung nachgewiesen wird (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera*, Ziff. 64 f.; EuGH, EU:C:2012:770, *AstraZeneca*, Ziff. 112; EuGH, EU:C:2012:221, *Tomra*, Ziff. 79; EuGH, EU:C:2015:615, *Post Danmark II*, Ziff. 66, 67).

1205. Für die Feststellung einer potenziell nachteiligen Einwirkung wurde es verschiedentlich bereits für ausreichend erachtet, auf den Zweck der Massnahme zu verweisen (vgl. EuG, EU:T:2003:250, *Michelin II*, Ziff. 240; EuG, EU:T:2009:317, *Clearstream*, Ziff. 144). Soweit ein Unternehmen unter Anführung von Beweisen die Möglichkeit einer nachteiligen Einwirkung bestreitet, bedarf es allerdings einer Auseinandersetzung mit dessen Einwänden (vgl. EuGH, EU:C:2017:632, *Intel*, Ziff. 138 ff.).

1206. Sinkende Marktanteile des marktbeherrschenden Unternehmens schliessen die Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht aus (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; EuG, 1.7.2010, T-321/05, *AstraZeneca AB* u.a. gg. EU-Kom, EU:T:2010:266, Ziff. 288, EuG 17.12.2003, T-219/99, *Britisch Airways plc* gg. EU-Kom, EU:T:2003:343, Ziff. 211 ff.). Denn für den Marktmissbrauch als Gefährdungstatbestand ist es unerheblich, ob sich eine allenfalls intendierte Erhöhung des Marktanteils für das beherrschende Unternehmen nicht realisiert. Zudem liesse sich regelmässig nicht ausschliessen, dass der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens ohne das missbräuchliche Verhalten noch mehr oder schneller gesunken wäre (vgl. EuG, 8.10.1996, T-24/93, *Com-*

pagnie maritime belge SA gg. EU-Kom, EU:T:1996:132, Ziff. 149; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 132). Gleiches gilt auch für betriebswirtschaftliche Aspekte wie negative Betriebsergebnisse oder Preissenkungen, weil diese gerade auch Ausdruck des intendierten Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens sein können (vgl. EuGH, 3.7.1991, C-62/86, *Akzo Chemie BV gg. EU-Kom*, EU:C:1991:286, zit. *Akzo*, Ziff. 70; EuGH, EU:C:1983:313, *Michelin*, Ziff. 59; EuGH, EU:C:1978:22, *United Brands*, Ziff. 126/128; DE BRONETT, *W-HdKR*, § 22 Rn. 21; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 63). Eine konkrete wirtschaftliche Verhaltensweise muss demnach nicht auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichtet oder in sonstiger Weise gewinnbringend für das marktbeherrschende Unternehmen ausgestaltet sein, um als missbräuchlich qualifiziert werden zu können (vgl. EU-KOM, 20.7.1999, IV/36.888 – Fussball-Weltmeisterschaft 1998, ABl. 2000 L 55/5, Ziff. 101 f.).

1207. Im Ergebnis folgt aus den vorstehenden Prämissen jedenfalls, dass für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden müssen (vgl. DE BRONETT, *W-HdKR*, § 22 Rn. 48; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 143 ff.; BULST, *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 131; EU-KOM, *Prioritätenmitteilung*, Ziff. 19 f., massgeblich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und nicht der Nachweis einer tatsächlich eingetretenen Schädigung).

1208. Da die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit eines anderen Unternehmens schon für sich betrachtet missbräuchlich ist, kommt es auch nicht darauf an, ob dieses dem auf ihn ausgeübten wirtschaftlichen oder sonstigen Druck standhalten könnte bzw. standhält oder nachgibt (vgl. EuGH, EU:C:1974:18, *Commercial Solvents*, Ziff. 26; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 144; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 177). Aus dem gleichen Grunde stellt bereits die Androhung einer missbräuchlichen Verhaltensweise ein tatbestandliches Verhalten dar (vgl. EuGH, EU:C:1991:286, *Akzo*, Ziff. 76 ff.; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 177; jedenfalls bei der Androhung eines Lieferabbruchs vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Machtpositionen*, Rn. 8.82; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.590).

1209. Eine der EU-Wettbewerbspraxis entsprechende Qualifizierung von Art. 7 KG im Sinne eines Gefährdungstatbestands ist aus verschiedenen Gründen sachgerecht.

1210. Zum einen muss schon aus verfahrenstechnischen Gründen die Wettbewerbsbehörde zum Schutz des Ordnungssystems Wettbewerb bereits zu einem Zeitpunkt einschreiten können, an dem sie Kenntnis von der Durchführung eines wirtschaftlichen Verhaltens erhält, mit dem eine nachteilige Einwirkung auf den Markt einhergeht. Ansonsten würden die nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb länger andauern und damit einerseits die Beschränkung der anderen Wettbewerber und andererseits die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens verstärkt werden. Insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass der wirksame Wettbewerb auf dem Markt durch das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung bereits eingeschränkt ist, kann demzufolge nicht hingenommen werden, dass die Wettbewerbsbehörde erst abwarten muss, bis die jeweilige nachteilige Einwirkung auch zum Eintritt eines irgendwie gearteten Erfolgs zu Lasten der anderen Marktteilnehmer geführt hat (vgl. EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 561).

1211. Zum anderen schlägt sich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb nicht zwingend in einer eindeutig quantifizierbaren und durch die Wettbewerbsbehörden verifizierbaren Schädigung der anderen Wettbewerber nieder. Denn die anderen Wettbewerbsteilnehmer werden auf eine unangemessene Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens zumeist nicht mit einem sofortigen Marktaustritt reagieren müssen. Vielmehr werden sie den Versuch unternehmen, durch geeignete und ihnen mögliche sonstige wirtschaftliche Massnahmen, die durch die unangemessene Verhaltensweise auftretenden Einschränkungen und den sich daraus ergebenden geschäftlichen Druck zu umgehen oder zumindest abzufedern. Gerade wenn dies gelingt, lassen sich die tatsächlichen Auswirkungen eines unangemessenen Verhaltens im Detail nicht einwandfrei identifizieren, weil sich eine komplexe Gemengelage von verschiedensten ökonomischen Wirkungsgründen einstellt und sich deshalb ein monokausaler Nachweis des Eintritts von tatsächlichen Auswirkungen allein aufgrund der unangemessenen Verhaltensweise aus verschiedenen Gründen nicht mehr führen lässt. Dies bedeutet jedoch offensichtlich nicht, dass dann keine Wettbewerbsverfälschung vorliegt. Denn ohne die unangemessene Verhaltensweise hätten die anderen Wettbewerber nicht zu den gewählten sonstigen wirtschaftlichen Massnahmen greifen müssen, sondern sie hätten sich gerade auch im Bereich der unangemessenen Verhaltensweise konkurrenzierend auf dem Markt betätigen und damit die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens angreifen können.

1212. Diese Einschätzung wird gerade auch durch den vorliegenden Sachverhalt bestätigt. Infolge der Informationsverweigerung über die DCC-Schnittstelle der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe mussten die anderen Terminalhersteller sich bei der Vermarktung ihrer Zahlungskartenterminals gegenüber den Händlern als Abnehmer der Geräte auf andere Funktionen konzentrieren. Dies bedeutet aber nicht, dass durch die Informationsverweigerung gar keine Wettbewerbsverfälschung hätte eintreten können. Denn mangels Information konnten die anderen Terminalhersteller gerade den Händlern mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe keine DCC-Terminals anbieten, weshalb sie der SIX-Gruppe in diesem Bereich von vornherein keine Konkurrenz machen konnten. Eine zumindest potenziell nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb lag demzufolge unzweifelhaft vor (vgl. E. 1223 ff.).

1213. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen lässt sich demzufolge mit dem Verweis auf eine mangelnde Abklärung von tatsächlich eingetretenen Umständen die Unrechtmässigkeit einer kartellrechtlichen Verfügung wegen des Fehlens einer Wettbewerbsverfälschung nicht begründen. Die entsprechenden Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1073, 1077, 1078, 1079), wonach die Vorinstanz verschiedene tatsächliche Aspekte nicht untersucht und festgestellt habe, sind demzufolge nicht relevant.

*-ii- Beweismass*

1214. Darüber hinaus stellt sich für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung die Frage nach dem Beweismass, d.h. nach dem Grad der Gewissheit, welcher den Nachweis einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb im Rahmen von Art. 7 KG erfordert. Hierfür sind mehrere Aspekte zu berücksichtigen.

1215. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine allgemeine Regelung des Beweisrechts für ein Kartellverfahren vor. Art. 19 VwVG verweist hierzu allein auf die Art. 37, 39 bis 41 und 43 bis 61 BZP. Diese Vorschriften weisen allerdings keine Regelungen zum anwendbaren Beweismass auf.

1216. Aufgrund einer Analyse der verschiedenen Arten des Beweismasses ergibt sich, dass für das Kartellverfahren zwischen einer Anwendung des Überzeugungsbeweises und des Wahrscheinlichkeitsbeweises zu unterscheiden ist (vgl. grundlegend BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2;

ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff. m.w.H.; nunmehr ebenso BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.4; BVGer, B-829/2012, *Granella*, E. 7.4.3.4).

1217. Als Regelbeweismass qualifiziert die Praxis grundsätzlich den Überzeugungsbeweis (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff. mit Verweis auf BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 133 III 153 E. 3.3; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 275; nunmehr BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.1; BERGER MAX B./NOGLER ROMAN, *Beweisrecht – die Last mit dem Beweis(en)*, recht 2012, zit. *Beweisrecht*, 171; BILGER, *Verwaltungsverfahren*, 305; BRÖNNIMANN JÜRGEN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, zit. *BK-ZPO*, Art. 157 Rn. 40; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 999; STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, 2013, zit. *ZPO*, § 18 Rn. 37 f.). Danach ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Denn die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; vielmehr ist es ausreichend, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.

1218. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis stützt sich demgegenüber auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wobei für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff. mit Verweis auf BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; gemäss BGer, 20.10.2009, 9C\_717/2009, K. gg. IV-Stelle Kt. St. Gallen, E. 3.3, ist dies dann der Fall, wenn das Gericht zur Ansicht gelangt, dass ein bestimmter Sachverhalt den wahrscheinlichsten aller in Betracht fallenden Geschehensabläufe darstellt). Nach ständiger Rechtsprechung gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit etwa für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs oder bei hypothetischen Kausalzusammenhängen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff., mit Verweis auf BGE 128 III 271 E. 2b/aa; BGE 121 III 358 E. 5; BGE 107 II 269 E. 1b; für weitere Konstellationen vgl. BERGER/NOGLER, *Beweisrecht*, 171 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *ZPO*, § 18 Rn. 40).

1219. Das Bundesgericht hat hinsichtlich der Feststellung einer Marktherrschaft und einer Marktabgrenzung in grundlegender Weise klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten ein Nachweis auf der Grundlage der Gewissheit in ausreichender Weise nicht herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2, E. 9.2.3.5, weil ansonsten „eine objektive Berechenbarkeit vorgetäuscht und das Erfordernis von Werturteilen verdeckt“ würde). Diese Einschätzung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktherrschaft oder der Marktabgrenzung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit im Einzelfall multiple Wirkungszusammenhänge bestehen und daher eine entsprechende Wettbewerbskomplexität gegeben ist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 80). Für einen rechtsgenügenden Nachweis von kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen ist bei Vorliegen der Wettbewerbskomplexität aufgrund von multiplen Wirkungszusammenhängen demzufolge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend und nicht ein Überzeugungsbeweis erforderlich (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 158; BVGer, B-829/2012, *Granello*, E. 7.4.3.4; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.4). Eine Differenzierung zwischen sanktionsbedrohten und anderen Tatbeständen ist dabei nicht vorzunehmen, weil sich das Beweismass an den Umständen der Beweiserhebung und nicht an den Rechtsfolgen auszurichten hat. Auch der strafrechtsähnliche Charakter der Sanktionen gemäss Art. 49a KG verlangt nicht nach einer Erhöhung des anwendbaren Beweismasses (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 158).

1220. Dieses Ergebnis entspricht den Prinzipien zur Anwendung des Überzeugungsbeweises als Regelbeweismass und den hierzu anerkannten Ausnahmen, bei denen ein Überzeugungsbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 158 mit Verweis auf BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 130 III 321 E. 3.2). Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes sind vielfach Einschätzungen mit einzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspricht einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen (im Ergebnis so bereits BGE, 22.2.2007, 2A.327/2006, *Weko gg. Berner Zeitung AG/Tamedia AG u.a.*, publ. in: *RPW* 2007/2, 331, zit. *20 Minuten*, E. 5.4; BGE, 2A.430/2006, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4). Des Weiteren ist es offensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zu-

nimmt. Der Grad und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung verändern sich daher notwendigerweise mit zunehmender Komplexität und den sich daraus ergebenden Interdependenzen einer Materie. Bei Vorliegen von derartigen Aspekten kann im Einzelfall daher von vornherein keine Gewissheit hergestellt werden, weshalb ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für den erforderlichen Nachweis massgebend ist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 163; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.4).

1221. Die jeweils notwendige Überzeugung kann sowohl beim Wahrscheinlichkeitsbeweis als auch beim Überzeugungsbeweis auch mittels eines Indizienbeweises erlangt werden (vgl. BGer, 4.8.2009, 6B\_332/2009, X gg. StA St. Gallen, E. 2.3 m.w.H.; BVGer, B-829/2012, *Granella*, E. 7.4.3.5; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.6). Bei Indizien handelt es sich um Tatsachen, die einen Schluss auf unmittelbar erhebliche Tatsachen zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine ansonsten nicht bewiesene unmittelbar erhebliche Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus den mittelbar erheblichen Indizien nach allgemeiner Lebenserfahrung einstellt.

1222. Wie dargestellt sind auch bei der Abschätzung eines Eintritts von nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall regelmässig eine Vielzahl von möglichen Wirkungsursachen im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung zu berücksichtigen. Für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG findet demnach das Beweismass des Wahrscheinlichkeitsbeweises Anwendung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 161 ff.; BVGer, B-829/2012, *Granella*, E. 7.4.3.5; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.5).

(h) Sachverhalt

1223. Aufgrund der eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist erstellt, dass im relevanten Zeitraum zwischen Juli 2005 bis Januar 2007 die Händler zum Zweck der aktuellen oder potenziellen Nutzung der Währungsumrechnung nur ein DCC-Terminal der SIX-Gruppe erwerben konnten, welches an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe hätte angeschlossen werden können, weil kein anderes DCC-Terminal auf dem Markt vorhanden war, mit denen die DCC-Währungsumrechnung ordnungsgemäss durchgeführt worden wäre.

1224. Demzufolge bestand für die anderen Terminalhersteller aufgrund der fehlenden technischen Anbindung unzweifelhaft von vornherein keine

Möglichkeit, ihre eigenen DCC-Terminals an einen Händler zu verkaufen, (i) der aufgrund eines bestehenden Akzeptanz- und eines DCC-Vertrags an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe angebunden war und hierfür ein geeignetes DCC-Terminal erwerben wollte, (ii) der aufgrund eines Akzeptanzvertrags an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe angebunden war und ein geeignetes DCC-Terminal erwerben wollte, weil er in Erwägung zog, zu einem späteren Zeitpunkt auch die DCC-Währungsumrechnung gegenüber seinen Kunden anzubieten, (iii) der beabsichtigte, einen Akzeptanzvertrag sowie einen DCC-Vertrag mit der SIX-Gruppe abzuschliessen und hierfür ein geeignetes DCC-Terminal zu erwerben, (iv) der beabsichtigte, einen Akzeptanzvertrag mit der SIX-Gruppe abzuschliessen und ein geeignetes DCC-Terminal zu erwerben, weil er in Erwägung zog, zu einem späteren Zeitpunkt auch die DCC-Währungsumrechnung gegenüber seinen Kunden anzubieten.

1225. Die verschiedenen Berechnungen der Parteien zum Absatz von Zahlungskartenterminals belegen, dass neben ep2-Terminals auch DCC-Terminals abgesetzt wurden und demzufolge im Markt eine Nachfrage für beide Typen von Zahlungskartenterminals bestand.

1226. Die Massnahmen der SIX-Gruppe wurden vor dem Hintergrund vorgenommen, dass auf Seiten der Händler angesichts der Haftungsverstärkung bei Kreditkartentransaktionen mit Zahlungskartenterminals ohne neueste Sicherheitsmerkmale (vgl. SV F.f) ein erhöhter Bedarf hinsichtlich der Anschaffung von neuen Zahlungskartenterminals bestand.

1227. Bei diesem Sachverhalt ist festzustellen, dass die Massnahmen der SIX-Gruppe geeignet waren, zu Lasten der anderen Terminalhersteller eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb im Markt der Zahlungskartenterminals hervorzurufen, weil vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass dadurch Verkäufe von Zahlungskartenterminals der anderen Terminalhersteller an die vorstehend bezeichneten Gruppen von Händlern verhindert wurden. Unter Berücksichtigung des unstrittigen Umstands, dass die Terminalhersteller DCC-Terminals für die Anbindung an die Akzeptanz-Plattformen der anderen Kartenakquisiteure hergestellt und an Händler abgesetzt haben, liegen keine Gründe vor, die zu der Feststellung führen würden, dass die Möglichkeit der anderen Terminalhersteller zum Verkauf von DCC-Terminals an Händler der vorstehend bezeichneten Gruppen von Händlern auch ohne die Massnahmen der SIX-Gruppe zwingend eingeschränkt gewesen wäre.



1228. Diese Feststellung wird zudem implizit durch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen bestätigt (vgl. E. 1080), wonach die Anzahl der Händler mit einem Akzeptanzvertrag bei der SIX-Gruppe und gleichzeitiger Nutzung eines Zahlungskartenterminals von einem anderen Terminalhersteller nach der Offenlegung der DCC-Schnittstellen nicht angewachsen sei. Demnach nutzen auch Händler mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe ep2-Terminals von anderen Terminalherstellern. Demzufolge besteht auf Seiten der Händler keine völlige Gleichschaltung der Anbieter beim Bezug von Kartenakzeptanzvertrag und Zahlungskartenterminal. Es liegt kein Grund vor, der zur Annahme berechtigten würde, dass Händler mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe zwar ep2-Terminals, nicht aber DCC-Terminals von anderen Terminalherstellern benutzt hätten.

1229. Demzufolge hat die SIX-Gruppe durch die Verweigerung einer Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen an die anderen Händler das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG verwirklicht, weil dieses Verhalten zu einer zumindest potenziell nachteiligen Einwirkung auf den Markt geführt hat.

1230. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen, die gegen das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung vorgebracht werden, sind nicht geeignet, ein anderes Ergebnis zu begründen.

1231. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass diese Vorbringen wiederkehrend von den Beschwerdeführerinnen mit der Behauptung versehen werden (vgl. E. 1069), die anderen Terminalhersteller hätten nur eine Kopie der DCC-Funktion der SIX-Gruppe herstellen wollen, um dadurch ohne eigene Leistung im Markt der Zahlungskartenterminals DCC-Terminals absetzen zu können, wodurch die Innovationsleistung und die Investitionen der SIX-Gruppe beeinträchtigt worden seien. Wie dargelegt ist diese Argumentation unzutreffend (vgl. E. 638 ff., 769 ff.).

1232. Den zahlreichen Berechnungen der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1087 ff., 1079), mit denen die Unerheblichkeit der verhinderten Verkäufe von DCC-Terminals durch andere Terminalhersteller begründet werden soll, kommt von vornherein keine entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Denn für die Anwendung von Art. 7 KG besteht keine Erheblichkeitsschwelle, weil auch eine weitere sukzessive oder selektive nachteilige Einwirkung auf den Markt durch ein marktbeherrschendes Unternehmen – wie im vorliegenden Fall die Beschränkung einer Bereitstellung der

DCC-Währungsumrechnung durch die anderen Terminalhersteller – zu unterbinden ist.

1233. Daher kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, dass die verschiedenen Berechnungen der Beschwerdeführerinnen die oben bezeichnete Gruppe von Händlern (vgl. E. 1224) gar nicht vollständig umfassen und daher ungeeignet sind, um geringfügige Auswirkungen zu belegen.

1234. Auch die Berechnungen der Beschwerdeführerinnen bestätigen jedenfalls, dass zumindest ein mehr oder weniger kleiner Anteil an Verkäufen von DCC-Terminals an Händler durch andere Terminalhersteller infolge der Massnahmen der SIX-Gruppe verhindert wurde.

1235. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1070 ff., 1098), wonach die Beschaffung von Zahlungskartenterminals allgemein aus Sicht der Händler von individuellen Präferenzen – wie diverse Produktmerkmale oder Branchentrends – abhängt und im Hinblick auf verschiedene konkrete Händler nicht von der DCC-Funktion abhängig gemacht worden war, sind ungeachtet ihrer allfälligen sachlichen Richtigkeit nicht entscheidungsrelevant. Denn sie sind von vornherein nicht geeignet, die vorstehende Feststellung des Gerichts in Zweifel zu ziehen. Auch im Rahmen dieser Argumentationen legen die Beschwerdeführerinnen nicht dar, dass die Möglichkeit ausgeschlossen gewesen war, dass die anderen Terminalhersteller DCC-Terminals an Händler mit einem Kartenakzeptanzvertrag der SIX-Gruppe verkauft hätten. Eine solche Annahme wäre angesichts der dargestellten Ausgangslage auch nicht haltbar.

1236. Gleiches gilt auch für den Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1098), wonach die Zahlungskartenterminals der SIX-Gruppe den Zahlungskartenterminals der Konkurrenz technisch überlegen seien und daher für den Händler die bessere Lösung darstellen würden. Da die Beschaffung von Zahlungskartenterminals nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen von den individuellen Präferenzen der Händler abhängen, nimmt die konkrete Auswahl des Zahlungskartenterminals allein der jeweilige Händler aufgrund seiner Einschätzung, welches Zahlungskartenterminal seiner Auffassung nach das beste Gerät für seinen Einsatzzweck darstellt, vor (vgl. EuG, 1.4.1993, T-65/89, BPB Industries Plc u.a. gg. EU-KOM, EU:T:1993:31, Ziff. 72, wonach der Händler die Konsequenzen aus Liefer Schwierigkeiten der Konkurrenten zu ziehen habe). Daher ist die Einschätzung der SIX-Gruppe über die technische Überlegenheit ihrer Zah-

lungskartenterminals von vornherein nicht geeignet, die vorstehende Feststellung des Gerichts zu relativieren. Ungeachtet dessen, dass für diese Behauptung ohnehin kein Nachweis vorliegt, steht dieser Einwand in Widerspruch zu einem anderen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen (vgl. 1080, 1228), wonach die Anzahl der Händler mit einem Akzeptanzvertrag der SIX-Gruppe und einem DCC-Terminal eines anderen Terminalherstellers nach Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen nicht angewachsen sei. Wenn der Einwand zutreffen würde, hätten zumindest die Händler mit einem Akzeptanzvertrag bei der SIX-Gruppe überhaupt kein Zahlungskartenterminal von einem anderen Terminalhersteller bezogen.

1237. Im Übrigen ergibt sich auch bei diesem Einwand ein inhaltlicher Widerspruch zur Argumentation der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 758 ff.), die Verweigerung sei zum Schutz der Investitionen und Innovationen der SIX-Gruppe berechtigt gewesen. Wenn die Zahlungskartenterminals der anderen Terminalhersteller im Verhältnis zu den Produkten der SIX-Gruppe so wenig kompetitiv gewesen wären, dass sie aus diesem Grunde von den Händlern nicht gekauft worden wären, dann hätte die SIX-Gruppe bei der angeblich untergeordneten Bedeutung der DCC-Funktion entgegen ihrem Vorbringen von vornherein kein Bedürfnis gehabt, eine Schutzfrist zur Ausnutzung ihrer Innovationen eingeräumt zu erhalten. Die fehlende Herausgabe der Schnittstelleninformationen belegt im Gegenteil, dass die Beschwerdeführerinnen gerade nicht darauf vertrauen konnten, dass die angeblich sonst vorhandenen Vorteile und Gründe für den Kauf ihrer Zahlungskartenterminals wirklich durchschlagend waren.

1238. Auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1078), wonach bei gewissen Händlern der Aufwand einer Aufrüstung mit der DCC-Währungsumrechnung einschliesslich DCC-Terminals und Schulung der Mitarbeiter aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht vertretbar gewesen wäre, ist nicht geeignet, eine andere Feststellung zu begründen. Denn auch diese Einschätzung gilt unstrittig nur für einen Teil und nicht für alle Händler. Zudem steht die Frage der Wirtschaftlichkeit einer Einführung der DCC-Währungsumrechnung im Geschäftsbetrieb eines Händlers in keinem Zusammenhang mit dem Aspekt, welcher Terminalhersteller für das anzuschaffende Zahlungskartenterminal vom Händler ausgewählt wird.

1239. Aus den vorstehend genannten Gründen sind die Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1076 ff.), wonach die Vorinstanz ver-

schiedene bestimmte tatsächliche Aspekte nicht vollständig abgeklärt habe, weshalb keine ausreichend verifizierte Grundlage für die angefochtene Verfügung bestehe, nicht entscheidungsrelevant. Massgebend für die Beurteilung der Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung ist vielmehr allein die Eignung der Verweigerung einer Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen zur Herbeiführung von nachteiligen Einwirkungen auf dem Markt für ep2-Terminals durch die SIX-Gruppe. Hingegen bedarf es für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung keines Nachweises, welche konkreten Auswirkungen auf dem Terminalmarkt auch tatsächlich eingetreten sind.

1240. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1063 ff., 1067), wonach der Wettbewerb auf dem Markt der ep2-Terminals, zumindest aber die Wettbewerbsfähigkeit des einzelnen Initiators hätte beseitigt werden müssen, sind unzutreffend. Denn für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung ist es wie dargelegt ausreichend, dass sich durch die Verweigerung einer Bekanntgabe der DCC-Schnittstelleninformationen nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb zu Lasten der anderen Terminalhersteller einstellen. Demgegenüber müssen weder alle anderen Terminalhersteller noch ein einzelner Initiator vollständig von einer Geschäftstätigkeit auf dem Markt der ep2-Terminals ausgeschlossen werden.

1241. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1059 f.), wonach weder Multipay noch Card Solutions eine Verfälschung des Wettbewerbs beabsichtigt hätten, ist nicht massgeblich, weil die subjektiven Absichten keine konstitutive Voraussetzung für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung darstellen.

### **I) *Entgeltregelung***

1242. Im Rahmen der Wettbewerbspraxis ist anerkannt, dass von einem Initiator für die Eingehung der Geschäftsbeziehung grundsätzlich ein angemessenes Entgelt durch das marktbeherrschende Unternehmen verlangt werden kann (vgl. BGE 129 II 497, *EEF*, E. 6.5.2, 6.5.9; EuGH, 13.11.1975, 26/75, *General Motors Continental NV* gg. EU-Kom, EU:C:1975:150, Ziff. 20/23, Ausrichtung an den tatsächlichen Kosten; EuGH, EU:C:1986:421, *British Leyland*, Ziff. 27, Festlegung nicht außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Leistung; zu den Modalitäten einer Vergütungsregelung bei standardessentiellen Patenten vgl. EuGH, EU:C:2015:477, *Huawei*, Ziff. 63 ff.). Demzufolge ist davon auszugehen,

dass ein Unternehmen auch für die Zurverfügungstellung von Schnittstelleninformationen eine sachlich gerechtfertigte Gebühr gegenüber dem Initiator beanspruchen kann.

1243. Im vorliegenden Fall kann auf detaillierte Ausführungen hierzu und auf eine nähere tatsächliche Abklärung verzichtet werden, weil die Entrichtung einer Gebühr zwischen der SIX-Gruppe und den anderen Terminalherstellern keinen Gegenstand der Auseinandersetzung bildet.

#### **m) Sachliche Rechtfertigung**

1244. Zur Rechtfertigung der Verweigerung einer Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen an die anderen Terminalhersteller macht die SIX-Gruppe die Aspekte der Notwendigkeit zur Durchführung einer Test- und Re-Zertifizierungsphase, die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung sowie der Schutz der Investitions- und Innovationsanreize eines marktbeherrschenden Unternehmens geltend. Es wurde bereits dargelegt, dass diese Aspekte keine Rechtfertigung für das Verhalten der SIX-Gruppe darstellen (vgl. E. 686 ff., E. 749 ff., E. 765 ff.).

1245. Darüber hinaus machen die Beschwerdeführerinnen geltend (vgl. E. 1103), dass ihr Verhalten zu Effizienzvorteilen geführt habe, weil als Folge einer verfrühten Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen erhebliche ökonomische Transaktionskosten für die Beteiligten angefallen wären.

1246. Die Begründung der Beschwerdeführerinnen hierzu unterstellt implizit, dass der SIX-Gruppe die Entscheidungsgewalt darüber zustehe, zu welchem Zeitpunkt die anderen Terminalhersteller die notwendigen Arbeiten zur Anpassung der DCC-Funktion in ihren Zahlungskartenterminals für eine Anbindung an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe aus Kostengründen vorzunehmen haben. Es ist allerdings kein Grund ersichtlich, warum der SIX-Gruppe eine solche Befugnis zukommen sollte. Vielmehr wurde bereits im Rahmen der Beurteilung der Test- und Re-Zertifizierungsphase ausgeführt (vgl. E. 722 f.), dass die Entscheidung über die Entwicklung und Anpassung ihrer Terminalsoftware auch unter Berücksichtigung des Risikos eines erneuten Aufwands infolge einer Anpassung von Schnittstellen im Rahmen von Zertifizierungs- bzw. Re-Zertifizierungsverfahren in den Geschäftsbereich der anderen Terminalhersteller fällt. Daher hatten die anderen Terminalhersteller selbst darüber zu entscheiden, ob sie nach einer Mitteilung der DCC-Schnittstellen-

informationen für die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe die Arbeiten zur Anpassung ihrer DCC-Terminals aufgenommen hätten, oder ob sie aufgrund des Hinweises der SIX-Gruppe, dass noch eine Re-Zertifizierung durchzuführen ist, diese Arbeiten bis zum Abschluss der Re-Zertifizierung aufgeschoben hätten. Das Verhalten der SIX-Gruppe stellt demzufolge die Anmassung einer nicht vorhandenen Befugnis zur Ausgestaltung von innerorganisatorischen Verfahrensabläufen der anderen Terminalhersteller dar.

1247. Auf Seiten der SIX-Gruppe führt die Notwendigkeit, den anderen Terminalherstellern die DCC-Schnittstelleninformationen zunächst mit einem Hinweis auf die Re-Zertifizierung als vorläufige Version und nochmals nach Abschluss der Re-Zertifizierung als finale Version mitzuteilen, zwar zu einem erhöhten Aufwand. Dieser Aufwand ist jedoch überschaubar und wäre unter Berücksichtigung einer zulässigen Entgeltregelung vertretbar. Jedenfalls resultieren daraus keine erheblichen ökonomischen Transaktionskosten, wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet. Eine Verweigerung der Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen wegen einer Einsparung des Aufwands für eine zusätzliche Kommunikation gegenüber den anderen Terminalherstellern stellt demzufolge keine verhältnismässige Massnahme dar (vgl. E. 733 f.).

1248. Auch dieser Einwand begründet demnach keine Rechtfertigung für die Verweigerung der DCC-Schnittstelleninformationen gegenüber den anderen Terminalherstellern.

1249. Darüber hinaus machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen durch die angefragte Multipay berechtigterweise habe verweigert werden können, weil es sich hierbei um immaterialgüterrechtlich geschützte Güter der Card Solutions gehandelt habe. Hierzu wurde bereits dargelegt (vgl. E. 653 ff.), dass dieser Einwand angesichts der Massgeblichkeit der SIX-Gruppe als Kartellrechtssubjekt nicht entscheidungsrelevant ist.

#### **n) Zusammenfassung**

1250. Als Ergebnis der Prüfung im Beschwerdeverfahren ist festzustellen, dass die Verweigerung einer Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform durch die SIX-Gruppe gegenüber den anderen Terminalherstellern ein wettbewerbswidriges Verhalten

in der Missbrauchsform einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG darstellt.

#### **4) Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG**

1251. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Verwirklichung einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG von Seiten der SIX-Gruppe gegenüber den Händlern durch die Verknüpfung von Akzeptanzgeschäft, Währungsumrechnung und DCC-Terminal festgestellt, wodurch die Wahlfreiheit der Händler bei der Beschaffung von DCC-Terminals ausgeschlossen worden sei.

##### **a) Ausgangslage**

###### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1252. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Koppelung aus verschiedenen wettbewerbstheoretischen Gründen.

1253. Zunächst erheben sie den Einwand, dass der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG vorliegend bereits aufgrund von dessen Wortlaut gar nicht habe verwirklicht werden können.

1254. Daneben wird von ihnen geltend gemacht, dass für die Verwirklichung einer Koppelung im Einzelfall eine Schädigungstheorie nachgewiesen werden müsse, mit der in ökonomisch ausreichender Weise belegt werde, dass die entsprechende Koppelung überhaupt problematisch sein könne. Unter Verweis auf die single monopoly-Theorie der Chicago School – wonach für ein marktbeherrschendes Unternehmen kein Anreiz bestehe, Marktteilnehmer auf benachbarten Märkten zu behindern, weil es seinen Monopolgewinn auf dem beherrschten Markt abschöpfen könne und sich höhere Gewinne im benachbarten Markt negativ auf den Monopolgewinn im beherrschten Markt auswirken würden – wird in allgemeiner Weise behauptet, dass vorliegend keine Schädigungstheorie für eine Koppelung gegeben sei.

1255. In Anknüpfung an die single monopoly-Theorie wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ir-

rational handeln würde, wenn es verschiedene Produkte aus einem beherrschten Markt und einem nicht beherrschten Markt bündeln würde. Da es den Monopolgewinn aus dem beherrschten Markt nur einmal vereinnahmen könne, würde eine Verbindung dieses Produkts mit einem anderen Produkt überhaupt keinen wirtschaftlichen Sinn machen. Da ein Unternehmen ökonomisch sinnvoll handle, liege demzufolge keine unzulässige Verbindung von zwei Produkten vor.

1256. Darüber hinaus machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass eine Marktbeeinträchtigung jedenfalls nicht durch die von der Vorinstanz angeführten Schädigungstheorien erklärt werden könnten. Die angefochtene Verfügung führe zwar Fallgestaltungen von antikompetitiven Koppelungen an, die unter bestimmten Voraussetzungen gegeben seien, ohne jedoch diese Voraussetzungen auch für den vorliegenden Sachverhalt detailliert zu prüfen oder nachzuweisen.

1257. Zudem gehe die angefochtene Verfügung von einer wettbewerbswidrigen Übertragung von Marktmacht vom Markt des Akzeptanzgeschäfts auf den Markt für Zahlungskartenterminals aus. Des Weiteren werde angenommen, dass Akzeptanz-Dienstleistungen und Terminalleistungen komplementär seien. Unter diesen Bedingungen könne der Gewinn aus der Marktmacht aber nur einmal abgeschöpft werden, weshalb an der Übertragung von Marktmacht auf den Terminalmarkt kein Interesse bestehe.

1258. Die Beschwerdeführerinnen hätten ein wesentlich grösseres Interesse an einer Verbreitung der Akzeptanzverträge als an der Verbreitung von Zahlungskartenterminals, weil die Einkünfte aus den Akzeptanzverträgen die Einnahmen aus dem Terminalverkäufen übersteigen würden. Dieses Interesse schliesse die Annahme einer Koppelung aus.

## *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

1259. Die Vorinstanz stützt sich für die Begründung einer Koppelung auf die sog. Leverage-Theorie, wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf einen anderen, benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt herbeiführen und dadurch seine Marktmacht vom beherrschten Markt auf den anderen Markt übertragen könne.



1260. Zur Widerlegung der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten wettbewerbstheoretischen Argumentationen verweist die Vorinstanz auf verschiedene aktuelle Ansichten in der ökonomischen Literatur. Diese würden verschiedene strategische Aspekte aufzeigen, wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen aus profit-maximierenden Gründen Anreize haben könne, mittels eines Leveraging seine Marktmacht auf einen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt auszuweiten. Die dargelegten Modelle würden einen guten Überblick über die hierzu erforderlichen Voraussetzungen geben, wie z.B. einen komplementären Zusammenhang zwischen zwei Produkten, Kosten und Risiken des Markteintritts, Grössen- und Verbundvorteile in der Produktion oder ein mögliches unwiederrufbares Commitment über eine Koppelung.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

1261. Ein Koppelungsgeschäft gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG liegt vor, wenn durch das marktbeherrschende Unternehmen an den Abschluss von Verträgen die Bedingung gekoppelt wird, dass ein Vertragspartner zusätzliche Leistungen anzunehmen oder zu erbringen hat.

1262. Die Fallgruppe der Koppelung als wettbewerbswidriges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens wurde vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil *Hallenstadion* (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 246 ff.) bereits einmal behandelt, wobei aufgrund der konkreten Sachverhaltskonstellation allerdings keine abschliessende Würdigung vorgenommen werden musste. Die Wettbewerbskommission hatte sich vor dem relevanten Zeitraum insbesondere in den Fällen *Swisscom-Centrex* (WEKO, 22.6.1998, RPW 1998/3, 377, *Swisscom-Centrex*, Ziff. 18 f.), *Spitallisten* (WEKO, 27.4.1999, RPW 1999/2, 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, Ziff. 125 f.), *Lookop* (WEKO, ohne Datum, RPW 2002/1, 72, *Lookop AG gg. SBB*, Ziff. 21 f.), *Talk & Surf* (WEKO, 12.2.2004, RPW 2004/2, 357, *Produktbündel „Talk & Surf“*, Ziff. 69 f.), *Corner Banca* (WEKO, 1.9.2003, RPW 2004/4, 1002, *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*, Ziff. 55 f.) mit einer Koppelung befasst.

1263. Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union weist verschiedene Entscheidungen der Europäischen Gerichte und der Europäischen Kommission zur Koppelung auf (vgl. insbesondere EuG, 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft Corp. gg. EU-Kom*, EU:T:2007:289, zit. *Microsoft*, Ziff. 1089; damit bestätigt die Entscheidung der EU-KOM, 24.3.2004, Comp/C-

3/37.792, Microsoft Corp., ABl. 2004 L 32/23, zit. *Microsoft*, Ziff. 946, 968; EuGH, 14.11.1996, C-333/94, Tetra Pak International SA gg. EU-Kom, EU:C:1996:436, zit. *Tetra Pak II*, damit bestätigt das Urteil des EuG, 6.10.1994, T-83/91, Tetra Pak International SA gg. EU-Kom, EU:T:1994:246, zit. *Tetra Pak II*, damit bestätigt die Entscheidung der EU-KOM, 24.7.1991, IV/31.043 – Tetra Pak II, 92/163/EWG, ABl. 1992 L 72/1; EuGH, 2.3.1994, C-53/92P, Hilti AG gg. EU-Kom u.a, Eu:C:1994:77, zit. *Hilti*; damit bestätigt Urteil des EuG, 12.12.1991, T-30/89, Hilti gg. EU-Kom, EU:T:1991:70, zit. *Hilti*; damit bestätigt die Entscheidung der EU-KOM, 22.12.1987, 88/138/EWG, IV/30787 – Eurofix-Bauco gg. Hilti, ABl. 1988 L 65/19, zit. *Hilti*, Ziff. 30-32, 75, 87-95; EU-KOM, 20.12.2012, COMP/39230, Rio Tinto Alacan, zit. *Rio Tinto*). Die Europäische Kommission hat darüber hinaus verschiedene Aspekte zur Beurteilung von bestimmten Konstellationen eines Behinderungsmissbrauchs einschliesslich von gewissen Koppelungssachverhalten formuliert (vgl. EU-KOM, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, K[2009] 864, ABl. 2009 C 45/7, zit. *Prioritätenmitteilung*, Ziff. 47 ff.), wobei dieser Mitteilung allerdings keine Bindungswirkung gegenüber den Europäischen Gerichten zukommt (vgl. Ziff. 3 *Prioritätenmitteilung*).

1264. Der Inhalt eines Koppelungsgeschäfts besteht darin, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auf Angebots- oder Nachfrageseite den Abschluss eines Geschäfts über ein bestimmtes Hauptprodukt (auch als „koppelndes Gut“ bezeichnet) von Zugeständnissen für die Abnahme oder die Lieferung bzw. Leistung eines weiteren Zusatzprodukts (auch als „gekoppeltes Gut“ bezeichnet) gegenüber seinem Geschäftspartner abhängig macht, soweit Haupt- und Zusatzprodukt keine ausreichende spezifische sachliche Bindung oder keinen sachlichen Grund für eine Verbindung aufweisen (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 248, mit Verweis auf *Botschaft KG 1995*, 575; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 468; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 262; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 746; REINERT, *SHK-KG*, Art. 7 Rn. 37; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 489; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.751; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 274; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 256). Im Gegensatz zu einem wettbewerbsrechtlich zulässigen Kombinationsgeschäft weist das Koppelungsgeschäft somit eine Verbindung von verschiedenen Produkten ohne angemessene sachliche Grundlage auf.

1265. Koppelungsgeschäfte stellen eine Wettbewerbsbeschränkung dar, weil sie verschiedene Varianten einer Wettbewerbsverfälschung nach sich ziehen. Denn der Absatz des Zusatzprodukts beruht in derartigen Fällen nicht auf dessen eigenen Leistungsfaktoren, sondern knüpft an den von den jeweiligen Nachfragern bzw. Anbietern angestrebten Absatz des Hauptprodukts an. Die Wettbewerbsverfälschung tritt dabei prinzipiell in zwei alternativ oder kumulativ vorliegenden Varianten auf (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 249; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 263 f.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 747; REINERT, *SHK-KG*, Rn. 37; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 491; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.753; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 274; O'DONAHUE ROBERT/PADILLA JORGE, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. Aufl. 2013, zit. *Article 102*, 598; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 255): (i) Eine Benachteiligung der Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Aufhebung seiner Handlungsfreiheit infolge der Notwendigkeit zur Abnahme oder Leistung eines Produkts, welches gar nicht oder jedenfalls nicht unter Anwendung der jeweiligen Modalitäten abgenommen oder geleistet worden wäre; oder (ii) eine Behinderung von Konkurrenten in Gestalt von deren Verdrängung, indem diesen die Nachfrager bzw. Anbieter auf dem Markt des Zusatzprodukts entzogen werden. Durch eine Koppelung kann dabei die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Markt des Hauptprodukts oder auf dem Markt des Zusatzprodukts oder auch auf beiden Märkten gestützt oder verstärkt werden. Zudem kann im Einzelfall gegebenenfalls sogar die Gefahr bestehen, dass das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund der Hebelwirkung der Koppelung auch auf dem Markt des Zusatzprodukts eine marktbeherrschende Stellung erlangt.

1266. Bei Koppelungsgeschäften werden aufgrund der bisherigen Entwicklung einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung verschiedene Unterscheidungen vorgenommen. Im Hinblick auf den Koppelungstyp, d.h. die Art und Weise, wie die Kombination der jeweiligen Produkte erfolgt, wird folgende grundlegende Abgrenzung vorgenommen (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 250; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 493 f.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 262; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 497; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.763; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 284 f.): (i) das „Bündelgeschäft“ bzw. die „Bündelung“ (in Anlehnung an den englischen Begriff auch als „bundling“ oder „pure bundling“ bezeichnet) umfasst den ausschliesslich gemeinsamen Absatz von Haupt- und Zusatzprodukt auf-

grund einer wechselseitigen Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt; (ii) das „Verbundgeschäft“ (in Anlehnung an den englischen Begriff auch als „tying“ bezeichnet) umfasst den ausschliesslichen Absatz des Hauptprodukts zusammen mit dem Zusatzprodukt aufgrund einer (bloss) einseitigen Kombination des Hauptprodukts mit dem Zusatzprodukt, weshalb das Zusatzprodukt auch alleine verfügbar bleibt; (iii) das „Anreizgeschäft“ (in Anlehnung an den englischen Begriff auch als „mixed bundling“ bezeichnet) umfasst die Sachverhalte, bei denen eine unabhängige Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund einer bloss fakultativen Kombination zwar theoretisch möglich bleibt, die gleichzeitige Nachfrage aufgrund spezifischer ökonomischer Anreize – wie die Ausgestaltung von Gesamtpreisen oder die Gewährung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen bei Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt – aber bei realistischer Betrachtung ganz offensichtlich vorzuziehen ist.

1267. Im Hinblick auf den Koppelungsgrund, d.h. die Grundlage für die Verbindung der jeweiligen Produkte, wird eine Unterscheidung vorgenommen zwischen einer vertraglichen Verküpfung und einer faktischen Verknüpfung (vgl. E. 1328 f.). Während beim Verbundgeschäft als Koppelungsgrund sowohl eine vertragliche Verknüpfung als auch eine faktische Verknüpfung zur Anwendung gelangen können, beruht das Bündelgeschäft ausschliesslich auf einer vertraglichen Verknüpfung und das Anreizgeschäft ausschliesslich auf einer faktischen Verknüpfung.

1268. Ungeachtet der unterschiedlichen Zuordnung können in allgemeiner Weise grundsätzlich folgende Merkmale als Voraussetzungen einer Koppelung qualifiziert werden (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 253; EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 859; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 275): (i) marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Markt des Hauptprodukts; (ii) Marktteilnehmer als Vertragspartner; (iii) Vorliegen separater Produkte; (iii) Verknüpfung eines Hauptprodukts mit einem Zusatzprodukt durch das marktbeherrschende Unternehmen; (iv) nachteiliger Effekt auf den Wettbewerb; (v) Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung der Verknüpfung.

1269. Angesichts dieser Ausgangslage ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1254 f.), wonach aus ökonomischer Sicht keine Schädigungstheorie für eine Koppelung als missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens begründet werden könne, weshalb Produktverbindungen in jedem Falle zulässig seien, nicht haltbar und daher unbeachtlich.

1270. Mit der ausdrücklichen Statuierung der Koppelung als Regelbeispiel eines missbräuchlichen Verhaltens hat der schweizerische Gesetzgeber vielmehr klargestellt, dass jedenfalls mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG durch ein marktbeherrschendes Unternehmen eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb gegeben ist, die zudem gemäss Art. 49a KG ausnahmslos zu sanktionieren ist. Infolgedessen steht im Rahmen der Rechtsanwendung auf einen konkreten Einzelfall sowohl für die Wettbewerbsbehörden als auch für die Gerichte als Rechtsmittelinstanzen das Vorliegen einer ausreichenden ökonomischen Schädigungstheorie ausser Frage. Demnach scheidet eine Erörterung des Aspekts, ob bei einer Koppelung überhaupt und gegebenenfalls nach welcher bestimmten ökonomischen Theorie tatsächlich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb angenommen werden kann, von vornherein aus. Im vorliegenden Fall kommt den Ausführungen der Parteien zur massgeblichen ökonomischen Schädigungstheorie daher für die Entscheidung in der Sache keine Relevanz zu. Aus diesem Grund geht auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen von vornherein ins Leere, die Vorinstanz hätte die jeweiligen Voraussetzungen der von ihr aufgezeigten Schädigungstheorien weder abgeklärt noch nachgewiesen.

1271. Da die Beschwerdeführerinnen ihre Einwände im Hinblick auf die Subsumtion der Tatbestandsvoraussetzungen allerdings jeweils eng mit ihren allgemeinen Einwänden in Bezug auf das Vorliegen einer ausreichenden Schädigungstheorie verknüpfen, ist der Vollständigkeit halber bereits an dieser Stelle auf die aufgeworfenen wettbewerbstheoretischen Einwände einzugehen.

1272. Die Grundlage des Einwands der Beschwerdeführerinnen wegen des Fehlens einer ausreichenden Schädigungstheorie bildet die Berufung auf die single monopoly-Theorie der Chicago-School (vgl. E. 1255), wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen die Monopolrente nur einmal abschöpfen könne, weshalb eine Verbindung des Produkts, für das die marktbeherrschende Stellung bestehe, mit einem anderen Produkt – unabhängig davon, ob dieses ebenfalls marktbeherrschend ist oder nicht – ökonomisch keinen Sinn mache. Dieser Ansatz bildet allerdings nur eines von verschiedenen theoretischen ökonomischen Konzepten, die sich aufgrund modellhafter Überlegungen mit der Koppelung befassen, wobei andere Konzepte durchaus Schädigungstheorien für Koppelungen nachweisen (vgl. FUMAGALLI CHIARA/MOTTA MASSIMO/CALCAGNO CLAUDIO, *Exclusionary Practices*, 2018, 363 ff. m.w.H.; CARLTON DENNIS W./WALDMANN MICHAEL, *Upgrades, switching costs and the leverage*

theory of tying, *Economic Journal* 2011, 122, 675-706; WHINSTON MICHAEL, Tying D., *Foreclosure and Exclusion*, *American Economic Review*, 1990, 80(4), 837-859). Sämtliche Konzepte einschliesslich der single monopoly-Theorie beruhen dabei jeweils auf bestimmten Vorgaben und Annahmen. Insbesondere die jeweiligen Vorgaben und Annahmen bilden wiederum die Ansatzpunkte für die Kritik der gegenteiligen Ansichten, ungeachtet der jeweiligen weiteren Aspekte einer inhaltlichen Ablehnung. Demzufolge kann bereits von vornherein keines dieser Konzepte eine absolute Geltung für sämtliche möglichen tatsächlich auftretenden Sachverhaltskonstellationen beanspruchen. Da die jeweiligen Vorgaben und Annahmen zudem für einen bestimmten Markt regelmässig nicht in reiner Form gegeben sind, lässt sich eine konkrete Ableitung aus einem ökonomischen Modell im Einzelfall zumeist nicht vornehmen. Die ökonomischen Modelle weisen demzufolge insbesondere im Rahmen von wettbewerbspolitischen Überlegungen einen Wert zur grundsätzlichen rechtlichen Erfassung von wirtschaftlichen Verhaltensweisen auf; sie stellen jedoch keine verbindliche Vorgabe für die rechtliche Beurteilung eines konkreten Sachverhalts im Einzelfall dar (vgl. E. 1125). Im Übrigen wird für den Bereich der Koppelungen übereinstimmend festgestellt, dass zwar theoretische Modellkonzepte, aber keine validierten Studien zur praktischen Umsetzung von Koppelungen vorliegen. Daher können die Beschwerdeführerinnen entgegen den bestehenden gesetzlichen Vorschriften keine unmittelbaren Ableitungen aus der single monopoly-Theorie vornehmen.

1273. Auch der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte, in Anknüpfung an das single monopoly theorem und auf dem ökonomischen Prinzip aufbauende Einwand (vgl. E. 1255), wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen irrational handeln würde, wenn es eine Verbindung von verschiedenen Produkten vornähme, die aus einem von ihm beherrschten und einem von ihm nicht beherrschten Markt stammten, ist inhaltlich unzutreffend und daher unbeachtlich. Denn mit dieser Argumentation stellen die Beschwerdeführerinnen zugleich die Prämisse auf, dass sich marktbeherrschende Unternehmen ausnahmslos rein rational und strikt entsprechend einzelner theoretischer ökonomischer Modelle einschliesslich von deren jeweiligen grundlegenden Annahmen und Vorgaben verhalten würden. Eine derartige Prämisse ist allerdings weder für die Verbindung von verschiedenen Produkten noch für sonstige missbräuchliche Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen vertretbar. Sie wird bereits dadurch widerlegt, dass in der Vergangenheit sowohl Koppelungssachverhalte als auch sonstige wettbewerbswidrige Verhal-

tensweisen von Unternehmen festgestellt wurden und sich diese Unternehmen demzufolge nicht rational verhalten haben. Das ökonomische Prinzip, wonach das Handeln der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer zweckrational auf eine Nutzenmaximierung ausgerichtet ist, kann zwar allgemein dem wirtschaftlichen Verhalten von Wirtschaftsteilnehmern als plausible Prämisse zu Grunde gelegt werden. Die meisten ökonomischen Modelle stützen sich daher auch in entsprechender Weise darauf ab. Allerdings ist heute anerkannt, dass in der Praxis Entscheidungen auf rein rationalen Aspekten aus den verschiedensten Gründen regelmässig zum einen gar nicht möglich sind und zum anderen ungeachtet einer möglichen Umsetzung dennoch vielfach nicht vorgenommen werden (vgl. THALER RICHARD H., Behavioral Economics: Past, Present and Future, American Economic Review, 2016, 106(7), 1577-1600 m.w.H.). So wird die Möglichkeit zu einer ausschliesslich rationalen Entscheidung bereits dadurch eingeschränkt, dass ein Wirtschaftsteilnehmer keine ausreichenden Informationen über alle entscheidungsrelevanten Kriterien verfügt. Darüber hinaus haben die Wirtschaftspsychologie und die Entscheidungstheorie empirisch festgestellt, dass rationale Entscheidungen im Einzelfall oft ausbleiben (vgl. THALER RICHARD, Misbehaving – Was die Verhaltensökonomik über unsere Entscheidungen verrät, 2015/2017, 343 m.w.H.). Daher kann auch nicht einfach vorausgesetzt werden, dass sich die jeweiligen Entscheidungsträger in einem Unternehmen im konkreten Einzelfall völlig rational entsprechend einem bestimmten ökonomischen Modell verhalten (haben). Für die Beurteilung von konkreten Entscheidungen von Wirtschaftsteilnehmern im Einzelfall lässt sich demzufolge aus dem ökonomischen Prinzip kein zwingender Nachweis für ein rationales Verhalten eines Unternehmens ableiten.

1274. Im Übrigen ist die Argumentation der Beschwerdeführerinnen auch inhaltlich nicht überzeugend. Selbst wenn unterstellt würde, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen die Monopolrendite nur ein einziges Mal über das marktbeherrschende Produkt abschöpfen könnte, so stellt dies offensichtlich kein zwingendes Argument gegenüber dem Bestreben eines marktbeherrschenden Unternehmens dar, seine besondere Stellung auf einem beherrschten Markt durch Massnahmen, die dem Leistungswettbewerb nicht entsprechen und auch nicht durch einen Rechtfertigungsgrund abgedeckt sind, zukünftig auf dem Markt des Zusatzprodukts abzusichern.

1275. Die Behauptungen der Beschwerdeführerinnen zum Fehlen einer ausreichenden Schädigungstheorie stehen zudem in einem inhaltlichen

Widerspruch zu ihren Vorbringen hinsichtlich des Tatbestands der Geschäftsverweigerung (vgl. E. 810), wonach die SIX-Gruppe als international kleiner Marktteilnehmer im Markt des Akzeptanzgeschäfts darauf angewiesen gewesen sei, die DCC-Währungsumrechnung und die Abstimmung mit den ep2-Terminals der Card Solutions zur Attraktivitätssteigerung der Kartenprodukte von Card Solutions anzubieten, um durch Qualitätswettbewerb gegenüber anderen Wettbewerbern einen Vorteil zu erlangen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass durch eine Abschottung der DCC-Funktion mittels fehlender Offenlegung von deren Schnittstelleninformationen ein Vorteil gegenüber anderen Wettbewerbern durch die SIX-Gruppe erlangt werden sollte. Mithin verweisen die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihres Vorbringens selbst auf einen möglichen Beweggrund für das von der Vorinstanz als wettbewerbswidrig qualifizierte Vorgehen. Gleichzeitig widerlegen sie damit selbst, dass eine Verknüpfung von Akzeptanz-Plattform, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals in jedem Falle, d.h. unter jeglichen denkbaren Aspekten, als irrational zu qualifizieren wäre. Im Übrigen ist eine derartige gegensätzliche Argumentation zu zwei unterschiedlichen Tatbeständen des Art. 7 KG zudem als widersprüchlich zu bewerten.

1276. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die möglichen bzw. fehlenden Absichten auf Seiten von Multipay und Card Solutions (vgl. E. 1258) sind angesichts der rechtserheblichen Voraussetzungen für die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens von Art. 7 KG nicht von Bedeutung. Denn die Feststellung eines Marktmissbrauchs beruht allein auf den objektiven Merkmalen der Marktbeherrschung sowie des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens und weist kein subjektives Tatbestandsmerkmal auf (vgl. E. 1193 f. m.w.H.; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 102 Rn. 17; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 9; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 133; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.501). Demzufolge sind die konkreten Beweggründe eines Unternehmens, welche der Durchführung eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens zu Grunde liegen, für eine Verwirklichung des Tatbestands von Art. 7 KG unerheblich; sie können allenfalls zum Nachweis des jeweiligen missbräuchlichen Verhaltens dienen. Dieses Ergebnis ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut von Art. 7 KG bzw. Art. 102 AEUV, die beide gerade kein subjektives Element vorsehen, sowie dem Zweck dieser Vorschriften, eine objektive Gefährdung des Wettbewerbs auszuschliessen.



1277. Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass eine notwendige Berücksichtigung von Absichten einzelner Konzerngesellschaften, wie dies von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht wird (vgl. E. 1258), vorliegend ebenfalls zur Annahme eines wettbewerbswidrigen Verhaltens führen würde, weil ein Ausschluss der Konkurrenten auf dem Markt der Zahlungskartenterminals durch die fehlende Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen offensichtlich im Interesse der Card Solutions gewesen wäre.

### **b) Fallgruppen**

1278. Das Regelbeispiel des Art. 7 Abs. 2 lit. f KG setzt die Kombination eines Hauptprodukts mit einem weiteren (Zusatz-)Produkt als zusätzliche Leistung in Beziehung zu einer an den „Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung“ voraus. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich dieses Regelbeispiels bleibt festzustellen, ob sämtliche anerkannten Varianten einer Koppelung hiervon erfasst werden oder ob einzelne dieser Varianten der Generalklausel zuzuweisen sind. Im Urteil *Hallenstadion* wurde vom Bundesverwaltungsgericht eine abschliessende Zuweisung mangels Entscheidungsrelevanz noch offengelassen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 252). Angesichts des von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Einwands einer fehlenden Tatbestandsverwirklichung des Regelbeispiels gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (vgl. E. 1253) ist daher dessen Anwendungsbereich abzuklären.

1279. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union werden unterschiedliche Differenzierungen in Bezug auf die Koppelungssachverhalte und damit auch eine unterschiedliche Zuweisung zum Regelbeispiel in Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV – dessen Wortlaut allerdings im Detail von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG abweicht – und der Generalklausel des Art. 102 Abs. 1 AEUV vorgenommen. Die jeweiligen Differenzierungen dienen dabei einer unterschiedlichen Behandlung (i) von Ausbeutungs- und Behinderungssachverhalten (vgl. EILMANNBERGER/BIEN, *MüK-EuWBR*, Art. 102 Rn. 498, wonach nur Ausbeutungssachverhalte dem Regelbeispiel zuzuordnen seien, während Behinderungssachverhalte unter die Generalklausel fallen), und (ii) von Koppelungen auf der Nachfrageseite gegenüber Lieferanten und auf der Angebotsseite gegenüber Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens, weil die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur die Annahme von weiteren Leistungen vorsieht (vgl. SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 255; a.A. FUCHS/

MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 203; DIRKSEN DIRK, in: Langen/Bunte [Hrsg.], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 11. Aufl. 2011, zit. *LB-EUKR*, Art. 102 Rn. 156, wonach dieser Sachverhalt unter Art. 102 Abs. 2 lit. a oder b oder die Generalklausel zu subsumieren sei), sowie (iii) zur Berücksichtigung von weiteren als den in der Vorschrift genannten Rechtfertigungsgründen der sachlichen oder auf einen Handelsbrauch beruhenden Beziehung zwischen den Produkten (vgl. SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 255).

1280. Im Rahmen einer Anwendung des Regelbeispiels von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG bedarf es der im Europäischen Wettbewerbsrecht vorgenommenen Differenzierungen in Bezug auf Vertragspartner und Rechtfertigungsgründe aufgrund von dessen anders ausgestaltetem Wortlaut nicht. Denn angesichts der ausdrücklichen Formulierung werden von der schweizerischen Vorschrift Koppelungen sowohl auf der Angebotsseite als auch auf Nachfrageseite von der Vorschrift erfasst (vgl. E. 1304). Zudem werden in der schweizerischen Vorschrift keine bestimmten Rechtfertigungsgründe bezeichnet; vielmehr handelt es sich bei der Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das im Hinblick auf die erforderliche Abgrenzung zwischen einem zulässigen und einem wettbewerbswidrigen Verhalten heranzuziehen ist (vgl. E. 1416 f.). Eine Differenzierung hinsichtlich eines Ausbeutungs- und eines Behinderungsmisbrauchs wäre nur erforderlich, wenn unterschiedliche Voraussetzungen für die Beurteilung heranzuziehen wären. Für eine entsprechende Differenzierung sind bislang aber keine Gründe ersichtlich.

1281. Für den Anwendungsbereich des Regelbeispiels von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist hingegen massgeblich, welche inhaltliche Bedeutung den Tatbestandselementen „Bedingung“ und „Abschluss von Verträgen“ im Rahmen dieser Vorschrift beizumessen ist.

1282. Der Begriff „Bedingung“ weist verschiedene Begriffsinhalte auf. Bei diesen handelt es sich in einem engeren Sinn um Bedingungen im Rechtssinne und in einem weiteren Sinn um allgemeine Voraussetzungen und Abhängigkeiten. Darüber hinaus werden teilweise auch die einzelnen Klauseln eines Vertrags oder eines sonstigen Regelwerks als Bedingungen bezeichnet.

1283. Eine Bedingung im Rechtssinne stellt im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrags aufgrund von Art. 151 f. OR eine bestimmte, von den Parteien vereinbarte Tatsache dar, die auf die Wirksamkeit des Vertrags ein-

wirkt. Dabei hat die aufschiebende Bedingung zur Folge, dass die Wirksamkeit des Vertrags erst nach Eintritt der Tatsache entsteht, während bei einer auflösenden Bedingung die Wirksamkeit des Vertrags nach Eintritt der Tatsache wieder entfällt. Wäre das Tatbestandselement „Bedingung“ im Rechtssinne zu verstehen, müsste daher im Vertrag eine Regelung enthalten sein, wonach die Wirksamkeit des Vertrags vom Eintritt eines spezifischen Umstands in Gestalt einer Abnahme bzw. Leistung des Zusatzprodukts abhängig sein soll. Bei einem solchen Verständnis des Tatbestandselements würde das Regelbeispiel allerdings nur Sachverhalte erfassen, bei denen die Wirksamkeit des Vertrags und damit die Abnahme bzw. die Leistung des Hauptprodukts ausdrücklich in Abhängigkeit von einer Abnahme bzw. Leistung des Zusatzprodukts geregelt wären. Bei diesen Fällen würden der gesamte Vertrag sowie damit auch die Abnahme bzw. die Leistung des Hauptprodukts unwirksam werden, wenn das Zusatzprodukt vom Lieferanten nicht geleistet bzw. vom Abnehmer nicht abgenommen wird, weil die Abnahme bzw. die Leistung des Zusatzprodukts nach der subjektiven Ansicht der Parteien einen wesentlichen Bestandteil des Vertrags bildet. Es ist aber aus mehreren Gründen nicht davon auszugehen, dass dem Tatbestandsmerkmal „Bedingung“ ein solcher Bedeutungsgehalt beizumessen ist. Zum einen ist aus der Sicht des marktbeherrschenden Unternehmens jedenfalls im Regelfall keine Intention vorhanden, dass der Vertrag über das Hauptprodukt unwirksam wird, wenn der Vertragspartner das Zusatzprodukt nicht abnimmt bzw. nicht leistet. Denn dadurch stünde die Wirksamkeit des Hauptvertrags im Belieben des Vertragspartners. Zum anderen bildet die Vorschrift des Art. 7 Abs. 2 lit. f KG nach ihrem Sinn und Zweck sowie ihrer systematischen Stellung keine Regelung zur Beurteilung der privatrechtlichen Wirksamkeit eines Vertrags über die Leistung von Haupt- und Zusatzprodukten, der von einem marktbeherrschenden Unternehmen abgeschlossen wurde, sondern zur Feststellung der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit eines solchen Vertrags. Denn die privatrechtliche Wirksamkeit eines wettbewerbswidrigen Vertrags ist angesichts von dessen Gesetzeswidrigkeit anhand von Art. 19 OR zu beurteilen, wobei der Vertrag oder der Vertragsteil über das Zusatzprodukt ohnehin in jedem Fall als unwirksam anzusehen wäre. Massgebend für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Bedingung“ kann daher nicht die eingeschränkte Betrachtung sein, ob der Vertrag unter eine Bedingung im Rechtssinne gestellt wurde oder ob er unabhängig vom Eintritt bestimmter Umstände in jedem Fall wirksam sein soll. Mit dem Tatbestandselement „Bedingung“ in Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist demzufolge nicht eine Bedingung im Rechtssinne gemäss Art. 151 f. OR zu verstehen.

1284. Gleiches gilt im Ergebnis für die Bedeutung, wonach der Begriff „Bedingung“ für sämtliche Regelungen des Vertrags Verwendung finden soll.

1285. Demzufolge handelt es sich beim Tatbestandsmerkmal „Bedingung“ um die umgangssprachliche Formulierung für eine Sachverhaltskonstellation, bei der ein bestimmter Umstand eine Voraussetzung für einen weiteren Umstand im Sinne einer gewissen Notwendigkeit oder Abhängigkeit bildet (vgl. DUDEN, Online-Wörterbuch, [www.duden.de](http://www.duden.de), Wortbedeutung des Begriffs „Bedingung“). Aufgrund dieses allgemeinen Verständnisses ist das Tatbestandsmerkmal „Bedingung“ in einem weiten Sinne zu verstehen. Demzufolge kann die Voraussetzung entweder ausdrücklich oder stillschweigend gesetzt werden oder sich auch aus den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zwangsläufig ergeben. Mithin erfasst der Begriff der Bedingung sowohl eine Bedingung im Rechtssinne als auch eine faktische Voraussetzung aufgrund einer konkreten Ausgestaltung der tatsächlichen Verhältnisse. Das Tatbestandsmerkmal „Bedingung“ in Art. 7 Abs. 2 lit f KG umfasst demzufolge alle Verbindungen von Produkten, unabhängig davon, ob sie auf vertraglichen Vereinbarungen oder bestimmten tatsächlichen Umständen beruhen.

1286. Auch das Tatbestandsmerkmal „Abschluss von Verträgen“ weist unterschiedliche Varianten eines Bedeutungsgehalts auf. Einerseits könnte es in einem formalen Sinne auf den konkreten Inhalt des Vertrags ausgerichtet sein; in diesem Falle müsste die Verbindung von Hauptprodukt und Zusatzprodukten im Vertrag angelegt sein und aus den vertraglichen Regelungen hervorgehen. Als Folge hiervon wäre eine Anwendung des Regelbeispiels auf faktische Koppelungen wie technologische Verknüpfungen regelmässig ausgeschlossen, weil sich diese nicht aus dem Vertrag ergeben – wobei diese Bewertung allerdings wiederum für diejenigen Fälle in Frage steht, in denen unmittelbar im Vertrag oder mittels eines Hinweises auf sonstige Dokumente auf den Umstand hingewiesen wird, dass sich für das Hauptprodukt aus technischen Gründen eine Bindung an das Zusatzprodukt ergibt. Andererseits könnte damit in einem zeitlichen Sinne eine Abgrenzung von bestehenden Verbindungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegenüber sonstigen Massnahmen, mit denen das marktmächtige Unternehmen nachträglich versucht, zusätzliche Leistungen von einem Lieferanten zu erhalten bzw. den Kunden zur Abnahme von zusätzlichen Leistungen zu bewegen, vorgenommen werden. In diesem Fall würde der Regelungsgehalt der Vorschrift sämtliche Varianten einer vertraglichen oder faktischen Kombination erfassen.

1287. Der Wortlaut der Regelung deutet zunächst auf eine formale Auslegung des Begriffs hin. Die Ausführungen der Botschaft, wonach „[ein marktbeherrschendes Unternehmen] den Abschluss eines Geschäfts von Zugeständnissen abhängig macht, die keinen vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft haben“ (vgl. *Botschaft KG 1995*, 575), sprechen ebenfalls eher für eine formale Auslegung. Denn Zugeständnisse von Seiten der Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens sind eher im Hinblick auf vertragliche Ausgestaltungen als auf faktische Einschränkungen aufgrund technologischer Umstände zu machen; zwingend ist ein solches Begriffsverständnis jedoch nicht. Demgegenüber ergibt sich aufgrund einer systematischen Betrachtung keine Notwendigkeit für eine Abgrenzung von verschiedenen Varianten an Verknüpfungen. Vielmehr spricht die Regelungssystematik aufgrund allgemeiner Erwägungen grundsätzlich für eine einheitliche Anwendung der Vorschrift für alle Varianten einer Koppelung. Gleiches gilt aufgrund von Sinn und Zweck der Vorschrift. Danach wäre es ohne entsprechenden Anlass für eine unterschiedliche Erfassung von verschiedenen Varianten an Verknüpfungen nicht zweckdienlich, gewisse Varianten dem Regelbeispiel und andere Varianten der Generalklausel zuzuordnen.

1288. Bei einer gesamthaften Beurteilung ergibt sich daher kein sachlich ausreichender Grund für eine unterschiedliche Behandlung von vertraglichen und faktischen Koppelungen.

1289. Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen, wonach die Verwirklichung einer wettbewerbswidrigen Koppelung bereits aufgrund des Wortlauts von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ausscheide, unzutreffend und unbeachtlich.

1290. Selbst wenn eine technologische oder sonstige Verknüpfung gegenüber den anderen, von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG erfassten Verknüpfungen abzugrenzen wäre, würde eine solche Verknüpfung zudem von der Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG erfasst werden, weil kein Grund ersichtlich ist, warum eine faktische Verknüpfung – welche vom marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber dem Vertragspartner zudem eher verschleiert werden kann – gegenüber einer vertraglichen Verknüpfung bevorzugt werden sollte. Allein durch eine Zuweisung zu Regelbeispiel oder Generalklausel würde sich daher für die Beurteilung von Koppelungssachverhalten kein anderes Ergebnis einstellen.

### c) **Marktbeherrschende Stellung und massgebliche Märkte**

#### (1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1291. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Verwirklichung einer Koppelung ausscheide, weil der Multipay und der Card Solutions weder auf dem Markt der DCC-Dienstleistungen noch auf dem Markt der Zahlungskartenterminals eine besondere Stellung zukäme.

#### (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

1292. Die Vorinstanz trägt inhaltlich im Wesentlichen die vom Gericht dargestellten Aspekte vor.

#### (3) *Würdigung durch das Gericht*

1293. Das Verhältnis zwischen dem beherrschten Markt und im Einzelfall allfällig weiteren involvierten Märkten, auf denen das wirtschaftliche Verhalten vorgenommen wird und/oder die durch das wirtschaftliche Verhalten beeinflusst werden, bildet die Grundkonstellation für ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG (vgl. E. 813 ff.).

1294. Bei einem Koppelungsgeschäft muss dem ausführenden Unternehmen regelmässig eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des Hauptprodukts zukommen, während eine besondere Stellung auf dem Markt des Zusatzprodukts nicht erforderlich ist (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 254; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 525; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 273; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 746; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 504; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.754; EILMANNSBERGER/BIEN, *MüK-EUWBR*, Art. 102 Rn. 456; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 278; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 257).

1295. Bei einem Bündelgeschäft kann die marktbeherrschende Stellung auf einem der jeweiligen Märkte der gebündelten Produkte bestehen (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 254); das Produkt, für welches eine marktbeherrschende Stellung besteht, ist dann als Hauptprodukt zu qualifizieren.

1296. Soweit einem Unternehmen für mehrere Produkte eine marktbeherrschende Stellung zukommt, ist die Prüfung eines Koppelungsgeschäfts grundsätzlich hinsichtlich aller möglichen Varianten einer Kombination von Hauptprodukt und Zusatzprodukten vorzunehmen.

1297. In Ausnahmefällen kann es allerdings auch möglich sein, dass dem jeweiligen Unternehmen hinsichtlich der Märkte, auf denen die verbundenen separaten Produkte gehandelt werden, keine marktbeherrschende Stellung zukommt, wenn einer dieser Märkte immerhin aufgrund besonderer Umstände in einer besonderen Beziehung zu einem anderen Markt steht, auf dem das jeweilige Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. hierzu E. 822 m.w.H., 1355 ff.; vgl. EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Ziff. 27).

1298. Im vorliegenden Fall ist eine marktbeherrschende Stellung der SIX-Gruppe auf den verschiedenen Märkten der Zahlungskartenakzeptanz gegeben (vgl. E. 402 ff., 508). Daher bilden grundsätzlich die Varianten einer Koppelung des Akzeptanzgeschäfts mit DCC-Dienstleistungen und/oder Zahlungskartenterminals den massgeblichen Beurteilungsgegenstand.

1299. Die Stellung der SIX-Gruppe auf den Märkten der Zahlungskartenterminals oder der DCC-Dienstleistungen ist demzufolge für die Beurteilung der Koppelungsvarianten mit dem Akzeptanzgeschäft als Hauptprodukt entgegen der Einwendung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1291) unerheblich.

1300. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der SIX-Gruppe auf den Märkten der Zusatzprodukte Zahlungskartenterminals und Währungsumrechnung hat die Vorinstanz im Hinblick auf das Ergebnis der Überprüfung auf dem Markt des Hauptprodukts Akzeptanzgeschäfts nicht abgeklärt. Daher bedarf es vorliegend keiner Beurteilung von Koppelungsvarianten, bei denen Zahlungskartenterminals oder DCC-Dienstleistungen als Hauptprodukt zu betrachten sind. Angesichts des Ergebnisses der nachfolgend vorgenommenen Beurteilung der Koppelungsvariante mit dem Akzeptanzgeschäft als Hauptprodukt ist eine entsprechend weitergehende Abklärung auch entbehrlich.

**d) Vertragspartner***(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1301. Die Beschwerdeführer verweisen darauf, dass als Voraussetzung einer Koppelung die Vertragspartner zusätzliche Leistungen erbringen oder annehmen müssten. Vorliegend sei jedoch kein anderer Terminalhersteller gezwungen gewesen, zusätzliche Leistungen von Multipay oder Card Solutions abzunehmen oder zu liefern. Die angefochtene Verfügung nehme an keiner Stelle Bezug auf andere Marktteilnehmer einschliesslich der Händler.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

1302. Die Vorinstanz verweist auf die auch vom Gericht angeführten Gründe.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

1303. Als Vertragspartner haben diejenigen Marktteilnehmer zu gelten, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen eine rechtlich verbindliche Vereinbarung über die Annahme oder Erbringung des Hauptprodukts oder eines Zusatzprodukts abschliessen bzw. abschliessen wollen.

1304. Dabei werden aufgrund der ausdrücklich verwendeten Begriffe „annehmen oder erbringen“ die Vertragspartner sowohl auf der Nachfrageseite als auch auf der Angebotsseite vom Gesetz erfasst (vgl. *Botschaft KG 1995*, 576; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 271; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 490; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.752). Eine Koppelung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann daher sowohl gegenüber Lieferanten als auch gegenüber Kunden erfolgen.

1305. Im vorliegenden Fall bilden die Händler als Kunden für die Annahme von Akzeptanz-Dienstleistungen, Zahlungskartenterminals und DCC-Dienstleistungen die potenziellen Vertragspartner der SIX-Gruppe als marktbeherrschendes Unternehmen.

1306. Demgegenüber stellen die anderen Terminalhersteller als Konkurrenten der SIX-Gruppe auf dem Markt der Zahlungskartenterminals je-



denfalls in diesem Zusammenhang keine potenziellen Vertragspartner dar, weil sie gegenüber der SIX-Gruppe weder als Lieferanten noch als Abnehmer von Zahlungskartenterminals, Akzeptanz- oder DCC-Dienstleistungen auftreten.

1307. Soweit die anderen Terminalhersteller Vereinbarungen mit der SIX-Gruppe über die Bereitstellung von Schnittstelleninformationen für den Anschluss ihrer Zahlungskartenterminals an die Akzeptanz-Plattform abgeschlossen haben, sind auch sie als Vertragspartner im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG zu qualifizieren. Da die anderen Terminalhersteller hierbei soweit ersichtlich allerdings nicht gezwungen waren, sonstige zusätzliche Leistungen von der SIX-Gruppe abzunehmen, erübrigt sich vorliegend eine weitergehende Abklärung.

1308. Die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Einwendung (vgl. E. 1301), dass die angefochtene Verfügung die Koppelung ausschliesslich auf die Terminalhersteller und nicht auf die Händler beziehe, ist tatsachenwidrig und daher unbeachtlich. Die angefochtene Verfügung bezieht die Koppelung vielmehr eindeutig und unzweifelhaft auf die Händler: (i) „516. [...] Die Koppelung besteht darin, dass ein 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“; (ii) „517. Ein Händler, welcher mit Multipay einen Akzeptanzvertrag abgeschlossen hatte, konnte die DCC-Leistung bei Multipay nur über ein Terminal der Card Solutions beziehen [...]“; (iii) „527. [...] Es wurden [...] auch die Händler (Einschränkung der Wahlfreiheit durch Koppelungsgeschäfte) [...] behindert.“

1309. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist das Tatbestandsmerkmal der Vertragspartner demzufolge gegeben.

#### **e) *Separate Produkte***

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1310. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass es sich bei der DCC-Dienstleistung nicht um ein von den Akzeptanz-Dienstleistungen unterscheidbares Produkt, sondern nur um eine besondere Funktion der Akzeptanz-Dienstleistungen handle.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

1311. Zum Merkmal der separaten Produkte führt die Vorinstanz aus, bei Dienstleistungen und Waren, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet würden, könne davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handle. Im vorliegenden Fall handle es sich um getrennte Produkte aus den drei unterschiedlichen Märkten Akzeptanzgeschäft, Zahlungskartenterminals und DCC-Dienstleistungen, weil keine Notwendigkeit bestehe, diese gemeinsam zu verkaufen. Auf den drei Märkten seien unterschiedliche Unternehmen tätig, und es bestehe eine autonome Nachfrage für die drei Leistungen. Es gebe zwar in der Praxis eine Präferenz der Nachfrage zum Bezug aller Produkte vom gleichen Anbieter, aber gerade die Entwicklung des Terminalmarkts infolge der ep2-Standardisierung und die damit verbundene Aufgabe proprietärer Lösungen der Kartenakquisiteure belegten, dass separate Güter vorliegen würden.

## (3) Würdigung durch das Gericht

1312. Separate Produkte liegen dann vor, wenn das Zusatzprodukt ein vom Hauptprodukt unterscheidbares Wirtschaftsgut darstellt, das auf einem eigenen Markt gehandelt wird oder zumindest gehandelt werden könnte und aus Sicht der Marktgegenseite Haupt- und Zusatzprodukt auch tatsächlich unabhängig voneinander nachgefragt bzw. angeboten werden oder nachgefragt bzw. angeboten werden würden (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 527 ff. m.w.H.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 276; STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 494; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.758; EILMANNBERGER/BIEN, *MüK-EuWBR*, Art. 102 Rn. 456; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 279).

1313. Massgebend für die Beurteilung im Einzelfall ist regelmässig eine marktorientierte Betrachtung (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255), bei der eine individuell-typisierte Abgrenzung vorzunehmen ist. Soweit die Beurteilung weitgehend auf Prognosen beruht, kann ausnahmsweise auch eine auswirkungsbasierte Beurteilung sachgerecht sein (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255; EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 1089; EU-KOM, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 946, 968; EuG). Dabei ist insbesondere in Abgrenzung zu Warengesamtheiten (z.B. Kaffeeservice), zusammengesetzten Produkten (z.B. Pkw) und Produktsystemen sowie zur Unterscheidung von Produkten und Serviceleistungen

zu prüfen, ob eine hinreichende Differenzierbarkeit der Einzelteile bzw. der einzelnen Leistungen und daraus folgend die Qualifizierung als eigenständige Produkte gegeben ist (vgl. EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 912 ff.; EU-KOM, *Microsoft*, Ziff. 800 ff.; EILMANNBERGER/BIEN, *MüK-EuWBR*, Art. 102 Rn. 456; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 280). Für die entsprechende Beurteilung ist weder auf besondere Sachverhaltskonstellationen einer Verwendung der Produkte noch auf subjektiv-individuelle Vorstellungen einzelner Nachfrager des marktbeherrschenden Unternehmens oder der Konkurrenten, sondern allein auf die objektive Sichtweise des Durchschnittskunden in Bezug auf die übliche Verwendung der jeweiligen Produkte abzustellen (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255).

1314. Bei Haupt- und Zusatzprodukt kann es sich im Einzelfall jeweils um mehrere Güter oder Dienstleistungen handeln, weshalb auch Kopplungsgeschäfte mit mehr als zwei Produkten möglich sind (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 489; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 262).

1315. Bei den Produkten Akzeptanzgeschäft, Zahlungskartenterminals und DCC-Leistungen handelt es sich unzweifelhaft um separate Produkte, weil alle Produkte für einen unterschiedlichen Bedarf konzipiert sind und hierfür jeweils eigene Märkte mit einer eigenen Nachfrage bestehen (vgl. E. 229 ff., 340, 378, 397).

1316. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, wonach es sich bei den DCC-Dienstleistungen nicht um ein von den Akzeptanz-Dienstleistungen unterscheidbares Produkt, sondern nur um eine besondere Funktion der Akzeptanz-Dienstleistungen handle, ist daher unbegründet. Zur Umsetzung der DCC-Dienstleistungen gegenüber den Händlern greift die SIX-Gruppe – wie auch die anderen Anbieter von Akzeptanz-Dienstleistungen – auf spezialisierte Drittunternehmen zurück. Die Währungsumrechnung wird von der SIX-Gruppe wie auch von den anderen Kartenakquisiteuren als zusätzlicher Service angeboten und durch besondere Verträge mit den Händlern vereinbart.

**f) Verknüpfung***(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1317. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das von der Vorinstanz behauptete Vorliegen einer technologischen Koppelung aus mehreren Gründen.

1318. Beim DCC-System der Beschwerdeführerinnen handle es sich um ein grundsätzlich offenes System, welches mit Zahlungskartenterminals sämtlicher Anbieter funktionieren könne. Die Card Solutions habe zu keinem Zeitpunkt den Beschluss gefasst oder Massnahmen vorgenommen, um eine technische Verbindung grundsätzlich auszuschliessen. Vielmehr sei beabsichtigt gewesen, diese Funktion nach Abschluss des Zertifizierungsprozesses auch Drittherstellern zur Verfügung zu stellen. Da DCC-Terminals von Drittlieferanten an die Akzeptanz-Plattform gegenwärtig angeschlossen seien, könne eine technologische Koppelung schon aus tatbestandlichen Gründen nicht vorliegen.

1319. Zudem müssten bei einer technologischen Koppelung das koppelnde und das gekoppelte Produkt so verbunden sein, dass beide nur jeweils zusammen erhältlich seien und bezogen werden könnten.

1320. Überdies sei der Tatbestand der Koppelung in jedem Fall schon deshalb nicht gegeben, weil die angefochtene Verfügung zwei Koppelungen konstruiere, die „hintereinander“ geschaltet seien. Zum einen solle eine Koppelung zwischen Akzeptanzvertrag und DCC-Funktion sowie zum anderen zwischen den ep2-Terminals und der DCC-Funktion bestehen. Aufgrund der Konstellation könne jedoch nur massgebend sein, ob eine Koppelung zwischen den angeblich marktbeherrschenden Aktivitäten im Akzeptanzgeschäft und den angeblich betroffenen Aktivitäten bezüglich des ep2-Terminals vorliege. Eine Koppelung zwischen dem Akzeptanzgeschäft und den ep2-Terminals sei aber nicht gegeben und von der Vorinstanz auch nicht nachgewiesen. Denn jedem Kunden der Multipay sei es möglich gewesen, mit jedem im Markt verfügbaren ep2-Terminal an die Akzeptanz-Plattform von Multipay anzudocken. Demzufolge sei mit einer Zwischenschaltung der DCC-Funktion die für eine Verknüpfung notwendige Kausalkette unterbrochen worden.

1321. In diesem Zusammenhang weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass der Markt für DCC-Dienstleistungen gemäss der ausdrück-

lichen Feststellung in der angefochtenen Verfügung für die kartellrechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts keine Rolle gespielt habe. Deshalb sei von der Vorinstanz auch auf eine Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerinnen bezüglich der DCC-Dienstleistungen verzichtet worden. Der von der Vorinstanz vorgenommenen Koppelung zwischen dem Angebot an DCC-Dienstleistungen der Multipay und den ep2-Terminals der Card Solutions komme demnach keine kartellrechtliche Relevanz zu. Bezüglich keiner dieser beiden Märkte sei die Marktbeherrschung der Beschwerdeführerinnen festgestellt, sodass keine Ausdehnung der diesbezüglichen Marktstellung möglich gewesen sei. Es sei auch im Hinblick auf die Untersuchungsmaxime bedenklich, wenn im Rahmen des Koppelungsvorwurfs eine Verbindung zwischen dem Akzeptanzgeschäft und den ep2-Terminals einzig dadurch hergestellt werde, dass diese über einen gemäss der angefochtenen Verfügung für die kartellrechtliche Beurteilung irrelevanten Markt begründet werde. Da keine bindende Marktdefinition erstellt worden sei, sei es fragwürdig, wie nunmehr über diesen Markt eine Koppelung nachgewiesen werde.

1322. Da viele Kunden von Card Solutions die DCC-Funktion nicht benutzen würden, liege keine entsprechende Koppelung vor.

1323. Darüber hinaus habe zu keinem Zeitpunkt für einen Kunden von Multipay die Verpflichtung oder die Notwendigkeit bestanden, die Akzeptanz-Dienstleistungen von Multipay zusammen mit der DCC-Funktion von Card Solutions und einem DCC-Terminal von Card Solutions zu nutzen.

## *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

1324. Die Vorinstanz qualifiziert den vorliegenden Sachverhalt aufgrund einer kurzen Begründung als geschäftsverweigerndes Koppelungsgeschäft.

1325. Ein Händler, welcher mit Multipay einen Akzeptanzvertrag abgeschlossen habe, hätte die DCC-Dienstleistung bei Multipay nur über ein Zahlungskartenterminal der Card Solutions beziehen können. Im vorliegenden Fall lägen insofern zwei Koppelungen vor: Erstens könne ein Händler, welcher mit Multipay einen Akzeptanzvertrag geschlossen habe, die DCC-Dienstleistungen nicht bei einem unabhängigen Anbieter beziehen, sondern müsse diese Leistung von Multipay in Anspruch nehmen; und zweitens sei der Händler bis zur Anpassung des Informationsverhaltens gezwungen gewesen, ein Zahlungskartenterminal von Card Soluti-

ons zu kaufen, weil die Zahlungskartenterminals von Drittherstellern im Hinblick auf die Akzeptanz-Plattform von Multipay nicht DCC-fähig gewesen seien. Damit habe Multipay das Akzeptanzgeschäft mit der DCC-Dienstleistung sowie mit dem Kauf des DCC-Zahlungskartenterminals von Card Solutions gekoppelt.

1326. Das koppelnde Gut sei somit das Akzeptanzgeschäft in Verbindung mit dem Angebot an DCC-Dienstleistungen der Multipay. Das gekoppelte Gut seien die ep2-Zahlungskartenterminals der Card Solutions.

1327. Es handle sich um eine sog. technologische Koppelung, welche auf einer technischen Entscheidung gründe, indem die betreffenden Güter technisch miteinander verbunden würden. Dabei habe die technologische Koppelung so lange bestanden, als mit Card Solutions konkurrierende Terminalanbieter keine mit der Akzeptanz-Plattform von Multipay kompatiblen DCC-fähigen ep2-Zahlungskartenterminals hätte entwickeln können.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

#### (a) Allgemeines

1328. Die Verknüpfung eines Hauptprodukts mit einem Zusatzprodukt liegt vor, wenn diese beiden Produkte vom marktbeherrschenden Unternehmen in einer Weise angeboten werden, dass für die Marktgegenseite die Notwendigkeit zur gemeinsamen Abnahme bzw. Leistung von Haupt- und Zusatzprodukt besteht (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 257; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 527 ff. m.w.H.; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 274; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.761). Die Notwendigkeit zur Abnahme bzw. Leistung beider Produkte kann sich dabei sowohl aus der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen als auch aus bestimmten faktischen Aspekten ergeben (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 256; BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 274; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 2.764; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 284). Die Erfassung von vertraglichen und faktischen Verbindungen von verschiedenen Produkten macht deutlich, dass von der Missbrauchsform einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG alle Varianten einer Verknüpfung erfasst werden sollen.

1329. Eine vertragliche Verknüpfung umfasst die Varianten (i) des singulären Vertragsabschlusses, (ii) des mehrfachen Vertragsabschlusses, sowie (iii) des verpflichtenden Vertragsabschlusses (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 257). Ein singulärer Vertragsabschluss liegt vor, wenn der Abschluss des Vertrags unmittelbar auf Haupt- und Zusatzprodukt ausgerichtet ist und diese als Einheit erfasst; der singuläre Vertragsabschluss liegt dem Bündelgeschäft zu Grunde. Ein mehrfacher Vertragsabschluss liegt vor, wenn gleichzeitig sowohl über das Hauptprodukt als auch über das Zusatzprodukt ein Vertrag abgeschlossen werden muss. Ein verpflichtender Vertragsabschluss liegt vor, wenn der Vertrag über das Hauptprodukt eine Verpflichtung zum späteren Abschluss eines Vertrags über das Zusatzprodukt statuiert.

1330. Eine faktische Verknüpfung kann sich aufgrund der verschiedensten Umstände einstellen. Sie umfasst insbesondere die Varianten (i) einer quasi-vertraglichen Verknüpfung, (ii) einer technologischen Verknüpfung und (iii) einer ökonomischen Verknüpfung (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 258). Eine quasi-vertragliche Verknüpfung liegt vor, wenn die Modalitäten des Hauptgeschäfts in einer derartigen Weise ausgestaltet sind, dass die Inanspruchnahme bestimmter Ansprüche in Bezug auf das Hauptprodukt durch die Marktgegenseite nur dann gewährleistet ist, wenn auch das Zusatzprodukt abgenommen bzw. geleistet wurde. Eine technologische Verknüpfung liegt vor, wenn das Hauptprodukt so beschaffen ist, dass es nur zusammen mit dem Zusatzprodukt, mit Alternativprodukten aber überhaupt nicht oder nicht ordnungsgemäss funktioniert. Eine ökonomische Verknüpfung liegt vor, wenn die gleichzeitige Nachfrage von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund spezifischer ökonomischer Anreize – wie der Ausgestaltung von Gesamtpreisen oder der Gewährung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen bei einer gemeinsamen Abnahme bzw. Lieferung von Haupt- und Zusatzprodukt – für die Marktgegenseite bei realistischer Betrachtung offensichtlich vorzuziehen ist.

1331. Die Notwendigkeit zu einer Abnahme bzw. Erbringung von verschiedenen separaten Produkten ist immer dann gegeben, wenn sich aufgrund der konkreten vertraglichen oder faktischen Umstände des Einzelfalls eine Zwangswirkung zum Erwerb oder zur Abgabe von mindestens zwei Produkten für den potenziellen Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens einstellt.

1332. In welcher Art und Weise und mit welchen Mitteln diese Zwangswirkung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens herbeigeführt wird, ist dabei unerheblich. Denn es existiert kein *numerus clausus* an tatbestandsmässigen Varianten einer Verknüpfung. Hierfür sind weder ein sachlicher Grund noch ein hinreichender Anhaltspunkt im Wortlaut oder in der Entstehungsgeschichte des Regelbeispiels von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ersichtlich. Vielmehr werden wie dargestellt vom Tatbestandsmerkmal der Verknüpfung alle möglichen Varianten einer rechtlichen oder tatsächlichen Verbindung von Haupt- und Zusatzprodukt erfasst.

1333. Daher ist es irrelevant, ob das marktbeherrschende Unternehmen die Verbindung z.B. wie bei einer singulären vertraglichen Verknüpfung mittels eines einzigen Handlungsakts unmittelbar gegenüber den potenziellen Vertragspartnern vorgibt oder z.B. als Variante einer technologischen Verknüpfung durch mehrere Handlungsakte mittelbar herbeiführt. Mehrere Handlungsakte können dabei in der Ausführung verschiedener Massnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens und sogar in der Einbeziehung von Dritten bestehen. Denn mittelbare und unmittelbare Verbindungen von separaten Produkten sind grundsätzlich nicht anders zu beurteilen, weil sie die gleiche Zwangswirkung entfalten und dadurch die gleichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs nach sich ziehen. Die weitreichende Erfassung von vertraglichen und faktischen Verknüpfungen als mögliche Varianten einer Koppelung in Praxis und Literatur spricht auch eindeutig gegen eine solche Differenzierung.

1334. Eine Verknüpfung setzt demnach nicht voraus, dass das Zusatzprodukt durch das marktbeherrschende Unternehmen erbracht oder abgenommen wird, auch wenn dies regelmässig der Fall sein wird (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 259). Das Zusatzprodukt kann auch durch einen Dritten erbracht oder abgenommen werden (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 259; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 492; FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 276; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 257). Hierzu zählt insbesondere die Sachverhaltskonstellation, dass die Marktgegenseite sich im Rahmen des Vertrags über das Hauptprodukt gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne einer Koppelung zu Gunsten Dritter verpflichtet, einen weiteren Vertrag über das Zusatzprodukt mit einem Dritten abzuschliessen.

1335. Für das Vorliegen einer Verknüpfung ist es nicht erforderlich, dass das marktbeherrschende Unternehmen Zwang gegenüber der Marktge-



genseite, wie beispielsweise in Form einer Androhung von wirtschaftlichen oder sonstigen Nachteilen, von Retorsionsmassnahmen oder von Repressalien bei einem Verzicht auf den Abschluss des Hauptgeschäfts, ausübt (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 260). Bei einer vertraglichen Verknüpfung ist bereits ausreichend, dass die Marktgegenseite nicht frei über die Wahl des Zusatzprodukts entscheiden kann. Eine entsprechende Wahlmöglichkeit fehlt bereits dann, wenn die Marktgegenseite aufgrund der Ausgestaltung des Angebots durch das marktbeherrschende Unternehmen davon ausgehen kann, dass eine fehlende Abnahme bzw. Erbringung des Zusatzprodukts zum Scheitern des Hauptgeschäfts führen wird (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 260; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 255). Bei einer faktischen Verknüpfung ergibt sich die Notwendigkeit zur Abnahme bzw. Erbringung des Zusatzprodukts bereits aus den jeweiligen Umständen der quasi-vertraglichen, technologischen oder ökonomischen Verbindung von Haupt- und Zusatzprodukt.

1336. Für das Vorliegen einer Verknüpfung ist es zudem unbeachtlich, ob diese gegenüber der Marktgegenseite vom marktbeherrschenden Unternehmen, wie z.B. bei einer vertraglichen Verknüpfung, offengelegt wird oder ob die Marktgegenseite, wie z.B. bei einer technologischen Verknüpfung, erst zu einem späteren Zeitpunkt Kenntnis von der Notwendigkeit zur Abnahme bzw. Lieferung des Zusatzprodukts erlangt (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 261).

1337. Die objektive Werthaltigkeit von Haupt- und Zusatzprodukt ist für die Beurteilung der Verknüpfung ebenfalls unbeachtlich. Das Zusatzprodukt kann sowohl einen geringeren als auch einen höheren Wert als das Hauptprodukt aufweisen.

1338. Demzufolge stellt auch ein Missverhältnis zwischen einer allfälligen Gegenleistung für das Zusatzprodukt beim Verbundgeschäft oder der Gegenleistung für das Haupt- und Zusatzprodukt beim Bündelgeschäft keinen relevanten Aspekt der Verknüpfung dar (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 262). Tritt ein solches Missverhältnis im Einzelfall auf, so ist nicht nur die Missbauchsform der Koppelung, sondern gegebenenfalls auch das Regelbeispiel einer Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gegeben (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 285; CLERC/KELLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 270).

1339. Gleichfalls bilden die Vereinbarung eines spezifischen Entgelts für das Zusatzprodukt oder eine Verpflichtung zur Nutzung des Zusatzprodukts keine beachtenswerten Aspekte einer Verknüpfung (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 262; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 256).

(b) Sachverhalt

1340. Vorliegend hat die SIX-Gruppe einerseits gegenüber den Händlern im Rahmen des Akzeptanzgeschäfts die Währungsumrechnung als zusätzliche Dienstleistung angeboten und daneben ihre neuen DCC-Terminals beworben. Gleichzeitig hat die SIX-Gruppe andererseits gegenüber den anderen Terminalherstellern die Herausgabe der notwendigen DCC-Schnittstelleninformationen zum Anschluss von deren DCC-Terminals an ihre Akzeptanz-Plattform verweigert. Die übrigen Terminalhersteller konnten deshalb gegenüber den Händlern keine DCC-Terminals zum Anschluss an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe entwickeln und bereitstellen (vgl. E. 1224). Demzufolge war die Möglichkeit der Händler zur Auswahl eines alternativen DCC-Terminals bei Vorliegen eines Akzeptanzvertrags mit der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum nicht gegeben; vielmehr war eine Verwendung von Zahlungskartenterminals der SIX-Gruppe bei Vorliegen eines Akzeptanzvertrags zwingend vorgegeben.

1341. Soweit ein Händler als Vertragspartner eines bestehenden oder neu abzuschliessenden Akzeptanzvertrags mit der SIX-Gruppe auch die Währungsumrechnung gegenüber seinen Kunden in einer seiner Verkaufsstellen anbieten wollte, wurde er demzufolge durch verschiedene Massnahmen der SIX-Gruppe zur Abnahme weiterer Zusatzprodukte neben dem Akzeptanzvertrag als Hauptprodukt gezwungen.

1342. Zum einen musste ein Händler die SIX-Gruppe als Erbringer der Akzeptanz-Dienstleistungen auch mit der Erbringung der DCC-Dienstleistungen beauftragen, weil ihm im Rahmen des von der SIX-Gruppe vorgegebenen Akzeptanzvertrags keine Möglichkeit zur Auswahl eines anderen Dienstleisters für die Währungsumrechnung zustand. Daher musste er mit der SIX-Gruppe einen zusätzlichen DCC-Vertrag über die Erbringung von DCC-Dienstleistungen abschliessen (vgl. SV H.k). Hierbei handelte es sich um eine faktische Verknüpfung, auch wenn ein Vertragsabschluss erfolgte, weil sich der Zwang zur Akzeptanz der SIX-Gruppe als Dienstleister aus der fehlenden Möglichkeit zur Auswahl alter-

nativer Anbieter und nicht aufgrund einer vertraglich vorgesehenen Verpflichtung zur Abnahme von Währungsumrechnungsdienstleistungen der SIX-Gruppe als entsprechenden Dienstleister ergab.

1343. Um die von ihm beauftragte DCC-Dienstleistung der SIX-Gruppe in Anspruch nehmen zu können, musste ein Händler zum anderen als Kartenzahlungsgerät ein DCC-Terminal der SIX-Gruppe erwerben, weil keine alternativen DCC-Terminals verfügbar waren, die mit der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe kompatibel gewesen wären und ordnungsgemäss zusammengearbeitet hätten. Auch hierzu musste der Händler einen zusätzlichen Vertrag über den Erwerb eines Zahlungskartenterminals mit der SIX-Gruppe abschliessen. Trotz dieses Vertragsabschlusses handelte es sich hierbei ebenfalls um eine faktische Verknüpfung, weil sich der Zwang zur Abnahme der Zahlungskartenterminals der SIX-Gruppe aus der fehlenden Möglichkeit zur Auswahl alternativer Zahlungskartenterminals und nicht aufgrund einer vertraglich vorgesehenen Verpflichtung zur Abnahme von bestimmten Zahlungskartenterminals im Akzeptanzvertrag oder im DCC-Vertrag ergab.

1344. Für den Eintritt der vorstehend beschriebenen Zwangswirkungen zu Lasten der Händler war unerheblich, dass (i) die SIX-Gruppe mehrere unterschiedliche Massnahmen verschiedener Konzerngesellschaften zur Herbeiführung der Sachlage eingesetzt hat, (ii) die Implikationen für die Händler nicht offensichtlich erkennbar waren, und (iii) die SIX-Gruppe keine Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung des Bezugs von DCC-Dienstleistungen oder DCC-Terminals vorgenommen hat, wie auch der Ausgestaltung des Wertverhältnisses von Akzeptanz-Dienstleistungen, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals keine Bedeutung beizumessen ist.

1345. Aufgrund dieser Ausgestaltung ihres Währungsumrechnungssystems ergeben sich mehrere massgebliche Verbindungen, bei denen die SIX-Gruppe separate Produkte jeweils unmittelbar oder mittelbar zusammengeführt hat:

- (1) Akzeptanz-Dienstleistungen und DCC-Dienstleistungen;
- (2) DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals;
- (3) Akzeptanz-Dienstleistungen und DCC-Terminals.

1346. Durch diese Verbindungen wurde von der SIX-Gruppe ein einheitlicher Verbund von Haupt- und Zusatzprodukten geschaffen, bestehend

aus dem Hauptprodukt Akzeptanz-Dienstleistungen sowie den Zusatzprodukten DCC-Dienstleistungen und DCC-Zahlungskartenterminals.

1347. Die Beschwerdeführerinnen können mit den von ihnen vorgebrachten Einwänden gegen das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Verknüpfungen nur teilweise durchdringen.

1348. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1319), wonach eine Koppelung voraussetze, dass Haupt- und Zusatzprodukt jeweils nur zusammen bezogen werden könnten, ist im Hinblick auf die allgemeine Anerkennung des Verbundgeschäfts und des Anreizgeschäfts als Varianten eines Koppelungsgeschäfts nicht zutreffend.

1349. Die Behauptung, beim DCC-System der Beschwerdeführerinnen handle es sich um ein offenes System und die Card Solutions hätte zu keinem Zeitpunkt den Beschluss gefasst oder Massnahmen angestellt, um eine technische Verbindung zu Drittherstellern auszuschliessen (vgl. E. 1318), ist unbegründet. Auch wenn die Card Solutions die Entwicklung der DCC-Funktion und ihre Implementierung im Zahlungsabwicklungssystem der SIX-Gruppe übernommen hatte, so wurde die Vermarktung der DCC-Funktion von ihr unzweifelhaft der Multipay übertragen. Diese hat nachgewiesenermassen mehrfach die Herausgabe von Schnittstellen gegenüber anderen Terminalherstellern abgelehnt (vgl. E. 909 f.). Die Multipay hatte sogar noch in ihrer ersten Stellungnahme gegenüber der Wettbewerbskommission am 25. August 2006 eine Herausgabe an andere Terminalhersteller unter Verweis auf immaterialgüterrechtliche Aspekte und die fehlende Erheblichkeit der Beeinträchtigung abgelehnt (vgl. E. 914). Da der Multipay bereits am 20. Juni 2005 im Rahmen einer Geschäftsleitungssitzung der Card Solutions die Verweigerung einer Herausgabe gegenüber Jeronimo bekannt gegeben worden war (vgl. E. 909), konnte die Card Solutions nicht in Unkenntnis über die Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen an Dritthersteller sein. Ungeachtet dessen, dass dieses Verhalten von Multipay (i) zum einen ohnehin der SIX-Gruppe als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen ist (vgl. E. 653 ff.) und (ii) zum anderen allein die Herausgabe der DCC-Schnittstellen der Akzeptanz-Plattform durch Multipay entscheidungsrelevant ist (vgl. E. 638 ff.), muss sich auch Card Solutions die Ablehnung einer Herausgabe zurechnen lassen, weshalb die von den Beschwerdeführerinnen konstruierte Abgrenzung von Multipay und Card Solutions und die daraus abgeleiteten Behauptungen keine Berücksichtigung finden können.

1350. Der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Einwand (vgl. E. 1320), wonach es der Verbindung von Akzeptanzgeschäft, Währungsumrechnung und Zahlungskartenterminal an der notwendigen „Kausalität“ für eine Verknüpfung fehle, weil die angefochtene Verfügung ein Konstrukt mit zwei hintereinander geschalteten Koppelungen schaffe, ist sachlich nicht haltbar. Massgebend für die Feststellung einer Verknüpfung ist die Zwangswirkung, die sich aus der Verbindung von verschiedenen Produkten ergibt. Für diese Zwangswirkung ist es unerheblich, ob sich diese durch die unmittelbare Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt oder über die Zwischenschaltung von weiteren Produkten einstellt (vgl. E. 1333). Ansonsten könnte ein marktbeherrschendes Unternehmen das Koppelungsverbot dadurch umgehen, dass es die Verknüpfung zwischen Haupt- und Zusatzprodukt nicht unmittelbar, sondern mittelbar über die Einbindung eines weiteren Zusatzprodukts ausgestaltet.

1351. Dies gilt selbst dann, wenn die infolge der Einbindung eines Zwischenprodukts entstehende Verknüpfung sachlich angemessen und daher wettbewerbsrechtlich zu rechtfertigen wäre. Denn für die Notwendigkeit zur Abnahme bzw. Erbringung von separaten Produkten ist wie dargestellt allein der Eintritt der Zwangswirkung und nicht ein bestimmter Grund hierfür massgeblich. Und diese Zwangswirkung wird auch nicht durch die Einbindung eines sachlich angemessenen Zwischenprodukts aufgelöst. Daher ist auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1321), wonach der Aspekt der DCC-Dienstleistungen für die Frage der Verknüpfung keine Berücksichtigung finden dürfe, nicht relevant.

1352. Auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1322), wonach die meisten Kunden die DCC-Dienstleistungen und damit die DCC-Funktion nicht genutzt hätten, ist nicht von Belang. Denn für den Eintritt der Zwangswirkung ist es zum einen unerheblich, ob eine Verpflichtung zur Nutzung des Zusatzprodukts besteht oder eine tatsächliche Nutzung des Zusatzprodukts stattfindet. Zum anderen findet bei den Missbrauchsformen des Art. 7 KG keine Erheblichkeitsschwelle Anwendung (vgl. E. 1147).

1353. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz liegt allerdings offensichtlich keine zwingende Verbindung zwischen den Akzeptanz-Dienstleistungen als Hauptprodukt einerseits und der Nutzung eines DCC-Terminals als Zusatzprodukt andererseits vor. Vielmehr ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1323) zutreffend, wonach die Händler im relevanten Zeitraum einen Akzeptanzvertrag mit der SIX-Gruppe abschliessen

konnten, ohne dabei auch einen DCC-Vertrag mit der SIX-Gruppe abzuschließen und/oder ein DCC-Zahlungskartenterminal der SIX-Gruppe erwerben zu müssen. Vielmehr war das Hauptprodukt der Akzeptanz-Dienstleistungen auch nach Einführung der DCC-Dienstleistungen und der DCC-Zahlungskartenterminals durch die SIX-Gruppe für alle Händler weiterhin ohne Verpflichtung zur Abnahme der Zusatzprodukte DCC-Dienstleistungen und/oder DCC-Zahlungskartenterminals verfügbar. Die Zwangswirkung auf Seiten der Händler bestand demzufolge aus Sicht der Zusatzprodukte DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals, nicht aber auch umgekehrt aus der Sicht der Akzeptanz-Dienstleistungen, weshalb das Hauptprodukt auch ohne die zusätzliche Abnahme von potenziell unerwünschten Zusatzprodukten erworben werden konnte.

1354. Auch wenn demzufolge zum einen mehrere Verbindungen zwischen verschiedenen Produkten bestanden und zum anderen dadurch ein Verbund von mehreren Produkten geschaffen wurde, erfüllt der vorliegende Sachverhalt die Grundkonstellation einer Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt nicht (vgl. E. 1328 ff.).

(c) Sonderfall

1355. Damit stellt sich die Frage, ob die Verwirklichung einer Koppelung auch dann vorliegen kann, wenn die Verbindung der Produkte nicht in der Grundkonstellation der Verknüpfung eines Hauptprodukts, auf dessen Markt das jeweilige Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung aufweist, mit einem oder mehreren Zusatzprodukten, bei denen die Stellung des jeweiligen Unternehmens auf diesem Markt bzw. diesen Märkten unbeachtlich ist, besteht.

1356. Der Europäische Gerichtshof hat im Urteil *Tetra Pak II* aus dem Jahr 1996 (EuGH, EU:C:1996:436) anerkannt, dass eine Koppelung auch von einem nicht beherrschten Markt ausgehen könne, wenn zumindest zwischen diesem Markt und einem beherrschten Markt eine besondere Verbindung bestehe.

1357. Der Entscheidung liegt der Sachverhalt zu Grunde, dass Tetra Pak zwar auf dem Markt für aseptische Verpackungssysteme eine marktbeherrschende Stellung aufwies, ihr aber keine solche Stellung auf dem Markt für nicht-aseptische Verpackungssysteme zukam. Da beide Märkte aber eine enge Verbindung aufwiesen, wurde eine von Tetra Pak auch auf dem Markt der nicht-aseptischen Verpackungssysteme durchgeführte

Verknüpfung von Verpackungsanlagen und speziellem Karton sowie weiterer Leistungen als missbräuchlich qualifiziert.

1358. Die Feststellung der besonderen Verbindung zwischen Haupt- und Zusatzmärkten wurden dabei aufgrund folgender Aspekte getroffen (vgl. EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Rz. 29): (1) Die Kunden von Tetra Pak in dem einen Bereich waren auch potenzielle Kunden im anderen Bereich, weil die verschiedenen in Frage stehenden Materialien zur Verpackung der gleichen flüssigen Grunderzeugnisse verwendet wurden, und 35% der Kunden bereits in beiden Bereichen Abnehmer waren; (2) angesichts einer fast völligen Beherrschung des Markts der aseptischen Verpackungssysteme bei einem Marktanteil von 90% konnte Tetra Pak auch auf eine bevorzugte Stellung auf dem Markt der nicht-aseptischen Verpackungssysteme zählen; (3) dank ihrer Stellung auf dem Markt der aseptischen Verpackungsanlagen konnte Tetra Pak ihre Bemühungen auf den Markt der nicht-aseptischen Verpackungssysteme konzentrieren und dabei unabhängig von den anderen Wirtschaftsteilnehmern agieren.

1359. Zur Begründung wurden vom Europäischen Gerichtshof die folgenden Aspekte angeführt: Der sachliche Anwendungsbereich der besonderen Verantwortung, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung trage, sei anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln, die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erkennen lassen. Daher müssten die jeweiligen Umstände in ihrer Gesamtheit und nicht isoliert gesehen werden, um die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens des jeweiligen Unternehmens ungeachtet des Vorliegens oder Fehlens einer marktbeherrschenden Stellung auf allen relevanten Märkten beurteilen zu können (vgl. EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Ziff. 24, 30).

1360. Die Missbrauchsform der Koppelung wurde demzufolge durch das Urteil *Tetra Pak II* um diejenigen Sachverhaltskonstellationen mit folgenden abstrakten Merkmalen erweitert: (1) Das Unternehmen weist zwar eine marktbeherrschende Stellung auf dem Hauptmarkt, nicht aber auf einem Nebenmarkt auf; (2) es besteht eine besondere Verbindung zwischen Haupt- und Nebenmarkt; (3) das Unternehmen nimmt eine Verbindung von Produkten des Neben- und eines Folgemarkts vor; (4) eine Verbindung zwischen einem (Haupt-)Produkt des Hauptmarkts und zumindest einem Zusatzprodukt des Neben- oder des Folgemarkts ist nicht vorhanden; (5) die Produkte auf dem Hauptmarkt sind unabhängig von den verknüpften Produkten auf dem Neben- und dem Folgemarkt erhältlich.

1361. Im Sinne eines a majore ad minus-Schlusses lassen sich aus dieser Sachverhaltskonstellation weitere verwandte Varianten einer Kopplung ableiten, denen aufgrund ihrer entsprechenden Zwangswirkung ein mindestens gleich grosses Potential zur Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zukommt.

1362. Der Sachverhaltskonstellation des Falls *Tetra Pak II* ist zum einen die Variante gleichzustellen, bei der das massgebliche Unternehmen eine Verbindung zwischen Produkten aus einem oder mehreren Folgemärkten vornimmt, wobei nicht nur der Nebenmarkt, sondern auch der Folgemarkt oder die Folgemärkte selbst jeweils eine besondere Verbindung zum Hauptmarkt aufweist bzw. aufweisen. Denn die Berücksichtigung der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen ist sogar eher gerechtfertigt, wenn nicht nur zwischen dem Haupt- und dem Nebenmarkt, sondern auch zwischen dem Hauptmarkt und den Folgemärkten eine besondere Verbindung besteht.

1363. Der Sachverhaltskonstellation des Falls *Tetra Pak II* ist zum anderen auch die Variante der doppelten Konnexität gleichzustellen, bei der nicht nur eine besondere Verbindung zwischen dem Hauptmarkt und dem Nebenmarkt bzw. einem Folgemarkt oder mehreren Folgemärkten besteht, sondern darüber hinaus auch eine Verbindung zwischen dem Hauptprodukt und dem Zusatzprodukt bzw. den Zusatzprodukten auf dem Folgemarkt bzw. den Folgemärkten gegeben ist. Denn die Berücksichtigung der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen ist sogar eher gerechtfertigt, weil nicht nur eine besondere Verbindung zwischen dem Haupt- und dem Nebenmarkt, sondern auch zwischen dem Hauptprodukt und den Zusatzprodukten auf den Folgemärkten besteht. Angesichts der doppelten Konnexität zwischen den verschiedenen Märkten und den verschiedenen Produkten können die Anforderungen an die Ausgestaltung der besonderen Verbindung der jeweiligen Märkte auch geringer angesetzt werden als in der ursprünglichen Sachverhaltskonstellation.

1364. Der vorliegende Sachverhalt erfüllt unzweifelhaft die Anforderungen der vorstehend aufgeführten Merkmale (1), (3), (4) und (5) in der Konstellation einer doppelten Konnexität. Der SIX-Gruppe kann auf dem Markt des Akzeptanzgeschäfts, nicht aber auf den Märkten der DCC-Dienstleistungen und der Zahlungskartenterminals eine marktbeherrschende Stellung beigemessen werden. Die SIX-Gruppe hat eine Verknüpfung von DCC-Dienstleistungen der SIX-Gruppe und den DCC-Terminals der SIX-Gruppe vorgenommen. Daneben besteht auch jeweils



eine Verknüpfung zwischen den DCC-Dienstleistungen der SIX-Gruppe und den Akzeptanz-Dienstleistungen der SIX-Gruppe sowie zwischen den DCC-Terminals der SIX-Gruppe und den Akzeptanz-Dienstleistungen der SIX-Gruppe. Ungeachtet dieser Kombinationen waren die Akzeptanz-Dienstleistungen der SIX-Gruppe für die Händler auch weiterhin frei verfügbar (vgl. E. 1345 und 1354).

1365. Einer eingehenderen Abklärung bedarf daher allein das Merkmal, ob auch eine besondere Verbindung zwischen den Märkten des Akzeptanzgeschäfts, der DCC-Währungsumrechnung und der DCC-Terminals bestand oder nicht.

1366. Gegen das Vorliegen einer besonderen Verbindung spricht im Vergleich mit dem Sachverhalt in Sachen *Tetra Pak II* allein der Umstand, dass die SIX-Gruppe im Bereich des Akzeptanzgeschäfts nicht über eine monopolartige Stellung im relevanten Zeitraum verfügte.

1367. Für das Vorliegen einer besonderen Verbindung spricht im Vergleich mit dem Sachverhalt in Sachen *Tetra Pak II* demgegenüber zunächst, dass sich für die DCC-Dienstleistungen aufgrund von deren unmittelbarer und ausschliesslicher Verknüpfung mit den Akzeptanz-Dienstleistungen unmittelbar ein vergleichbar hoher Marktanteil wie derjenige auf dem beherrschten Markt ergibt. Zudem sind die Produkte der Akzeptanzdienstleistungen als Hauptprodukt sowie der DCC-Dienstleistungen und der DCC-Terminals als Zusatzprodukte unmittelbar aufeinander bezogen, sodass sich auch zwischen den Produkten eine besondere Verbindung ergibt.

1368. Bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls ist davon auszugehen, dass die SIX-Gruppe durch die Verknüpfung der separaten Produkte zumindest eine Absicherung ihrer Stellung auf dem Markt des Akzeptanzgeschäfts bewerkstelligen konnte und dadurch dieser Bereich für ein unabhängiges Verhalten vergrößert wurde.

1369. Aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung verwirklicht der vorliegende Sachverhalt demzufolge als Sonderfall das Tatbestandsmerkmal der Verknüpfung im Rahmen des Regelbeispiels einer Koppelung.

**g) Nachteiliger Effekt****(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

1370. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das Vorliegen einer Wettbewerbsbehinderung aus den vorstehend behandelten grundsätzlichen Erwägungen (vgl. E. 1252 ff.) sowie ergänzend aus den nachfolgenden Gründen.

1371. Da keine technologische Koppelung vorläge, könne auch keine Wettbewerbsbehinderung gegeben sein.

1372. Die von der Vorinstanz ihrer Beurteilung zu Grunde gelegte Feststellung, wonach durch die Verbindung von Akzeptanzgeschäft mit Währungsumrechnung und eigenen Zahlungskartenterminals eine Konkurrenzierung durch interoperable Zahlungskartenterminals von anderen Terminalherstellern ausgeschlossen werde, sei sachverhaltswidrig. Denn ein von der Vorinstanz zu Grunde gelegter Wettbewerbsausschluss werde weder begründet noch nachgewiesen.

1373. Eine Wettbewerbsbehinderung sei tatsächlich nicht vorhanden gewesen, weil lediglich {2-[•-•]-5}% der Händler im relevanten Zeitraum die DCC-Dienstleistungen in Anspruch genommen und ein DCC-Terminal erworben hätten. Demzufolge habe das Verhalten der Beschwerdeführerinnen nur einen Bruchteil der Verkäufe im relevanten Zeitraum betroffen. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz würde dazu führen, dass bereits ein einzelner Verkauf eines Zahlungskartenterminals mit einer besonderen Ausstattung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als missbräuchlich zu qualifizieren wäre.

1374. Der Umstand, dass eine einzelne Funktion, welche während eines beschränkten Entwicklungszeitraums Dritten nicht zur Verfügung gestellt worden sei, könne nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung führen, weil ansonsten einem marktbeherrschenden Unternehmen verwehrt wäre, neue Funktionen für seinen Eigengebrauch oder für den Gebrauch durch einen bestimmten Dritten zu entwickeln, ohne dies nicht sofort seinen Konkurrenten offenzulegen.

## (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

1375. Hinsichtlich der Wettbewerbsverfälschung bringt die Vorinstanz vor, das geschäftsverweigernde technologische Koppelungsgeschäft führe vorliegend dazu, dass Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen ihre Marktmacht durch die Koppelung der Zahlungskartenterminals sowie der Umrechnungsdienstleistungen von Card Solutions an ihr eigenes Akzeptanzgeschäft auf diese (benachbarten) Märkte habe übertragen können. Eine solche technologische Koppelung könne Multipay als marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere auch dazu verwenden, kompatible Lösungen der Konkurrenten zu verhindern oder zumindest zu behindern. Die technologische Koppelung zwischen dem Akzeptanzgeschäft verbunden mit der DCC-Dienstleistung der Multipay und den ep2-zertifizierten Zahlungskartenterminals der Card Solutions führe dazu, dass die Konkurrenz durch interoperable Zahlungskartenterminals von Drittherstellern ausgeschlossen worden sei. Das Koppelungsgeschäft habe insofern die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen wie die Geschäftsverweigerung, nämlich die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der Multipay im Akzeptanzgeschäft, um die Marktstellung der Schwestergesellschaft Card Solutions zu Lasten der Wettbewerber zu verstärken.

## (3) *Würdigung durch das Gericht*

1376. Angesichts der Vielzahl an möglichen Konstellationen einer Verbindung von separaten Produkten ist davon auszugehen, dass die konkrete Verknüpfung der Produkte für den Wettbewerb auf dem Markt des Hauptprodukts oder auf dem Markt des Zusatzprodukts zu einem nachteiligen Effekt führen muss (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 263), damit auch tatsächlich eine missbräuchliche Verhaltensweise in Form einer Behinderung von Konkurrenten oder eine Benachteiligung der jeweiligen Marktgegenseite gemäss Art. 7 KG gegeben ist.

1377. In Praxis und Literatur besteht bislang allerdings keine Einigkeit über Charakter, Inhalt, Ausmass und Nachweis dieses nachteiligen Effekts. Dabei steht insbesondere in Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass die tatsächlichen Auswirkungen der jeweiligen Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt für die Beurteilung der Koppelung zu berücksichtigen sind.

## (a) Grundlage

1378. Teilweise wird angenommen, dass es sich bei diesem Element um ein besonderes, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Missbrauchsform einer Koppelung handelt.

1379. Nach einer Ansicht muss die Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt eine Wettbewerbsschädigung zur Folge haben (vgl. AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG*, Art. 7 Rn. 536 f., 539). Darunter soll eine empfindliche und dauerhafte Schädigung des entsprechenden Markts zu verstehen sein. Für deren Feststellung sei von der Wettbewerbsbehörde eine umfassende Analyse vorzunehmen, inwieweit ein Verdrängungseffekt zu Lasten der Konkurrenten oder ein Ausbeutungseffekt zu Lasten der Marktgegenseite vorliege. Hierzu seien umfangreiche empirische Abklärungen zu einer Vielzahl von Kriterien – wie z.B. Dauer der Einschränkung, quantitatives Ausmass der Behinderungswirkung, Beherrschungsgrad des Haupt- und des Zusatzmarkts, Auswirkungen von Skaleneffekten und Netzwerkeffekten, Marktmacht der (potenziellen) Geschäftspartner, Fähigkeit der Konkurrenten zur Reproduktion von gleichwertigen Koppelungsangeboten, Grad des Ausschlusses an Konkurrenten – erforderlich.

1380. Teilweise wird angenommen, dass zumindest bei einer Verknüpfung von nicht komplementären Produkten für das Vorliegen einer Koppelung eine spezifische Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen müsse (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 503 f.; WEBER/VOLZ, *WBR*, Rn. 2.769), die sich durch zwei Aspekte auszeichne: (i) Das marktbeherrschende Unternehmen lege ein Festhalten an der Koppelungsstrategie an den Tag, und (ii) die Koppelungsstrategie müsse Marktaustritte im gekoppelten Markt zur Folge haben, wodurch sich eine Wettbewerbsreduktion im gekoppelten Markt einstelle, was insbesondere bei einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken der Fall sei.

1381. Die Europäische Kommission führt im Rahmen ihrer *Prioritätenmitteilung* das Element einer wahrscheinlichen oder tatsächlichen wettbewerbswidrigen Marktverschliessung als Merkmal eines Koppelungsgeschäfts auf (Ziff. 50, 52 *Prioritätenmitteilung*). Eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung bezeichnet dabei einen Sachverhalt, bei dem das marktbeherrschende Unternehmen den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwere oder unmöglich mache und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage sei, die Preise zum Nachteil der Benutzer der Produkte gewinnbringend zu

erhöhen (Ziff. 19 *Prioritätenmitteilung*). Zur Prüfung einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung sei eine Analyse vorzunehmen, bei der alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien, wobei insbesondere folgende Faktoren Beachtung verlangen würden (Ziff. 20, 21 *Prioritätenmitteilung*; die in Ziff. 53 f. zusätzlich genannten Aspekte stellen eher spezifische Ausprägungen dieser Faktoren oder Folgen des wettbewerbswidrigen Verhaltens dar): (i) Das Ausmass der Marktbeherrschung durch das marktbeherrschende Unternehmen; (ii) Bedingungen auf dem relevanten Markt für Markteintritte und Expansion; (iii) Stellung der Wettbewerber auf dem relevanten Markt zur Vornahme von realistischen, wirksamen und zeitnahen Gegenstrategien; (iv) Stellung der Anbieter und Abnehmer von Inputs gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen; (v) das Ausmass des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens im Hinblick auf dessen Dauer und Regelmässigkeit sowie auf den Anteil der jeweiligen Verkäufe auf dem relevanten Markt; (vi) Beweise für eine tatsächliche Marktverschliessung aufgrund einer länger andauernden Umsetzung des fraglichen wirtschaftlichen Verhaltens; (vii) unmittelbare Beweise einer Behinderungsstrategie, insbesondere aufgrund von Unterlagen des marktbeherrschenden Unternehmens. Allerdings enthält die *Prioritätenmitteilung* auch eine ausdrückliche Ausnahmeklausel, nach der die Schädlichkeit im Einzelfall auch ohne eine eingehende Analyse festgestellt werden könne. Sollte es Anzeichen dafür geben, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens im Grunde nur den Wettbewerb behindern kann und keine Effizienzvorteile entstehen, könne unmittelbar auf das Vorliegen von wettbewerbswidrigen Auswirkungen geschlossen werden (Ziff. 22 *Prioritätenmitteilung*). Die *Prioritätenmitteilung* widerspricht der vorherigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zumindest insoweit, als sie das Regel-Ausnahmeverhältnis umkehrt (vgl. E. 1383).

1382. Demgegenüber ist nach anderer Ansicht eine Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt immer dann als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, soweit keine Rechtfertigung für eine Verknüpfung der separaten Produkte aufgrund von sachlich angemessenen Gründe besteht (vgl. BORER, *KG*, Art. 7 Rn. 27; CLERC/KËLLEZI, *CR-Concurrence*, Art. 7 II Rn. 278 f.; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rz. 746; für komplementäre Güter im Ergebnis wohl auch STÄUBLE/SCHRANER, *Dike-KG*, Art. 7 Rn. 502; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rz. 2.765, 2.767). Danach bedürfe es keiner über die Aspekte der Rechtfertigung hinausgehenden Abklärungen für die Feststellung eines nachteiligen Effekts, weshalb insbesondere Untersuchungen der tatsächlichen Auswirkungen im Einzelfall nicht erforderlich seien.

1383. Auch die bisherige Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sieht keine Untersuchung der tatsächlichen Auswirkungen vor. Danach sei bei einem Koppelungsgeschäft per se von einer Ausschlusswirkung auf dem jeweiligen Markt auszugehen. Demgegenüber wurden im Rahmen der Entscheidung *Microsoft* die tatsächlichen Auswirkungen geprüft, weil es sich bei diesem Sachverhalt um eine besondere, d.h. unübliche Konstellation eines Koppelungsgeschäfts gehandelt haben soll. Dabei wurde allerdings ausdrücklich festgehalten, dass mit dieser Prüfung keine neue Rechtstheorie geschaffen werde und nicht von der grundsätzlichen Qualifizierung von Koppelungsgeschäften abgewichen werden solle (EU-KOM, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Ziff. 841, bestätigt durch EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 1035).

1384. Die EU-Rechtsprechung bezieht ebenfalls keine Analyse der tatsächlichen Auswirkungen in eine Prüfung des Koppelungsgeschäfts mit ein (vgl. EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 868). Dementsprechend bildet der Nachweis einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbschädigung oder einer Wettbewerbsverfälschung kein notwendiges Tatbestandselement der Koppelung; vielmehr handelt es sich hierbei um die unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, *IM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 287; SCHRÖTER/BARTL, *SJKM-EUWBR*, Art. 102 Rn. 260, für den im Ausnahmefall bei Fehlen einer tatsächlich wettbewerbswidrigen Wirkung ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgeschlossen sei, weil ein Vorgehen nicht erforderlich wäre).

1385. Für die Beurteilung des Aspekts, ob und inwieweit die tatsächlichen Auswirkungen zu untersuchen und notwendigerweise bestimmte qualitative, quantitative oder temporäre Anwendungsschwellen für die Feststellung eines nachteiligen Effekts bei Koppelungssachverhalten zu berücksichtigen sind, ist zunächst die Ausgangslage eines marktmissbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG in Erinnerung zu rufen (vgl. E. 1116 ff.).

1386. Mit der Statuierung von Art. 7 KG untersagt der Gesetzgeber zum Schutz des Wettbewerbs bestimmte wirtschaftliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, die er nicht-marktbeherrschenden Unternehmen durchaus zugesteht, weil mit dem Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung der wirksame Wettbewerb auf den relevanten Märkten bereits beeinträchtigt wird. Daraus folgt, dass die Schwächung

des Wettbewerbs auf einem Markt aufgrund der Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen bereits einen Umstand darstellt, der grundsätzlich keine weiteren Einschränkungen mehr duldet. Art. 7 KG zielt demzufolge darauf ab, einem beherrschenden Unternehmen zu verbieten, seine eigene Stellung mit anderen Mitteln als denjenigen des reinen Leistungswettbewerbs zu verbessern (vgl. EuG, EU:T:2007:289, *Microsoft*, Ziff. 1070, in Bezug auf Art. 102 AEUV). Die Beurteilung, ob eine durch ein konkretes wirtschaftliches Verhalten hervorgerufene weitere Einschränkung des Wettbewerbs zu Lasten der jeweiligen Marktgegenseite oder von Konkurrenten dem Leistungswettbewerb zugeordnet werden kann, ist davon abhängig zu machen, ob eine ausreichende sachliche Rechtfertigung für diese Verhaltensweise besteht. Bejahendenfalls handelt es sich um eine Massnahme des Leistungswettbewerbs, andernfalls um ein wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens.

1387. Angesichts dessen, dass mit einer Verknüpfung von separaten Produkten ausnahmslos die Wahlfreiheit der Marktgegenseite eingeschränkt wird und damit eine allokatorische Ineffizienz einhergeht, ist für eine Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG auch kein Grund ersichtlich, warum sie bei Fehlen einer ausreichenden Rechtfertigung aufgrund von angemessenen Gründen erst ab dem Erreichen zusätzlicher quantitativer, qualitativer oder temporärer Anwendungsschwellen als wettbewerbswidrig zu qualifizieren wäre.

1388. Gegen die Anerkennung von bestimmten quantitativen, qualitativen oder zeitlichen Anwendungsschwellen spricht neben dem Wortlaut des Regelbeispiels und der Entstehungsgeschichte, die keinerlei Hinweise auf die Anwendung entsprechender Kriterien aufweisen, insbesondere auch der Sinn und Zweck der Vorschrift.

1389. Gegen ein inhaltliches Verständnis, wonach für den nachteiligen Effekt eine dauerhafte und ernsthafte Schädigung des Wettbewerbs bzw. eine Wettbewerbsreduktion infolge von Marktaustritten festgestellt werden müsste, spricht bereits der Umstand, dass eine sachlich nicht ausreichend gerechtfertigte Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt durch ein Unternehmen, das bereits eine marktbeherrschende Stellung aufweist, nicht auch noch zeitlich solange umgesetzt werden darf, bis die dadurch eintretende Einwirkung auf den Wettbewerb, der aufgrund der marktbeherrschenden Stellung ohnehin bereits geschwächt ist, nicht nur zu einer vorübergehenden, sondern zu einer dauerhaften und damit end-

gültigen wirtschaftlichen Schädigung der Marktgegenseite oder der Konkurrenten führt. Wenn der Gesetzgeber das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung als Bedrohung für die Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs qualifiziert und daraus das Verbot von missbräuchlichen Verhaltensweisen zum Schutz vor einer weiteren Beeinträchtigung des Wettbewerbs ableitet, dann kann zur Feststellung eines solchen missbräuchlichen Verhaltens nicht in Widerspruch hierzu auf Umstände abgestellt werden, welche eine weitere nachteilige Beeinträchtigung des Wettbewerbs gerade voraussetzen. Im Übrigen tritt mit Abwicklung des jeweiligen Geschäfts mit einer sachlich nicht ausreichend gerechtfertigten Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt für den jeweiligen Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens auch eine endgültige wirtschaftliche Schädigung ein.

1390. Zudem würde durch solch ein inhaltliches Verständnis des nachteiligen Effekts einem marktbeherrschenden Unternehmen in der Praxis ein Handlungsspielraum gegenüber seinen Konkurrenten eröffnet, dessen Folgen durch eine nachträgliche Sanktionierung des marktbeherrschenden Unternehmens zu Lasten der Konkurrenten von vornherein gar nicht mehr beseitigt werden können. Dies wurde von Seiten der Europäischen Wettbewerbspraxis in ähnlicher Weise bereits in anderem Zusammenhang festgestellt. Danach erlaubt es das Ziel der Erhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs nicht, ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens lediglich zu beobachten, um abzuklären, ob und bis wann eine solche Strategie tatsächlich zur Ausschaltung eines Konkurrenten führt (vgl. EuGH, EU:C:1996:436, *Tetra Pak II*, Rz. 44, für die Anwendung von Kampfpreisen).

1391. Die Ansetzung von qualitativen, quantitativen oder zeitlichen Anforderungsschwellen würde im Ergebnis bedeuten, dass die rechtliche Beurteilung des Tatbestandsmerkmals einer Verknüpfung von separaten Produkten nicht durch das Verhältnis der jeweiligen Produkte, sondern letztlich von der wirtschaftlichen Stärke der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmers abhängig wäre. Ein entsprechendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens müsste nämlich umso eher als zulässig erachtet werden, je länger dessen Konkurrenten diesem Verhalten wirtschaftlich standhalten könnten.

1392. Durch die Zulassung von gewissen Anwendungsschwellen würde einem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit zu einem taktischen Verhalten im Sinne einer „Salamitaktik“ eröffnet, ein von der Sa-



che her rechtswidriges Verhalten zulässigerweise wiederholend mit gewissen Pausen umzusetzen, bis die Konkurrenten tatsächlich dauerhaft geschädigt sind.

1393. Für den Fall, dass die Konkurrenten eine Möglichkeit finden, dem Wettbewerbsdruck, der durch die Kombinationspraktik des marktbeherrschenden Unternehmens entsteht, auszuweichen, indem sie etwa den Marktteilnehmern alternative Handlungsmöglichkeiten auf dem Markt des Zusatzprodukts zugänglich machen, müsste im Rahmen einer Beurteilung sogar das Vorliegen einer dauerhaften Schädigung des Wettbewerbs verneint werden. Dies würde mit anderen Worten bedeuten, dass eine aussergewöhnliche Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten für das wettbewerbswidrige Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens die eigentlich vorzunehmende Qualifizierung der Rechtswidrigkeit aufheben und für dessen Zulässigkeit sorgen würde. Eine solche Interpretation und Anwendung dieses Tatbestandselements würde dem Regelungszweck von Art. 7 KG widersprechen.

1394. Darüber hinaus ist es nicht angebracht, die Wettbewerbswidrigkeit vom Ausmass des eingetretenen Schadens abhängig zu machen (vgl. E. 1211, 1190). Denn das Ausmass des Schadens hängt nicht (nur) vom Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, sondern vor allem auch von der Reaktion der Marktgegenseite und der Konkurrenten ab.

1395. Gegen die Durchführung einer umfassenden Analyse zur Abklärung aller Auswirkungen auf dem Markt sprechen unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit die Anforderungen an eine ausreichende Vorhersehbarkeit für die Unternehmen, die ungeachtet einer wünschenswerten Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit ebenfalls gegeben sein muss. Da ein Unternehmen kaum eine derartige umfassende Marktanalyse durchführen kann, wäre es von vornherein ausgeschlossen, dass eine ausreichende Vorhersehbarkeit des konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens für das Unternehmen gegeben wäre.

1396. Angesichts dieser Ausgangslage bedarf es für die Anerkennung einer wettbewerbswidrigen Koppelung gemäss Art. 7 KG keiner besonderen quantitativen, qualitativen oder zeitlichen Anwendungsschwellen.

1397. In diesen Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung einen gewissen Beurteilungsspielraum aufweist, weil die Grenzlinie zwischen einer nachteiligen und einer

unbestimmten Einwirkung auf den Wettbewerb nur mit einer gewissen Unschärfe gezogen werden kann. Daher überlagert dieser Beurteilungsspielraum jedenfalls im Bereich geringfügiger Einwirkungen besondere quantitative, qualitative oder zeitliche Anwendungsschwellen (vgl. E. 1142). Dieser Aspekt ist auch im Rahmen einer Ausübung des Aufgreifferrmessens und des Masses einer Sanktionierung zu berücksichtigen (vgl. E. 1143).

1398. Der Aspekt des nachteiligen Effekts bildet demzufolge ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Sinne eines Ausschlusskriteriums für Sachverhalte, bei denen der Eintritt einer Wettbewerbsverfälschung entgegen den üblichen Konstellationen von vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, weshalb es keiner weiteren Abklärung des Vorliegens von sachlichen Rechtfertigungsgründen bedarf.

1399. Liegt demzufolge eine Verknüpfung von separaten Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen vor, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein für den Wettbewerb negativer Effekt vorliegt, weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht, sondern zumindest auch an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft (vgl. BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 264; vgl. E. 1265).

1400. Demzufolge ist die Wettbewerbsmässigkeit einer Produkteverbindung regelmässig nur bei Vorliegen einer ausreichenden Rechtfertigung aufgrund eines sachlich angemessenen Grunds gegeben.

1401. In Ausnahmefällen wird die Feststellung eines nachteiligen Effekts für eine bestimmte Verknüpfung von separaten Produkten nicht möglich sein, weshalb dann weder eine Benachteiligung der Marktgegenseite noch eine Behinderung von Konkurrenten gegeben ist (vgl. WEKO, 19.11.2004, RPW 2005/1, 46, TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera, zit. *TopCard*, Ziff. 59, 63). Soweit im Einzelfall entsprechende Anhaltspunkte vorliegen, ist eine Abklärung durch die Wettbewerbsbehörden vorzunehmen.

1402. Für das Anreizgeschäft ist zu beachten, dass in Abgrenzung zu zulässigen Rabatt- und sonstigen Vergünstigungsregelungen im Einzelfall die jeweilige Grenzlinie zu bestimmen ist, bei der die zulässige Preisgestaltung infolge der ökonomischen Zwangswirkung in eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb umschlägt.

(b) Sachverhalt

1403. Vorliegend war im Falle eines Akzeptanzvertrags mit der SIX-Gruppe aus der Sicht der Händler deren Auswahl bei der Beschaffung eines DCC-Zahlungskartenterminals auf ein Modell der SIX-Gruppe beschränkt. Die SIX-Gruppe verfügte somit beim Absatz ihrer Geräte gegenüber den Händlern über eine eindeutig bevorzugte Stellung auf dem Markt der Zahlungskartenterminals. Umgekehrt ergab sich daraus auf dem Markt für Zahlungskartenterminals für die Händler eine massive Einschränkung ihrer Auswahlfreiheit und für die anderen Terminalhersteller eine schwerwiegende Einschränkung ihrer Möglichkeit zu einer konkurrierenden Tätigkeit. Als Folge dieser faktischen Ausgestaltung der Marktsituation durch die SIX-Gruppe trat demzufolge unzweifelhaft ein nachteiliger Effekt für den Wettbewerb auf dem Markt der Zahlungskartenterminals ein.

1404. Dies gilt entgegen der Einwendung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1373) völlig unabhängig davon, in welchem Ausmass der Absatz von DCC-Zahlungskartenterminals durch die anderen Terminalhersteller infolge dieser Verknüpfung tatsächlich beeinträchtigt wurde.

1405. Denn zum einen setzt auch die Verwirklichung des Koppelungsstatbestands keine Überschreitung einer quantitativen Anwendungsschwelle voraus.

1406. Zum anderen statuiert Art. 7 KG – wie in Zusammenhang mit der Missbrauchsform der Geschäftsverweigerung bereits dargelegt wurde (vgl. E. 1115 ff.) – weder die Voraussetzung, dass nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb tatsächlich eintreten, noch die Voraussetzung, dass die konkreten tatsächlichen Auswirkungen im Rahmen einer ex post-Betrachtung zu berücksichtigen seien. Massgebend ist vielmehr allein das Potential des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Herbeiführung einer weiteren Beeinträchtigung des Wettbewerbs, der aufgrund der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist.

1407. Von Seiten des Gerichts bedarf es daher auch keiner Abklärung der zwischen den Parteien strittigen Frage nach einer genauen Spezifizierung der auf die anderen Terminalhersteller entfallenden Absatzeinschränkungen an DCC-Zahlungskartenterminals, weil diesem Aspekt keine Bedeutung in Zusammenhang mit der Missbrauchsform der Koppelung zukommt.

1408. Dass es sich vorliegend auch nicht um einen Bagatellfall handeln würde, ergibt sich entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1373) ganz offensichtlich aus den sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. 1111 ff., 1147). Denn auch die Beurteilung eines Bagatellfalls wäre aus objektiver Sicht anhand der Wettbewerbssituation zu Beginn des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens vorzunehmen und nicht anhand einer ex post-Betrachtung aus der Sicht des marktbeherrschenden Unternehmens nach einem längeren Zeitraum der Durchführung des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens. Und danach wurde die Möglichkeit der anderen Terminalhersteller zur Herstellung von DCC-Terminals, die zur Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe kompatibel sind, von Seiten der SIX-Gruppe im relevanten Zeitraum unstrittig vollständig ausgeschlossen. Der Verweis auf die angeblich geringe Anzahl an tatsächlich verkauften DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals durch die Beschwerdeführerinnen wäre demgegenüber unbeachtlich.

1409. Wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. 1269 f.), können die wettbewerbstheoretischen Einwände der Beschwerdeführerinnen die Feststellung einer Koppelung vorliegend nicht verhindern. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Beschwerdeführerinnen neben rein abstrakten Ausführungen auch keine konkreten Tatsachen und stichhaltigen Ableitungen vorlegen, weshalb die vorliegende Sachverhaltskonstellation entgegen der vorstehend dargestellten Sachlage keinen nachteiligen Effekt auf den Wettbewerb im Markt für Zahlungskartenterminals ausgeübt haben soll. Insbesondere auch der Verweis auf die subjektiven Absichten der Multipay und der Card Solutions sind unbeachtlich, weil für die Verwirklichung einer Koppelung gemäss Art. 7 KG unerheblich ist, ob eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des Zusatzprodukts bereits besteht oder durch das jeweilige wirtschaftliche Verhalten bewirkt oder zumindest angestrebt wird.

1410. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen auf das angebliche Fehlen einer technischen Koppelung (vgl. E. 1371) ist angesichts des Nachweises einer Verknüpfung der separaten Produkte unbeachtlich.

1411. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1372), wonach die Vorinstanz einen zu Grunde gelegten Wettbewerbsausschluss weder begründet noch nachgewiesen habe, ist konstruiert, weil für die Verwirklichung einer Koppelung kein vollständiger Ausschluss einer Konkurrenzierung vorausgesetzt wird und die angefochtene Verfügung einen solchen Ausschluss auch nicht vorsieht. Zudem liegt im Hinblick auf eine Konkur-

renzung der SIX-Gruppe durch andere Terminalhersteller bei DCC-Terminals während des relevanten Zeitraums offensichtlich ein vollständiger Wettbewerbsausschluss zu Lasten der Händler vor.

1412. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1374), wonach einem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit genommen werde, neue Funktionen für den Eigengebrauch oder für den Gebrauch durch einen bestimmten Dritten zu entwickeln, ist wie dargelegt unbeachtlich (vgl. E. 638 ff., 765 ff.), weil nicht eine neue Funktion, sondern nur die Schnittstelleninformationen für eine nicht exklusive Funktion, die auch von Dritten bereitgestellt werden konnte, den Gegenstand der vorliegenden Angelegenheit bildet.

#### **h) *Fehlen von Rechtfertigungsgründen***

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1413. Zur Rechtfertigung einer allfällig vorliegenden Verknüpfung von Produkten tragen die Beschwerdeführerinnen vor, dass diese Verhaltensweise aufgrund der im damaligen Zeitpunkt noch ausstehenden Zertifizierung der DCC-Funktion sachlich gerechtfertigt gewesen sei.

##### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

1414. Die Auffassung der Vorinstanz stützt sich inhaltlich im Wesentlichen auf die Aspekte ab, die nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts dargestellt werden.

##### *(3) Würdigung durch das Gericht*

1415. Eine Verbindung von verschiedenen Produkten kann anerkanntermaßen nicht nur nachteilige Auswirkungen auf die Wahlfreiheit der Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens aufweisen, sondern allenfalls auch wünschenswerte Wirkungen entfalten, die bei einer gesamthaften Betrachtung des Einzelfalls sogar zu einer positiven Beurteilung der jeweiligen Verbindung führen. Es bedarf daher einer Abgrenzung von nachteiligen Koppelungsgeschäften gegenüber vorteilhaften Kombinationsgeschäften.

1416. Eine Koppelung liegt nicht vor, wenn die jeweilige Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukten aufgrund des Vorliegens von angemessenen Sachgründen im Einzelfall gerechtfertigt werden kann.

1417. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Argumentation, wonach ihre Vorgehensweise aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt noch ausstehenden Zertifizierung der DCC-Funktion angebracht gewesen sei und sich die DCC-Funktion daher erst in einer Pilotphase befunden habe, ist wie dargelegt (vgl. E. 686 ff.) zur Rechtfertigung einer Verknüpfung von Akzeptanzgeschäft, DCC-Leistungen und DCC-Terminals untauglich.

1418. Im Hinblick auf eine allfällige sachliche Rechtfertigung der Verknüpfung der Akzeptanz-Dienstleistungen mit den DCC-Dienstleistungen haben die Beschwerdeführerinnen keine Vorbringen vorgetragen. Allerdings kann dahingestellt bleiben, ob eine feste Zusammenarbeit zwischen Kartenakquisiteur und Dienstleister der DCC-Währungsumrechnung aus sachlichen Gründen zu rechtfertigen wäre. Denn eine entsprechende Feststellung hätte keinen massgeblichen Einfluss auf die Beurteilung der faktischen Verknüpfung von Akzeptanz-Dienstleistungen bzw. DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals und deren fehlende Rechtfertigung.

1419. Sonstige Rechtfertigungsgründe für die Verknüpfung der separaten Produkte sind nicht ersichtlich und werden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht dargelegt.

1420. Eine sachliche Rechtfertigung für die von der SIX-Gruppe vorgenommene Verknüpfung der separaten Produkte ist demzufolge nicht gegeben.

**i) Ergebnis**

1421. Als Ergebnis der Überprüfung im Beschwerdeverfahren ist daher festzustellen, dass die Verknüpfung von Akzeptanz-Dienstleistungen, DCC-Dienstleistungen und DCC-Terminals durch die Six-Gruppe ein wettbewerbswidriges Verhalten in der Missbrauchsform einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG darstellt.

**5) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG**

1422. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Verwirklichung einer Einschränkung der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG gegenüber den Terminalherstellern durch die Verweigerung der Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform durch die SIX-Gruppe festgestellt, wodurch die Konkurrenten der SIX-Gruppe auf dem Markt der ep2-Terminals beeinträchtigt worden seien. Die Verwirklichung dieser Missbrauchsform wird von den Beschwerdeführerinnen bestritten.

1423. Aufgrund des ausführlichen Nachweises einer Verwirklichung der Missbrauchsformen einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG durch das beanstandete Verhalten der SIX-Gruppe kann auf die Prüfung einer zusätzlichen Verwirklichung dieser weiteren Missbrauchsform verzichtet werden.

**6) Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG**

1424. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Verwirklichung einer Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG gegenüber den Terminalherstellern durch die Verweigerung der Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform durch die SIX-Gruppe festgestellt, wodurch die Konkurrenten der SIX-Gruppe auf dem Markt der ep2-Terminals beeinträchtigt worden seien. Die Verwirklichung dieser Missbrauchsform wird von den Beschwerdeführerinnen bestritten.

1425. Aufgrund des ausführlichen Nachweises einer Verwirklichung der Missbrauchsformen einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG durch das beanstandete Verhalten der SIX-Gruppe kann auf die Prüfung einer zusätzlichen Verwirklichung dieser weiteren Missbrauchsform verzichtet werden.

## VIII. SANKTIONEN

1426. Die Vorinstanz hat wegen des wettbewerbswidrigen Verhaltens gegen die Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einen Betrag in Höhe von 7.029 Mio. CHF als Sanktion ausgesprochen.

### 1) **Massgebende Sanktionsvorschriften**

1427. Art. 49a Abs. 1 KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird. Das Sanktionsobjekt entspricht dabei dem Kartellrechtssubjekt gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Im vorliegenden Sachverhalt sind jedenfalls die Missbrauchsformen einer Geschäftsverweigerung und einer Koppelung gegeben.

1428. Die Beschwerdeführerinnen sehen durch die Sanktionierung ihre Grundrechte verletzt, weil diese als strafrechtliche Massregelung zu qualifizieren sei und die dadurch bedingten Anforderungen, die sich aus der Anwendung straf- und konventionsrechtlicher Grundsätze ergeben, nicht beachtet worden seien. Dabei machen sie eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots gemäss Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK mangels Vorhersehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit und der damit verbundenen Rechtsfolgen geltend.

#### a) **Bestimmtheit der Tatbestandsmässigkeit**

##### (1) *Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1429. Gegen eine ausreichende Bestimmtheit der Tatbestandsmässigkeit erheben die Beschwerdeführerinnen eine Vielzahl von unterschiedlichen Einwänden.

1430. Der Tatbestand des Art. 7 Abs. 1 KG sei inhaltlich offen, weil er keine Konkretisierung der als unzulässig erachteten Verhaltensweisen enthalte. Die zu beurteilenden Verhaltensweisen seien „doppelgesichtig“, weil sie a priori sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Behinderungs- oder Benachteiligungsstrategie sein könnten. Diese Unbestimmtheit sei besonders schwerwiegend, weil aufgrund der Vielfalt der wirtschaftstheoretischen Erklärungsmodelle beinahe jedes Ereignis einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich sei. Die notwendige Vorhersehbarkeit sei daher nicht gegeben. Die Formulierung



erfülle demnach nicht die rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des Legalitätsprinzips.

1431. Auch der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zur Geschäftsverweigerung enthalte keine notwendige Konkretisierung. Die Bestimmung führe nicht zu einem generellen Kontrahierungszwang für das betreffende Unternehmen. Der Wortlaut sei derart umfassend, dass jede Geschäftsverweigerung per se schon missbräuchlich wäre, was weder vom Gesetzgeber gewollt sei noch in Lehre und Praxis verlangt werde. Folglich sei der Wortlaut wesentlich weiter formuliert, als in der effektiven Anwendung zulässig. Wenn jedoch eine Reduktion auf das notwendige Mass, d.h. auf die Voraussetzung einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht erfolge, so könne der Wortlaut nicht als ausreichend bestimmt erachtet werden.

1432. Diese mangelnde Bestimmtheit könne auch nicht durch das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG beseitigt werden. Es bestehe nach der Lehre kein Anspruch auf entsprechende Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörde, sodass gerade keine Rechtssicherheit gewährt werde.

1433. Darüber hinaus sei die Vorhersehbarkeit der Wettbewerbswidrigkeit des vorliegenden Verhaltens auch aus anderen Gründen nicht gegeben.

1434. Auch wenn es für die Vorhersehbarkeit nicht erforderlich sei, dass exakt der betreffende Fall schon einmal entschieden worden sein müsse, so dürften doch die absolut zentralen Elemente nicht unterschiedlich sein; ansonsten wäre die Vorhersehbarkeit nicht gegeben.

1435. Hinsichtlich der Regelbeispiele sei die notwendige Vorhersehbarkeit zudem nur gegeben, wenn eine reichhaltige in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis bestehe.

1436. Ungeachtet des unbestimmten Wortlauts werde der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zur Geschäftsverweigerung durch die *Botschaft KG 1995* dahingehend präzisiert, dass die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nur dann missbräuchlich sei, wenn die Vorleistung zur Herstellung von bestimmten Produkten unerlässlich sei und sie die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit verunmögliche. Die Vorhersehbarkeit der Qualifizierung eines wirtschaftlichen Verhaltens als Geschäftsverweigerung ohne diese beiden Aspekte sei demzufolge nicht gegeben, weshalb vorliegend keine Geschäftsverweigerung vorliegen könne.

1437. Bislang bestehe keine einschlägige schweizerische Entscheidpraxis, weil entsprechende Fälle zur Lizenzierung von Immaterialgüterrechten, zur Geschäftsverweigerung ohne Wettbewerbsbeseitigung und zu Produkten im Entwicklungsstadium fehlen würden. Zwar seien von der Vorinstanz verschiedene Entscheide angeführt worden. Diese würden sich jedoch grundlegend vom vorliegenden Sachverhalt unterscheiden, weshalb sie nicht vergleichbar seien.

1438. So seien der schweizerischen Fallpraxis keine Beispiele zu entnehmen, wann ein Unternehmen gezwungen sei, Wettbewerbern seine eigenen, urheberrechtlich geschützten Produktentwicklungen offen zu legen, noch bevor das Produkt effektiv vollständig entwickelt sei. Sämtliche bekannten Fälle würden sich auf Produkte beziehen, die als definitive Produkte schon auf dem Markt verfügbar gewesen seien.

1439. Keiner dieser Fälle würde die Notwendigkeit einer Lizenzierung von Schnittstelleninformationen oder von Immaterialgüterrechten im Allgemeinen betreffen.

1440. Insbesondere die in den Entscheiden *Valet Parking* und *EEF* beurteilten Sachverhalte seien nicht einschlägig, weil dort ein nachgelagerter Dienstleistungserbringer nicht mehr im relevanten Markt hätte tätig sein können bzw. dessen Vertriebsweg vollständig abgeschnitten worden sei. Vorliegend sei den Wettbewerbern aber nicht verunmöglicht worden, im massgeblichen Markt ihre Produkte zu verkaufen; demnach sei ihnen der Vertriebsweg nicht vollständig abgeschnitten geworden.

1441. Die Vorhersehbarkeit einer Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG sei ebenfalls nicht gegeben, weil die Beschwerdeführerinnen von ihren Vertragspartnern bei Abschluss des Vertrags nicht verlangt hätten, zusätzliche Leistungen zur Hauptleistung anzunehmen oder zu erbringen. Folglich gehe die von der Vorinstanz angewendete Interpretation über den Wortlaut der Vorschrift hinaus. Deshalb sei die Vorhersehbarkeit der Wettbewerbswidrigkeit bezüglich der vorliegenden Verhaltensweise nicht gegeben.

1442. Die Vorhersehbarkeit könne sich überdies prinzipiell nicht aus der ausländischen Behörden- und Gerichtspraxis, insbesondere auch nicht aus derjenigen der Europäischen Union, ergeben. Denn die ausländische Praxis könne nicht zur inhaltlichen Bestimmung von Art. 7 KG herangezogen werden. Es sei deshalb ausgeschlossen und schlichtweg unzu-

mutbar, dass sich der Schweizer Normadressat zwecks Klärung der zulässigen Verhaltensweise an beliebigen Entscheidungen ausländischer Behörden und Gerichte orientieren müsse, um sich nach Schweizer Recht gesetzeskonform zu verhalten.

1443. Nach einem Entscheid der Vorinstanz in Sachen *Hors-Liste Medikamente* vom 2. November 2009 könne sich ein Unternehmen im umgekehrten Fall auch nicht auf die Übereinstimmung ihrer Verhaltensweise mit dem EU-Wettbewerbsrecht berufen.

1444. Die Vorhersehbarkeit sei insbesondere auch deshalb nicht gegeben, weil die angefochtene Verfügung von der europäischen Wettbewerbspraxis in Sachen *Magill*, *IMS Health*, *Microsoft* und *Bronner* erheblich abweiche. Da die angefochtene Verfügung diese Entscheidungen mit keinem Wort erwähne, würde sie ohne Begründung von der europäischen Wettbewerbspraxis abweichen. Demzufolge habe sich die angefochtene Verfügung auch nicht mit diesen Entscheidungen auseinandergesetzt.

1445. Die Entscheidpraxis der europäischen Gerichte sei bezüglich der Vorhersehbarkeit bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eindeutig. Voraussetzung hierfür sei, dass das betreffende Verhalten geeignet gewesen sei, jeglichen Wettbewerb durch dieses Unternehmen auszuschliessen. Hinsichtlich immaterialgüterrechtlicher Lizenzen sei ausdrücklich festgestellt worden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich keine Verpflichtung zur Einräumung einer Lizenz treffe und dass im Einzelfall nur aufgrund besonderer Umstände eine solche Verpflichtung entstehen könne. Als besonderer Umstand sei dabei die Unentbehrlichkeit der immaterialgüterrechtlichen Leistung für die Vornahme von Marktaktivitäten der Wettbewerber qualifiziert worden.

1446. Zudem seien die herangezogenen Entscheidungen der Europäischen Kommission in Sachen *Microsoft* und *IBM* nicht einschlägig, weshalb daraus keine Vorhersehbarkeit hergeleitet werden könne. Die Entscheidungen hätten vielmehr zum einen Produkte betroffen, welche im Gegensatz zum vorliegenden Sachverhalt schon länger auf dem Markt allgemein verfügbar gewesen seien. Zum anderen sei den Unternehmen dabei vorgeworfen worden, die Interoperabilität mit einem marktbeherrschenden Produkt zu verhindern. Im vorliegenden Fall komme dem Produkt, für welches die Schnittstellen hätten offengelegt werden sollen, gerade keine marktbeherrschende Stellung zu.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

1447. Die Vorinstanz hält den Tatbestand des Art. 7 KG unter Verweis auf die bestehende Rechtsprechung für ausreichend bestimmt.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

1448. Das Bestimmtheitsgebot bildet einen Teilgehalt des Legalitätsprinzips, welches verfassungs- und konventionsrechtlich allgemein für alle Rechtsgebiete in Art. 5 Abs. 1 BV und darüber hinaus für den Bereich des Strafrechts zusätzlich in Art. 7 EMRK verankert ist (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1). Danach muss ein Rechtssatz, welcher die Grundlage für eine staatliche Massnahme bildet, hinreichend klar und bestimmt ausgestaltet sein. Hierzu muss die Norm so präzise formuliert sein, dass der Normadressat sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; BGE 119 IV 242 E. 1c; BGE 117 Ia 472 E. 3e; zur Feststellung im Einzelfall vgl. BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 141 IV 437 E. 3.2.1; BGE 140 I 2 E. 10.3; BGE 135 III 433 E. 4.2, wonach das Schuldprinzip keine Anwendung auf privatrechtlich vereinbarte Konventionalstrafen findet), bzw. dass er erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen als Straftat qualifiziert werden und welche Sanktion für die Tat angedroht wird, damit er sein Verhalten entsprechend anpassen kann (vgl. EGMR, 15.7.2014, 45554/08, *Ashlarba* gg. Georgien, zit. *Ashlarba*, Ziff. 33; EGMR, 12.2.2008, 21906/04, *Kafkaris* gg. Zypern, zit. *Kafkaris*, Ziff. 140). Der Zweck des Bestimmtheitsgebots besteht im Wesentlichen darin, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu gewährleisten (vgl. BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 139 II 243 E. 10; BGE 135 I 169 E. 5.4.1; BGE 132 I 49 E. 6.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 368 f.; POPP PETER/BERKEMEIER ANNE, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3. Aufl. 2013, zit. *BSK-StGB I*, Art. 1 Rn. 44; RENZIKOWSKI JOACHIM, in: Pabel/Schmahl [Hrsg.], *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2013, zit. *IKEM*, Art. 7 Rn. 52; STRATENWERTH GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl. 2011, zit. *AT I*, § 4 Rn. 3 f.). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit ist im Einzelfall von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte sowie von der durch die jeweiligen Umstände zu konkretisierenden Sachgerechtigkeit abhängig (BGE 143 II 162 E. 3.2.1;

BGE 139 II 243 E. 10; BGE 135 I 169 E. 5.4.1; BGE 132 I 49 E. 6.2). Nach einhelliger Auffassung bezieht sich das Bestimmtheitsgebot sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolgen, und es bindet nicht nur den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Norm, sondern auch die Rechtsprechung bei deren Anwendung.

1449. Die Frage einer ausreichenden Bestimmtheit der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG wurde vom Bundesgericht (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.2.2) unter Hinweis auf divergierende Ansichten in der Literatur (vgl. bejahend HEINEMANN ANDREAS, *Direkte Sanktionen im Kartellrecht*, Jusletter 21.6.2010, *Sanktionen*, Rn. 24; ablehnend WILDHABER, *Wettbewerbsrecht*, Rn. 87) bislang offengelassen, während die ausreichende Bestimmtheit des Regelbeispiels der Diskriminierung anerkannt wurde (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.2.3).

1450. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 591 ff.) in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung (vgl. BVGer, B-2050/2007, *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.6) ausführlich dargelegt, dass die Bestimmtheit von Art. 7 KG aufgrund der Möglichkeit und Notwendigkeit einer richterlichen Interpretation von Rechtsvorschriften und den hierbei gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wie auch des Bundesgerichts zu beachtenden Aspekten grundsätzlich in ausreichender Weise gegeben und angesichts der wirtschaftswissenschaftlichen Aufbereitung der ökonomischen Grundlagen sowie der Verpflichtung eines Unternehmens zur rechtlichen Abklärung des intendierten Verhaltens regelmässig auch zu bestätigen sei (vgl. entsprechend für Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.5; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.1.3; BVGer, B-829/2012, *Granella*, E. 10.1.3; zur ausreichenden Bestimmtheit von Art. 102 AEUV vgl. EuGH, EU:C:1979:36, *Hoffmann-La Roche*, Ziff. 130; allgemein vgl. BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 139 II 243 E. 10; BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 132 I 49 E. 6.2). Insbesondere ergebe sich weder aus konventions- oder verfassungsrechtlichen noch aus strafrechtlichen Vorschriften ein Verbot der schrittweisen Klärung einer kartellrechtlichen Regelung durch richterliche Auslegung unter Anwendung aller Auslegungselemente (ebenso BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.3, 9.5 a.E.). Hieran ist festzuhalten, wobei auf eine Wiederholung der dort angeführten Darlegungen verzichtet werden kann. Danach bleibt im Einzelfall allein zu prüfen, ob das erforderliche Mass an Bestimmtheit aufgrund der jeweiligen Umstände für das konkrete wirtschaftliche Verhalten ausnahmsweise nicht gegeben sein sollte.

1451. Demzufolge lässt sich ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1430, 1431) nicht allein aus dem jeweiligen Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 KG, des Art. 7 Abs. 2 lit. a oder des Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ableiten (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.5 a.E., für die Auslegung von Art. 49a KG).

1452. Den massgeblichen Aspekt einer einzelfallweisen Beurteilung der erforderlichen Bestimmtheit bildet im vorliegenden Fall wie dargestellt der Befund, dass sowohl die Missbrauchsform der Geschäftsverweigerung (vgl. E. 781 f.) als auch diejenige der Koppelung (vgl. E. 1262 f.) Handlungsformen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens darstellen und bereits eine lange Historie in der Wettbewerbspraxis aufweisen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber eine ausdrückliche Statuierung der Geschäftsverweigerung und der Koppelung als Regelbeispiele im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1994 vorgenommen. Damit hat er klargestellt, dass derartige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens prinzipiell als wettbewerbswidrig zu qualifizieren sind.

1453. Daraus ergibt sich ohne Weiteres die Verpflichtung eines Unternehmens, wirtschaftliche Verhaltensweisen, mit denen Geschäftsbeziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern abgelehnt oder im Rahmen einer Geschäftsbeziehung verschiedene Produkte kombiniert werden, einer genauen rechtlichen Überprüfung auf ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit zu unterziehen. Die Vorhersehbarkeit einer Wettbewerbswidrigkeit ist demzufolge regelmässig gegeben. Ausnahmen sind nur dann anzuerkennen, wenn angesichts spezifischer Umstände davon auszugehen wäre, dass auch bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt einschliesslich der Einholung von kompetenter juristischer Beratung eine entsprechende Qualifizierung nicht hätte vorgenommen werden können.

1454. Vor diesem Hintergrund sind die Einwände der Beschwerdeführerinnen, wonach eine Qualifizierung des in Frage stehenden Verhaltens als wettbewerbswidrig nicht vorhersehbar gewesen sei, nicht stichhaltig.

1455. Insbesondere der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1434), wonach die Vorhersehbarkeit nicht vorliegen könne, wenn ein absolut zentrales Element unterschiedlich sei, auch wenn der exakt betreffende Fall nicht schon einmal entschieden worden sein müsse, ist angesichts der massgeblichen Grundsätze einer zulässigen Rechtsfortbildung unbeachtlich. Denn eine Unterscheidung von „zentralen“ und „nicht zentralen“ Tatbestandsmerkmalen ist weder sachdienlich noch in den einzel-

nen Vorschriften vorgesehen. Vielmehr ist eine Rechtsfortbildung ungeachtet einer derartigen Differenzierung und dementsprechend auch für „zentrale“ Tatbestandsmerkmale selbst dann zulässig, wenn es sich um den ersten Rechtsfall seiner Art handelt (vgl. EGMR, 74613/01, *Jorgic*, Ziff. 109; EGMR, 16.9.2004, 60819/00, *Delbos* gg. Frankreich, zit. *Delbos*, o. Ziff. [S. 12]), soweit das Ergebnis der Entwicklung mit dem Kern der Vorschrift in Einklang steht und vernünftigerweise vorherzusehen war (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; EGMR, 45554/08, *Ashlarba*, Ziff. 34; EGMR, 21906/04, *Kafkaris*, Ziff. 141; EGMR, 74613/01, *Jorgic*, Ziff. 101; EGMR, 7.9.2004, 58753/00, *Eurofinacom* gg. Frankreich, zit. *Eurofinacom*, o. Ziff. [S. 22]; EGMR, 25.9.2001, 34941/97, *Unterguggenberger* gg. Österreich, zit. *Unterguggenberger*, o. Ziff. [S. 13]; EGMR, 22.3.2001, 34044/96, 35532/97 und 44081/98, *Streletz/Kessler/Krenz* gg. Deutschland, Ziff. 50; EGMR, 22.11.1995, 20166/92, *S.W.* gg. Grossbritannien, Ziff. 36).

1456. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1435), eine Vewirklichung der Regelbeispiele des Art. 7 Abs. 2 KG sei nur bei Vorliegen einer reichhaltigen in- und ausländischen Praxis vorhersehbar, ist offensichtlich verfehlt. Spätestens mit dem ersten Entscheid ist die Verwirklichung eines Missbrauchstatbestands durch ein entsprechendes Verhalten unzweifelhaft und ohne Weiteres erkennbar. Im Übrigen ergibt sich ein Widerspruch in der Argumentation der Beschwerdeführerinnen, weil sie andererseits gerade behaupten, dass die Bestimmtheit einer Norm nicht durch ausländische Entscheidungen erschlossen werden könne (vgl. E. 1442).

1457. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1442), wonach ausländische Entscheide in Wettbewerbssachen für die Bestimmtheit der schweizerischen Kartellrechtvorschriften nicht herangezogen werden könnten, sind die Wettbewerbspraxis der Europäischen Union und hierbei jedenfalls die Urteile der Europäischen Instanzgerichte durch schweizerische Unternehmen zu berücksichtigen. Dies ergibt sich wie dargestellt (vgl. E. 512) bereits daraus, dass der Gesetzgeber die Ausgestaltung der materiellen Kartellrechtvorschriften – und hierbei insbesondere Art. 7 KG – ausdrücklich an den Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts ausgerichtet hat, um die auf europäischer Ebene bereits gewonnenen Erkenntnisse über die Beurteilung eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens zur Herstellung von Rechtssicherheit für das schweizerische Recht zu nutzen (vgl. *Botschaft KG 2004*, 2041). Wenn aber Art. 7 KG zur Herstellung von Rechtssicherheit an der entsprechenden EU-Vorschrift ausgerichtet wurde, dann ist es selbstredend notwen-

dig, dass die entsprechende Wettbewerbspraxis, durch welche diese Norm erst umgesetzt wird, berücksichtigt wird, um eine sachgerechte Beurteilung der als missbräuchlich zu qualifizierenden Sachverhaltskonstellationen vornehmen zu können. Für diese allgemeine Anforderung einer Berücksichtigung der EU-Wettbewerbspraxis ist es dabei entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1443) irrelevant, ob im Einzelfall auch abweichende inhaltliche Entscheide durch die Wettbewerbskommission ergehen können oder nicht; denn zum einen besteht im Rahmen der rechtsvergleichenden Anwendung keine zwingende Verpflichtung zur Übernahme (vgl. E. 512) und zum anderen kann eine Ausnahme lediglich für den jeweiligen Einzelfall Bedeutung erlangen. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1437 f.), wonach keine einschlägige Fallpraxis in der Schweiz vorgelegen habe, sind daher unbeachtlich.

1458. In Tat und Wahrheit stützt sich die Behauptung der fehlenden Vorhersehbarkeit einer Wettbewerbswidrigkeit durch die Beschwerdeführerinnen angesichts einer langen Wettbewerbspraxis und der notwendigen Einbeziehung einer Rechtsfortbildung auch nicht auf eine mangelnde Erkennbarkeit der zu erwartenden Einstufung des konkreten wirtschaftlichen Verhaltens, sondern auf einer sachlich nicht berechtigten einschränkenden Interpretation der massgeblichen Vorschriften ab, aus der dann die angeblich mangelnde Erkennbarkeit abgeleitet wird. Denn die Beschwerdeführerinnen unterstellen ein eingeschränktes, weil objektiv nicht gerechtfertigtes Verständnis des massgeblichen Sachverhalts und eine objektiv nicht gerechtfertigte eigene Interpretation der massgeblichen Vorschriften für deren Anwendung.

1459. Wie dargestellt (vgl. E. 976) liegt der Missbrauchsvariante einer Geschäftsverweigerung entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1436) nicht eine in der Botschaft verankerte Absicht des Gesetzgebers zu Grunde, dass die Elemente der Unerlässlichkeit und der Wettbewerbsbeseitigung die notwendige Voraussetzung hierfür bilden würden. Aus einer nachträglich vorgetragenen unzutreffenden Behauptung ergibt sich keine Einschränkung der vorgängigen Vorhersehbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens.

1460. Wie ebenfalls dargestellt (vgl. E. 780, 789 ff.) umfasst die Wettbewerbspraxis zur Geschäftsverweigerung nicht nur Sachverhaltskonstellationen, an denen am jeweiligen Produkt ein Immaterialgüterrecht zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens besteht, sondern



vielmehr ganz unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen auch ohne Bestand eines Immaterialgüterrechts am jeweiligen Produkt. Daher bilden die bei einer Lizenzverweigerung erforderlichen besonderen Tatbestandsmerkmale auch keine zwingende Voraussetzung für die Qualifizierung von anderen Varianten einer Ablehnung von Geschäftsbeziehungen als wettbewerbswidrige Geschäftsverweigerung.

1461. Daraus ergibt sich im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit des Normgehalts von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG augenscheinlich die folgende Ausgangslage für den vorliegenden Sachverhalt: Wenn die Wettbewerbspraxis wie im Fall *Microsoft* selbst bei einem EDV-Produkt, an welchem dem marktbeherrschenden Unternehmen ein Immaterialgüterrecht und damit ein besonderes Ausschliesslichkeitsrecht zusteht, eine Geschäftsverweigerung bejaht hatte, dann war aufgrund eines *a maiore ad minus*-Schlusses umso mehr davon auszugehen, dass die Wettbewerbspraxis eine Geschäftsverweigerung bei EDV-Produkten, an denen kein besonderes Ausschliesslichkeitsrecht in Form eines Immaterialgüterrechts besteht, ebenfalls und ohne Anforderung von besonderen Tatbestandsmerkmalen anerkennt. Demzufolge sind die Verweise der Beschwerdeführerinnen auf das Fehlen von immaterialgüterrechtlichen Sachverhalten (vgl. E. 1439) bzw. umgekehrt auf die bestehenden Fälle einer Lizenzverweigerung und den sich daraus ergebenden Voraussetzungen einer Lizenzverweigerung (vgl. E. 1445), aus denen die angeblich mangelnde Vorhersehbarkeit für den vorliegenden Sachverhalt abgeleitet wird, unbeachtlich.

1462. Die Wettbewerbspraxis zur Geschäftsverweigerung weist wie dargelegt (vgl. E. 1148 ff.) auch Sachverhaltskonstellationen ohne Wettbewerbsbeseitigung auf. Demzufolge bildet eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbs durch die Ablehnung einer Geschäftsbeziehung auch kein zwingendes Tatbestandsmerkmal aller Missbrauchsvarianten einer Geschäftsverweigerung. Dementsprechend stellt die Anerkennung einer blossen Wettbewerbsbeeinträchtigung als Tatbestandsmerkmal einer Interoperabilitätsverweigerung entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1437, 1440) keinen Umstand dar, der bei verständiger objektiver Würdigung nicht vorhersehbar gewesen wäre.

1463. Wie dargestellt (vgl. E. 638 ff., 686 ff., 765 ff.) handelt es sich bei verständiger objektiver Würdigung vorliegend auch nicht, wie von den Beschwerdeführerinnen oft und in irreführender Weise wiederholt wird (vgl. 1438, 1446), um ein Produkt im Entwicklungsstadium, dessen urhe-

berrechtlich geschützter Inhalt noch während der Entwicklungsphase gegenüber den Konkurrenten herauszugeben war. Vielmehr befand sich das Produkt zum einen bereits in der Vermarktungsphase und zum anderen waren auch nicht der allenfalls urheberrechtlich geschützte Inhalt des Produkts, sondern lediglich die notwendigen Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform herauszugeben. Mithin liegt die von den Beschwerdeführerinnen behauptete massgebliche Abweichung zu den bestehenden Fällen einer Geschäftsverweigerung aus der Wettbewerbspraxis gerade nicht vor.

1464. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. 1446), wonach die Verhinderung der Interoperabilität im Gegensatz zu den Fällen *IBM* und *Microsoft* nicht auf ein marktbeherrschendes Produkt ausgerichtet gewesen sei, ist unzutreffend. Wie dargelegt (vgl. E. 638 ff.) richtete sich das Eingehungsverlangen auf die Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe und damit auf das Produkt, bei dem die SIX-Gruppe marktbeherrschend ist.

1465. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1441), wonach die Vorhersehbarkeit einer Koppelung nicht gegeben gewesen sei, weil bei Abschluss des Vertrags nicht die Abnahme einer zusätzlichen Leistung zum Hauptprodukt verlangt worden sei, ignoriert die massgebliche inhaltliche Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Verknüpfung, die es durch die Wettbewerbspraxis erfahren hat. Wie dargelegt (vgl. E. 1328 ff.), erfasst eine Koppelung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. f KG nicht nur vertragliche, sondern auch faktische Koppelungen, wobei angesichts des Urteils in Sachen *Tetra Pak II* bereits bekannt war, dass auch faktische Verknüpfungen von verschiedenen Nebenprodukten ohne direkten Bezug zum Hauptprodukt das Tatbestandsmerkmal erfüllen. Daher war es bei verständiger objektiver Würdigung aufgrund eines a majore ad minus-Schlusses vorhersehbar, dass eine Koppelung von der Wettbewerbspraxis umso eher angenommen werden wird, wenn nicht nur eine enge Verbindung zwischen den Nebenprodukten, sondern darüber hinaus auch ein direkter Bezug zwischen den einzelnen Nebenprodukten und dem Hauptprodukt besteht.

1466. Da die Regelbeispiele der Geschäftsverweigerung und der Koppelung demnach in ausreichender Weise inhaltlich bestimmt sind, ist des Weiteren auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1432), wonach das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG keine ausreichende Bestimmtheit vermittele, weil es keine Rechtssicherheit gewäh-

re, unbeachtlich (vgl. BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 8.2.3, zur Möglichkeit einer Einholung von Rechsauskünften im Rahmen des Meldeverfahrens).

1467. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Art. 7 KG eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit des Tatbestands aufweist und die Qualifizierung des vorliegenden Sachverhalts als wettbewerbswidrig bei einer verständigen objektiven Würdigung für ein Unternehmen vorhersehbar war.

## **b) Bestimmtheit der Rechtsfolge**

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1468. Die Rechtsfolge ist nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht ausreichend bestimmt, weshalb die Höhe der zu erwartenden Sanktion nicht absehbar sei. Der abstrakte Bussgeldrahmen liege gemäss Vorinstanz im vorliegenden Fall zwischen 0 CHF und 343.5 Mio. CHF. Dies stelle eine unglaublich grosse Spanne an möglichen Bussen dar. Dabei sei die Busse durch keine absolute generelle Obergrenze beschränkt. Eine Busse ohne entsprechende Obergrenze verletze den Bestimmtheitsgrundsatz. Es sei auch unklar, aufgrund welcher sachlichen Kriterien die genaue Sanktionshöhe bestimmt werde.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

1469. Die Vorinstanz hält die Sanktionsdrohung unter Hinweis auf die bestehende Rechtsprechung für ausreichend bestimmt, weil sich aus den Regelungen des Kartellgesetzes und der KG-Sanktionsverordnung eine konkrete Sanktionsobergrenze ergebe. Die Vorinstanz habe sich bei der Sanktionsbemessung an die Vorgaben der KG-Sanktionsverordnung gehalten, sodass die Rechtsfolge auch im konkreten Fall vorhersehbar gewesen sei.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

1470. Das Bestimmtheitsgebot erstreckt sich auch auf die Anforderung einer ausreichenden Bestimmtheit der Rechtsfolge einer Vorschrift (vgl. E. 1448).

1471. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots in Bezug auf die Rechtsfolgen besteht zum einen darin, dass die Rechtsunterworfenen erkennen können, welche Auswirkungen ein rechtswidriges Verhalten nach sich zieht. Zum anderen bietet eine ausreichende Bestimmtheit die Gewähr, dass den zuständigen Behörden und Gerichten durch den Gesetzgeber ein Rahmen vorgegeben wird, in dem sich die im Einzelfall verhängten Sanktionen zu bewegen haben, wodurch die prinzipielle Angemessenheit im Verhältnis zu sonstigen Sachverhalten sichergestellt und eine Verhängung von völlig willkürlichen Sanktionen verhindert wird.

1472. Die Sanktionierung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens ergibt sich aus Art. 49a KG sowie den Bestimmungen der Verordnung des Bundesrats über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5), welche der Bundesrat gestützt auf die in Art. 60 KG verankerte Kompetenz zum Erlass von Ausführungsvorschriften erlassen hat. Die Sanktionsvorschriften beruhen demzufolge auf einer ausreichenden formalen Rechtsgrundlage.

1473. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid (BverwG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 619 ff.) ausführlich dargelegt, dass die Bestimmtheit der Rechtsfolgen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. den Regelungen der Sanktionsverordnung in ausreichender Weise gegeben ist. Hieran ist ausdrücklich festzuhalten, wobei auf eine Wiederholung der dort angeführten Darlegungen verzichtet werden kann. Weder das Bundesgericht noch das Bundesverwaltungsgericht hat in den bislang ergangenen Urteilen zu Sanktionsentscheidungen der Vorinstanz festgestellt, dass die Rechtsfolge des Art. 49a KG zu unbestimmt sei (vgl. BGE 139 I 172, *Publigroupe*, E. 12.2 und 12.3 [nicht publ.]; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1; BGer, 2C\_63/2016, *BMW*, E. 6; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.1.3 a.E.; BVGer, B-829/2012, *Granella*, E. 10.1.3c).

1474. Es ist daher festzuhalten, dass die inhaltliche Bestimmtheit der sich aus Art. 49a KG ergebenden Rechtsfolgen für ein Unternehmen in ausreichender Weise gegeben ist. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Rüge wegen einer mangelnden Bestimmtheit der Rechtsfolgen (vgl. E. 1468) ist daher unbegründet.

## 2) Verschulden

### a) Sanktionscharakter des Art. 49a KG

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

1475. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass es sich bei der Sanktion gemäss Art. 49a KG um eine echte Strafe im Sinne des Strafrechts handle. Aufgrund des demzufolge massgeblichen Schuldprinzips dürften keine verschuldensunabhängigen Strafen verhängt werden, wodurch eine schlichte Erfolgshaftung ausgeschlossen sei. Die Sanktionierung verletze Art. 333 Abs. 7 StGB, weil sie trotz Fehlens eines rechtsgenügenden Vorwerfbarkeitsnachweises ausgesprochen worden sei. Die Vorinstanz habe im vorliegenden Fall gegen das strafrechtliche Schuldprinzip verstossen.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

1476. Die Vorinstanz stützt sich auf das Ergebnis ab, das nachfolgend im Rahmen der Würdigung durch das Gericht dargestellt wird.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

1477. Das Schuldprinzip besagt, dass in Strafverfahren ein Beschuldigter nur dann verurteilt werden darf, wenn ein Verschulden und damit eine persönliche Verantwortlichkeit für die Tat gegeben sind (*nulla poena sine culpa*). Es wird nach überwiegender Auffassung aus der Unschuldsvermutung in Art. 31 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet (vgl. TOPHINKE ESTHER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2010, zit. *BSK-StPO*, Art. 10 Rn. 19). Als Ausprägung des Schuldprinzips gilt Art. 12 StGB, wonach nur ein vorsätzliches oder allenfalls ein fahrlässiges Handeln eine Ahndung wegen einer Straftat zulässt. Art. 333 Abs. 7 StGB, auf den sich die Einwände der Beschwerdeführerinnen abstützen, erweitert diese Regelung auf Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, wobei prinzipiell eine fahrlässige neben einer vorsätzlichen Begehung möglich ist.

1478. Im Hinblick auf die Ausgestaltung der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen einschliesslich von Konzerngesellschaften (vgl. E. 1491) erfordern bestimmte Aspekte des Schuldprinzips besondere Beachtung. Straftatbestände dürfen durch den Gesetzgeber grundsätzlich nicht in solch einer Weise ausgestaltet werden, dass dadurch die Notwendigkeit einer Feststellung an persönlicher Verantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen würde. Nicht vereinbar mit dem Schuldprinzip ist es entsprechend den Einwänden der Beschwerdeführerinnen (vgl. auch E. 1482 ff.) daher, (i) eine schlichte Erfolgshaftung zu statuieren, bei der aus dem blossen Eintritt eines Erfolgs auf die Schuld des Betroffenen geschlossen wird (vgl. TOPHINKE, *BSK-StPO*, Art. 10 Rn. 22; a.M. GOLLWITZER WALTER, *Menschenrechte im Strafverfahren*, 2005, Art. 6 Rn. 138), (ii) einen blossen Verdacht als Grundlage für eine Strafbarkeit genügen zu lassen, (iii) im Rahmen eines Tatbestands unwiderlegbare Vermutungen zu Lasten des Betroffenen vorzusehen, oder (iv) eine Haftung für fremde Schuld zu statuieren. Allerdings werden auch gewisse Einschränkungen des Schuldprinzips anerkannt, die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihrer Vorbringen nicht berücksichtigt werden. So wird es als zulässig erachtet, die Strafbarkeit durch abstrakte Gefährungsdelikte vorzulegen (vgl. TOPHINKE, *BSK-StPO*, Art. 10 Rn. 22 m.w.H.). Gesetzliche Rechts- und Tatsachenvermutungen werden anerkannt, wenn sie sich innerhalb vernünftiger Grenzen halten und die Rechte der Verteidigung wahren (vgl. EGMR, 7.10.1988, 10519/83, *Salaikiu gg. Frankreich*, Ziff. 28; EGMR, 25.9.1992, 13191/87, *Pham Hoang gg. Frankreich*, Ziff. 33; kritisch MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 984). Aus diesem Grund sind Beweislastumkehrungen grundsätzlich möglich, wenn sie dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnen, den Gegenbeweis zu erbringen (vgl. EuGH, 21.1.2016, C-74/14, *Eturas UAB u.a. gg. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, EU:C:2016:124:42, Ziff. 38 ff.). Dies gilt insbesondere für Beweislastverschiebungen bei entlastenden Tatsachen (vgl. WASER, *Grundrechte*, 157; WIPRÄCHTIGER HANS/ZIMMERLIN SVEN, *Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts*, in: Niggli/Amstutz [Hrsg.], *Verantwortlichkeit im Unternehmen, zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, 2007, 206, zit. *Verantwortlichkeit*, 228). Bei schwerwiegenden Sanktionen muss dem Betroffenen jedenfalls die Möglichkeit offenstehen, durch geeignete Massnahmen den Nachweis zu erbringen, dass die einem Entscheid zu Grunde liegenden Tatsachen unzutreffend sind (vgl. WASER, *Grundrechte*, 161; WIPRÄCHTIGER/ ZIMMERLIN, *Verantwortlichkeit*, 228).

1479. Das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts der im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Ansichten im Rahmen eines jüngeren Entscheids (BVerG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 ff. m.w.H.) unter Rückgriff auf die grundlegende bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.1, 4.4; BGE 140 II 384, *Spielbanken*, E. 3.3.6) ausführlich aufgezeigt, dass ein Verfahren über ein wettbewerbswidriges Verhalten einerseits ein Verwaltungsverfahren und kein Strafverfahren darstellt und demzufolge bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften grundsätzlich keine Anwendung finden, sondern strafrechtliche Grundsätze nur insoweit zu berücksichtigen sind, als dies aufgrund höherrangigen Rechts im Rahmen einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist. Daher scheidet entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1475) die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf Art. 333 Abs. 7 StGB aus. Andererseits kommt einer Sanktion des Art. 49a KG ein strafrechtsähnlicher Charakter zu, weil sie die für strafrechtliche (Anklage-)Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK vorausgesetzten Kriterien erfüllt. Dies hat eine analoge Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen mit verfassungs- und konventionsrechtlichen Bezügen zur Folge. Dabei können sich angesichts von Anwendungsbereich und Zielsetzung der jeweiligen Tatbestände im Einzelfall inhaltliche Anpassungen der strafrechtlichen Grundsätze auf verwaltungsrechtliche Sachverhalte ergeben, soweit dies sachlich gerechtfertigt ist und die jeweiligen strafrechtlichen Grundsätze nicht vollständig ihres Inhalts beraubt werden. An diesen Feststellungen ist auch unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung ausdrücklich festzuhalten (vgl. BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 6.3, 6.5.3.1; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 5.1), wobei auf eine Wiederholung der entsprechenden Darlegungen verzichtet werden kann.

1480. Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für ein kartellrechtswidriges Verhalten ist demnach eine völlig verschuldensunabhängige Verantwortung des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers ausgeschlossen. Dieser Anforderung wird die bisherige Praxis jedenfalls seit einem Urteil der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Jahr 2002 (REKOWEF, 7.3.2002, RPW 2002/2, 386, Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc. gg. Weko, E. 3.3) mit der Prüfung des subjektiven Verschuldens unter dem Begriff der Vorwerfbarkeit als Voraussetzung der Sanktionierung eines Kartellrechtsverstosses gemäss Art. 49a KG gerecht (vgl. BVerG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 655; vgl. E. 1488). Dem entspricht die heute herrschende Ansicht in der Literatur, die ebenfalls eine subjektive Verantwortlichkeit für die Sanktionierung eines Kartellrechtsverstosses voraussetzt

(vgl. BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 11; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 769; HANGARTNER, *Aspekte*, 251 ff., 274 ff.; KRAUSKOPF PATRICK L., in: Zäch u.a. [Hrsg.], *Kartellgesetz, Kommentar*, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 49a Abs. 1-2 Rn. 26 f.; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, zit. *BSK-KG*, Vor Art. 49a-53 Rn. 105 f.; SPITZ PHILIPPE, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, sic! 2004, 553, zit. *Problemstellungen*, 564 f.; REINERT, *SHK-KG*, Art. 49a Rn. 5; ROTH, *CR-Concurrence*, Rem art. 49a-53 Rn. 39 ff.; TAGMANN CHRISTOPH, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a KG*, 2007, zit. *Sanktionen*, 72; TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 10; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.220).

1481. Da die inhaltlichen Voraussetzungen und Schranken des Schuldprinzips für das Verhalten natürlicher Personen entwickelt wurden und ihre vorbehaltlose Übernahme zur konkreten Ausgestaltung des Schuldprinzips bei einer Anwendung auf juristische Personen, nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften oder einfache Wirtschaftsgemeinschaften angesichts von deren anders gelagerten organisatorischen Strukturen und Handlungsmöglichkeiten ausscheidet, steht demzufolge nur noch in Frage, welche Kriterien und Voraussetzungen des Verschuldens für die unterschiedlichen Fallgestaltungen einer Verwirklichung von kartellrechtlichen Tatbeständen zur Anwendung gelangen (vgl. BVerG, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 658).

## **b) Nachweis des Verschuldens**

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1482. Wegen des von den Beschwerdeführerinnen postulierten strafrechtlichen Charakters der Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ergibt sich nach ihrer Auffassung gemäss Art. 12 Abs. 3 StGB ein subjektiv-individueller und kein objektiver Sorgfaltsmassstab. Daher könne nicht vom Bestehen eines objektiven Tatbestandsmerkmals in Gestalt eines Wettbewerbsverstosses ohne Weiteres auf den subjektiven Tatbestand der Unternehmensmitarbeiter oder auf ein weiteres Organisationsverschulden des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB geschlossen werden. Dies würde zu einer schlichten Erfolgshaftung und damit zu einer verschuldensunabhängigen Strafbarkeit führen, welche schon aufgrund von Art. 333 Abs. 7 StGB ausgeschlossen wäre.



1483. Im Rahmen von Art. 102 StGB könne eine Unternehmensstraftat nur derjenigen Konzerngesellschaft zugerechnet werden, innerhalb der sie tatsächlich begangen worden sei. Demnach sei eine Konzernmuttergesellschaft nur haftbar für jene Straftaten, welche in ihr selbst begangen würden, nicht jedoch für andere, in Konzerntochtergesellschaften begangene Handlungen.

1484. Das bloss Abstellen auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff führe zudem zu einer unzulässigen Gleichsetzung von Mutter- und Tochtergesellschaften in Bezug auf ihre (kartell-)strafrechtliche Verantwortlichkeit. Unter Ausserachtlassung des kartellrechtlichen Individuums und der juristischen Person führe ein solcher Ansatz im Ergebnis zu einer Konzernsippenhaftung, nach der Muttergesellschaften faktisch kausal für das Verhalten sämtlicher Tochtergesellschaften haften würden, unabhängig von einem eigenen (Organisations-)Verschuldensbeitrag. Dadurch werde der eigentliche Zweck des Kartellbussenrechts, die Abschreckung, vollkommen verfehlt. Denn der Einbezug in die originäre Verantwortung ohne eigenes Verschulden bewirke keinerlei zusätzliche Abschreckungswirkung. Eine pauschale Haftungszurechnung würde die Muttergesellschaft ferner dazu verpflichten, jede einzelne ihrer Tochtergesellschaften umfassend zu kontrollieren. Hierdurch würde die Organisationsform des Konzerns die Flexibilität als grössten Vorzug verlieren.

1485. Die Busse sei auch der Beschwerdeführerin 1 vollumfänglich auferlegt worden. Diese sei im Zeitpunkt der vorgeworfenen Verhaltensweise jedoch noch nicht die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerinnen 2 gewesen. Selbst wenn die Existenz der Beschwerdeführerin 1 vorausgesetzt werden würde, hätte sie im damaligen Zeitpunkt mangels Kontrolle über die handelnden Gesellschaften deren angeblich tatbestandsmässiges Verhalten nicht beeinflussen und demzufolge auch nicht verhindern können. Entsprechend könne mit Bezug auf die SIX-Gruppe auch keine Sorgfaltspflichtverletzung der Beschwerdeführerin 1 festgestellt werden. Die Beschwerdeführerin 1 werde demnach strafrechtlich verantwortlich gemacht für ein Vergehen, welches sie im Zeitpunkt der Begehung weder habe kennen noch verhindern können. Die angefochtene Verfügung beinhalte keine Begründung hierfür. Eine Strafbarkeit trotz fehlender Möglichkeit einer Verhinderung sei gleichbedeutend mit reinem Erfolgsstrafrecht und damit nicht verschuldensabhängig. Dies verletze strafrechtliche und verfassungsrechtliche Grundsätze in eklatanter Weise.

1486. Auch im Rahmen einer kartellrechtlichen Haftungsnachfolge stehe die normative Kategorie der Vorwerfbarkeit im Vordergrund. Eine spätere Eingliederung in einen anderen Konzern führe deshalb keineswegs zwangsläufig zur Haftung der anderen Konzernteile. Selbst dann, wenn dem Erwerber bekannt wäre, dass die erworbenen Unternehmen vor ihrem Erwerb an einer Zuwiderhandlung beteiligt gewesen seien, führe dies nicht dazu, dass auch ihm die Zuwiderhandlungen zugerechnet werden könnten. Denn grundsätzlich bleibe ein Unternehmen so lange haftbar, wie es als juristische Person existiere. Bleibe ein Unternehmen, das den Verstoss unmittelbar begangen habe, auch nach einer Umstrukturierung bestehen, so hafte es grundsätzlich auch weiterhin. Behalte ein übernommenes Unternehmen seine rechtliche Selbstständigkeit, so könne die Geldbusse sehr wohl weiterhin gegen das übernommene Unternehmen verhängt werden.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

1487. Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die bisherige Praxis im Wesentlichen geltend, dass für den Nachweis eines Verschuldens dem Unternehmen zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können müsse, was im Ergebnis vorliegend der Fall sei.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

(a) *Ausgangslage*

1488. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung ist die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei einem pflichtwidrigen Fehlverhalten von Mitgliedern der Führungsgremien und Mitarbeitern des Unternehmens gegeben, welches sowohl eine Sorgfaltspflichtverletzung durch ein aktives Handeln oder eine Unterlassung als auch einen Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens umfasst (vgl. zusammenfassend BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 f.; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 12.2.2 [nicht publ.]; BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.1; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2.2; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 14.3.5; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.2.2.1; BVGer, B-2157/2006, *Valet Parking*, E. 4.2.6).

1489. Aus diesem Grund ist für die Begründung der Vorwerfbarkeit das Vorliegen eines Sorgfaltsmangels im Sinne eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens ausreichend. Wird ein solches Organisationsverschulden im Einzelfall nachgewiesen, bedarf es keiner weiteren Abklärungen von Seiten der Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte im Hinblick auf die Verwirklichung des Verschuldens aufgrund eines sonstigen aktiven oder passiven Fehlverhaltens. Gleichfalls bedarf es keiner Abklärungen im Hinblick auf eine vorsätzliche Begehung, soweit die Umstände einer fahrlässigen Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens dargelegt werden. Zudem kann ohne Weiteres eine Zuordnung des konkreten Verhaltens zum jeweiligen Unternehmen vorgenommen werden, ungeachtet dessen, ob es in Bezug zu einem aktiven oder passiven Verhalten oder zu einem Organisationsverschulden gesetzt wird (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 f.).

1490. Diese Feststellung der Vorwerfbarkeit einschliesslich der Zurechnung eines Verhaltens von Mitarbeitern an das massgebliche Kartellrechtssubjekt oder der Bejahung eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens führt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1482) nicht unzulässigerweise zu einer verschuldensunabhängigen Bestrafung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677). Denn hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, denen ein Unternehmen bei seinem wirtschaftlichen Verhalten im Rahmen seiner Teilnahme am Wettbewerb zu genügen hat, sind verschiedene Aspekte zu beachten.

1491. Den gesetzlich oder gesellschaftsintern vorgesehenen Mitgliedern der Führungsgremien von Gesellschaften als juristische Personen einschliesslich von Gruppengesellschaften eines Konzerns kommt im Hinblick auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie etwa Art. 717 Abs. 1 und Art. 812 Abs. 1 OR die Verpflichtung zu, die Geschäftstätigkeit sorgfaltsgemäss auszugestalten und im laufenden Geschäftsbetrieb umzusetzen, was etwa gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 OR die Beachtung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einschliesst (vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rn. 378 ff., 563 ff.; spezifisch zur Oberaufsichtspflicht hinsichtlich der Befolgung von Gesetzen im Konzern vgl. BÖCKLI PETER, Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Baer Charlotte M. [Hrsg.], Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, 37 f., 54 f., 78 f.; BUFF HERBERT, Compliance, 2000, Rn. 132, 137 f.; VOGEL ALEXANDER, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht,

in: Schweizer/Burkert/Gassser [Hrsg.], Festschrift Jean Nicolas Druey, 2002, 607 ff., 618 f.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl. 2005, 63). Den Verantwortlichen eines Unternehmens kommt somit die Verpflichtung zu, einen rechtmässigen Geschäftsbetrieb sicherzustellen. Diese Verpflichtung umfasst auch die Beachtung der Wettbewerbsvorschriften durch die Umsetzung eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.4, 11.2.5 a.E.; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 11 f.; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49a Abs. 1-2 Rn. 27).

1492. Grundsätzlich kann unterstellt werden, dass ein Unternehmen zur Verfolgung seiner geschäftlichen Aktivitäten auf den jeweiligen Positionen innerhalb seines Geschäftsbetriebs nur Mitarbeiter einsetzt, welche aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit, Ausbildung und Erfahrung in der Lage sind, bei Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten jedenfalls diejenige Sorgfalt anzuwenden, die aus objektiver Sicht für eine ordnungsgemässe Bearbeitung und Behandlung der hierbei regelmässig anfallenden Sachverhalte sachlich notwendig ist und angesichts der Umstände des Einzelfalls üblicherweise erwartet werden kann. Dabei hat das Unternehmen durch eine entsprechende Auswahl und Schulung der Mitarbeiter sowie deren Kontrolle sicherzustellen, dass die jeweiligen Anforderungen erfüllt werden. Wenn dies nicht gewährleistet wäre, müsste andernfalls davon ausgegangen werden, dass bereits ein Organisationsmangel auf Seiten des Unternehmens vorläge, weil es Mitarbeiter für Tätigkeiten einsetzen würde, welche den sich daraus ergebenden Anforderungen an ein rechtmässiges Verhalten nicht gewachsen sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.5 a.E.). Soweit einzelne Mitarbeiter die jeweilige Sorgfaltspflicht durch ein aktives Handeln oder ein Unterlassen vorsätzlich oder fahrlässig verletzen, ist zumindest davon auszugehen, dass im Rahmen des Geschäftsbetriebs eine ausreichende Kontrolle dieser Mitarbeiter nicht stattgefunden hat und ebenfalls ein Organisationsmangel vorliegt. Darüber hinaus würde die Verpflichtung zu einem gesetzesmässigen Verhalten in diesen Fällen auch unmittelbar verletzt, weil grundsätzlich unterstellt werden kann, dass ordnungsgemäss eingesetzte und geschulte Mitarbeiter zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen in der Lage sind. Gleiches gilt ohne Weiteres auch für die Mitglieder der Führungsgremien. Die Verpflichtung zur Einhaltung von gesetzlichen Anforder-

rungen einschliesslich der kartellrechtlichen Vorschriften bildet demzufolge den grundlegenden Bezugspunkt der kartellrechtlichen Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens durch ein Unternehmen.

1493. Diese Sorgfaltsanforderung zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften wird bei der Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens regelmässig – wenn auch nicht zwingend – unmittelbar oder mittelbar verletzt worden sein (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.5 a.E.). Soweit keine gegenteiligen Umstände, wie z.B. auf eigene Rechnung arbeitende Mitarbeiter, für die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Untersuchung ersichtlich oder durch das Unternehmen belegt werden, hat das Unternehmen für diese Sorgfaltspflichtverletzung einzustehen, weil das Kartellgesetz keine Zurechenbarkeit gegenüber bestimmten einzelnen natürlichen Personen verlangt, sondern eine solche gegenüber dem Unternehmen als gesetzlich vorgesehenes Kartellrechtssubjekt ausreichen lässt (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3.2). Diese Zuweisung von Verantwortlichkeit im Rahmen einer Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG entspricht auch den Anforderungen des Schuldprinzips, weil entsprechende Beweislastverschiebungen zulässig sind (vgl. E. 1478; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677).

1494. Da ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren ist (vgl. E. 39 ff.), sind Handlungen und Sorgfaltspflichtverletzungen, die innerhalb des Konzern eintreten, ohne Weiteres auch diesem als gesetzlich vorgesehenem massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 678; im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3.4 [nicht publ.]; siehe auch BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.4).

1495. Die regelmässig notwendige Einbeziehung der Konzernobergesellschaft in das Kartellverwaltungsverfahren (vgl. E. 121 ff.) ergibt sich dabei auch aus dem Bezugspunkt, den der Gesetzgeber in Art. 49a Abs. 1 KG für die Sanktionierung vorgegeben hat. Denn die Sanktionierung ist bei einem Konzern am Konzernumsatz auszurichten (vgl. E. 1560). Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt. Wenn sich eine Sanktion am Konzernumsatz ausrichtet, dann muss auch sichergestellt sein, dass das Haftungssubjekt überhaupt in der Lage ist, diese Sanktion zu erfüllen, weil diese ansonsten von vornherein ins Leere laufen würde. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine einzelne Gruppengesellschaft für eine am Konzernumsatz ausgerichtete Sank-

tion aufkommen kann, bedarf es daher eines Einbezugs der Konzernobergesellschaft, weil nur dann sichergestellt ist, dass die Sanktion auch erfüllt wird. Andernfalls würden sich den Unternehmen Umgehungsstrategien eröffnen, aufgrund deren ein wettbewerbswidriges Verhalten faktisch allenfalls gar nicht mehr oder nicht mehr ausreichend sanktioniert werden könnte.

1496. Angesichts dessen stellt auch bei Umstrukturierungen allein das (weitere) Bestehen einer wettbewerbswidrig handelnden Konzerntochtergesellschaft entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1486) keinen Grund dar, die Sanktionierung auf diese Konzerntochtergesellschaft zu beschränken.

1497. Auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1484), wonach der Abschreckungseffekt bei einem Einbezug der Konzernobergesellschaft verloren gehen würde, vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr ergibt sich aus der Einbeziehung der Konzernobergesellschaft genau das Gegenteil. Zudem kann die Zusammenführung von einzelnen juristischen Personen in einem Konzern auch nicht dazu führen, dass in diesem Verbund die wettbewerbswidrigen Aktivitäten delegiert und bei deren späterer Aufdeckung dann lediglich die Konzerntochtergesellschaft in Anspruch genommen werden könnte. Das gesetzliche Konzept des Unternehmens als massgebliches Kartellrechtssubjekt verhindert gerade die Umsetzung von Umgehungsstrategien, die sich andernfalls einstellen würden (zur Umstrukturierung mit Untergang einer wettbewerbswidrig handelnden Konzerntochtergesellschaft während des Beschwerdeverfahrens vgl. BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.5.5).

1498. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Einwände (vgl. E. 1484 f.) beruhen zum einen auf einer rein gesellschaftsrechtlichen Betrachtung unter Anwendung des Trennungsprinzips für einzelne juristische Personen sowie zum anderen auf einer Ausserachtlassung der massgeblichen kartellrechtlichen Subjektsstruktur. Sie verkennen damit die Bedeutung der ausdrücklichen Statuierung eines eigenständigen Rechtssubjekts für das Kartellrecht durch den Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Dieses Kartellrechtssubjekt orientiert sich nicht an vorgegebenen Strukturen des Gesellschafts- oder Personenrechts, sondern geht bewusst über diese hinaus. Das Kartellgesetz weist daher eine eigenständige Subjektstruktur auf (vgl. E. 37). Daher bildet auch der Konzern als Ganzes das massgebliche Kartellrechtssubjekt und nicht einzelne Konzerngesellschaften. Bei einem Konzern besteht daher hinsichtlich der

Verantwortlichkeit weder die Notwendigkeit noch die Möglichkeit, entgegen der ausdrücklichen kartellrechtlichen Subjektstruktur auf einzelne gesellschaftsrechtliche Rechtssubjekte abzustellen. Wie dargelegt (vgl. E. 51), ist eine Differenzierung innerhalb der Konzerngesellschaften unter Aufrechterhaltung des Konzernprivilegs gar nicht möglich. Daher ist es im Rahmen des Kartellrechts auch unerheblich, ob die Zurechnung zur Konzernobergesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen eine „Konzernsippenhaftung“ darstellt.

1499. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsordnung durchaus Durchbrechungen des Trennungsprinzips sowohl bei der Rechtsetzung als auch im Rahmen der Rechtsanwendung anerkannt hat, mit denen jeweils eine Gesamtbetrachtung des Konzerns ermöglicht wird (vgl. KUNZ PETER V., Konzernhaftungen in der Schweiz, *Der Gesellschafter – GesRZ*, 2012/5, 282 ff., zit. *Konzernhaftungen*, 285 m.w.H.). So hat der Gesetzgeber bei der Rechnungslegung mit Art. 963 OR zur Konzernrechnungslegung, der Besteuerung mit Art. 61 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 DBG zur Konzernbesteuerung, der Finanzmarktaufsicht mit den Art. 43 Abs. 3 FINMAG und Art. 18 Abs. 3 NBG zur konsolidierten Aufsicht sowie der Wertpapierverwahrung mit Art. 33 Abs. 3 lit. b WEG zur Qualifizierung von Drittverwahrungsstellen besondere Vorschriften zur einheitlichen Erfassung von Unternehmensgruppen statuiert. Die Rechtsprechung hat unter den Gesichtspunkten der Durchgriffshaftung (vgl. BGE 137 III 553 E. 2.3.1; BGE 130 III 495 E. 4.2.4; BGE 113 II 31 E. 2c), der faktischen bzw. materiellen Organschaft (gestützt auf Art. 754 OR; vgl. BGE 141 III 159 E. 2.3; 128 III 92 E. 3a; BGer, 4A\_306/2009, E. 7.1.1), der Organhaftung (gestützt auf Art. 722 OR; vgl. BGE 124 III 297 E. 5a; BGer, 4A\_306/2009, E. 7.1.2), sowie des Konzernvertrauens (gestützt auf den Grundsatz culpa in contrahendo; vgl. BGE 142 III 84 E. 3.3; BGE 120 II 331 E. 5a) besondere Varianten einer Inanspruchnahme für haftungsrechtliche Forderungen Dritter wegen Verfehlungen einzelner Konzerngesellschaften anerkannt. Wenn aufgrund der tatsächlichen Entwicklung wirtschaftsrechtlicher Strukturen die Notwendigkeit entsteht, für bestimmte Sachverhaltskonstellationen Einschränkungen grundlegender gesellschaftsrechtlicher Grundsätze vorzusehen, so steht dem Gesetzgeber zweifellos auch die Möglichkeit offen, für einen bestimmten Rechtsbereich wie das Kartellrecht die Geltung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips zur sachgerechten Erfassung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens einzuschränken.

1500. An der vorstehenden Einschätzung vermag auch der wiederholte Verweis der Beschwerdeführerinnen auf das Schuldprinzip keine Änderung zu bewirken. Denn auch das Schuldprinzip findet als strafrechtliches Rechtsprinzip in einem Kartellsanktionsverfahren als Verwaltungsverfahren nur beschränkt und unter dem Vorbehalt sachgerechter Anpassungen Anwendung (vgl. E. 1479). Die Statuierung von Gefährdungstatbeständen und die Ausformung von Beweislastverschiebungen bilden zudem zulässige Einschränkungen des Schuldprinzips (vgl. E. 1478). Die Notwendigkeit einer inhaltlichen Anpassung für die vorliegenden Sachfragen ist auch unzweifelhaft gegeben, weil die Ausgestaltung des Schuldprinzips jedenfalls bislang an der Strafbarkeit von natürlichen Personen und gerade nicht an der Vorwerfbarkeit von blossen Rechtsfiktionen in Gestalt von juristischen Personen sowie von komplexen wirtschaftsrechtlichen Strukturen wie Konzernen entwickelt und ausgerichtet wurde. Eine unbesehene Anwendung von einzelnen Aspekten des Schuldprinzips würde daher zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen (vgl. E. 1481).

1501. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1483) ist für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG als verwaltungsrechtlichem Verfahren auch nicht auf Art. 102 StGB zurückzugreifen (vgl. E. 1479; im Ergebnis so auch BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 6.5.3.6), weshalb Einschränkungen von dessen Anwendung bei einem Konzern keine Bedeutung für die kartellrechtliche Beurteilung erlangen.

1502. Die Qualifizierung des Konzerns als massgebliches Kartellrechtssubjekt verlangt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1484 f.) auch bei dessen Umstrukturierung im Laufe eines Kartellverwaltungsverfahrens Beachtung. Dies gilt insbesondere für strukturertehaltende externe Transaktionen, bei denen von einem Fortbestand des ursprünglichen Beherrschungsverhältnisses auszugehen ist (vgl. E. 56 ff., 68).

1503. Massgebend hierfür ist eine sinngemässe Heranziehung des Rechtsprinzips der Universalsukzession, das auch bei der Regelung von Zusammenschlüssen von Gesellschaften durch den Gesetzgeber Anwendung findet (vgl. GELZER THOMAS, in: Vischer [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2012, zit. *ZK-FusG*, Art. 22 Rn. 9 ff.; TSCHÄNI RUDOLF/GABERTHÜEL TINO/ERNI STEPHAN, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, zit. *BSK-FusG*, Art. 21 Rn. 6 ff.). Danach gehen auf eine Gesell-



schaft, welche eine andere Gesellschaft durch eine Absorption übernimmt oder die durch die Verschmelzung von zwei anderen Gesellschaften entsteht, sämtliche Aktiven und Passiven der anderen Gesellschaft bzw. der anderen Gesellschaften mit Wirksamkeit der Absorption bzw. der Verschmelzung gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301) über. Dabei ist es für die Anwendung und die Folgen der Universalsukzession unbeachtlich, ob die übernehmende bzw. neu geschaffene Gesellschaft von den haftungsbegründenden Sachverhalten Kenntnis hatte oder nicht (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, AS 2000, 4337, 4421, welche ausdrücklich auf Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen einer übertragenden Gesellschaft bei einer Fusion verweist; GELZER, *ZK-FusG*, Art. 22 Rn. 10; TSCHÄNI/GABERTHÜEL/ERNI, *BSK-FusG*, Art. 21 Rn. 7). Gleiches gilt grundsätzlich gemäss Art. 73 Abs. 2 FusG auch im Rahmen einer Vermögensübertragung nach Art. 69 FusG, wenn eine Gesellschaft von einer anderen Gesellschaft deren Geschäftsbetrieb übertragen erhält, weil eine allfällige, nicht offengelegte kartellrechtliche Haftung als Sachmangel des Geschäftsbetriebs zu qualifizieren wäre (vgl. CHRIST BENEDICT F., in: Vischer [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2012, zit. *ZK-FusG*, Art. 73 Rn. 27, 47; MALACRIDA RALPH, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, zit. *BSK-FusG*, Art. 73 Rn. 8, 13). Da dieses Rechtsprinzip zu Lasten einer Gesellschaft bereits im Rahmen des Privat- und Gesellschaftsrechts Anwendung findet, bestehen mangels einer gegenteiligen Regelung durch den Gesetzgeber auch keine Gründe gegen eine sinngemässe Heranziehung für den Konzern als massgebliches Kartellrechtssubjekt im Bereich des Kartellrechts. Soweit eine Gesellschaft als Konzernobergesellschaft eine andere Gesellschaft als neue Konzerntochtergesellschaft in den Konzern übernimmt oder aus einem Zusammenschluss von mehreren Gesellschaften als Konzernobergesellschaft hervorgeht, übernimmt sie im Sinne einer Universalsukzession auch die kartellrechtliche Verantwortung für die Folgen, die sich durch ein wettbewerbswidriges Verhalten der übernommenen Konzerntochtergesellschaft oder von in den Zusammenschluss involvierten Konzerntochtergesellschaften bereits eingestellt haben.

1504. Soweit eine Umstrukturierung erst im Laufe eines Beschwerdeverfahrens vorgenommen wird und bereits ein Entscheid der Wettbewerbskommission vorliegt, ergibt sich diese Rechtslage ohnehin bereits aufgrund einer Anwendung der vorgenannten Vorschriften, weil mit Erlass

einer kartellrechtlichen Verfügung eine entsprechende Verpflichtung zu Lasten der jeweils adressierten Konzerngesellschaften statuiert wurde, die im Rahmen der anschliessenden Umstrukturierung unzweifelhaft übergeht bzw. übernommen wird (vgl. BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.5.5).

(b) Sachverhalt

1505. Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sind im vorliegenden Fall die folgenden Aspekte von massgeblicher Bedeutung.

1506. Nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführerinnen wurde die Herausgabe der DCC-Schnittstelleninformationen für die Anbindung der Zahlungskartenterminals an die Akzeptanz-Plattform der Multipay gegenüber den anderen Terminalherstellern zwischen Juli 2005 und Januar 2007 mehrfach verweigert. Dabei war den Verantwortlichen der Multipay bewusst, dass die DCC-Terminals der anderen Terminalhersteller dadurch nicht an die Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe angeschlossen werden konnten. Gleichzeitig wurde gegenüber den Händlern der Abschluss eines DCC-Vertrags aktiv beworben, wobei die Verantwortlichen der Multipay wussten, dass nur die eigenen DCC-Terminals der SIX-Gruppe von den Händlern bei einer Inanspruchnahme der DCC-Leistungen herangezogen werden konnten und deshalb zwischen DCC-Währungsumrechnung, DCC-Terminals und Akzeptanz-Plattform der SIX-Gruppe faktisch eine zwingende Verbindung bestand.

1507. Wie von den Beschwerdeführerinnen selbst vorgetragen (vgl. E. 810), wurden die Entwicklung eines DCC-Produkts und die Abstimmung dieses Produkts mit den DCC-Terminals der Card Solutions in der Absicht herbeigeführt, im Rahmen eines Qualitätswettbewerbs zur Attraktivitätssteigerung der Kartenprodukte von Card Solutions beizutragen, weil die im Kartengeschäft tätigen Gruppengesellschaften der SIX-Gruppe im internationalen Vergleich kleine Marktteilnehmer seien, weshalb sie dementsprechend darauf angewiesen wären, die fehlenden, im begrenzten Schweizer Markt nicht erzielbaren Skaleneffekte durch entsprechenden Qualitätswettbewerb zu kompensieren. Die Beschwerdeführerinnen bestätigen damit, dass die Herbeiführung des wettbewerbswidrigen Zustands zur Erzielung eines Wettbewerbsvorteils zu Gunsten der eigenen Gruppengesellschaften von den Verantwortlichen absichtlich herbeigeführt worden war.

1508. Dieser Zustand war von den Verantwortlichen der Multipay über einen Zeitraum von insgesamt 19 Monaten aufrechterhalten worden. Er wurde erst dann und nur deshalb aufgegeben, als bzw. weil die Wettbewerbskommission ein formelles Kartellverfahren eröffnet hat. Bis dahin war die Herbeiführung und Aufrechterhaltung dieses Zustands gegenüber der Wettbewerbskommission noch ausdrücklich verteidigt worden, wie im Übrigen auch noch bis zum Abschluss dieses Verfahrens.

1509. Da die Beschwerdeführerinnen selbst geltend gemacht haben, dass die Händler mit dem Kauf eines Zahlungskartenterminals bei ihrem bevorzugten Lieferanten nicht zwei Jahre bis zur Implementierung einer bestimmten Funktion zuwarten würden (vgl. E. 967), wurde mit der Verweigerung der Herausgabe der Schnittstelleninformationen sogar angestrebt oder zumindest aber billigend in Kauf genommen, dass der Absatz der eigenen DCC-Terminals gegenüber denjenigen der anderen Terminalhändlern sichergestellt werden kann.

1510. Mithin wurde das wettbewerbswidrige Verhalten sowohl in Bezug auf die Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG als auch die Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG in vorsätzlicher Weise, d.h. bewusst und willentlich, verwirklicht.

1511. Darüber hinaus sind auch weitere Aspekte der Vorwerfbarkeit zu Lasten der SIX-Gruppe zu berücksichtigen.

1512. Angesichts einer langen Praxis der Wettbewerbswidrigkeit einer Geschäftsverweigerung und einer Koppelung ergibt sich die Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. E. 1453), wirtschaftliche Verhaltensweisen, mit denen Geschäftsbeziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern abgelehnt oder im Rahmen einer Geschäftsbeziehung verschiedene Produkte verbunden werden, einer genauen rechtlichen Prüfung im Hinblick auf ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin zu unterziehen. Demzufolge hätte sowohl die Ablehnung einer Herausgabe der Schnittstelleninformationen gegenüber den anderen Terminalherstellern als auch die faktische Verknüpfung von DCC-Währungsumrechnung, DCC-Terminals und Akzeptanz-Plattform gegenüber den Händlern einer eingehenden Prüfung unterzogen werden müssen. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt wäre durch diese Prüfung die Wettbewerbswidrigkeit festzustellen gewesen.

1513. Die Beschwerdeführerinnen haben in Bezug auf die Marktabgrenzung geltend gemacht (vgl. E. 317), dass ein internationaler Markt unter Einschluss des europäischen Auslands vorliege. Gemäss ihrem eigenen Vorbringen wäre demgemäss das EU-Wettbewerbsrecht zu beachten gewesen, weil bei Vorliegen eines europäischen Markts das Verhalten jedenfalls im Bereich des Binnenmarkts dem EU-Wettbewerbsrecht unterworfen gewesen wäre. Demzufolge hatten die Verantwortlichen auch Kenntnis über die Rechtslage unter dem EU-Recht einschliesslich des Vorbehalts zu Gunsten der Wettbewerbsregeln bei einem marktmissbräuchlichen Verhalten in der Software-Richtlinie, der Qualifizierung sowohl von Lizenzverweigerungen als auch anderer Sachverhaltskonstellationen als wettbewerbswidriges Verhalten sowie der Qualifizierung einer faktischen Verbindung von blossen Nebenprodukten als Geschäftsverweigerung durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Tetra Pak II*. Jedenfalls hätte diese Kenntnis bei Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt erlangt werden können und müssen.

1514. Daher läge in jedem Fall eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung von Seiten der Verantwortlichen vor, weil diese tatsächliche oder pflichtwidrig nicht erlangte Kenntnis nicht zu einem Verzicht auf die Ablehnung der Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen der Akzeptanz-Plattform und auf die faktische Verbindung zwischen Akzeptanz-Plattform, DCC-Währungsumrechnung und DCC-Terminals der SIX-Gruppe geführt hat. Auch eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung begründet aber im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens (vgl. E. 1488 f.; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677).

1515. Von den Beschwerdeführerinnen wurden keine besonderen Umstände dargelegt, aufgrund deren es den Verantwortlichen nicht möglich gewesen wäre, entsprechend der notwendigen Sorgfalt, die sich angesichts des Sachverhalts aufgrund der möglichen Einsicht ergab, zu handeln.

1516. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit in jedem Fall gegeben.

### **3) Sanktionsbemessung**

1517. Grundlage der Sanktionierung durch die Vorinstanz mit einem Betrag in Höhe von 7.029 Mio. CHF bildete der Umsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Erlass der angefochtenen Verfügung

in Höhe von {120-[●●●.●]-150} Mio. CHF, den die SIX-Gruppe im Bereich der ep2-Terminals durch den Absatz der entsprechenden Zahlungskartenterminals sowie die Erbringung von Dienstleistungen in Zusammenhang mit den Zahlungskartenterminals („Terminaldienstleistungen“) erzielt hatte, weshalb sich für die Sanktion ein maximaler Basisbetrag in Höhe von {12-[●●.●●]-15} Mio. CHF ergab. Das wettbewerbswidrige Verhalten wurde nach Art und Schwere als mittelschwerer Verstoss qualifiziert und mit einem Betragskoeffizienten von 5% belegt, woraus ein konkreter Basisbetrag in Höhe von {6-[●.●●]-7.5} Mio. CHF resultierte. Aufgrund der zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung von einem Jahr und fünf Monaten wurde der Basisbetrag um 10% und damit um einen Betrag in Höhe von {600'000-[●●●'●●●]-750'000} CHF erhöht. Erschwerende oder mildernde Umstände für eine weitere Anpassung des Basisbetrags wurden von der Vorinstanz nicht identifiziert. Der festgelegte Sanktionsbetrag lag damit unterhalb des von der SIX-Gruppe in der Schweiz getätigten Gesamtumsatzes in Höhe von {3'400-[●'●●●]-3'500} Mio. CHF.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1518. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden diese Sanktionsbemessung aus verschiedenen Gründen.

1519. Zunächst erheben sie den Einwand, dass für die Ermittlung des Basisbetrags von der Vorinstanz auf einen zu weiten wirtschaftlichen Bereich abgestellt worden sei.

1520. Für die Berechnung des Basisbetrags sei einzig der Umsatz von Card Solutions durch den Verkauf von ep2-Terminals relevant, nicht aber auch der Umsatz aus Terminaldienstleistungen. Die Vorinstanz stelle jedoch unzulässigerweise auf den Gesamtumsatz von Card Solutions aus Geschäften in Zusammenhang mit Zahlungskartenterminals ab.

1521. Diese Berechnung verletze den klaren Wortlaut von Art. 3 SVKG, wonach der Basisbetrag anhand des Umsatzes „auf den relevanten Märkten“ zu ermitteln sei. Gemäss den Erläuterungen der Wettbewerbskommission zum SVKG seien damit die Umsätze mit Produkten gemeint, welche „von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden“. Die ep2-Terminals und die Terminaldienstleistungen seien aber offensichtlich nicht untereinander substituierbar.

1522. Die Beschwerdeführerinnen behaupten unter Verweis auf eine bestimmte Formulierung in der angefochtenen Verfügung, dass diese ausschliesslich auf den Umsatz aus dem Verkauf von ep2-Terminals abstelle. Daher könne der Umsatz für Terminaldienstleistungen aus der Position „Wartung, Projekte und Services“ nicht in die Sanktionsbemessung einfließen.

1523. Hinsichtlich der Terminaldienstleistungen bestehe ein eigenständiger Markt mit einer völlig anderen Marktstruktur und anderen Wettbewerbsverhältnissen als im Markt für ep2-Terminals. Die Wettbewerbsbehörden hätten jedoch hierzu keine notwendigen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen.

1524. Die Wartung der Zahlungskartenterminals würde auch nicht nur durch die Terminalverkäufer selbst, sondern in erheblichem Ausmass durch Drittunternehmen erbracht. Diese Drittunternehmen seien auf diese Dienstleistungen spezialisiert und würden über entsprechende Infrastrukturen und das erforderliche Know-how verfügen. Dies sei auch im Rahmen der Anhörung bestätigt worden, wonach diverse Kunden der Card Solutions ihre Anlagen durch Drittunternehmen warten lassen würden. Diese Dienstleistungen könnten von der SIX-Gruppe nicht konkurrenzfähig erbracht werden. Der Umstand, dass die Wartung in erheblichem Ausmass durch Drittunternehmen erfolge, sei nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden von Relevanz bei der Beurteilung, ob ein Systemmarkt vorliege.

1525. Auch die hilfsweise angeführte Begründung der angefochtenen Verfügung, wonach es sich bei den Terminaldienstleistungen zumindest um einen nachgelagerten Systemmarkt handeln würde, weshalb Umsätze auf diesem Markt mit einzubeziehen wären, sei sachlich nicht begründet. Die Ausführungen der Vorinstanz würden vielmehr zeigen, dass es sich vorliegend gerade nicht um einen Systemmarkt handeln könne.

1526. Ein Systemmarkt wäre nämlich nur dann anzunehmen, wenn der Verkauf eines Zahlungskartenterminals ausnahmslos und kausal Umsätze aus Wartungsdienstleistungen bei Card Solutions verursacht hätte. Dies könne vorliegend aber ausgeschlossen werden.

1527. Beim Kauf eines Zahlungskartenterminals sei nur von einem vernachlässigbar kleinen Anteil der Kunden ein Wartungsvertrag abgeschlossen worden (2007: ca. {20- $\bullet\bullet$ }-30}%; 2008: ca. {10- $\bullet\bullet$ }-20}%;

2009: ca. {10-[●●]-20}%). Diese geringen Quoten der Abschlüsse von Terminalverkäufen und Wartungsverträgen im gleichen Zeitpunkt würden darauf hinweisen, dass die Umsätze mit Wartungsverträgen nicht ohne Weiteres den Umsätzen aus dem Verkauf von ep2-Terminals zugerechnet werden könnten. Ganz offensichtlich habe eine erhebliche Mehrheit der Kunden keinen Bedarf an Wartungsdienstleistungen beim Kauf eines Zahlungskartenterminals.

1528. In diesem Zusammenhang seien auch die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, wonach die seit September 2010 in Kraft getretenen Verträge der Card Solutions gewisse Optionen des Kunden für Servicepakete vorsehen würden, nicht relevant, weil sie mangels Bestehens im vorliegend relevanten Zeitraum keine Bedeutung erlangen könnten. Entscheidungsrelevant wären einzig die Vertragsbedingungen, die im relevanten Zeitraum zur Anwendung gelangt seien. Die Folgerung der Vorinstanz, dass aufgrund dieser Dokumente ein Systemmarkt anzunehmen wäre, sei demnach unzulässig.

1529. Würde es sich bei der Wartung nach dem Kauf um einen Systemmarkt handeln, würden der SIX-Gruppe diese Folgegeschäfte automatisch zufallen. Dann würde kein Bedarf bestehen, den Bezug dieser Leistungen zusätzlich in den AGB festzuschreiben. Würde der Bezug daher umgekehrt festgeschrieben, so sei dies ein Indiz, welches gegen die Annahme der Vorinstanz sprechen würde.

1530. Die Vorinstanz habe auch nicht nachgewiesen, dass in diesem nachgelagerten Markt eine Behinderung vorgelegen habe. Insbesondere sei nur ein einziger Konkurrent mit klaren Verkaufseinbussen betroffen gewesen und nicht, wie von der Vorinstanz behauptet, alle Konkurrenten, weil diese ihre Marktstellung zumindest annähernd hätten halten können. Die behauptete Schwere der Wettbewerbsbeschränkung stehe daher nicht in Einklang mit den tatsächlichen Feststellungen, weshalb die Sanktion angepasst werden müsse.

1531. Demzufolge seien die Umsätze der Terminaldienstleistungen überhaupt nicht zu berücksichtigen. Vielmehr seien gegenüber der Sanktionsberechnung in der angefochtenen Verfügung die Umsätze mit Terminaldienstleistungen in Abzug zu bringen. Aus dem Verkauf von ep2-Terminals ergäbe sich nur ein Umsatz in Höhe von {60-[●●●]-70} Mio. CHF (2007: {●●●} Mio. CHF; 2008: {●●●} Mio. CHF; 2009: {●●●} Mio. CHF), der um annähernd die Hälfte geringer ausfiele als von der Vor-

instanz angesetzt. Bei der von der Vorinstanz angesetzten Quote von 5% für Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses wäre demzufolge von einem Basisbetrag in Höhe von {3-[●.●]-3.5} Mio. CHF auszugehen, woraus unter Berücksichtigung der Verstossdauer ein maximaler Sanktionsbetrag in Höhe von {3.3-[●.●●]-3.85} Mio. CHF resultieren würde.

1532. Eventualiter habe das Gericht als Beschwerdeinstanz die notwendigen Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen, um festzustellen, ob effektiv ein Systemmarkt vorliege, welche Wettbewerbsverhältnisse dort herrschten, ob alle Wartungsleistungen durch den Terminalverkäufer erbracht würden, ob überhaupt eine Behinderung eingetreten sei und in welchem Umfang Wartungsdienstleistungen durch die SIX-Gruppe tatsächlich erbracht worden seien. Die Vorinstanz habe diese Gesichtspunkte nicht weiter abgeklärt, weshalb sie bereits ihre Untersuchungspflicht verletzt habe.

1533. Selbst wenn der Umsatz mit Terminaldienstleistungen für die Festlegung des Basisbetrags entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen wäre, müsste eine Korrektur des von der Vorinstanz angesetzten Betrags vorgenommen werden. Die im Verfahren unter der Position „Wartung, Projekte und Services“ aufgeführten und abgehandelten Umsätze der SIX-Gruppe würden nicht nur den Umsatz mit Terminaldienstleistungen, sondern auch sonstige Umsätze erfassen, welche in keinerlei Zusammenhang zum Verkauf und der Wartung von ep2-Terminals stünden. Dabei handle es sich z.B. um Umsätze in Zusammenhang mit der Erarbeitung von Projekten und Dienstleistungen ausserhalb der Wartung, e-Commerce-Dienstleistungen, Transaktionserträge, Miete, Analysetools etc. Vielmehr könnten nur die Umsätze, die mit Wartungsverträgen, Hotline Telefonsupport, Service/Reparaturen etc. generiert worden seien, als Terminaldienstleistungen Berücksichtigung finden.

1534. Im Hinblick auf die Feststellung der Vorinstanz, wonach ungeachtet des Abschlusses eines Wartungsvertrags dennoch gewisse zusätzliche Umsätze in Zusammenhang mit der Inbetriebnahme der Zahlungskartenterminals zu Gunsten der SIX-Gruppe angefallen seien, machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass es sich hierbei um wesentlich geringfügigere Beträge im Umfang von {20-[●●] CHF bis [●●●]-300 CHF} pro Zahlungskartenterminal handle, die nicht den behaupteten relevanten Umsatz erreichen würden.



1535. Die Berücksichtigung der Umsätze mit Wartung „im Anschluss an den Kauf“ würde zu einem Umsatz in Höhe von {90-[●●.●●]-100} Mio. CHF (2007: {●●.●●} Mio. CHF; 2008: {●●.●●} Mio. CHF; 2009: {●●.●●} Mio. CHF) führen, der nur rund 2/3 des von der Vorinstanz angesetzten Umsatzes betragen würde. Dies führe zu einem Basisbetrag in Höhe von {4.5-[●.●]-5} Mio. CHF. Entsprechend dürfte maximal eine Busse in Höhe von ca. {4.95-[●.●]-5.5} Mio. CHF ausgesprochen werden.

1536. Da die Beschwerdeführerin 1 erst nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens als Konzernobergesellschaft eingesetzt worden sei, könne der gesamte Konzernumsatz der neu gebildeten SIX-Gruppe ohnehin nicht zur Festlegung der Sanktion herangezogen werden.

1537. Die Beschwerdeführerinnen wenden zudem ein, dass die Qualifizierung des Wettbewerbsverstosses in der angefochtenen Verfügung als mittelschwer falsch sei, weil praktisch weder eine Marktauswirkung vorhanden gewesen noch der Wettbewerb beschränkt worden sei und auch das Verhalten der Anzeigerstatterin nach Offenlegung der Schnittstellen auf eine fehlende Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen habe schliessen lassen.

1538. Darüber hinaus erheben die Beschwerdeführerinnen den Einwand, dass der Zuschlag in Höhe von 10% für die Dauer des Wettbewerbsverstosses ungerechtfertigt sei, weil eine Offenlegung in jedem Fall erst nach der definitiven Zertifizierung der DCC-Terminals angebracht gewesen sei. Eine allfällige unzulässige Verhaltensweise habe demzufolge weniger als ein Jahr gedauert.

1539. Überdies sind die Beschwerdeführerinnen der Ansicht, dass es sich bei der ausgesprochenen Sanktion um eine völlig unverhältnismässige und damit willkürliche Massnahme handle.

1540. Das Kartellgesetz statuiere in Art. 49a Abs. 1 KG, dass der Gewinn bei der Festlegung der Sanktion angemessen zu berücksichtigen sei. Diese Vorgabe gelte auch im Falle eines sehr geringen Gewinns, weshalb sich dadurch eine Reduktion der Sanktion ergäbe. Eine solche Reduktion sei auch bei Behinderungsmisbräuchen vorzunehmen, weil das Gesetz nicht nach bestimmten Arten von Wettbewerbsbeschränkungen unterscheide. Die ausdrückliche Nichtberücksichtigung der Gewinnhöhe im Rahmen der Sanktionsberechnung durch die Vorinstanz sei demnach ge-

setzeswidrig und angesichts des Rangs des Verhältnismässigkeitsprinzips auch verfassungswidrig.

1541. Die Vorinstanz hätte bei Durchführung der entsprechenden Abklärungen feststellen können, dass der Ertrag der SIX-Gruppe aus dem Verkauf von ep2-Terminals während des als relevant erachteten Zeitraums sehr gering gewesen sei. Nach Abzug der Serviceleistungen habe sich das Unternehmensergebnis aus dem Verkauf der ep2-Terminals für diese Zeitperiode auf ca. {1-[•••]-2} Mio. CHF belaufen. Der festgelegte Sanktionsbetrag überschreite das Ergebnis für den Verkauf aller ep2-Terminals um mehr als 500%. Von Card Solutions seien im relevanten Zeitraum maximal {1'700-[•••]-1'800} DCC-Terminals in Zusammenhang mit dem Abschluss und der Aufschaltung der DCC-Dienstleistung verkauft worden. Ausgehend von der Gesamtzahl der verkauften ep2-Terminals gemäss der angefochtenen Verfügung in Höhe von [20'000-[••'•••]-25'000] Stück belaufe sich der Gewinn auf lediglich {100'000-[•••'•••]-200'000} CHF. Der festgelegte Sanktionsbetrag übersteige das Ergebnis für den mit dem behaupteten Verstoss zusammenhängenden Gewinn um nahezu 6'800%. Selbst bei Ansetzung der von der angefochtenen Verfügung angenommenen Anzahl von {10'000-[••'•••]-12'000} Zahlungskartenterminals, bei denen eine Behinderung behauptet werde, könne ein Gewinn von lediglich ca. {600'000-[•••'•••]-700'000} CHF zugemessen werden. Der festgelegte Sanktionsbetrag würde den mit dem behaupteten Verstoss zusammenhängenden Gewinn immer noch um mehr als 1000% übersteigen.

1542. Sanktionsbeträge, welche den behaupteten Gewinn 10-fach oder sogar 68-fach abschöpfen würden, seien willkürlich sowie gesetzes- und verfassungswidrig.

1543. Die Begründung der Vorinstanz für eine derartige Gewinnabschöpfung mit dem alleinigen Hinweis auf die präventive Wirkung sei im Übrigen rechtswidrig, weil der Aspekt einer präventiven Wirkung im Gegensatz zum Aspekt einer Berücksichtigung des Gewinns in Art. 49a Abs. 1 KG nicht ausdrücklich genannt werde.

1544. Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen für den Fall, dass das Gericht nicht alle, sondern nur einzelne der von der Vorinstanz angeführten gesetzlichen Tatbestände als erfüllt qualifiziere, geltend, dass dies bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sei. Denn eine Reduktion im Umfang des vorgeworfenen missbräuchlichen Verhaltens auf weni-

ger Tatbestände führe zu einer geringfügigeren Schwere der vorgeworfenen Verhaltensweise und somit zu einer Reduktion der Sanktion. Dies gelte insbesondere vorliegend, weil die Vorinstanz bei der Festlegung des Koeffizienten für den Basisbetrag mit 5% die Verwirklichung der verschiedenen Tatbestände sanktionserhöhend berücksichtigt habe.

1545. Gleiches wird von den Beschwerdeführerinnen in entsprechender Weise auch für eine anders gelagerte Marktdefinition geltend gemacht.

## (2) *Vorbringen der Vorinstanz*

1546. Demgegenüber macht die Vorinstanz zunächst geltend, dass sie einen Markt für ep2-zertifizierte Zahlungskartenterminals abgegrenzt habe. Dieser umfasse sowohl den Absatz von ep2-Terminals als auch die Erbringung von Terminaldienstleistungen. Eine Einschränkung auf den blossen Verkauf solcher Zahlungskartenterminals finde sich in der angefochtenen Verfügung nicht.

1547. Selbst wenn von einem eigenständigen Sekundärmarkt auszugehen wäre, d.h. einem Markt für komplementäre Produkte oder Dienstleistungen, welche im Anschluss an den Kauf eines Primärprodukts nachgefragt werden, sei daraus nicht zu folgern, dass die entsprechenden Umsätze bei der Sanktionierung nicht zu berücksichtigen seien. Da grundsätzlich jeder Terminalhersteller diese Dienstleistungen für seine eigenen Zahlungskartenterminals erbringe, würden ihm mit jedem Zahlungskartenterminal, welches von einem anderen Terminalanbieter verkauft werde, Umsätze aus den mit diesem Zahlungskartenterminal verbundenen Dienstleistungen verloren gehen. Daher habe eine Behinderung beim Terminalverkauf auch eine Behinderung auf dem Sekundärmarkt zur Folge.

1548. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung seien die sekundären Dienstleistungen ausdrücklich in „Servicepakete für Zahlungskartenterminals“ integriert gewesen. Es habe dabei eine Pflicht für den Käufer eines Zahlungskartenterminals bestanden, auch die Servicepakete der Card Solutions zu beziehen. Die Pakete für die Inbetriebnahme des Zahlungskartenterminals seien sogar Bestandteil des eigentlichen Kaufvertrags gewesen. Demgegenüber hätten die Terminalkaufverträge in der massgeblichen Periode in den Jahren 2005 und 2006 zwar noch keine obligatorischen Servicepakete vorgesehen. Ungeachtet dessen hätten gewisse Services auch dannzumal nur durch den Terminalher-

steller erbracht werden können. Es handle sich beispielsweise um die Umsätze, welche mit der Inbetriebnahme des Zahlungskartenterminals verbunden oder durch die Inanspruchnahme der Hotline-Dienste angefallen seien. Diese Services seien auch schon zu diesem Zeitpunkt direkt in den Terminalkaufvertrag eingebunden gewesen. Folglich seien die dazugehörigen Umsätze bei der Berechnung einzubeziehen.

1549. Des Weiteren seien Umsätze mit Wartungsdienstleistungen auch dann angefallen, wenn kein Wartungsvertrag abgeschlossen gewesen sei. Deshalb sei es unerheblich, ob nur eine Minderheit der Kunden bei Erwerb des Zahlungskartenterminals einen Wartungsvertrag abgeschlossen habe.

1550. Dass die Wartungsdienstleistungen auch durch unabhängige Dritte erbracht würden, wie es die Beschwerdeführerinnen geltend machen, sei in den entsprechenden Anhörungen nicht bestätigt worden. Vielmehr hätten diese aufgezeigt, dass grundsätzlich jeder Terminallieferant diese Dienstleistungen nur für seine Zahlungskartenterminals erbringe. So habe auch die SIX-Gruppe keine Umsätze mit Dienstleistungen für andere Zahlungskartenterminals erwirtschaftet.

1551. Des Weiteren sei festgestellt worden, dass die durch die Beschwerdeführerinnen genannten Drittfirmen als angebliche Konkurrenten nur in der Lage seien, ein nicht mehr funktionsfähiges Zahlungskartenterminal durch ein anderes Zahlungskartenterminal zu ersetzen. Folglich sei es nicht gerechtfertigt, aufgrund dieser singulären logistischen Dienstleistung einen eigenständigen Sekundärmarkt abzugrenzen.

1552. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss sei als mittelschwer zu qualifizieren. Es sei ein Musterfall von „Leverage“, indem die marktbeherrschende Stellung auf dem Akzeptanz-Markt dazu benutzt worden sei, den ep2-Terminals einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber den Konkurrenzprodukten der anderen Terminalhersteller zu verschaffen. Von der Behinderung seien zudem alle Konkurrenten und nicht nur ein einziger Konkurrent betroffen gewesen. Dabei habe es sich um einen bewussten und strategischen Entscheid der SIX-Gruppe gehandelt. Schliesslich sei die Behinderung in einer besonders wichtigen Marktphase erfolgt, sodass sie ganz erhebliche Folgen für die Konkurrenten gezeitigt und die Marktentwicklung massgeblich beeinflusst habe. Gleichzeitig seien auch die Wahlfreiheit der Händler eingeschränkt und die technische Entwicklung auf dem Terminalmarkt gebremst worden. Eine Sanktion im

unteren Drittel der Bandbreite von 0–10% sei damit ausgeschlossen. Jedoch habe die Verhaltensweise von Multipay nicht dazu geführt, dass die Zahlungskartenterminals von Konkurrenten für Händler generell ausgeschlossen gewesen seien. Denn ein gewisser Restwettbewerb bezüglich der Händler, welche nicht an der DCC-Funktion interessiert gewesen seien, sei bestehen geblieben. Eine Ansiedlung der Sanktion im oberen Drittel der Bandbreite von 0–10% sei daher nicht angezeigt gewesen. Folglich sei der Basisbetrag in der Mitte des mittleren Drittels auf 5% des kumulierten Umsatzes der letzten drei Jahre auf dem relevanten Markt festgesetzt worden.

1553. Erschwerende und mildernde Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG seien vorliegend nicht zu berücksichtigen gewesen.

1554. Bei der Bemessung der Sanktion sei weder bei der Bestimmung des Basisbetrags noch bei den erschwerenden Umständen sanktionserhöhend berücksichtigt worden, dass das Verhalten vier Tatbestände erfülle. Denn die Beschwerdeführerinnen hätten durch dieselbe und nicht durch mehrere Verhaltensweisen mehrere Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

1555. Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49a KG ist unter Berücksichtigung der Regelungen der Art. 2 bis 7 SVKG vorzunehmen, die vom Bundesrat als Durchführungsbestimmungen gemäss Art. 60 KG erlassen wurden.

#### (a) Allgemeines

1556. Art. 49a KG sieht nicht vor, dass die Ausfällung von Sanktionen im (Entschliessungs-)Ermessen der Wettbewerbsinstanzen steht (vgl. BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.2; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.4.1; BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 17; DAVID/JAKOBS, *WBR*, Rn. 765; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49a Abs. 1-2 Rn. 29; TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 16 f.; TAGMANN, *Sanktionen*, 161, 171 ff., 180 ff.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.209). Gemäss dieser Bestimmung haben die Wettbewerbsinstanzen vielmehr Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht wurden. Dies gilt in gleicher Weise für die Be-

rücksichtigung von Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründen. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen eine Erhöhung oder eine Herabsetzung der Sanktion vorzunehmen. Den Wettbewerbsinstanzen kommt aber ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe zu (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 17; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 61; ROTH/BOVET, *CR-Concurrence*, Art. 49a Rn. 17; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.231). Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Gleichheitsgrundsatz eingeschränkt (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 15; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 61; ROTH/BOVET, *CR-Concurrence*, Art. 49a Rn. 15, 28 ff.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.231). Art. 2 Abs. 2 SVKG sieht denn auch ausdrücklich vor, dass bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist.

1557. Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 f. SVKG stellen dabei bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn ein Entscheid keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 710).

(b) Grundlage für die Ermittlung des Umsatzes

1558. Weder Art. 49a Abs. 1 KG – mit Ausnahme des Hinweises auf den Umsatz bei Banken und Versicherungen – noch Art. 3 SVKG sehen spezifische Regelungen für die konkrete Ermittlung des Umsatzes im Einzelfall einschliesslich von Konzernsachverhalten vor. Dies gilt sowohl für den Basisumsatz gemäss Art. 3 SVKG als auch für den Maximalumsatz gemäss Art. 7 SVKG.

1559. Für Unternehmenszusammenschlüsse statuieren die Art. 4 und 5 VKU einige grundlegende Bestimmungen zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes. Grundsätzlich können diese Bestimmungen sinngemäss herangezogen werden, soweit ihr Regelungsgehalt sachlich auch auf den jeweiligen Missbrauchstatbestand gemäss Art. 7 KG angewendet werden kann (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 12.3.2, jedoch ohne nähere Darlegung; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 720; TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 45; ROTH/BOVET, *CR-Concurrence*, Art. 49 Rn. 26; MAMANE DAVID, Neue EG-Leitlinien zur Festsetzung von Geldbussen bei Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 17.7.2006, Rn. 10). Ansonsten ist der massgebliche Umsatz unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.

1560. Bei Konzernsachverhalten ist auch unter Berücksichtigung der Regelung in Art. 5 VKU auf den Gesamtumsatz der Unternehmensgruppe und nicht auf den Umsatz einzelner Gruppenunternehmen abzustellen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 721; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/VON BÜREN/ZIMMERLI, in: David/von Büren [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2 – Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2011, zit. *SIWR-Rechtsschutz*, Rn. 1328; DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 775; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 38; ROTH/BOVET, *CR-Concurrence*, Art. 49a Rn. 26; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 46; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.232; a.A. BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 15; REINERT, *SHK-KG*, Art. 49a Rn. 12), weil der Konzern, und nicht nur eine einzelne Gruppengesellschaft, als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und damit als Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren ist (vgl. E. 37). Dies ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Wirtschaftskraft des Konzerns gerade für die Umsetzung eines missbräuchlichen Verhaltens von entscheidender Bedeutung sein kann, auch unter sachlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 721). Die Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen bzw. deren Abzug ist dabei von der Struktur der jeweiligen Missbrauchsform abhängig (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 725).

1561. Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Maximalumsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind (vgl. BGE 127 II 225 E. 4a). Bei Konzernsachverhalten ergibt sich der massgebliche Maximalumsatz grundsätzlich aus der Konzernrechnung. Dies gilt auch für die Feststellung des Basisumsatzes, soweit entspre-

chende Positionen in der Jahres- bzw. Konzernrechnung vorhanden sind. Ansonsten ist auf entsprechende Positionen in der Buchhaltung sowie auf besondere Abrechnungen abzustellen.

1562. Diese Grundsätze finden auch bei Umstrukturierungen regelmässig Anwendung. Dies gilt jedenfalls für externe strukturhaltende Transaktionen wie im vorliegenden Fall (vgl. E. 62, 68).

1563. Bei der Feststellung des Basisumsatzes ergibt sich bei derartigen Umstrukturierungen nur dann eine Abweichung, wenn durch die Umstrukturierung Gruppengesellschaften in den Konzern eingebunden würden, die bereits vor der Transaktion auf den relevanten Märkten tätig waren und deren bisherige Umsätze daher ebenfalls im Rahmen des Basisumsatzes zu berücksichtigen sind. Denn die Berücksichtigung dieser zusätzlichen Umsätze ist sachgerecht, weil die Folgewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung letztlich der Marktbearbeitung aller Konzerngesellschaften zu Gute kommt.

1564. Im Hinblick auf den Maximalumsatz ist die erhöhte Wirtschaftskraft des Konzerns, die sich bei derartigen Umstrukturierungen ergibt, bei der Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG entsprechend dessen Zweck, eine Abschreckung und eine Abschöpfung der Kartellrendite sicherzustellen (vgl. E. 1605), zu berücksichtigen. Andernfalls käme der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens angesichts des Verhältnisses von Wirtschaftskraft und Sanktionsbetrag nicht mehr die gleiche Bedeutung zu. Diesen Umstand könnten Unternehmen im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen ansonsten sogar zur Umsetzung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nutzen.

1565. Im Übrigen ist es notorisch, dass Verträge über Unternehmenszusammenschlüsse bei sachgerechter Ausgestaltung kaufpreisrelevante Klauseln zur Berücksichtigung von allfällig nachträglich auftretenden Sanktionen wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens aufweisen. Es handelt sich demzufolge für die jeweilige weiterbestehende oder neue Konzernobergesellschaft eines Unternehmenszusammenschlusses nicht um ein völlig unbekanntes und unerwartet auftretendes Problem. Vielmehr werden durch die entsprechenden Klauseln für den Einzelfall sogar individuelle Lösungen zwischen den beteiligten Parteien vorgesehen.

1566. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1536) ist daher bei der Bestimmung des Maximalumsatzes unter Berücksichtigung



des hierfür heranzuziehenden Zeitraums (vgl. E. 1583 ff.) auf den Konzernumsatz der SIX-Gruppe und nicht auf den konsolidierten Umsatz der Telekurs Holding AG abzustellen. Die Erhöhung des Maximalumsatzes führt aber nicht zu einer Verschlechterung, weil die von der Vorinstanz festgelegte Sanktion nicht einmal den höchst möglichen Wert des Basisumsatzes erreicht. Zudem wird auch der Basisumsatz dadurch nicht erhöht, weil keine der neuen Gruppengesellschaften vorgängig auf den gemäss Art. 3 SVKG relevanten Märkten tätig war.

(c) Massgeblicher Basisumsatz

1567. Der Basisbetrag ist gemäss Art. 3 SVKG anhand des Umsatzes, den das Unternehmen auf den relevanten Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren erzielt hat, festzulegen. Die Feststellung des Basisumsatzes weist dabei eine sachliche und eine zeitliche Komponente auf. Dieser Basisumsatz bildet somit den Ausgangspunkt für die Festlegung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG.

1568. Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG sehen keine gesonderte Regelung zur Bestimmung der relevanten Märkte als sachliche Komponente der Bemessung einer Sanktionierung vor. Für die Sanktionierung eines Marktmissbrauchs sind diejenigen Märkte relevant, auf die das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise einwirkt (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 723).

1569. Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche „relevante Markt“ dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt (vgl. E. 229 ff.), weil das wettbewerbswidrige Verhalten nur auf diesen Markt einwirkt. Für die Sanktionsbemessung bedarf es daher regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Markts.

1570. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Einzelfall darüber hinaus auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 723). Massgebend für die Sanktionsbemessung ist daher nicht nur der Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Vielmehr sind auch Sekundärmärkte als vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige (Tertiär-)Märkte in die Sanktionsbemessung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere

Märkte erstrecken. Ansonsten könnte eine sich auf verschiedenen Märkten einstellende Kartellrendite gar nicht abgeschöpft werden.

1571. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1525 ff.) sind daher auch Sekundärmärkte und nicht nur der durch das Unternehmen beherrschte Markt für die Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

1572. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1521) ergibt sich hierzu auch keine andere Einschätzung aufgrund der Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Sanktionsverordnung, in deren Rahmen eine Verbindung zum sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt vorgenommen wird. Diesen Erläuterungen kommt zum einen keine Bindungswirkung gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz zu. Zum anderen würde eine entsprechende inhaltliche Einschränkung bereits dem Wortlaut und dem Regelungszweck von Art. 49a Abs. 1 KG, der sich im Wortlaut von Art. 3 SVKG widerspiegelt, widersprechen.

1573. Aus der Formulierung in Art. 3 SVKG, die sprachlich nicht auf einen sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, sondern auf die relevanten Märkte abstellt, ergibt sich bereits, dass damit nicht allein der einzelne Markt adressiert wird, auf dem das Unternehmen seine beherrschende Stellung innehat. Denn eine funktionelle Austauschbarkeit in Bezug auf einen massgeblichen sachlich, räumlich und zeitlich „relevanten Markt“ ist immer nur hinsichtlich eines einzigen bestimmten Markts gegeben und kann nicht in Bezug auf mehrere Märkte festgestellt werden (vgl. E. 229 f., 256 f.). Der Begriff „relevante Märkte“ ist vielmehr auf eine Erfassung aller derjenigen Märkte ausgerichtet, auf denen sich eine nachteilige Einwirkung des wettbewerbswidrigen Verhaltens feststellen lässt. Dabei kann es sich sowohl um den Markt, auf dem das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung innehat, als auch weitere Sekundär- oder Tertiärmärkte handeln, die in das konkrete wirtschaftliche Verhalten eingebunden sind. Dies entspricht dem gesetzgeberischen Regelungszweck von Art. 49a Abs. 1 KG, nach dem mit einer Sanktionierung eine möglichst vollständige Erfassung der für das Unternehmen infolge des wettbewerbswidrigen Verhaltens anfallenden Vorteile erreicht werden soll (vgl. E. 1605). Eine systematische Betrachtung führt zu keinem anderen Ergebnis, weil Art. 49a Abs. 1 KG als massgebliche Sanktionsvorschrift noch nicht einmal auf den Begriff „Markt“ abstellt.

1574. Demzufolge bedarf es auch keiner weiteren rechtlichen Qualifizierung eines Sekundärmarkts. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1525 ff.) kommt dem Umstand, ob es sich hierbei um einen besonderen Systemmarkt oder um einen sonstigen nachgeordneten Sekundärmarkt handelt, keine Bedeutung zu, weil die jeweilige Einwirkung mittels des wettbewerbswidrigen Verhaltens durch das marktbeherrschende Unternehmen auf diesen Markt nicht von dessen Qualifizierung abhängt.

1575. Vorliegend wären daher die Märkte der verschiedenen Akzeptanzgeschäfte, der DCC-Währungsumrechnung und der ep2-Terminals als relevante Märkte gemäss Art. 3 SVKG zu qualifizieren, weil das wettbewerbswidrige Verhalten auf alle diese Märkte nachteilig eingewirkt hat. Der Markt für ep2-Terminals ist in diesem Sinne relevant, weil infolge der Ablehnung einer Herausgabe der massgeblichen DCC-Schnittstelleninformationen die anderen Terminalhersteller keine DCC-Terminals an die Händler absetzen konnten. Die Märkte der verschiedenen Akzeptanzgeschäfte sind deshalb relevant, weil durch den Verbund der verschiedenen Produkte die jeweilige Marktstellung der SIX-Gruppe weiter gestützt und die anderen Zahlungskartenakquisiteure beeinträchtigt wurden. Gleiches gilt in entsprechender Weise für den Markt der DCC-Währungsumrechnung. Denn auf beiden Märkten wurde die Möglichkeit eines Produktabsatzes gegenüber den Händlern infolge des Produktverbunds zu Lasten der konkurrierenden Leistungserbringer erhöht (vgl. E. 1224).

1576. Art. 3 SVKG statuiert zudem als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den gesamten Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht nur den Umsatz, der ausschliesslich mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten auf den jeweils relevanten Märkten erzielt wurde (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 722). Vorliegend wären demnach die gesamten Umsätze der SIX-Gruppe auf den Märkten der verschiedenen Akzeptanzgeschäfte, der DCC-Währungsumrechnung und der DCC-Terminals als Basisumsatz zu berücksichtigen.

1577. Angesichts der vorstehenden Erläuterungen ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1520 ff.), wonach lediglich der Umsatz aus dem Verkauf von ep2-Terminals, nicht aber der Umsatz aus sonstigen Terminaldienstleistungen zur Sanktionsbemessung herangezogen werden könnte, unbegründet. Dies gilt unabhängig davon, ob die Terminaldienstleistungen dem Markt der Zahlungskartenterminals zuzurechnen

oder als eigenständiger Markt bzw. als mehrere eigenständige Märkte zu qualifizieren sind. Denn mit der fehlenden Möglichkeit zum Absatz von Zahlungskartenterminals wurde notwendigerweise auch die Möglichkeit zur Erbringung von Terminaldienstleistungen durch die anderen Terminalhersteller beeinträchtigt. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1530) wäre demnach auch im letzteren Fall eine Behinderung auf einem eigenständigen Markt der Terminaldienstleistungen gegeben.

1578. Gegen eine Heranziehung des Umsatzes, den die SIX-Gruppe mit dem Absatz von ep2-Terminals und der Erbringung von Terminaldienstleistungen erzielt hat, bestehen daher keine Bedenken. Die Vorinstanz hat vielmehr zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen entgegen ihren eigenen Feststellungen zur Festlegung des massgeblichen Umsatzes (vgl. E. 1547) sogar davon abgesehen, die Umsätze aus dem Akzeptanzgeschäft und der DCC-Währungsumrechnung, die aufgrund ihrer Einbeziehung in das wettbewerbswidrige Verhalten im vorliegenden Fall ebenfalls als relevant zu qualifizieren gewesen wären, der Sanktionsbemessung ebenfalls zu Grunde zu legen.

1579. Darüber hinaus ist auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1533 ff.), wonach nicht alle Umsätze aus Terminaldienstleistungen mit dem Terminalmarkt in Verbindung stehen würden und daher auch nicht in die Sanktionsbemessung einbezogen werden könnten, nicht begründet, weil er zumindest nicht ausreichend substantiiert dargelegt wurde.

1580. Die Beschwerdeführerinnen haben im Rahmen des Kartellverfahrens bei ihren Eingaben sowohl den Umsatz von Card Solutions auf dem Terminalmarkt als auch den Umsatz von Card Solutions mit DCC-Terminals in aggregierter Form angegeben, wobei diese Umsätze ab 2005 deckungsgleich waren, weil alle Zahlungskartenterminals DCC-fähig gewesen seien. Der Umsatz mit DCC-Terminals wurde dabei ausdrücklich unter Einschluss der Position „Wartung, Projekte und Services“ ausgewiesen. Demzufolge haben die Beschwerdeführerinnen selbst den Umsatz aus der Position „Wartung, Projekte und Services“ dem Umsatz aus Geschäften mit Zahlungskartenterminals und damit dem Terminalmarkt zugeordnet. Erst in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wurde die Zuordnung der Position „Wartung, Projekte, Services“ zum Umsatz auf dem Terminalmarkt von den Beschwerdeführerinnen unter Hinweis auf den geringen Anteil des Umsatzes aus Wartung, die andere

Wettbewerbsstruktur bei den Terminaldienstleistungen sowie den Einschluss von „weiteren Projekten, Reparaturen etc.“ bemängelt. Im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen dann geltend gemacht, dass lediglich die Umsätze aus Wartungsverträgen, Hotline Support, Service/Reparaturen etc., nicht aber die anderen in der Position „Wartung, Projekte und Services“ zusammengefassten Umsätze hinzugerechnet werden könnten, weshalb die Umsätze aus einer Vermietung von Zahlungskartenterminals, aus der Vermarktung von Analysetools für Terminaltransaktionen, aus Transaktionserträgen, aus Projekten und Dienstleistungen ausserhalb der Wartung von Zahlungskartenterminals sowie aus e-commerce-Dienstleistungen herauszurechnen seien. Gegenüber dem von der Vorinstanz aufgrund von Nachforschungen ermittelten Ergebnis, wonach die SIX-Gruppe auch Umsätze in Zusammenhang mit der Inbetriebnahme der ep2-Terminals erzielt habe, wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass es sich hierbei nur um geringe Beträge in Höhe von {20-[••] CHF bis [•••]-300 CHF} pro ep2-Terminal gehandelt habe.

1581. Dieser Einwand ist bereits in sich widersprüchlich. Denn prinzipiell ist davon auszugehen, dass Umsätze aus Tätigkeiten, die in einer Buchhaltungsposition zusammengefasst und dem Umsatz aus dem Geschäft mit Zahlungskartenterminals zugeordnet werden, auch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Terminalmarkt stehen. Zudem konstruieren die Beschwerdeführerinnen zur Abgrenzung der zu berücksichtigenden und nicht zu berücksichtigenden Umsätze aus Terminaldienstleistungen eine besondere Zwischenposition in Form eines angeblich notwendigen Zusammenhangs mit der Wartung der verkauften Zahlungskartenterminals. Diesem Aspekt ist allerdings keine Relevanz beizumessen. Massgebend sind vielmehr alle Terminaldienstleistungen, die in Zusammenhang mit den Zahlungskartenterminals stehen, unabhängig davon, ob dieser Zusammenhang seine Grundlage in der Wartung oder einem anderen Aspekt eines Zahlungskartenterminals findet. Zudem haben die Beschwerdeführerinnen aufgrund der Nachforschungen der Vorinstanz auch eingestanden, dass sie in Zusammenhang mit der Inbetriebnahme der Zahlungskartenterminals und damit ausserhalb der Wartung der verkauften Zahlungskartenterminals besondere Einkünfte erzielt hatten (vgl. E. 1534), die sie im Rahmen ihrer Stellungnahmen zunächst verschleiert haben. Dabei ist es unerheblich, in welcher Höhe diese Umsätze tatsächlich angefallen sind. Darüber hinaus wird auch durch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ein Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit auf dem Markt für Zahlungskartenterminals gar nicht ausgeschlossen. Die

Umsätze aus einer Vermietung von Zahlungskartenterminals sowie der Vermarktung von Analysetools für Terminaltransaktionen und aus Transaktionserträgen stehen jedenfalls in einem Zusammenhang mit Zahlungskartenterminals. Und die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach es sich bei den Umsätzen für die Erarbeitung von Projekten und Dienstleistungen um solche ausserhalb der Wartung von verkauften Zahlungskartenterminals handle, bedeutet nicht, dass sie gar keinen Zusammenhang zu den Zahlungskartenterminals aufweisen. Gleiches gilt auch für die Umsätze aus e-commerce-Dienstleistungen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen ist aus diesen Gründen daher insgesamt nicht zu berücksichtigen.

1582. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1532) bedurfte es daher auch keiner weiteren Sachverhaltsabklärungen im Hinblick auf das Bestehen eines Systemmarkts, dessen Wettbewerbsverhältnisse und allfällige Behinderungswirkungen sowie den Umfang von erbrachten und potenziellen Wartungsdienstleistungen. Dementsprechend ergibt sich aus dem Unterlassen entsprechender Massnahmen auch kein Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz durch die Vorinstanz. Gleiches gilt auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren.

1583. In zeitlicher Hinsicht werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die letzten drei Geschäftsjahre als massgeblich für die Ermittlung des Basisbetrags statuiert. Der Zeitraum wurde durch den Gesetzgeber mit drei Geschäftsjahren festgelegt, um zu verhindern, dass Unternehmen mittels geeigneter Massnahmen kurzfristig den Umsatz verringern, um in den Genuss einer geringeren Sanktion zu gelangen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 726, mit Verweis auf *Botschaft KG 1995*, 2037; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.119).

1584. Weder das Kartellgesetz noch die Sanktionsverordnung sehen allerdings eine ausdrückliche Regelung über den Anknüpfungspunkt der massgeblichen Geschäftsjahre vor. Gemäss einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist dabei prinzipiell auf den Zeitpunkt der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens abzustellen und nicht auf den Zeitpunkt der Einleitung oder den Abschluss eines Kartellverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden, soweit die wettbewerbswidrige Verhaltensweise noch vor oder während der Durchführung eines Kartellverfahrens durch ein Unternehmen vollständig beendet wurde (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 727; zustimmend KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 45; a.A. REINERT, *SHK-KG*, Art. 49a Rn. 10;

TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 48; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.233).

1585. Auf andere Zeiträume ist dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 728). So wäre der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt zu qualifizieren, wenn ein Unternehmen angesichts der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde das wettbewerbswidrige Verhalten während des Beschwerdeverfahrens fortgeführt hat, um die sich aus der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise ergebenden Vorteile maximal auszunutzen. Zeiträume nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens wären etwa dann zu berücksichtigen, soweit einem Unternehmen in den Folgejahren durch das frühere wettbewerbswidrige Verhalten auch weiterhin dokumentierte umsatzrelevante Vorteile in gesteigertem Ausmass zukommen.

1586. Da die Beendigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht zwangsläufig mit dem Ende eines kalendarischen oder statutarischen Geschäftsjahres zusammenfällt, ist zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes entweder der Jahresabschluss, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten beendet wurde, oder der Jahresabschluss des vorhergehenden Jahres heranzuziehen, je nach dem, welcher Abschluss einen engeren Zusammenhang zwischen wettbewerbswidrigem Verhalten und dem im Abschluss ausgewiesenen Umsatz aufweist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 729). Soweit der Umsatz im Beendigungsjahr heranzuziehen ist, kann bei Abschluss des Kartellverfahrens vor Jahresende entsprechend Art. 4 Abs. 2 VKU auch eine Hochrechnung auf Durchschnittswerten für das ganze Jahr vorgenommen werden.

1587. Im vorliegenden Fall wurde das wettbewerbswidrige Verhalten durch die SIX-Gruppe während des laufenden Kartellverfahrens im Januar 2007 beendet. Demzufolge wäre grundsätzlich auf den Gesamtumsatz der Jahre 2004 bis 2006 abzustellen gewesen. Angesichts des Umstands, dass das wettbewerbswidrige Verhalten auf den Zeitpunkt ausgerichtet wurde, zu dem aufgrund technologischer Verbesserungen der Zahlungskarten eine Änderung des Haftungsregimes in den Zahlungskartensystemen durch die jeweiligen Kartenlizenzgeber vorgenommen wurde – worauf in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich Bezug genommen wird –, ergab sich für die Händler eine gewisse Notwendigkeit zum Austausch der Zahlungskartenterminals, um eine verschärfte eigene Haftung im Rahmen des neuen Haftungsregimes zu ver-

meiden. Vor diesem Hintergrund ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zur Sanktionsbemessung die jeweiligen Umsätze der SIX-Gruppe aus dem Zeitraum von 2007 bis 2009 herangezogen hat. Das Abstellen auf diesen Zeitraum wurde von den Beschwerdeführerinnen auch nicht grundsätzlich in Frage gestellt.

1588. Die Umsätze für den Zeitraum von 2007 bis 2009 belaufen sich demnach entsprechend den Feststellungen der Vorinstanz auf einen Betrag in Höhe von {120-[●●●.●]-150} Mio. CHF, der als massgeblicher Basisumsatz anzusetzen ist.

(d) Festlegung des Basisbetrags

1589. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag als Koeffizient des massgeblichen Basisumsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die Obergrenze des Basisbetrags 10% des massgeblichen Basisumsatzes beträgt. Da bestimmte Aspekte als erschwerende oder mildernde Umstände gemäss Art. 5 oder Art. 6 SVKG qualifiziert werden müssen, bedarf es einer Abgrenzung, welche Aspekte im Rahmen von Art. 3 SVKG und welche im Rahmen von Art. 5 SVKG bzw. Art. 6 SVKG zu berücksichtigen sind.

1590. Weder das Kartellgesetz noch die KG-Sanktionsverordnung enthalten nähere Regelungen dazu, welche Aspekte unter die Kriterien „Art und Schwere des Verstosses“ zu subsumieren sind. Hierzu bestehen auch noch keine konsolidierten Ansichten und dementsprechend keine gefestigte Praxis (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7; BVGer, B-829/2012, *Granello*, E. 10.5.6.1; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.6.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 743; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 41 f.; REINERT, *SHK-KG*, Art. 49a Rn. 14; ROTH/BOVET, *CR-Concurrence*, Art. 49a Rn. 27 ff.; TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 50 f.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.236).

1591. Da es sich bei Art. 49a KG um eine Vorschrift mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht aber um eine strafrechtliche Vorschrift handelt (vgl. E. 1479), findet Art. 47 StGB jedenfalls keine Anwendung (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 742).

1592. Mit dem Verweis auf die Art des Verstosses wird der Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen. Dabei handelt es sich insbesondere um die konkrete Form der Wettbewerbsbeschränkung



und ihr abstraktes Gefährdungspotential. Der Verweis auf die Schwere des Verstosses bezieht sich zunächst auf die grundlegenden objektiven Modalitäten des wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dabei werden im Rahmen des Basisbetrags die üblichen Umstände und Auswirkungen, die mit einer entsprechenden Wettbewerbsbeeinträchtigung einhergehen, unterstellt und anhand ihres jeweiligen Bedeutungsgehalts gewertet. Soweit die Ausführung aussergewöhnliche Umstände und Auswirkungen umfasst, welche insbesondere die nachteilige Einwirkung verstärken oder abfedern, sind diese als erschwerende Umstände gemäss Art. 5 SVKG oder als mildernde Umstände gemäss Art. 6 SVKG zu qualifizieren. Mit dem Verweis auf die Schwere des Verstosses werden darüber hinaus das Verschulden und damit die subjektive Komponente eines wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen. Dadurch wird eine differenzierte Berücksichtigung von Fahrlässigkeit und Vorsatz vorgegeben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 1179; a.A. DÄHLER/KRAUSKOPF/STEBLER, *Marktpositionen*, Rn. 8.122, wonach die subjektiven Aspekte als erschwerende Umstände zu berücksichtigen seien). Mit der Einbeziehung der objektiven Modalitäten und der subjektiven Komponente wird bei Kartellsanktionsverfahren dem Grundsatz entsprochen, dass verwaltungsrechtliche Sanktionen der objektiven und subjektiven Schwere der Pflichtverletzung entsprechend angemessen und aus Präventionsgründen gerechtfertigt sein müssen (vgl. BGE 108 Ib 162 E. 5b).

1593. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags allerdings ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Wenn selbst dem Strafrichter im Rahmen der Strafzumessung eines strafrechtlichen Verfahrens ein solcher Entscheidungsspielraum zukommt (vgl. BGE 118 IV 342 E. 2a), dann besteht kein Grund, die Wettbewerbsbehörden in einem verwaltungsrechtlichen Kartellsanktionsverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter einem engeren Entscheidungsspielraum zu unterstellen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 744).

1594. Im vorliegenden Fall wurde der Koeffizient des Basisbetrags mit einem Wert von 5% angesetzt. Der Sanktionsrahmen wurde durch die Vorinstanz demnach bei weitem nicht ausgeschöpft.

1595. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten von Seiten der SIX-Gruppe vorsätzlich begangen und durch das Zusammenwirken verschiedener Massnahmen planvoll umgesetzt wurde (vgl. E. 1505 ff.). Dabei wurden eine technische Übergangsphase

am Markt und damit eine Marktphase, in denen für die anderen Terminalhersteller sowie die Händler eine objektive Zwangswirkung aufgrund der technischen Anforderungen gegeben war, gegenüber den anderen Terminalherstellern und den Händlern ausgenutzt. Das Verhalten richtete sich dabei gegen einen Grossteil aller anderen Marktteilnehmer. Denn zum einen wurde die Offenlegung der DCC-Schnittstelleninformationen für die Akzeptanz-Plattform gegenüber allen anderen Terminalherstellern verweigert. Zum anderen stand allen Händlern, soweit sie einen Akzeptanzvertrag mit der SIX-Gruppe abgeschlossen hatten oder hätten abschließen wollen, nur eine DCC-Lösung der SIX-Gruppe zur Verfügung (vgl. E. 1223 ff.). Es handelt sich somit um eine schwerwiegendere, und keinesfalls um eine geringfügigere Einwirkung auf den Wettbewerb. Angesichts dieser Sachlage liegt die vorinstanzliche Festlegung des Koeffizienten mit 5% unter Berücksichtigung der von der Vorinstanz vorgebrachten Aspekte (vgl. E. 1552) am unteren Rand einer sachlich gerechtfertigten Festsetzung des Basisbetrags, was sich jedenfalls zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen auswirkt.

1596. Die Einreden der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1530, 1536), wonach diese Ansetzung wegen des Fehlens von beachtenswerten Marktauswirkungen falsch sei, ist daher unbegründet.

1597. Im Übrigen stützen die Beschwerdeführerinnen diesen Einwand darauf ab, dass tatsächlich nur eine nach ihrer Ansicht geringe Anzahl an DCC-Terminals im relevanten Zeitraum abgesetzt worden sei. Da es sich bei Art. 7 KG aber nicht um ein Erfolgsdelikt handelt (vgl. E. 1209 ff.), ist die Menge der tatsächlich abgesetzten DCC-Terminals für die Beurteilung der Schwere des wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht relevant. Die Beschwerdeführerinnen legen hingegen nicht ausreichend dar, dass das marktmissbräuchliche Verhalten aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung in jedem Fall nur geringe nachteilige Einwirkungen hätte aufweisen können. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass in diesem Zusammenhang nicht nur die Anzahl der tatsächlich abgesetzten DCC-Terminals zu berücksichtigen ist, sondern auch die Anzahl der potenziell abgesetzten DCC-Terminals angesichts der Notwendigkeit zum Bezug von DCC-Terminals der SIX-Gruppe für Händler mit einem Akzeptanz-Vertrag der SIX-Gruppe. Darüber hinaus widerspricht diese Argumentation auch den Feststellungen zur allgemeinen Bewerbung der DCC-Funktion und der DCC-Terminals durch die SIX-Gruppe (vgl. E. 701 ff.).

1598. Der Basisbetrag ist demzufolge entsprechend der Festlegung der Vorinstanz mit einem Wert in Höhe von {6-[•••]-7.5} Mio. CH zu veranschlagen.

(e) Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens

1599. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist.

1600. Über die zur Verfügung stehende Ausgestaltung des zeitlichen Erhöhungsgrunds für die ersten fünf Jahre bestehen in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansichten (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 754 f. m.w.H.). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Urteil unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darauf abgestellt, dass bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter, dem beim Fehlen von besonderen Umständen von Anfang an im Wesentlichen die gleichen Wirkungen über die jeweilige Zeitdauer zuzusprechen sind, während der ersten fünf Jahre grundsätzlich eine stufenweise Erhöhung um 0,8333% je angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen sei. Soweit die nachteiligen Einwirkungen im Einzelfall nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung allerdings nicht gleichmässig über die gesamte Zeitdauer, sondern verstärkt während bestimmter Phasen auftreten würden, bestünde auch die Möglichkeit zu einer variablen Ansetzung der Erhöhung (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755). Demgegenüber wurde von Seiten des Bundesgerichts unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus die stufenweise Erhöhung um 10% pro Jahr bereits in den ersten fünf Jahren nicht für bundesrechtswidrig qualifiziert (vgl. BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 12.3.4 [nicht publ.]).

1601. Vorliegend wurde das wettbewerbswidrige Verhalten von der SIX-Gruppe während eines Zeitraums von 19 Monaten zwischen Juli 2005 und Januar 2007 durchgeführt (vgl. E. 921). Daher ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1538), wonach eine Erhöhung wegen der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht zulässig sei, weil ein wettbewerbswidriges Verhaltens allenfalls während des kurzen Zeitraums zwischen der definitiven Zertifizierung im Mai 2006 und dem Beginn der

Verhandlungen mit den anderen Terminalherstellern im Dezember 2006 vorgelegen haben könne, unbegründet.

1602. Die von der Vorinstanz vor Erlass der vorstehend erwähnten Urteile festgelegte pauschale Erhöhung um 10% entspricht dem vom Bundesgericht für zulässig erachteten Schematismus und weicht von einer strikt verhältnismässigen Erhöhung um 15,83% entsprechend der Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts nicht wesentlich ab, weshalb die vorgenommene Erhöhung ungeachtet der unterschiedlichen Auffassungen jedenfalls nicht zu beanstanden ist.

1603. Wegen der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens ist der Basisbetrag demzufolge um den Betrag in Höhe von {600'000-[•••'•••]-700'000} CHF zu erhöhen.

(f) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns

1604. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG, der diese Bestimmung wiederholt, ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls ist der Basisbetrag gemäss Art. 5 SVKG entsprechend zu erhöhen.

1605. Aufgrund der ausdrücklichen Formulierung dieser Vorschriften ist ersichtlich, dass eine genaue Ermittlung des tatsächlich erzielten wettbewerbswidrigen Gewinns für dessen Berücksichtigung nicht erforderlich ist (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 768). Vielmehr ist es ausreichend, dass die Grössenordnung des unrechtmässigen Gewinns abgeschätzt werden kann (vgl. *Botschaft KG 2004*, 2037). Dies entspricht den Ausgangshypothesen des Gesetzgebers, wonach zum einen (i) die Kartellrendite abzuschöpfen ist, um eine ausreichend abschreckende Wirkung zu erzielen (vgl. *Botschaft KG 2004*, 2033, 2037: „Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass die Berechnung des Netto-Nutzens für die Unternehmen [...] negativ ausfällt“; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 680 f.; BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 15; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.119; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, *SIWR-Rechtsschutz*, Rn. 1335; KRAUSKOPF, *Dike-KG*, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 61; REINERT, *SHK-KG*, Art. 49a Rn. 16; TAGMANN/ ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, *Verantwortlichkeit*, 211), und zum ande-

ren (ii) der Umsatz als Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung heranzuziehen ist, weil der wettbewerbswidrige Gewinn in den allermeisten Fällen gar nicht eindeutig bestimmt werden kann und die Präventionswirkung der direkten Sanktionen nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden darf (vgl. *Botschaft KG 2004*, 2037). Da die Sanktionierung mittels eines prozentualen Koeffizienten an den Umsatz anknüpft, bedarf es auch keiner exakten Ermittlung des wettbewerbswidrigen Gewinns, weil dieser Betrag gar nicht unmittelbar in eine Sanktion einfließt. Ungeachtet dieser Erleichterung ist es für einen Nachweis des wettbewerbswidrigen Gewinns als Voraussetzung für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Sanktionsbemessung erforderlich, dass die jeweilige Feststellung aufgrund objektiver Anhaltspunkte erfolgt. Eine bloss Schätzung ins Blaue hinein bildet daher keine ausreichende Grundlage für eine Erhöhung der Sanktion. Die in Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG verwendete Formulierung einer „objektiven Ermittlung“ ist in diesem Sinne zu verstehen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 630).

1606. Soweit eine objektivierte Abschätzung des mutmasslichen Gewinns möglich ist, haben die Wettbewerbsbehörden den entsprechenden Betrag in die Berechnung der Sanktion einfließen zu lassen. Ihnen kommt diesbezüglich kein Entschliessungsermessen zu; allein in Bezug auf die Festlegung des Koeffizienten für die Erhöhung des Basisbetrags steht ihnen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Ermessensspielraum zu (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 769).

1607. Dabei ist im Einzelfall durch eine Erhöhung des Basisbetrags sicherzustellen, dass der festgestellte oder abgeschätzte wettbewerbswidrige Gewinn durch die Sanktionierung auch vollständig abgeschöpft wird (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 770), weil er für diesen Fall ein wesentliches Bemessungskriterium für die Sanktion darstellt (vgl. *Botschaft KG 2004*, 2037). Aufgrund des Regelungszwecks einer vollständigen Abschöpfung ist es dabei angesichts der eindeutigen gesetzgeberischen Intention entgegen dem Wortlauf von Art. 5 Abs. 1 SVKG unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 770).

1608. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1543) ist es dabei unerheblich, ob der Aspekt einer Prävention ausdrücklich in Art. 49a KG als Bemessungsgrundlage aufgeführt wird oder nicht, weil

sich die Zwecke der Präventionswirkung und der Gewinnabschöpfung unzweifelhaft aus der *Botschaft KG 2004* ergeben und bereits von der Statuierung einer formalen Gewinnberücksichtigung ohne Weiteres eine präventive Wirkung ausgeht.

1609. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass vorliegend lediglich ein sehr geringer Gewinn angefallen sei. Die Vorinstanz hat demgegenüber nicht dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn durch die vorgesehene Sanktion auf der Grundlage des festgelegten Basisbetrags nicht abgeschöpft werde. Entsprechend konkrete Anhaltspunkte für eine objektive Abschätzung lassen sich auch durch das Gericht nicht identifizieren. Daher ist davon auszugehen, dass ein allfälliger mutmasslicher Gewinn durch den vorgesehenen Basisbetrag ausreichend abgeschöpft wird. Der Basisbetrag ist daher wegen des durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns nicht zu erhöhen.

1610. Im vorliegenden Fall ergibt sich entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1539 ff.) allerdings umgekehrt auch kein Grund für eine Reduzierung des Sanktionsbetrags aufgrund eines sehr geringen tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinns.

1611. Im Rahmen der Sanktionsbemessung bestehen für die Wettbewerbsbehörden und die Instanzgerichte weder eine Verpflichtung zu einer zwingenden Berücksichtigung noch eine Verpflichtung zu einer verhältnismässigen Ausrichtung des Sanktionsbetrags am jeweiligen Gewinn, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielt oder mutmasslich erzielt wurde (im Ergebnis so auch BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.6.5).

1612. Einer entsprechenden Anforderung steht zunächst bereits der Umstand entgegen, dass es sich bei Art. 7 KG nicht um ein Erfolgsdelikt handelt, sondern bereits eine potenziell nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb für die Verwirklichung eines tatbestandlichen wettbewerbswidrigen Verhaltens ausreichend ist (vgl. E. 1209 ff.). Eine entsprechende Ausgestaltung ist auch bei verwaltungsrechtlichen Tatbeständen mit einer strafrechtsähnlichen Sanktionierung zulässig (vgl. E. 1478). Die Festlegung der Höhe des Geldbetrags im Rahmen einer sanktionsmässigen Beurteilung des wettbewerbswidrigen Verhaltens kann demzufolge nicht von der Höhe des tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinns des Unternehmens abhängig gemacht werden. Zudem ist die Höhe des anfallenden Gewinns im Einzelfall von weiteren Aspekten abhängig, die nicht in Zusammenhang mit der Art und Schwere des wettbewerbswidri-

gen Verhaltens stehen. Ansonsten würde dadurch faktisch die tatsächliche Durchsetzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens am Markt gegenüber den jeweiligen Marktteilnehmern und damit dessen Erfolg zum entscheidenden Kriterium für eine Sanktionierung aufgewertet werden.

1613. Des Weiteren ist eine zwingende Berücksichtigung des tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinns auch deshalb ausgeschlossen, weil bestimmte Varianten eines marktmissbräuchlichen Verhaltens nicht notwendigerweise auf die Erzielung einer gewissen Kartellrendite ausgerichtet, sondern unabhängig von bestimmten Renditeüberlegungen ausschliesslich auf eine nachteilige Einwirkung auf die Geschäftstätigkeit von anderen Marktteilnehmern ausgerichtet sein kann. So dient eine Anwendung von Kampfpreisen ganz offensichtlich nicht zur Erzielung besonderer Kartellrenditen, sondern zur Verdrängung von Konkurrenten auf dem jeweiligen Markt. Selbst eine Koppelung muss nicht auf die Erzielung von zusätzlichen Gewinnen durch den Absatz des Zusatzprodukts ausgerichtet sein, sondern kann ausschliesslich zur Erlangung höherer Marktanteile auf dem Markt des Zusatzprodukts und in der Absicht einer Ausdehnung der Marktbeherrschung vorgenommen werden. Die Berücksichtigung eines nicht vorhandenen, weil vom wettbewerbswidrig handelnden Unternehmen nicht intendierten Gewinns ist von vornherein nicht möglich und daher ausgeschlossen.

1614. Gleiches gilt in entsprechender Weise auch für die Sachverhaltskonstellationen, in denen sich weder ein tatsächlich erzielter Gewinn nachweisen noch ein mutmasslich angefallener Gewinn aus den wettbewerbswidrigen Geschäften mit ausreichender Sicherheit abschätzen lässt, was regelmässig der Fall sein dürfte.

1615. Angesichts der Unmöglichkeit, die Berücksichtigung eines tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinns in jedem Fall sicherstellen zu können, umfasst der Begriff „angemessen“ in Art. 49a Abs. 1 KG nach Sinn und Zweck der Regelung jedenfalls nicht die Notwendigkeit zu einer zwingenden Berücksichtigung.

1616. Da die Beschwerdeführerinnen zur Begründung ihrer Behauptung darauf abstellen (vgl. E. 1540), dass Art. 49a Abs. 1 KG keine Differenzierung zwischen den verschiedenen Formen eines Marktmissbrauchs vorsehe, ergibt sich bereits nach ihrer eigenen Gesetzesinterpretation, dass die fehlende Möglichkeit zur Berücksichtigung eines geringen tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinns alle Missbrauchsformen erfasst.

1617. Der Regelungszweck von Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG besteht auch nicht in einer verhältnismässigen Ausrichtung des Sanktionsbetrags am tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinn aus dem wettbewerbswidrigen Verhalten. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung, weil diese auf den mutmasslichen Gewinn abstellt und den tatsächlich eingetretenen Gewinn gerade nicht einbezieht. Vielmehr wurde mit dieser Formulierung allein die Intention des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, dass nach Möglichkeit eine allfällige erzielte Kartellrendite durch den Sanktionsbetrag in möglichst grossem Umfang abgeschöpft werden sollte (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 632). Die Regelung stellt daher lediglich einen Bezug zu einem zumindest mutmasslich hohen Gewinn her und ist nicht umgekehrt auf eine verhältnismässige Berücksichtigung von tatsächlichen oder mutmasslichen geringen Gewinnen ausgerichtet.

1618. Eine entsprechende Anforderung widerspricht überdies auch dem Regelungszweck der Sanktionierung, präventiv auf die Marktteilnehmer einzuwirken, um sie von vornherein zu veranlassen, ein wettbewerbswidriges Verhalten zu unterlassen (vgl. E. 1605). Vielmehr würden sich aus der Herstellung einer linearen Korrelation zwischen der Höhe des Gewinns aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten und der Höhe des Sanktionsbetrags umgekehrt sogar zusätzliche Anreize zur Umsetzung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens einstellen.

1619. Zum einen könnten die zusätzlichen finanziellen Belastungen einer Sanktionierung durch die strategische Ausgestaltung des wettbewerbswidrigen Verhaltens hinsichtlich eines fehlenden oder geringen Gewinns in einem überschaubaren Rahmen gehalten werden. Letztlich würde dies dazu führen, dass ein Unternehmen das Ausmass seiner Sanktionierung für ein wettbewerbswidriges Verhalten faktisch selbst bestimmen könnte.

1620. Zum anderen würden die niedrigeren Produktpreise, die sich aus solch einer Strategie ergäben, die Umsetzung eines marktbeherrschenden Verhaltens sogar noch unterstützen. Jedenfalls für finanzstarke marktbeherrschende Unternehmen würden sich dadurch verlockende Möglichkeiten zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten eröffnen. So wäre es einem marktbeherrschenden Unternehmen dann z.B. möglich, eine Erschliessung von Sekundärmärkten mit einem eigenen Produkt durch eine Niedrigpreisstrategie in Angriff zu nehmen und dabei noch von einer Reduktion der kartellrechtlichen Sanktionen aufgrund eines gänzlich fehlenden oder marginalen Gewinns zu profitieren.



1621. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber die Grenzen einer Sanktionierung auch nicht an den tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinn angeknüpft, sondern gemäss Art. 49a Abs. 1 KG an den Maximalwert des Umsatz-Koeffizienten, welcher das primäre Berechnungsinstrument der Wettbewerbsbehörde für eine Festlegung der Sanktionen bildet. Aufgrund der Ausgestaltung der Sanktionsermittlung durch die Sanktionsverordnung des Bundesrats wurde die Begrenzung dabei in zweifacher Weise zum einen gemäss Art. 3 SVKG an den Umsatz-Koeffizienten für den Basisumsatz auf den relevanten Märkten in der Schweiz sowie gemäss Art. 7 SVKG an den Umsatz-Koeffizienten für den Gesamtumsatz des Unternehmens in der Schweiz geknüpft.

1622. Der Gesetzgeber hat demzufolge eine Umsetzung der Sanktionierung auf der Grundlage des vom Unternehmen erzielten Umsatzes vorgegeben. Auch deshalb erfordert der Aspekt des tatsächlich oder mutmasslich angefallenen Gewinns keine verhältnismässige Berücksichtigung im Rahmen der Sanktionsbemessung. Dies gilt umso mehr, als sich die Sanktionierung in der Schweiz im Gegensatz zu anderen Wettbewerbsordnungen ausschliesslich auf die im Inland getätigten Umsätze bezieht (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 632). Denn dadurch wird die tatsächlich vorhandene Wirtschaftskraft eines Unternehmens, der ein direkter Einfluss auf die Durchführung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zukommt, nicht vollumfänglich erfasst.

1623. Die vorstehenden Prämissen schliessen allerdings nicht aus, dass im Einzelfall bei Berücksichtigung der Gesamtumstände von einer bloss geringfügigen Einwirkung auf den Wettbewerb auszugehen ist, wofür wiederum ein tatsächlich oder mutmasslich angefallener geringer Gewinn zusätzlich als Beleg dienen kann (im Ergebnis ebenso BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.9). In diesem Falle wäre dann eine Reduktion der Sanktion aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes vorzunehmen.

1624. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1540) stellt die fehlende Berücksichtigung eines allfällig niedrigen tatsächlich angefallenen Gewinns jedenfalls keine unverhältnismässige und damit keine gesetzes- oder verfassungswidrige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG durch die Vorinstanz im Rahmen der angefochtenen Verfügung dar.

1625. Angesichts dieser Ausgangslage ist es unerheblich, dass die Beschwerdeführerinnen den Nachweis für einen tatsächlich vorliegenden geringen Gewinn nicht in ausreichender Weise substantiiert vorgetragen

haben. Hierzu wäre angesichts der Beweislast die Vorlage einer detaillierten Margen- und Gewinnberechnung des Unternehmens erforderlich, aus der sich schlüssig und zweifelsfrei der angefallene Gesamtgewinn für den relevanten Zeitraum nachvollziehen liesse. Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Behauptung oder eine rudimentäre Darstellung, die sich nicht schlüssig nachvollziehen lässt; hierbei handelt es sich letztlich nur um eine nicht substantiierte Behauptung. Im Übrigen handelt es sich bei der konkreten Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch nicht um eine geringfügige Einwirkung (vgl. E. 1147, 1595).

(g) Sonstige Erhöhungs- oder Milderungsgründe

1626. Art 5 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von erschwerenden Umständen eine Erhöhung der Sanktion vorzunehmen ist.

1627. Vorliegend ergeben sich keine Hinweise auf besondere Aspekte, aufgrund derer erschwerende Umstände des konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens entgegen der Qualifizierung durch die Vorinstanz anzunehmen wären.

1628. Art. 6 SVKG sieht vor, dass beim Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen ist, wobei die Vorschrift verschiedene Aspekte ausdrücklich anführt. Im Hinblick auf die entsprechenden Umstände ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits im Hinblick auf die Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 778).

1629. Vorliegend ergeben sich keine Hinweise auf besondere Aspekte, aufgrund von derer das konkrete wettbewerbswidrige Verhalten entgegen der Qualifizierung durch die Vorinstanz als weniger schwerwiegend zu qualifizieren wäre, und die über solche Gründe hinausgehen, die bereits im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen gewesen wären. Insbesondere hat die SIX-Gruppe das wettbewerbswidrige Verhalten auch nach Eröffnung der Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden noch fortgeführt. Ein allenfalls tatsächlich oder mutmasslich angefallener geringer Gewinn vermag vorliegend auch keinen Nachweis für eine geringe Schwere der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb durch das konkrete wirtschaftliche Verhalten darzustellen. Eine Milderung aufgrund der Möglichkeit einer bloss geringfügigen Einwirkung auf den Wettbewerb scheidet deshalb aus.

1630. Der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Aspekt (vgl. E. 1536), wonach das Verhalten der Anzeigeerstatterin nach Offenlegung der Schnittstellen auf eine fehlende Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen habe schliessen lassen, ist wie dargelegt (vgl. E. 1028 f.) unbegründet, unabhängig davon, ob er als Merkmal des objektiven Tatbestands im Rahmen der Sanktionsbemessung überhaupt einer Berücksichtigung zugänglich wäre.

1631. Der von den Beschwerdeführerinnen vorsorglich erhobene Einwand (vgl. E. 1544), wonach eine Feststellung von gegenüber der angefochtenen Verfügung geringeren Anzahl von Missbrauchsformen durch das Gericht zwingend zu einer Reduzierung der vorinstanzlichen Sanktion führen müsse, ist schon deshalb unbeachtlich, weil das Gericht nicht an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist. Daher kann das Gericht zum einen nach der Feststellung eines einschlägigen Missbrauchstatbestands ohne Weiteres auf eine Überprüfung von weiteren, durch die Vorinstanz festgestellten Missbrauchsformen verzichten. Zum anderen hat das Gericht eine eigene Einschätzung der Rechtmässigkeit der vorgesehenen Sanktionen bei deren Überprüfung vorzunehmen. Eine gerichtliche Reduzierung der vorinstanzlichen Sanktion könnte sich demzufolge nur dann ergeben, wenn deren Höhe massgeblich durch den Aspekt einer Verwirklichung von mehreren Tatbeständen beeinflusst wurde und der Wegfall eines Tatbestands bei ordnungsgemässer Ausübung des Ermessens eine Reduzierung notwendigerweise nach sich zieht. Vorliegend ist eine Reduktion der vorinstanzlichen Sanktion angesichts einer Feststellung von weniger Missbrauchsformen durch das Gericht aber von vornherein ausgeschlossen, weil der Basisbetrag nicht wegen einer Erfüllung von mehreren Missbrauchsformen erhöht wurde bzw. wird. Insoweit ist zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen die implizite Annahme der Vorinstanz, wonach dem Verhalten eine Handlungseinheit zu Grunde liegt, zu berücksichtigen. Auch die Festlegung des Basisbetrags selbst beruht nicht auf einer Berücksichtigung von mehreren Tatbestandsvarianten (vgl. E. 1595). Selbst wenn eine Verwirklichung verschiedener Tatbestandsvarianten als zusätzliches Bewertungselement Eingang in die vorinstanzliche Sanktionsbemessung gefunden hätte, stellt die konkrete Festlegung des Basisbetrags-Koeffizienten im vorliegenden Fall aus den genannten Gründen die untere Grenze einer sachgerechten Sanktionierung dar, weshalb für eine zusätzliche Reduktion kein Raum verbleibt.

1632. Der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte vorsorgliche Einwand (vgl. E. 1545), wonach für die Feststellung einer gegenüber

der angefochtenen Verfügung anders gelagerten Marktdefinition durch das Gericht eine Reduktion der Sanktion vorzunehmen wäre, ist ebenfalls unbeachtlich, weil die Sanktionierung sich auf den massgeblichen Umsatz auf den relevanten Märkten abstützt und nicht auf einen bestimmten relevanten Markt abstellt. Daher hat eine gerichtliche Anpassung des relevanten Markts gegenüber der angefochtenen Verfügung nicht automatisch eine sanktionsreduzierende Auswirkung. Vielmehr ergibt sich eine Sanktionsanpassung allein aufgrund einer Reduzierung oder auch Erhöhung der massgeblichen Umsätze auf den angepassten relevanten Märkten.

(h) Maximalsanktion

1633. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat, als Maximalsanktion zu begrenzen.

1634. Die SIX-Gruppe hat gemäss Geschäftsberichten und Zusammenschlussbericht für den relevanten Zeitraum unstrittig einen kumulierten konsolidierten Konzernumsatz in der Schweiz in Höhe von {3'000-[•'•••]-3'500} Mio. CHF erzielt. Die zulässige Maximalsanktion ist daher auf diesen Betrag beschränkt.

1635. Der von der Vorinstanz festgelegte Sanktionsbetrag liegt unterhalb dieser Maximalsanktion.

(i) Ergebnis

1636. Die von der Vorinstanz festgelegte Sanktion für das wettbewerbswidrige Verhalten der SIX-Gruppe ist aufgrund der Prüfung der einschlägigen Sanktionsaspekte durch das Bundesverwaltungsgericht in vollem Umfang zu bestätigen.

#### 4) Berücksichtigung langer Verfahrensdauer

1637. Im Hinblick auf eine Sanktionierung ist das Gebot der fristgemässen Beurteilung in angemessener Frist zu beachten.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen*

1638. Die Beschwerdeführerinnen machen einen Verstoss gegen das Gebot der fristgemässen Beurteilung geltend.

1639. Eine Verfahrensdauer von über zehn Jahren werde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als grundsätzlich unangemessen bewertet. Werde diese Grenze von zehn Jahren ohne ersichtlichen Grund überschritten, könne ohne Weiteres von einer verfassungswidrigen bzw. EMRK-widrigen Verfahrensdauer ausgegangen werden.

1640. Die Überschreitung der Verfahrensdauer führe zu einem Freispruch oder sogar zu einer Entschädigungsleistung.

1641. Ohne Berücksichtigung der Dauer der Vorabklärung habe das vorliegende, noch nicht abgeschlossene kartellrechtliche Verfahren insgesamt bereits mehr als 11,5 Jahre gedauert. Spezifische Gründe für diese sehr lange Verfahrensdauer seien nicht ersichtlich.

1642. Die Beschwerdeführerinnen beantragen daher die vorbehaltlose Einstellung des Verfahrens wegen einer übermässig langen Verfahrensdauer.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

1643. Die Vorinstanz hat auf eine Stellungnahme hierzu verzichtet.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

1644. Art. 29 Abs. 1 BV statuiert die Garantie, dass in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen eine Beurteilung innerhalb angemessener Frist erfolgt. Dieses Gebot der fristgemässen Beurteilung oder Beschleunigungsgebot gilt in allgemeiner Weise für sämtliche Sachbereiche und alle Verfahren vor Gerichten und Verwaltungsbehörden (vgl. BGE 130 I 269 E. 2.2; BGE 130 I 312 E. 5.2; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 836 f.; RHINOW RENÉ, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, 2003, 481; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 120 f., 288 f.; SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.59; STEINMANN GEROLD, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl. 2014, zit. *SGK-BV*, Art. 29 Rn.

22 f.). Für Verfahren in straf- und zivilrechtlichen Angelegenheiten wird ein entsprechender Anspruch durch Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. c UNO-Pakt II begründet (vgl. MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 188 f.), der auch für die strafrechtsähnlichen Kartellsanktionsverfahren Anwendung findet. Das Schutzniveau von Art. 6 Abs. 1 EMRK geht allerdings nicht grundsätzlich über dasjenige von Art. 29 Abs. 1 BV hinaus (vgl. BGE 130 I 269 E. 2.2; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 836 f.).

1645. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wie auch des Bundesgerichts finden für eine Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer keine vorgegebenen Zeiträume Anwendung. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die tatsächliche Dauer sich unter den konkreten Umständen rechtfertigen lässt (vgl. EGMR, 9.7.2015, 8824/09 und 42836/12, *El Khoury* gg. Deutschland, zit. *El Khoury*, Ziff. 82; EGMR, 4.9.2014, 68919/10, *Peter* gg. Deutschland, zit. *Peter*, Ziff. 37 ff.; EGMR, 2.12.2014, 53339/09, *Siermiński* gg. Polen, zit. *Siermiński*, Ziff. 63 f.; EGMR, 10.9.2010, 31333/06, *McFarland* gg. Irland, zit. *McFarland*, Ziff. 140 ff.; EGMR, 16.12.2003, 42083/98, *Mianowski* gg. Polen, zit. *Mianowski*, Ziff. 46; BGE 130 I 312 E. 5 sowie BGE 135 I 265 E. 4.4; BGE 134 I 229 E. 2.3; BGE 125 V 373 E. 2b; VILLIGER MARK E., *Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. 1999, zit. *EMRK*, Rn. 468; MEYER-LADEWIG, *EMRK*, Art. 6 Rn. 207). Im Einzelfall ist ein Verfahren demzufolge selbst bei einer unüblich langen Verfahrensdauer nicht zwingend als unangemessen zu qualifizieren (vgl. EGMR, 68919/10, *Peter*, Ziff. 47).

1646. Für eine Beurteilung sind die folgenden spezifischen Aspekte zu beachten (vgl. allgemein BGE 135 I 265 E. 4.4; BGE 130 I 312 E. 5.1; FROWEIN/ PEUKERT, *EMRK*, Art. 6 Rn. 251 f.; FUCHS CLAUDIA, *Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell?*, Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, *ZöR [Zeitschrift für öffentliches Recht]* 2012, 537, 549 f.; GRABENWARTER/PABEL, *EMRK*, § 24 Rn. 70; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *EMRK*, 201 ff.; MEYER-LADEWIG, *EMRK*, Art. 6 Rn. 200 f.; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 840 f.; STEINMANN, *SGK-BV*, Art. 29 Rn. 25): (i) Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen – wobei grundsätzlich anerkannt ist, dass komplexe Wirtschaftssachen jeweils unter Berücksichtigung der Anzahl an Beteiligten und Betroffenen, der Verarbeitung umfangreicher Geschäftsunterlagen, der Einholung von Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten sowie der Durchführung internationaler Ermittlungen einen erhöhten Aufwand erfordern (vgl. EGMR, 8824/09 und 42836/12, *El Khoury*, Ziff.

82; EGMR, 68919/10, *Peter*, Ziff. 37; EGMR, 4.2.2010, 13791/06, *Gromzig* gg. Deutschland, zit. *Gromzig*, Ziff. 82 f.; EGMR, 42083/98, *Mi-anowski*, Ziff. 47; EGMR, 27.11.2008, 8416/05, *Potzmader* gg. Österreich, o. Ziff. [S. 5]; EGMR, 30.9.2004, 41171/98, *Zaprianov* gg. Bulgarien, zit. *Zaprianov*, Ziff. 80; EGMR, 31.5.2001, 37591/97, *Metzger* gg. Deutschland, Ziff. 39; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK*, Art. 6 Rn. 252; GRABENWARTER/PABEL, *EMRK*, § 24 Rn. 70; MEYER-LADEWIG, *EMRK*, Art. 6 Rn. 200); (ii) die Sachgerechtigkeit des Vorgehens der zuständigen Behörden oder Gerichte einschliesslich von Art und Umfang der durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen sowie der objektiven Dringlichkeit der Angelegenheit, wobei insbesondere längere, nicht gerechtfertigte Perioden der Untätigkeit von Behörden oder Gerichten zur Unangemessenheit führen können, selbst wenn die Dauer als solche nicht unverhältnismässig gewesen wäre (vgl. EGMR, 8824/09 und 42836/12, *El Houry*, Ziff. 82; EGMR, 68919/10, *Peter*, Ziff. 37; EGMR, 13791/06, *Gromzig*, Ziff. 82; EGMR, 31333/06, *McFarland*, Ziff. 151 f.; EGMR, 5.2.2015, 2834/09, *Kücher* gg. Österreich, Ziff. 28: viereinhalbjährige Untätigkeit des Gerichts; EGMR, 13.10.2007, 4983/04, *Gjashta* gg. Griechenland, Ziff. 16: Dauer von rund dreieinhalb Jahren nicht übermässig, aber mit über zwei Jahren zu lange Phase der Untätigkeit); (iii) das Verhalten der betroffenen Personen einschliesslich des Stellens von Verfahrensanträgen und der dadurch bedingten Auswirkungen im Hinblick auf eine Förderung oder Verzögerung des Verfahrensganges (vgl. EGMR, 8824/09 und 42836/12, *El Houry*, Ziff. 82; EGMR, 68919/10, *Peter*, Ziff. 37; EGMR, 13791/06, *Gromzig*, Ziff. 82 f.; EGMR, 31333/06, *McFarland*, Ziff. 148 f.); (iv) die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere eines mit der Durchführung des Verfahrens bedingten (Schuld-)Vorwurfs sowie ihrer finanziellen und sonstigen Interessen (vgl. EGMR, 8824/09 und 42836/12, *El Houry*, Ziff. 82; EGMR, 68919/10, *Peter*, Ziff. 37; EGMR, 13791/06, *Gromzig*, Ziff. 82 f.; EGMR, 13.1.2015, 35632/13, *Hoholm* gg. Slowakei, zit. *Hoholm*, Ziff. 44 f.).

1647. Des Weiteren sind verschiedene allgemeine Aspekte zu berücksichtigen. Bei Entscheidungen zu Grundsatzfragen ist es von Seiten der Behörden und Gerichte zulässig, bei der Abwicklung des jeweiligen Verfahrens das Bedürfnis nach einer Koordination mit anderen Verfahren zu berücksichtigen (vgl. EGMR, 68919/10, *Peter*, Ziff. 46; EGMR, 16.9.2010, 16386/07, *Breiler* gg. Deutschland, Ziff. 31; EKMR, 24.2.1995, 19822/92, *S.L.O.* gg. Schweiz, Ziff. 2b a.E.; GRABENWARTER/PABEL, *EMRK*, § 24 Rn. 71; MEYER-LADEWIG *EMRK*, Art. 6 Rn. 203). Ein befristeter personaler

oder sonstiger Engpass bei Behörden oder Gerichten kann eine Verlängerung des Verfahrens für eine gewisse Zeit rechtfertigen, nicht aber eine chronische Überlastung der zuständigen Stellen und strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. EGMR, 25.2.2000, 29357/95, *Gast/Popp* gg. Deutschland, Ziff. 78; EGMR, 26.10.2000, 33379/96; Klein gg. Deutschland, Ziff. 43; EGMR, 35632/13, *Hoholm*, Ziff. 49; GRABENWARTER/PABEL, *EMRK*, § 24 Rn. 72; MEYER-LADEWIG *EMRK*, Art. 6 Rn. 202; vgl. auch BGE 130 I 312 E. 5.2). Dauerte ein Verfahren in der ersten Instanz bereits sehr lange, besteht für die zweite Instanz eine Verpflichtung, das Verfahren möglichst kurz zu gestalten (vgl. EGMR, 41171/98, *Zaprianov*, Ziff. 81; EGMR, 25.2.2010, 36395/07, Müller gg. Deutschland, Ziff. 44). Ab einer bestimmten Dauer kann im Einzelfall allein aufgrund der insgesamt abgelaufenen Zeit eine Beurteilung vorgenommen werden, ohne dass es einer detaillierten Analyse der Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. EGMR, 53339/09, *Sierminsky*, Ziff. 66; EGMR, 42083/98, *Mianowski*, Ziff. 47; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK*, Art. 6 Rn. 250; GRABENWARTER/PABEL, *EMRK*, § 24 Rn. 71). Doch bestehen auch hierfür keine vorgegebenen festen Zeiträume. Gegebenenfalls kann es notwendig sein, einen sachlich geeigneten Zwischenentscheid zu erlassen und darauf einzutreten, wenn eine Verweisung auf die Anfechtung eines Endentscheids für die beteiligten Parteien in zeitlicher Hinsicht nicht zumutbar wäre (vgl. BGE 136 II 165 E. 1.2.1 m.w.H.).

1648. Die Anforderungen an die zeitliche Durchführung des Verfahrens aufgrund des Gebots der fristgemässen Beurteilung sind bei strafrechtlichen Verfahren aufgrund des damit verbundenen Schuldvorwurfs am höchsten. Allerdings sind die für Strafverfahren entwickelten Anforderungen nicht unbesehen auf andere Sachgebiete zu übertragen (vgl. BGE 130 I 269 E. 3.1). Vielmehr bedarf es einer gesonderten Beurteilung von zivilprozessualen Verfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren. Bei Verwaltungsgerichtsverfahren, bei denen eine vorgängige Sanktionsentscheidung durch ein Gericht mit voller Kognition zu überprüfen ist, ist die Angemessenheit der Verfahrensdauer gesamthaft im Hinblick auf das administrative Verwaltungsverfahren und das gerichtliche Kontrollverfahren zu beurteilen (vgl. EGMR, 53339/09, *Sierminsky*, Ziff. 64 m.w.H.; GRABENWARTER/PABEL, *EMRK*, § 24 Rn. 69 m.w.H.; MEYER-LADEWIG, *EMRK*, Art. 6 Rn. 193, 194 m.w.H.).

1649. Auf das Gebot der fristgemässen Beurteilung können sich nicht nur natürliche und juristische Personen (vgl. AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Les droits



fondamentaux, 3. Aufl. 2013, Rn. 114; STEINMANN, *SGK-BV*, Art. 29 Rn. 15; KIENER/BRÜTSCHKE/KUHN, *Verfahrensrecht*, Rn. 188, 563 f.; KIENER/WALTER, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2013, zit. *Grundrechte*, 481 f.; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 848 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BÜHLMOSER, *Prozessrecht*, Rn. 264 f.), sondern auch nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften und einfache Wirtschaftsgemeinschaften berufen. Denn der Zweck des Beschleunigungsgebots zur Sicherstellung eines fairen Verwaltungs- oder Justizverfahrens und das subjektive Interesse am Abschluss eines solchen Verfahrens innerhalb einer angemessenen Zeitdauer erfordern keine personale Differenzierung.

1650. Auch im Rahmen eines kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens ist das Gebot der fristgemässen Beurteilung von den Wettbewerbsbehörden und der Beschwerdeinstanz zu beachten. Dabei ist es unerheblich, ob diese Verpflichtung auf Art. 29 Abs. 1 BV abgestützt wird, weil es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, dem ein strafrechtsähnlicher Charakter beizumessen ist (vgl. E. 1479), oder auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, weil es sich um eine strafrechtsähnliche Anklage im Sinne dieser Vorschrift handelt, weil die inhaltlichen Anforderungen der Vorschriften sich grundsätzlich nicht unterscheiden. Denn bei Anwendung von Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention auf andere als Kernbereiche des Strafrechts können sachgerechte Anpassungen vorgenommen werden (vgl. E. 1479), weshalb bei Verwaltungsverfahren ungeachtet eines diesen beizumessenden Sanktionscharakters nicht zwingend und ausnahmslos die strengen Anforderungen an Strafverfahren vollumfänglich zu berücksichtigen sind (vgl. E. 1648).

1651. Für die Beurteilung der Dauer von Kartellrechtsverfahren ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei im Regelfall sowohl hinsichtlich ihres sachlichen Umfangs als auch der jeweils zu erreichenden Abklärungstiefe um äusserst komplexe Sachverhalte handelt. So bedarf es einer Durchdringung und Abgrenzung von Märkten sowie vielfach einer Einarbeitung in die Besonderheiten des jeweiligen technischen Sachgebiets. Hinzu kommt, dass eine sachliche Abklärung zur Feststellung der tatsächlichen Marktverhältnisse die Einbeziehung von weiteren Wirtschaftsteilnehmern vorsehen muss, weshalb die Wettbewerbsbehörden in mehreren Etappen durch eine alternierende Befragung von betroffenem Unternehmen und sonstigen Wirtschaftsteilnehmern den Sachverhalt aufbereiten müssen. Dabei ist eine Unmenge an Informationen zu verarbeiten, auch wenn vielfach nur ein geringer Teil hiervon letztlich entscheidungserheblich sein kann. In rechtlicher Hinsicht stellen sich angesichts der sachlichen Kom-

plexität durchaus neue und schwierige Rechtsfragen, die einer gewissenhaften Bearbeitung und Durchdringung bedürfen. Angesichts der Präzedenzwirkung einer entsprechenden Entscheidung für den gesamten Wirtschaftsverkehr sowie der mit einer Sanktionierung üblicherweise verbundenen negativen Publizität für das betroffene Unternehmen ist es zudem erforderlich, dass sämtliche Massnahmen einschliesslich der Entscheidung in der Sache mit äusserster Sorgfalt vorgenommen werden. Zwar ergibt sich aus Art und Gegenstand eines Kartellverfahrens in der Regel keine besondere Dringlichkeit; allerdings besteht angesichts der erwähnten Präzedenzwirkung und einer allfälligen Fortführung des in Frage stehenden wirtschaftlichen Verhaltens durch das betroffene Unternehmen während der Untersuchung auch kein Grund zu einem gemächlichen Vorgehen seitens der Wettbewerbsbehörden oder der Rechtsmittelgerichte. Insgesamt kann unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte demzufolge festgestellt werden, dass die Bearbeitung von komplexen Kartellverfahren regelmässig einen überaus grossen Aufwand erfordert, der ohne Weiteres auch zu einer langjährigen Bearbeitungsdauer auf Seiten der Wettbewerbsebehörden und Rechtsmittelgerichte führen kann. Dies wird auch durch vergleichbare Verfahren in anderen Ländern und in der Europäischen Union bestätigt.

1652. Das vorliegende Kartellverwaltungsverfahren dauerte von der Eröffnung der Untersuchung im Januar 2007 (vgl. J.d) bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung im November 2010 (vgl. J.l) insgesamt 46 Monate. In der Zeit vom August 2007 bis April 2009 war das Verfahren für 20 Monate unterbrochen. Grund hierfür war der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen erfolglos versucht hatten, ein Begehren auf Wiederholung bestimmter vorheriger Verfahrenshandlungen von einer Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission über einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bis zum rechtskräftigen Urteil des Bundesgerichts verfahrensrechtlich durchzusetzen (vgl. SV J.h). Zwischen November 2008 und Juni 2009 wurden auf Veranlassung der Beschwerdeführerinnen Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geführt (vgl. SV J.k). Nach Abzug der Dauer der Unterbrechung sowie unter Berücksichtigung des zusätzlichen Zeitraums der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung ergibt sich demzufolge kein Zeitraum, bei dem unter Berücksichtigung der notwendigen sachlichen Abklärungen zur Begründung und Ahndung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens von einer unzulässig langen Dauer des Kartellverwaltungsverfahrens auszugehen wäre.

1653. Das vorliegende Beschwerdeverfahren dauerte seit Einreichung der Beschwerde im Januar 2011 bis zum Erlass des Urteils im Dezember 2018 mehr als sieben Jahre. Für die Beurteilung dieser Bearbeitungsdauer sind jedoch verschiedene Aspekte zu berücksichtigen.

1654. Angesichts der grundsätzlichen Rügen der Beschwerdeführerinnen zur Verfassungsmässigkeit des Kartellverwaltungsverfahrens und der Sanktionierbarkeit von Unternehmen durch die Wettbewerbskommission musste das Verfahren entsprechend dem Vorgehen in weiteren parallelen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf die zu erwartenden präjudiziellen Urteile des Bundesgerichts in Sachen *Terminierung Mobilfunk* (BGE 137 II 199) und *Publigroupe* (BGE 139 I 72) abgestimmt werden, wobei die Veröffentlichung des Urteils in letzterer Angelegenheit im Februar 2013 erfolgte. Im Hinblick auf die entscheidungserheblichen Fragen des massgeblichen Kartellrechtssubjekts und der tatbestandlichen Ausgestaltung einer Koppelung musste eine Abstimmung mit den Verfahren in Sachen *ADSL II* (BVGer, B-7633/2009) und *Hallenstadion* (BVGer, B-3618/2013) vorgenommen werden, wobei die Urteile in diesen Verfahren im Jahre 2015 bzw. 2016 erlassen worden waren.

1655. Die Beschwerdeführer haben insgesamt mehrere hundert Einwände gegenüber der umfangreichen angefochtenen Verfügung erhoben. Die Beurteilung dieser Vorbringen erforderte zum einen weitreichende und anspruchsvolle technische und ökonomische Abklärungen. Zum anderen mussten zahlreiche rechtliche Aspekte aus einer Vielzahl von Rechtsgebieten beachtet werden. Die rechtliche Bearbeitung umfasste denn auch insgesamt über 60 wesentliche Rechtsfragen. Hierbei handelte es sich um über 20 präjudizielle Rechtsfragen des Wettbewerbsrechts sowie weitere spezifische Rechtsfragen von grundsätzlicher inhaltlicher Bedeutung.

1656. Zudem haben die Beschwerdeführerinnen durch ihr eigenes Verhalten zu einer aufwendigen und äusserst zeitintensiven Bearbeitung der Angelegenheit in ganz erheblichem Masse beigetragen. Bereits die Rechtsschriften der Beschwerdeführerinnen umfassen mehrere hundert Seiten. Dabei wurde zur Begründung auch auf umfangreiche nationale und internationale juristische und ökonomische Literatur verwiesen. Überdies haben die Beschwerdeführerinnen eigene Sachverständigen-gutachten zur Unterstützung der von ihnen vertretenen Ansichten eingereicht. Inhaltlich wurde von ihnen nahezu jeder denkbare faktische oder rechtliche Einwand gegen die Feststellungen der Wettbewerbsbehörden vorgebracht, obwohl sie in Widerspruch hierzu in anderem Zusammen-

hang ausdrücklich hervorgehoben haben, dass es sich beim Sekretariat der Wettbewerbskommission um eine Wettbewerbsbehörde mit einem erheblichen technischen, ökonomischen und rechtlichen Fachwissen handle (vgl. E. 741).

1657. Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen durch eine Vielzahl von unbeachtlichen, irreführenden und mitunter sogar widersprüchlichen Vorbringen (vgl. allein zu Letzterem z.B. E. 72, 266, 267, 268, 312, 654, 660, 756, 843, 888, 1028, 1275, 1456, 1459, 1581) selber dazu beigetragen haben, dass der Aufwand für die Bearbeitung durch das Gericht erheblich vergrössert wurde. So wurde von Seiten der Beschwerdeführerinnen z.B. nach Hinweis des Gerichts auf den Abschluss des Verfahrens sogar im September 2018 erstmalig geltend gemacht, dass eine Verjährung vorliege, die bereits im Jahr 2010 bzw. 2011 eingetreten sei, weshalb auch zum Aspekt der allgemeinen kartellrechtlichen Verjährung im Urteil ausdrücklich detailliert Stellung genommen werden musste. Eine derartige Prozessführung durch eine Partei führt letztlich dazu, ein Verfahren zusätzlich zu verzögern und zu verlängern.

1658. Auch wenn die Dauer des vorliegenden Kartellverfahrens zweifellos als sehr lang qualifiziert werden muss, liegt unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Normen und Grundsätze zur Beurteilung der Verfahrensdauer sowie der konkreten Umstände der vorliegenden, äusserst komplexen und vielschichtigen Angelegenheit mit zahlreichen neuen Fragestellungen und Rechtsfragen weder im Hinblick auf das Kartellverfahrensverfahren oder das Beschwerdeverfahren noch in Bezug auf die gesamte Dauer beider Verfahren ein Verstoß gegen das Gebot der fristgemässen Beurteilung vor.

1659. Entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerinnen besteht daher kein Grund zu einer Reduzierung der Sanktion oder gar zu einer Einstellung des Verfahrens.

## **IX. VERJÄHRUNG**

### *(1) Beschwerdeführerinnen*

1660. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass angesichts der Verfahrensdauer die Verjährung eingetreten und das Verfahren daher

vorbehaltlos einzustellen sei. Zur Begründung führen sie verschiedene Aspekte an.

1661. Eine Unverjährbarkeit von kartellrechtlichen Sanktionen könne nicht mittels eines Umkehrschlusses aus Art. 49 Abs. 3 lit. b KG abgeleitet werden, denn die Unverjährbarkeit wäre im Strafrecht eine rechtsstaatlich unerträgliche Situation.

1662. Mit der Qualifizierung der Kartellsanktion als strafrechtlich oder quasi-strafrechtlich durch das Bundesgericht im Urteil *Publigroupe* ergäbe sich ohne Weiteres eine Verjährung in Anwendung von Art. 11 VStrR in Verbindung mit Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB bzw. Art. 109 StGB.

1663. Auch bei Unterstellung des in der angefochtenen Verfügung zu Grunde gelegten Sachverhalts hätten die Beschwerdeführerinnen das angeblich rechtswidrige Verhalten im Januar 2007 aufgegeben.

1664. Selbst bei einer Unterstellung der Gleichwertigkeit des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens mit einem strafrechtlichen erstinstanzlichen Verfahren – was wegen der fehlenden Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion bei der Wettbewerbskommission gerade nicht der Fall sei – wäre die dreijährige Verjährung von Art. 109 StGB im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz bereits am 29. November 2010 eingetreten gewesen.

1665. Da einzig das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht den Anforderungen an ein erstinstanzliches Strafverfahren im Sinne der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention entspreche, sei in jedem Falle spätestens im Januar 2011 die vierjährige Verjährung gemäss Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB eingetreten gewesen.

## (2) *Vorinstanz*

1666. Die Vorinstanz hat zum Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr detailliert Stellung genommen. Sie geht wie in anderen Verfahren auch von der grundsätzlichen Unverjährbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen aus.

### (3) *Würdigung durch das Gericht*

1667. Die Verjährung einer Verfolgung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ist angesichts der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes jedenfalls im Hinblick auf die Sanktionierung eines Unternehmens gemäss Art. 49a KG nicht nur auf Antrag, sondern von Amtes wegen zu berücksichtigen.

#### (a) Ausgangslage

1668. Angesichts der Ausgestaltung des Kartellgesetzes sind für eine Verjährung der Verfolgung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen sowohl verschiedene Handlungen als auch verschiedene Verfolgungssubjekte zu unterscheiden. Danach stehen sich die Verfolgung von unzulässigen Verhaltensweisen einzelner natürlicher Personen in Form von Widerhandlungen, die vom Gesetz als Strafsanktionen bezeichnet werden, sowie die Verfolgung von unzulässigen Verhaltensweisen eines Unternehmens, die vom Gesetz als Verwaltungssanktionen bezeichnet werden, gegenüber. Innerhalb der Verwaltungssanktionen sind wiederum verschiedene wettbewerbswidrige Verhaltensweisen abzugrenzen, die nachfolgend als einfache und qualifizierte Wettbewerbsverstösse sowie Missachtungen bezeichnet werden. Dadurch ergeben sich die nachfolgend aufgeführten Varianten, für welche die massgebliche Verjährung zu bestimmen ist.

1669. Bei Widerhandlungen gemäss Art. 54 ff. KG handelt es sich um eine vorsätzliche Nicht-Befolgung von Verpflichtungen eines Unternehmens, die sich entweder aus behördlichen Verfügungen, gerichtlichen Entscheiden und einvernehmlichen Regelungen ergeben oder hinsichtlich einer Auskunftserteilung und der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen bestehen, durch eine natürliche Person als Verantwortlicher des Unternehmens. Für die Sanktionierung von Widerhandlungen hat der Gesetzgeber mit Art. 56 KG eine ausdrückliche Verjährungsregelung statuiert. Danach werden fünf bzw. zwei Jahre als Verjährungsfristen für Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen bzw. sonstige Widerhandlungen statuiert. Einzelfragen der Verjährung sind gemäss Art. 57 KG ergänzend durch die Heranziehung des Verwaltungsstrafrechts zu beantworten.

1670. Bei Missachtungen gemäss Art. 50 bis 52 KG handelt es sich um ein Nicht-Befolgen von Verpflichtungen eines Unternehmens, die sich entweder aus behördlichen Verfügungen, gerichtlichen Entscheiden und

einvernehmlichen Regelungen ergeben oder in Bezug auf eine Auskunftserteilung und auf eine Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen bestehen, durch das Unternehmen selbst. Für solche Missachtungen sieht das Kartellgesetz keine Regelung zur Verjährung vor. Die *Botschaft KG 1995* verweist für die Verjährung aber ausdrücklich auf die üblichen verwaltungsrechtlichen Grundsätze, weshalb auf eine spezielle Regelung verzichtet werden könne (*Botschaft KG 1995*, 622, unter Hinweis auf IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 1. Teil, 6. Aufl. 1986, Nr. 34, welche dort die Aspekte der Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten darlegen, einschliesslich der vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze zur Bestimmung der massgeblichen Verjährungsregelung bei Fehlen einer Regelung; vgl. E. 1679). Der Aspekt der Verjährung wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht mehr weiter thematisiert. Gleiches gilt ungeachtet der Einführung von zusätzlichen Regelungen zur direkten Sanktionierung von qualifizierten Wettbewerbsverstössen gemäss Art. 49a KG als Verwaltungssanktion auch für die Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2004.

1671. Abgeschlossene qualifizierte Wettbewerbsverstösse umfassen sowohl die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabreden als auch Marktmissbräuche gemäss Art. 7 KG, soweit sie jeweils zum Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung bereits seit mehr als fünf Jahren nicht mehr ausgeübt wurden. Gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG entfällt mit Ablauf des Zeitraums von fünf Jahren die Belastung mit einem Sanktionsbetrag gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. Diese Entfallfrist wurde mit der Einführung der direkten Sanktionen durch die Revision des Kartellgesetzes 2004 statuiert. Aus der *Botschaft KG 2004* sowie dem Gesetzgebungsverfahren ergeben sich allerdings keine näheren Hinweise auf den Rechtscharakter oder die inhaltliche Ausgestaltung der Vorschrift. Diese Vorschrift enthält deshalb keine Aussage über die Verjährung entsprechender Verhaltensweisen.

1672. Bei fortwirkenden qualifizierten Wettbewerbsverstössen handelt es sich dementsprechend um die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabreden und Marktmissbräuche gemäss Art. 7 KG, die jeweils zum Zeitpunkt der Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden andauern oder deren Ausübung noch nicht länger als fünf Jahre abgeschlossen wurde. Für fortwirkende qualifizierte Wettbewerbsverstösse sieht weder das Kartellgesetz eine ausdrückliche Vorschrift zur

Verjährung vor noch weist die *Botschaft KG 2004* einen ausdrücklichen Hinweis hierzu auf.

1673. Einfache Wettbewerbsverstösse umfassen alle sonstigen Varianten eines wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um andere als die in Art. 5 Abs. 3 und 4 genannten Wettbewerbsabreden, welche nicht mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG geahndet werden. Da auch bei derartigen Wettbewerbsverstössen Massnahmen von Seiten der Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 30 KG getroffen werden können, sind sie für die Beurteilung einer Verjährung den Verwaltungssanktionen zuzuordnen. Für einfache Wettbewerbsverstösse sieht allerdings weder das Kartellgesetz eine ausdrückliche Vorschrift zur Verjährung vor noch weisen die *Botschaft KG 1995* und die *Botschaft KG 2004* einen ausdrücklichen Hinweis hierzu auf.

1674. Damit stellt sich die für den vorliegenden Sachverhalt relevante Frage, welche konkrete Verjährungsregelung für qualifizierte Wettbewerbsverstösse zur Anwendung gelangt. Dabei ist zwischen der Verjährung im Hinblick auf das Kartellverwaltungsverfahren durch die Wettbewerbsbehörden (nachfolgend: Untersuchungsverjährung) und die Verjährung während des Laufs eines Kartellrechtsmittelverfahrens und nach Erlass eines rechtsverbindlichen Entscheids (nachfolgend: Vollzugsverjährung) zu unterscheiden.

1675. Zur Bestimmung der massgeblichen Verjährungsregelungen sind verschiedene allgemeine Aspekte zu berücksichtigen.

1676. Die Rechtsprechung anerkennt als allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass auch die öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten grundsätzlich der Verjährung unterliegen (vgl. BGE 126 II 49 E. 2a; BGE 125 V 396 E. 3a; BGE 124 I 247 E. 5; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 115 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rn. 153, 767 f.). Dies wurde vom Bundesgericht in Sachen *Spielbanken* für die Verhängung von Geldbeträgen mit pönalem Charakter erneut bestätigt (BGE 140 II 384 E. 4.2).

1677. Allerdings werden auch Ausnahmen von diesem Rechtsgrundsatz anerkannt, weshalb auch unverjähnbare verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten denkbar sind. Entsprechende Ausnahmen bestehen insbesondere im Bereich der Polizeigüter. Deshalb unterliegen grundlegende Pflichten, die sich aus polizeilichen Rechtsnormen ergeben, keiner Ver-



jähmung (vgl. BGE 105 Ib 265, 268; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 771).

1678. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verjährbarkeit erlangt immer dann Bedeutung, wenn der Gesetzgeber für bestimmte verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten keine spezifischen gesetzlichen Verjährungsregelungen festgelegt hat.

1679. Nach der Praxis des Bundesgerichts finden dabei die folgenden Grundsätze für die Bestimmung von Verjährungsregelungen im öffentlichen Recht Anwendung (vgl. BGE 140 II 384, *Spielbanken*, E. 4.3.1; BGE 131 V 55 E. 3.1; BGE 119 Ib 311 E. 4b; BGE 112 Ia 260 E. 5e; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 777; WIEDERKEHR RENÉ/ RICHLI PAUL, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2012, Rn. 706): (i) Primär ist auf gesetzlich statuierte Regeln für verwandte Tatbestände im öffentlichen Recht abzustellen; (ii) mangels entsprechender Regelungen sind die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze über die Verjährung analog anzuwenden. Zur Bestimmung der Verjährung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten stellt das Bundesgericht demzufolge auf die allgemeinen Verjährungsregelungen des Obligationenrechts ab, soweit nicht eine spezifische Verjährungsregelung von verwandten, d.h. thematisch vergleichbaren und inhaltlich sachgerechten anderen öffentlich-rechtlichen Rechten und Pflichten herangezogen werden kann.

#### (b) Unverjährbarkeit

1680. Eine (Untersuchungs-)Verjährung der Verwaltungssanktionen kann nur eintreten, falls es sich bei einfachen und qualifizierten Wettbewerbsverstössen sowie Missachtungen nicht um unverjährende Verpflichtungen der Unternehmen handelt (vgl. BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 31; SPITZ, *Problemstellungen*, 564; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 239 ff.; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.315; diese Autoren sehen jeweils keine allgemeine Verjährung vor und verweisen teilweise lediglich auf eine Einschränkung der Sanktionierung unter dem Grundsatz der überlangen Verfahrensdauer; siehe auch Art. 4 SVKG, der keine Obergrenze für die Dauer der Sanktionierung vorsieht).

1681. Für die Annahme der Unverjährbarkeit spricht der Umstand, dass einer Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften eine zentrale Bedeutung in einem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem zukommt und Wettbewerbsvorschriften für die Ausübung der Wirtschaftsfreiheit der einzelnen

Wirtschaftsteilnehmer unabdingbar sind. Daher ist es notwendig, gegen Wettbewerbspositionen, die in unzulässiger Weise erlangt wurden, vorzugehen, weil der Wettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer verfälscht wird und demzufolge seine Funktion nicht mehr korrekt ausüben kann. Dabei ist es aus Gründen der Präventionswirkung (vgl. E. 1605) notwendig, auch gegen länger zurückliegende Wettbewerbspositionen vorgehen zu können.

1682. Gegen eine Annahme der Unverjährbarkeit spricht zunächst der systematische Aspekt, dass der Gesetzgeber die Unverjährbarkeit von kartellrechtlichen Verpflichtungen durch seinen Hinweis auf die Anwendung der üblichen verwaltungsrechtlichen Verjährung für die Verwaltungssanktionen in der *Botschaft KG 1995* implizit ausgeschlossen hat. Dieser Ansicht entsprechend hat der Gesetzgeber für abgeschlossene qualifizierte Wettbewerbsverstösse mit Art. 49 Abs. 3 lit. b KG zumindest eine Entfallfrist für die Sanktionierung des jeweiligen Verhaltens vorgesehen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Wettbewerb als System definitionsgemäss auch die Erosion von einmal erreichten Wettbewerbspositionen umfasst. Daher wird jedenfalls bei hinreichend langen Zeiträumen eine einmal erreichte Wettbewerbsposition infolge der Wettbewerbsprozesse auch wieder geschwächt. Dies gilt unabhängig davon, ob die jeweilige Wettbewerbsposition mittels eines wettbewerbsgemässen oder eines wettbewerbswidrigen Verhaltens durch ein Unternehmen erlangt wurde. Die Unverjährbarkeit von Verwaltungssanktionen ist demzufolge auch nach Sinn und Zweck der Wettbewerbsvorschriften nicht erforderlich. Überdies ist der Schutz des Wettbewerbs nicht denjenigen hochrangigen Rechtsgütern gleichzusetzen, für die eine Unverjährbarkeit von Verletzungshandlungen anerkannt wird.

1683. Die Bedeutung des Wettbewerbs und dessen notwendiger Schutz verlangen daher nur nach einer ausreichend langen Verjährungsfrist, nicht aber nach einem vollständigen Ausschluss der Verjährung.

1684. Aus diesen Gründen ist die Ansicht der Vorinstanz einer Unverjährbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. E. 1666) nicht zu berücksichtigen.

(c) Massgebliche Untersuchungsverjährung

1685. Das Kartellgesetz sieht wie dargelegt keine konkrete Vorschrift als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung für die Verfolgung von einfachen und qualifizierten Wettbewerbsverstössen sowie Missachtungen vor. Allerdings ergibt sich aus dem ausdrücklichen Hinweis in der *Botschaft KG 1995* auf die Anwendung der üblichen verwaltungsrechtlichen Grundsätze unzweifelhaft die Intention des Gesetzgebers, dass eine durch die üblichen verwaltungsrechtlichen Grundsätze bestimmte Verjährung (nachfolgend: übliche verwaltungsrechtliche Verjährung) – die zur Heranziehung einer allgemeinen Verjährungsregelung des Obligationenrechts führt, soweit keine Verjährungsregelung für verwandte öffentlich-rechtliche Sachverhalte besteht – mangels einer anderen gesetzlichen Festlegung auch für die Verjährung dieser Verwaltungssanktionen zur Anwendung gelangen soll.

1686. Diese Feststellung verliert ihre Berechtigung auch nicht wegen einer Erweiterung der Verwaltungssanktionen um direkte Sanktionen für qualifizierte Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 49a KG durch die Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2004. Denn der Gesetzgeber hat diese Erweiterung in Kenntnis des Aspekts der Verjährung und damit auch im Wissen um den Verweis auf die Anwendbarkeit der üblichen verwaltungsrechtlichen Verjährung in der *Botschaft KG 1995* vorgenommen, ohne eine andere Verjährungsregelung festzulegen. Dies wird auch durch die Statuierung von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG bestätigt, der als Spezialregelung für eine besondere Sachverhaltskonstellation die allgemeine kartellrechtliche Verjährungsfrist für die Verhängung von Sanktionen verkürzt (vgl. E. 1694). Hätte der Gesetzgeber aufgrund der Einführung von weiteren Wettbewerbsverstössen und direkten Sanktionen eine Änderung an der Massgeblichkeit der üblichen verwaltungsrechtlichen Verjährung herbeiführen wollen, hätte er nicht nur eine Spezialregelung für eine besondere Sachverhaltskonstellation, sondern unmittelbar eine umfassende Verjährungsregelung statuiert. Die blossе Verankerung einer spezifischen Einzelfallregelung im Rahmen der Revision bestätigt deshalb, dass der Gesetzgeber auch zu diesem Zeitpunkt vom Bestand einer allgemeinen kartellrechtlichen Verjährungsregelung ausgegangen ist.

1687. Damit stellt sich für die weitere Beurteilung der Verjährung zunächst die Frage, ob es sich bei der formal fehlenden Regelung um eine Gesetzeslücke handelt oder ob vielmehr ein qualifiziertes Schweigen aufgrund der ausdrücklichen gesetzgeberischen Wertung vorliegt.

1688. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht immer dann eine vom Gericht zu füllende Gesetzeslücke, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Dies setzt voraus, dass der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Regelung entnommen werden kann (vgl. BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 141 IV 298 E. 1.3.1; BGE 140 III 636 E. 2.1; BGE 140 III 206 E. 3.5.1; BGE 134 IV 15 E. 2.3.1). Es besteht dann in einem solche Falle eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes (vgl. BGE 140 III 206 E. 3.7; BGE 131 V 233 E. 4.1; BGE 129 II 438 E. 4.1.2; BGE 123 II 69 E. 3c; BVGE 2013/22 E. 4.2.2; HÄFELIN/UHLMANN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rn. 213 ff. m.w.H.; einer allfälligen Abgrenzung von echten zu unechten Lücken kommt vorliegend keine Bedeutung zu). Bei der Ergänzung einer Gesetzeslücke gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werte (vgl. BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 141 IV 298 E. 1.3.1; BGE 140 III 636 E. 2.2; BGE 129 II 401 E. 2.3). Demgegenüber liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Gesetzeslücke, sondern ein qualifiziertes Schweigen vor, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend mitentschieden hat. In diesem Falle ist eine Lückenfüllung durch ein Gericht ausgeschlossen (vgl. BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 141 IV 298 E. 1.3.1; BGE 140 III 636 E. 2.1; BGE 140 III 206 E. 3.5.3). Die Abgrenzung, ob eine Gesetzeslücke oder ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGE 144 IV 97 E. 3.1.2; BGE 143 IV 49 E. 1.4.2; BGE 141 IV 298 E. 1.3.2; BGE 140 III 206 E. 3.5.4). Hierbei ist die historische Auslegung angesichts des grundsätzlich anzuwendenden hierarchiefreien Methodenpluralismus zwar nicht unmittelbar entscheidend. Allerdings ist sie insoweit von besonderer Bedeutung, als nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers, die sich insbesondere aus den Materialien ergibt, positiv aufzuzeigen vermag (vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.2; BGE 138 III 359 E. 6.2; BGE 137 V 13 E. 5.1). Eine negative Anordnung des Gesetzgebers kann sich daneben auch aus einer systematischen und/oder teleologischen Interpretation ergeben (vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.3, 3.5.5). Die gesetzgeberische Regelungsabsicht zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen bildet die massgebliche Richtschnur des auslegenden Gerichts (vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.2; BGE 138 III 359 E. 6.2; BGE 137 V 13 E. 5.1; BGE 129 I 12 E. 3.3; BGE 125 V 355 E. 1). Aufgrund der Unergiebigkeit der Wortlautinterpretation bilden die Materialien daher in der Praxis regelmässig den Ausgangspunkt der

Auslegung zur Ermittlung eines qualifizierten Schweigens oder der Schliessung einer Regelungslücke (vgl. BGE 144 IV 97 E. 3.2.3; BGE 141 IV 298 E. 1.5.3; BGE 140 III 636 E. 3.3; BGE 140 III 206 E. 3.6; BGE 134 IV 15 E. 2.3.4; BGE 129 II 401 E. 2.3; BGE 122 V 185 E. 3b; BGE 99 V 19 E. 2; BGE 98 IV 199 E. 1).

1689. Im vorliegenden Fall hat der Gesetzgeber auf eine besondere Regelung der Verjährung für die Verwaltungsanktionen im Kartellrecht unter Verweis auf die übliche verwaltungsrechtliche Verjährung ausdrücklich verzichtet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre demzufolge von einem qualifizierten Schweigen auszugehen. Denn der gesetzgeberische Regelungswille ergibt sich nicht nur stillschweigend aus sonstigen Umständen, weil die Materialien selbst keine entsprechende Ableitung zulassen, sondern er wurde in der *Botschaft KG 1995* sogar ausdrücklich kundgetan und im Rahmen der *Botschaft KG 2004* implizit bestätigt. Demzufolge würde einerseits keine planwidrige Unvollständigkeit vorliegen, weil das Kartellgesetz bereits bei einer Konsultation der Gesetzgebungsgeschichte nicht jede Antwort auf die sich stellende Verjährungsfrage schuldig bleibt. Allerdings führt der gesetzgeberische Verweis auf die übliche verwaltungsrechtliche Verjährung andererseits nicht ohne Weiteres zur Anwendung einer konkreten Verjährungsfrist. Denn die übliche verwaltungsrechtliche Verjährung ist kein inhaltlich feststehender Zeitraum, der generell auf jeden Einzelfall angewendet werden könnte, sondern sie ergibt sich aufgrund einer spezifischen Handlungsanweisung für eine Auslegung anhand der vom Bundesgericht vorgesehenen Grundsätze zur Verjährungsbestimmung im öffentlichen Recht. Eine vorgängige Auslegung der bestehenden kartellrechtlichen Vorschriften wäre allerdings auch für die Feststellung einer Gesetzeslücke erforderlich, weil deren Vorhandensein nur aufgrund eines entsprechenden Ergebnisses der Auslegung überhaupt bejaht werden könnte. Hierbei wären im Rahmen der Auslegung die erkennbaren gesetzgeberischen Intentionen und die Grundsätze des Bundesgerichts zur Verjährungsbestimmung im öffentlichen Recht in gleicher Weise zu berücksichtigen. Im Übrigen müsste selbst dann, wenn von einer Gesetzeslücke auszugehen wäre, im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung ebenfalls eine wertende Ergänzung unter Berücksichtigung der erkennbaren gesetzgeberischen Intentionen sowie der vom Bundesgericht vorgegebenen Grundsätze zur Verjährungsbestimmung im öffentlichen Recht vorgenommen werden. Daher ist in jedem Fall eine systematische, historische und teleologische Betrachtung zur Festlegung einer sachgerechten Verjährungsregelung für Verwaltungsanktionen durchzuführen, bei der die nachfolgend aufgeführten

massgeblichen Aspekte zu berücksichtigen sind. Aus diesem Grund ist für die vorliegende Regelungskonstellation eine abschliessende Feststellung des Vorliegens einer Gesetzeslücke oder eines qualifizierten Schweigens nicht von Belang und kann letztlich offenbleiben.

1690. Im Rahmen der im vorliegenden Fall durchzuführenden Auslegung sind demzufolge die Grundsätze des Bundesgerichts zur Bestimmung von Verjährungsregelungen im öffentlichen Recht zu berücksichtigen, wonach primär auf gesetzlich statuierte Regeln für verwandte Tatbestände im öffentlichen Recht abzustellen ist und subsidiär, soweit keine solchen Regeln bestehen, die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze analog anzuwenden sind (vgl. E. 1679). Den allgemeinen Verjährungsregelungen des Obligationenrechts als generelle Ersatzregelungen kommt demnach am ehesten die Qualifizierung als übliche verwaltungsrechtliche Verjährung zu.

1691. Vor diesem Hintergrund ist die massgebliche Verjährungsfrist für Verwaltungssanktionen als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung festzulegen.

1692. Hierbei ist zunächst aufgrund einer systematischen Betrachtung aus der Statuierung von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG durch den Gesetzgeber der folgende wesentliche generelle Aspekt für die weitere Bestimmung der allgemeinen kartellrechtlichen Verjährung abzuleiten. Wenn bei qualifizierten Wettbewerbsverstössen die Möglichkeit von deren Sanktionierung mit einem Geldbetrag nach Ablauf einer Frist von fünf Jahren zwischen Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens und der Einleitung eines Kartellverwaltungsverfahrens ausdrücklich ausgeschlossen wird, muss die Frist für die allgemeine kartellrechtliche Verjährung in jedem Fall mehr als fünf Jahre betragen. Denn ansonsten würde die Verjährung des wettbewerbswidrigen Verhaltens insgesamt eintreten, bevor der Wegfall der Sanktionsmöglichkeit mit einem Geldbetrag überhaupt wirksam werden könnte, weshalb der Ausschlussregelung dann überhaupt keine Bedeutung zukäme. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen, weil dem Gesetzgeber nicht die Intention unterstellt werden kann, dass er eine besondere Fristenregelung statuiert hat, die wegen einer Anwendungskonkurrenz zur allgemeinen Regelung von vornherein gar keine Berücksichtigung finden könnte.

1693. Eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann aus verschiedenen Gründen nicht aus einer analogen Anwendung von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG abgeleitet werden.

1694. Gegen eine solche analoge Anwendung spricht neben dem vorstehend dargestellten generellen Aspekt einer allgemeinen kartellrechtlichen Verjährung von mehr als fünf Jahren (vgl. E. 1692) zunächst der Umstand, dass der Wortlaut der Vorschrift nicht auf die Verjährung der Verfolgung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, sondern ausschliesslich auf den Wegfall des Sanktionsbetrags ausgerichtet ist und damit eine Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens nicht ausgeschlossen wird. In systematischer Hinsicht ergibt sich deshalb, dass die Vorschrift aufgrund von Formulierung, Stellung und Zweck vom Gesetzgeber offensichtlich als Spezialregelung für eine bestimmte Sachverhaltskonstellation konzipiert wurde und sie daher darüber hinaus gerade nicht in allgemeiner Weise Verwendung finden soll. Wäre eine entsprechende Anwendung vom Gesetzgeber intendiert gewesen, hätte er die in Art. 49a Abs. 3 lit. b KG statuierte Regelung ohne Weiteres unmittelbar als allgemeine Verjährungsregelung für alle Wettbewerbsverstösse und Missachtungen vorsehen können. Des Weiteren lässt sich aufgrund der genannten Umstände ableiten, dass die Vorschrift nicht eine frühzeitige Herbeiführung der Verjährung eines beliebigen wettbewerbswidrigen Verhaltens bezweckt, sondern lediglich den Erlass des Sanktionsbetrags, den der Gesetzgeber ohnehin nur selektiv für die qualifizierten Wettbewerbsverstösse vorgesehen hat. Eine darüber hinausgehende Funktion kann der Vorschrift überdies aus teleologischen Gründen nicht zugewiesen werden, weil auch nach Ablauf der Entfallfrist ein berechtigtes Bedürfnis der Wettbewerbsbehörden besteht, die Rechtswidrigkeit des jeweiligen Verhaltens feststellen und gegebenenfalls Anordnungen treffen zu können, damit eine zukünftige Wiederholung dieses Verhaltens zumindest unter Berücksichtigung der Sanktionsmöglichkeit gemäss Art. 53 KG als Missachtung geahndet werden kann. Andernfalls würde den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, qualifizierte Wettbewerbsverstösse jeweils mit einem Unterbruch von fünf Jahren zu wiederholen und dafür weder gemäss Art. 49a Abs. 1 KG noch gemäss Art. 53 KG sanktioniert werden zu können. Schliesslich handelt es sich bei der Regelung des Art. 49 Abs. 3 lit. b KG um eine von drei Regelungen zum Wegfall eines Geldbetrags als Sanktionsmöglichkeit bei qualifizierten Wettbewerbsverstössen, was gegen den Regelungszweck einer allgemeinen Verjährungsregelung spricht. Ungeachtet dessen, ob Art. 49a Abs. 3 lit. b KG als eine besondere Verjährungsfrist (vgl. BGE 140 II 438, *Spielbanken*, E. 4.3.1, wonach

die Vorschrift allerdings ohne Begründung als Regelung über die Verjährung bezeichnet wird; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.129; UHLMANN FELIX, in: Zäch u.a. [Hrsg.], *Kartellgesetz, Kommentar*, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 49a Abs. 3 Rn. 31; WEBER/VOLZ, *FHB-WBR*, Rn. 3.314) oder als eine spezifische Verwirkungsfrist (vgl. BORER, *KG*, Art. 49a Rn 31; KUSTER RICHARD, in: Baker & Mckenzie [Hrsg.], *Kartellgesetz*, 2007, zit. *KG*, Art. 53 Rn. 6; SPITZ, *Problemstellungen*, 564; TAGMANN/ZIRLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 241) oder als Sanktionsausschlussgrund (vgl. NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, VorArt. 49a, Rn. 163) zu qualifizieren ist, stellt sie bei sachgerechter Interpretation aufgrund ihres Regelungsgehalts jedenfalls keine Grundlage für eine allgemeine Verjährungsregelung für die Verfolgung von Wettbewerbsverstössen und Missachtungen dar (im Ergebnis ebenso BORER, *KG*, Art. 49a Rn. 31; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, *Marktpositionen*, Rn. 8.129; NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, VorArt. 49a, Rn. 170; SPITZ, *Problemstellungen*, 564; TAGMANN/ZIERLICK, *BSK-KG*, Art. 49a Rn. 240; UHLMANN, *Dike-KG*, Art. 49a Abs. 3 Rn. 21; a.A. KUSTER, *KG*, Art. 53 Rn. 6; MOREILLON LAURENT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la Concurrence*, 2. Aufl. 2013; zit. *CR-Concurrence*, Art. 53 Rn. 17; TSCHUDIN MICHAEL, in: Zäch u.a. [Hrsg.], *Kartellgesetz*, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 53 Rn. 24 ff.).

1695. Eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann auch nicht aus einer analogen Anwendung der Verjährung von Widerhandlungen gemäss Art. 56 KG und einem allfälligen Rückgriff auf weitere verwaltungsstrafrechtliche Regelungen hergeleitet werden.

1696. Gegen eine entsprechende Herleitung spricht bereits der ausdrückliche Verweis des Gesetzgebers in der *Botschaft KG 1995* auf die zur Anwendung gelangende übliche verwaltungsrechtliche Verjährung bei Verwaltungssanktionen sowie die Abgrenzung der Verwaltungssanktionen und der Widerhandlungen in getrennten Abschnitten des Kartellgesetzes. Hätte der Gesetzgeber die Anwendung des Art. 56 KG unter Rückgriff auf weitere verwaltungsstrafrechtliche Verjährungsregelungen vorsehen wollen, hätte er die Verwaltungssanktionen direkt der Verjährungsregelung von Art. 56 KG unterstellen können. Es ist daher offensichtlich, dass die übliche verwaltungsrechtliche Verjährung von der Verjährung von Widerhandlungen gemäss Art. 56 KG abzugrenzen ist. Zudem statuiert Art. 56 KG Verjährungsfristen von zwei und fünf Jahren. Diese Fristen werden angesichts der durch den Gesetzgeber in Art. 49a Abs. 3 lit. b KG verankerten Spezialregelung mit einer Frist von fünf Jahren von einer Anwen-



derung als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsfrist von vornherein ausgeschlossen (vgl. E. 1692).

1697. Eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann ebensowenig aus einer analogen Anwendung der Verjährungsvorschriften des Verwaltungsstrafrechts hergeleitet werden.

1698. Gegen eine derartige Anwendung spricht bereits der Umstand, dass der Gesetzgeber mit der Abgrenzung eigener Abschnitte im Kartellgesetz für Verwaltungs- und Strafsanktionen sowie durch die Zuordnung der Widerhandlungen zum Verwaltungsstrafrecht zum Ausdruck gebracht hat, dass diese Handlungen einer besonderen Ordnung unterworfen sind. Die Sanktionierung und Verjährung der Widerhandlungen bilden demzufolge einen eigenständigen Bereich des Kartellrechts, weshalb sie gegenüber dem kartellverwaltungsrechtlichen Vorgehen wegen einfacher und qualifizierter Wettbewerbsverstösse sowie Missachtungen abzugrenzen sind. Andernfalls hätte der Gesetzgeber ohne Weiteres bei den Verwaltungssanktionen auf die verwaltungsstrafrechtlichen Verjährungsregelungen verweisen können, wie er dies bereits bei Art. 56 KG getan hat. Demzufolge kann es sich aus Sicht des Gesetzgebers bei der üblichen verwaltungsrechtlichen Verjährung nicht um verwaltungsstrafrechtliche Verjährungsregelungen handeln. Darüber hinaus werden die verwaltungsstrafrechtlichen Verjährungsregelungen weder in der Rechtspraxis noch in der Literatur (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 777) als übliche verwaltungsrechtliche Verjährung qualifiziert. Zudem ist die notwendige Vergleichbarkeit zwischen Wettbewerbsverstössen und Missachtungen einerseits sowie bestimmten verwaltungsstrafrechtlichen Tatbeständen andererseits weder ersichtlich noch wurde sie in der Literatur bislang aufgezeigt. Und auch die Beschwerdeführer haben keine entsprechenden Hinweise vorgetragen. Deshalb scheidet eine Heranziehung von verwaltungsstrafrechtlichen Verjährungsregelungen auch nach den bundesgerichtlichen Grundsätzen der Verjährungsbestimmung aus.

1699. Es besteht daher kein Grund, die allgemeine verwaltungsstrafrechtliche Verjährungsregelung des Art. 11 Abs. 1 VStrR zur Anwendung zu bringen (im Ergebnis so bereits BGE 140 II 378, *Spielbanken*, E. 4.3.2; a.A. NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, VorArt. 49a, Rn. 171, alternativ zur Anwendung der strafrechtlichen Verjährungsregelung von Art. 109 StGB). Zudem hat der Gesetzgeber die Verwaltungssanktionen einschliesslich der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG nicht als Strafen bzw. Strafsanktionen im Sinne des Verwaltungsstrafrechts oder des Strafrechts qualifi-

ziert (vgl. E. 1479; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 649 ff. m.w.H.; HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, zit. *Aspekte*, 277; HEINE GÜNTER/ROTH ROBERT, Rechtsgutachten zur Sanktionierung natürlicher Personen/Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellgesetzrevision, 2010/2011, zit. *Sanktionen*, 14; WEBER/VOLZ, *FHB-WB*, Rn. 3.218). Demzufolge ist eine Anwendung von Art. 11 VStrR über Art. 333 Abs. 6 StGB von vornherein ausgeschlossen, weil der „Betrag“ gemäss Art. 49a Abs. 1 KG nach Ansicht des Gesetzgebers keine Strafe im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StGB darstellt. Überdies ist auch die weitere Voraussetzung des Art. 333 Abs. 1 StGB einer „fehlenden Bestimmung“ nicht gegeben, weil mit dem Hinweis des Gesetzgebers auf die übliche verwaltungsrechtliche Verjährung für Art 49a Abs. 1 KG eine ausdrückliche Handlungsanweisung zur Ausgestaltung der Verjährung vorliegt.

1700. Darüber hinaus ist eine Heranziehung von Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung bereits aus systematischen Gründen ausgeschlossen. Aufgrund der Statuierung einer Sonderregelung für abgeschlossene qualifizierte Wettbewerbsverstösse mit einer Entfallfrist von fünf Jahren durch den Gesetzgeber wäre die Heranziehung einer kürzeren verwaltungsstrafrechtlichen Verjährungsfrist von drei oder vier Jahren sachwidrig (vgl. E. 1692; im Ergebnis so bereits BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.2.4).

1701. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1662 ff.) ist demzufolge eine Anwendung von Art. 11 VStrR ausgeschlossen.

1702. Eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann ebenfalls nicht aus einer analogen Anwendung von strafrechtlichen Verjährungsvorschriften hergeleitet werden.

1703. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber für die Verjährung der Verwaltungssanktionen auf die übliche verwaltungsrechtliche Verjährung und nicht auf das für kartellrechtliche Strafsanktionen gegenüber natürlichen Personen ergänzend anzuwendende Verwaltungsstrafrecht verwiesen hat, ergibt sich zunächst a majore ad minus, dass eine Heranziehung von strafrechtlichen Verjährungsregelungen für die kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen erst recht ausgeschlossen ist. Einer entsprechenden Herleitung steht darüber hinaus der Umstand entgegen, dass die strafrechtlichen Verjährungsvorschriften weder von Rechtsprechung noch Lite-

ratur (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rn. 777) als übliche verwaltungsrechtliche Verjährung qualifiziert werden. Zudem ist die notwendige Vergleichbarkeit zwischen Wettbewerbsverstössen und Missachtungen einerseits sowie bestimmten strafrechtlichen Tatbeständen andererseits weder ersichtlich noch wurde sie in der Literatur bislang aufgezeigt oder von den Beschwerdeführerinnen detailliert vorgetragen, weshalb eine Heranziehung von strafrechtlichen Verjährungsregelungen auch nach den bundesgerichtlichen Grundsätzen der Verjährungsbestimmung ausscheidet. Dem stünde auch die Wertung des Gesetzgebers gegenüber, der die direkten Sanktionen ausdrücklich in Abgrenzung zu strafrechtlichen Sanktionen als Verwaltungssanktionen qualifiziert hat (vgl. E. 1699). Demzufolge finden die allgemeinen strafrechtlichen Verjährungsregelungen keine analoge Anwendung (a.A. ZURKINDEN PHILIPP/TRUEB HANS RUDOLF, *Das neue Kartellgesetz*, 2004, zit. *KG*, Art. 53 Rn. 3). Dies gilt auch für Art. 109 StGB (im Ergebnis so bereits BGE 140 II 378, *Spielbanken*, E. 4.3.2; a.A. NIGGLI/RIEDO, *BSK-KG*, VorArt. 49a, Rn. 171, alternativ zur Anwendung der verwaltungsstrafrechtlichen Verjährungsregelungen).

1704. Darüber hinaus ist eine Heranziehung von Art. 109 StGB als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung auch bereits aus systematischen Gründen ausgeschlossen. Aufgrund der Statuierung einer Sonderregelung für abgeschlossene qualifizierte Wettbewerbsverstösse mit einer Entfallfrist von fünf Jahren durch den Gesetzgeber wäre die Heranziehung einer kürzeren strafrechtlichen Verjährungsfrist von drei oder vier Jahren sachwidrig (vgl. E. 1692; im Ergebnis so bereits BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.2.4).

1705. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1662 ff.) kommt demzufolge Art. 109 StGB vorliegend ebenfalls keine Bedeutung zu.

1706. Diese Einschätzung zur Heranziehung von verwaltungs- oder strafrechtlichen Verjährungsregelungen verliert ihre Gültigkeit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch nicht deshalb, weil es sich bei den direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 *KG* entsprechend der Rechtsprechung von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht um strafrechtsähnliche Sanktionen im Sinne von Art. 6 *EMRK* handelt. Kartellsanktionsverfahren sind auch nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte selbst bei einer Möglichkeit zur Verhängung von hohen Geldbussen nicht dem Kernbereich des Strafrechts zu-

zuordnen. Daher ist auch die Ausgestaltung eines erstinstanzlichen Kartellsanktionsverfahrens als Verwaltungsverfahren zulässig (vgl. E. 98 f.), soweit im anschliessenden Rechtsmittelverfahren ein Gericht mit voller Entscheidungsbefugnis eine Überprüfung der behördlichen Entscheidung vornehmen kann. Demzufolge besteht kein Grund, von einer zwingenden Anwendung von strafrechtlichen Verfahrensvorschriften einschliesslich von Verjährungsnormen auszugehen. Vielmehr sind inhaltliche Anpassungen der strafrechtlichen Grundsätze zulässig, soweit dies unter Berücksichtigung der jeweiligen verwaltungsrechtlichen Anforderungen sachlich gerechtfertigt ist und die strafrechtliche Grundsätze nicht vollständig ihres Inhalts beraubt wird (vgl. E. 1479). Darüber hinaus statuiert die Europäische Menschenrechtskonvention auch keine zwingenden Vorschriften zur Verjährung. Deshalb besteht letztlich auch keine Notwendigkeit zur Beachtung einer bestimmten strafrechtlichen Verjährungsregelung.

1707. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstands, dass nicht nur strafrechtsähnliche, sondern auch rein verwaltungsrechtliche Kartelltatbestände einer Verfolgung bedürfen, ist es ohne Weiteres zulässig, dass der Gesetzgeber die Untersuchungsverjährung im Rahmen des Kartellverfahrens einheitlich für einfache und qualifizierte Wettbewerbsverstösse sowie Missachtungen an eine verwaltungsrechtliche und nicht an eine strafrechtliche Regelung anknüpft.

1708. Im Übrigen ist es letztlich unerheblich, ob die massgebliche Untersuchungsverjährung im Kartellrecht an eine strafrechtliche oder an eine verwaltungsrechtliche Verjährungsregelung anknüpft bzw. daran angeknüpft wird. Da dem Gesetzgeber unstreitig ein weites Ermessen bei der Ausgestaltung der Verjährung für einzelne Rechtsbereiche zukommt, ist allein deren festgelegter oder intendierter Sachgehalt von Bedeutung und nicht der Rechtscharakter der Anknüpfungsnorm. Daher spielt es für die Anwendung der massgeblichen allgemeinen kartellrechtlichen Verjährung keine Rolle, ob der Gesetzgeber die entsprechenden Verjährungsregelungen als strafrechtliche Normen in strafrechtlichen Erlassen oder als verwaltungsrechtliche Normen in verwaltungsrechtlichen Erlassen statuiert. Selbst wenn der Gesetzgeber als strafrechtlich bezeichnete Tatbestände im Kartellgesetz statuiert hätte, wäre es ihm unbenommen geblieben, deren Verjährung an die konkreten Regelungen einer verwaltungsrechtlichen Verjährungsregelung für sonstige Verwaltungssanktionen anzuknüpfen. Daher kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. E. 1662) auch nicht in umgekehrter Weise aus dem strafrechtlichen

oder verwaltungsstrafrechtlichen Rechtscharakter einer bestimmten Verjährungsregelung deren zwingende Anwendung auf die Verfolgung eines kartellrechtlichen Tatbestands mit einem strafrechtsähnlichen Charakter hergeleitet werden, wenn der Gesetzgeber für diese Verjährung ausdrücklich eine verwaltungsrechtliche Verjährungsregelung vorgesehen hat.

1709. Eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann auch nicht aus sonstigen verwandten verwaltungsrechtlichen Vorschriften hergeleitet werden. Entsprechend vergleichbare und sachgerechte Vorschriften zu öffentlich-rechtlichen Tatbeständen sind nicht ersichtlich und werden in der Literatur nicht aufgezeigt und von den Beschwerdeführerinnen auch nicht vorgetragen.

1710. Aufgrund des Fehlens einer adäquaten sonstigen verwaltungsrechtlichen Verjährungsregelung ist aufgrund der Grundsätze des Bundesgerichts zur Verjährungsbestimmung im öffentlichen Recht deshalb für die Verjährung von Verwaltungssanktionen auf die Verjährungsregelungen des Obligationenrechts abzustellen.

1711. Aufgrund der Heranziehung der privatrechtlichen Verjährungsregelungen für das kartellverwaltungsrechtliche Verfahren ergibt sich für die Verjährung auch eine Kohärenz zu den kartellprivatrechtlichen Ansprüchen eines Unternehmens gemäss den Art. 12 ff. KG.

1712. Die besondere privatrechtliche Verjährungsvorschrift des Art. 128 OR weist keine Regelungen auf, die für Wettbewerbsverhältnisse sachgerechte Anwendung finden könnte. Wettbewerbsverhältnisse beschränken sich weder auf die in Art. 128 OR genannten Branchen noch auf Rechtsverhältnisse mit periodisch wiederkehrenden Leistungen. Eine Heranziehung ist zudem wie dargestellt (vgl. E. 1692) aus systematischen Gründen schon deshalb ausgeschlossen, weil die statuierte Verjährungsfrist von fünf Jahren nicht sachgerecht wäre.

1713. Demgegenüber entspricht die allgemeine privatrechtliche Verjährungsregelung für Forderungen gemäss Art. 127 f. mit einer Verjährungsfrist von zehn Jahren den systematischen Anforderungen an eine analoge Anwendung im Wettbewerbsrecht. Dass sich eine privatrechtliche Forderung und ein wettbewerbswidriges Verhalten aber nach ihrem Gegenstand unterscheiden, wird im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte dieser Verjährung deutlich. Danach fällt der Beginn der Verjährungsfrist gemäss

Art. 130 und 131 OR jeweils auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung bzw. der ersten Fälligkeit von rückständigen Teilleistungen oder der ersten Möglichkeit zur Kündigung der jeweiligen Forderung. Diese Anknüpfungspunkte finden aber keine unmittelbare Entsprechung bei allen Wettbewerbsverhältnissen, weshalb im Kartellverwaltungsverfahren nicht darauf abgestellt werden könnte.

1714. Das Obligationenrecht sieht allerdings auch besondere privatrechtliche Verjährungsvorschriften für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen gemäss Art. 60 OR vor, welche im Hinblick auf den Gegenstand einem wettbewerbswidrigen Verhalten am ehesten entsprechen. Dabei werden eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr seit Kenntnis von Handlung und Schaden, eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren seit Begehung der Handlung sowie eine besondere Verjährungsfrist als Verweis auf einschlägige längere strafrechtliche Verjährungsregelungen statuiert. Eine analoge Anwendung der relativen Verjährungsfrist scheidet aufgrund ihrer kurzen Dauer bereits aus systematischen Gründen aus; im Übrigen wurde ihre analoge Anwendung bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen aufgrund eines sich daraus ergebenden Überraschungseffekts prinzipiell abgelehnt (vgl. BGE 126 II 61 E. 7). Gleiches gilt angesichts der ausgeschlossenen Verweisung auf das Strafrecht auch für die besondere Verjährungsfrist. Zudem wäre ein Rückgriff auf längere strafrechtliche Verjährungsfristen unter teleologischen Gesichtspunkten nicht notwendig. Die absolute Verjährungsfrist entspricht hingegen den systematischen Anforderungen an eine analoge Anwendung im Wettbewerbsrecht. Zudem bietet sie mit der Heranziehung von Handlung und Schaden adäquate Anknüpfungspunkte zur Übertragung auf ein wettbewerbswidriges Verhalten und einer damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung. Daher ist im Kartellverwaltungsverfahren diese Verjährungsregelung analog heranzuziehen.

1715. Sowohl eine analoge Heranziehung der absoluten Verjährungsfrist bei unerlaubten Handlungen als auch ein Abstellen auf die allgemeine Verjährungsfrist bei Forderungen führt demnach zu einer Verjährungsfrist von zehn Jahren als allgemeine kartellrechtliche Verjährung.

1716. Eine solche Verjährungsfrist wird unter teleologischen Gesichtspunkten auch den Anforderungen an eine ausreichende Dauer für die Verfolgung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gerecht (vgl. E. 1681 ff.).

1717. Der Bundesrat ist angesichts der in Betracht zu ziehenden allgemeinen privatrechtlichen Verjährungsregelungen offensichtlich ebenfalls von der Geltung einer mindestens zehnjährigen Dauer der allgemeinen kartellrechtlichen Verjährungsfrist ausgegangen. Denn im Rahmen der Sanktionsverordnung hat er gemäss Art. 4 SVKG eine differenzierte Regelung zur Erhöhung des Geldbetrags in Abhängigkeit von der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens statuiert, die zunächst einen Zeitrahmen von fünf Jahren und danach einen weiteren unbegrenzten Zeitraum vorsieht. Diese Sanktionsregelung kann überhaupt nur dann Anwendung finden, wenn ein entsprechender Wettbewerbsverstoss grundsätzlich nicht vor Ablauf einer ein- oder fünfjährigen Frist verjährt.

1718. Der Beginn der Verjährung bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung fällt gemäss Art. 60 Abs. 1 OR auf den Tag der schädigenden Handlung. Mit diesem Anknüpfungspunkt der Verjährung kann auch ein wettbewerbswidriges Verhalten bei dessen Ausübung angemessen erfasst werden. Dabei ist auf die Beendigung des jeweiligen Verhaltens abzustellen, um auch wiederholte oder dauernde Einwirkungen auf den Wettbewerb sachgerecht zu erfassen.

1719. Eine Unterbrechung der Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung richtet sich wie diejenige der allgemeinen Verjährung von Forderungen nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 135 ff. OR. Die Verjährungsfrist wird danach gemäss Art. 130 OR neben einer Anerkennung zu dem Zeitpunkt unterbrochen, an dem die Einreichung einer Klage oder eines Schlichtungsgesuchs, die Eintragung einer Betreuung oder die Eingabe im Konkurs durch eine Partei erfolgt. Massgebend für die Unterbrechung ist demnach der Zeitpunkt der erstmaligen, gerichtlich bzw. behördlich dokumentierten Geltendmachung und nicht erst der Zeitpunkt, in dem das jeweils eingeleitete Verfahren mit einer verbindlichen Entscheidung über den Anspruch abgeschlossen wird (vgl. DÄPPEN ROBERT K., in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, zit. *BSK-OR I*, 135 Rn. 1; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, Rn. 84.26).

1720. Diesem Zeitpunkt entspricht im Hinblick auf eine kartellrechtliche Sanktionierung die Einleitung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG durch die Wettbewerbsbehörden. Damit wird erstmalig und eindeutig dokumentiert, dass die Rechtmässigkeit eines wirtschaftlichen Verhaltens zweifelhaft ist. Dies wird durch die besondere Regelung des Art. 28 KG

bestätigt, der ausdrücklich die allgemeine Bekanntmachung der Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation vorsieht.

1721. Dass die Einleitung des Untersuchungsverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden für die Unterbrechung der allgemeinen kartellrechtlichen Verjährung massgebend ist, ergibt sich zudem aus systematischer Sicht bei einem Vergleich mit anderen Vorschriften des Wettbewerbsrechts. Auch für den Wegfall der Sanktionsmöglichkeit mit einem Geldbetrag gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG hat der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Einleitung und nicht den Abschluss des Untersuchungsverfahrens als massgeblich qualifiziert. Wenn die Erhöhungsregelung für die Sanktionierung mit einem Geldbetrag gemäss Art. 4 SVKG einen zehnjährigen Zeitrahmen vorsieht, dann muss die Verjährung bereits mit der Einleitung und nicht erst mit dem Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens unterbrochen werden, weil dieser Zeitrahmen bei einer zehnjährigen Verjährungsfrist aufgrund der notwendigen Dauer zur Durchführung eines Kartellverwaltungsverfahrens ansonsten keine Anwendung finden würde.

1722. Für die Verfolgung von qualifizierten Wettbewerbsverstössen findet somit die allgemeine kartellrechtliche Untersuchungsverjährung Anwendung. Dabei ergeben sich die folgenden wesentlichen Aspekte: Der Beginn der Untersuchungsverjährung fällt auf den Zeitpunkt der Beendigung einer Ausübung des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens durch das Unternehmen. Die Untersuchungsverjährung tritt nach Ablauf einer Dauer von zehn Jahren seit ihrem Beginn ein. Die Untersuchungsverjährung wird zu dem Zeitpunkt unterbrochen, in dem die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG einleiten. Soweit es sich bei dem wettbewerbswidrigen Verhalten um einen abgeschlossenen qualifizierten Wettbewerbsverstöss handelt, dessen Ausübung im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersuchung bereits seit mehr als fünf Jahren eingestellt worden war, entfällt im Rahmen von dessen Verfolgung allerdings eine Sanktionierung mit einem Geldbetrag.

(d) Massgebliche Vollzugsverjährung

1723. Vorliegend stellt sich zudem die Frage, ob auch von den Wettbewerbsbehörden oder den Rechtsmittelinstanzen eine Vollzugsverjährungsfrist im Sinne einer absoluten Frist zu beachten ist.

1724. Für die Bestimmung der kartellrechtlichen Vollzugsverjährung gelten die vorstehenden Ausführungen zur allgemeinen kartellrechtlichen



Untersuchungsverjährung im Ergebnis in gleicher Weise, weshalb die obligationenrechtlichen Verjährungsregelungen entsprechend Anwendung finden.

1725. Während der Durchführung eines in Art. 138 bezeichneten Gerichtsverfahrens findet eine privatrechtliche Verjährung nicht statt, weil sie infolge der Klageeinreichung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR unterbrochen und ihr erneuter Lauf mit vollständiger Frist erst mit Abschluss des jeweiligen Verfahrens vor der befassen Instanz erneut in Gang gesetzt wird. Der Begriff „Klage“ bezieht sich dabei auch auf das Rechtsmittelverfahren (vgl. BERTI STEPHEN, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V/1h/1 – Art 127-142 Das Erlöschen der Obligation, 3. Aufl. 2002, zit. ZK-OR, Art. 138 Rn. 33; DÄPPEN, *BSK-OR I*, Art. 138 Rn. 2). Die Verjährungsfrist beginnt demnach zwar mit Erlass eines Urteils erneut zu laufen; sie wird allerdings durch die Einlegung eines Rechtsmittels sofort wieder unterbrochen. Die privatrechtliche Verjährung kann somit erst nach Erlass eines rechtskräftigen Urteils eintreten. Somit findet keine Verjährung in privatrechtlichen Gerichtsverfahren oder in Verfahren vor Rechtsmittelinstanzen statt. Bei Feststellung einer Forderung mittels Urteils beträgt die neue Verjährungsfrist gemäss Art. 137 Abs. 2 OR in jedem Fall zehn Jahre, ansonsten gilt die bisherige Verjährungsfrist.

1726. Das Gleiche gilt im Übrigen für verwaltungsstrafrechtliche bzw. strafrechtliche Verfahren. Die Verfolgungsverjährung endet gemäss Art. 333 Abs. 6 lit. d bzw. Art. 97 Abs. 3 StGB nach Erlass eines erstinstanzlichen Urteils. Die Vollstreckungsverjährung beginnt gemäss Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 100 StGB oder gemäss Art. 100 StGB erst mit einem formell rechtskräftigen Urteil. Zwischen einem erstinstanzlichen Urteil und einem allenfalls letztinstanzlichen, rechtskräftigen Urteil kann eine Verjährung in verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren bzw. strafrechtlichen Verfahren daher ebenfalls nicht eintreten (vgl. ZURBÜGG MATTHIAS, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerisches Strafbuch, 4. Aufl. 2018, *BSK-StGB*, Art. 100 Rn. 2 ff.).

1727. Vor diesem Hintergrund besteht in jedem Fall kein Grund, auf kartellrechtliche Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren eine Verjährungsfrist anzuwenden.

1728. Aus diesem Grund beginnt der Lauf der Vollzugsverjährung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines Entscheids der Wettbewerbskommission oder des Bundesverwaltungsgerichts bzw. des Bundesgerichts als

Rechtsmittelinstanz. Die Frist der Vollzugsverjährung beträgt dabei ebenfalls zehn Jahre.

(e) Sachverhalt

1729. Die Beschwerdeführerinnen haben das wettbewerbswidrige Verhalten im Januar 2007 beendet. Das Untersuchungsverfahren wurde bereits kurz davor ebenfalls im Januar 2007 eröffnet (vgl. SV J.d). Demnach wurde damit der Lauf der Verjährung unmittelbar unterbrochen.

1730. Mit Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens durch Erlass der angefochtenen Verfügung am 29. November 2010 (vgl. SV J.I) begann die Verjährungsfrist erneut zu laufen. Mit Einreichung der Beschwerde durch die Beschwerdeführerinnen beim Bundesverwaltungsgericht am 31. Januar 2011 (vgl. SV K.a ) wurde die Verjährung erneut unterbrochen. Während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht läuft keine Verjährungsfrist, weshalb eine Verjährung der von der Wettbewerbskommission angeordneten Sanktionen nicht stattfindet.

1731. Eine Verjährung des wettbewerbswidrigen Verhaltens oder dessen Sanktionierung ist daher entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten.

## **X. VORINSTANZLICHE VERFAHRENSKOSTEN**

1732. Die Beschwerdeführerinnen haben keinen spezifischen Einwand im Hinblick auf die Auferlegung der Kosten für das Kartellverwaltungsverfahren erhoben.

1733. Angesichts der inhaltlichen Bestätigung der angefochtenen Verfügung und der sich daraus ergebenden Abweisung der Beschwerde bedarf die Kostenentscheidung im vorinstanzlichen Verfahren keiner Anpassung.

1734. Da die Beschwerdeführerinnen die Ziff. 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, mit der allein der Beschwerdeführerin 1 die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens auferlegt wurden, im Rahmen der Beschwerde nicht angefochten haben, bedarf diese spezifische Festlegung der Vorinstanz keiner Korrektur.

## **XI. GESAMTBEURTEILUNG DER BESCHWERDE**

1735. Die Beschwerdeführerinnen haben eine Einstellung des Verfahrens oder ersatzweise eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz sowie hilfsweise immerhin eine Herabsetzung der Sanktion oder zumindest die Entfernung der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin unter Anpassung des Dispositivs der angefochtenen Verfügung beantragt. Mit dem vorliegenden Urteil werden diese Begehren abgewiesen, auch wenn mehrere Änderungen am Dispositiv der angefochtenen Verfügung vorzunehmen sind. Denn der Vorwurf des durch die angefochtene Verfügung festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens wird durch das vorliegende Urteil vollumfänglich bestätigt.

1736. Die selbständige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in der angefochtenen Verfügung ist angesichts der im Laufe des Verfahrens ergangenen Urteile des Bundesgerichts unter Berücksichtigung der Feststellungen zum wettbewerbswidrigen Verhalten gemäss Art. 7 KG in den entsprechenden Ziffern des Dispositivs nicht erforderlich (vgl. E. 410 ff.). Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist demzufolge aufzuheben. Die Aufhebung erlangt im vorliegenden Verfahren allerdings keine selbständige inhaltliche Bedeutung.

1737. Die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens in Form einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG sowie einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts sachlich angemessen (vgl. E. 410 ff.). Ziff. 2 und 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleiben daher bestehen.

1738. Die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens in Form einer Beschränkung der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG und einer Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG bedarf angesichts der Bestätigung einer Geschäftsverweigerung und einer Koppelung keiner Überprüfung von Seiten des Gerichts. Die Ziff. 3 und 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sind daher aufzuheben. Diese Aufhebung erlangt im vorliegenden Verfahren allerdings keine selbständige inhaltliche Bedeutung.

1739. Der für den Wettbewerbsverstoss festzusetzende Sanktionsbetrag wird in vollem Umfang bestätigt. Ziff. 6 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt somit bestehen.

1740. Das vorliegende Urteil hat keine Auswirkung auf die vorgenommene Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (vgl. E. 1732 f.). Ziff. 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt demzufolge bestehen.

1741. Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die Rechtsmittelbelehrung nicht in das Dispositiv aufzunehmen ist, weil sie durch eine Beschwerdeentscheidung weder aufgehoben noch bestätigt werden muss und sie daher kein Bestandteil der Entscheidungsformel ist. Auf eine Aufhebung der Ziff. 8 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird allerdings verzichtet, weil dieser Umstand im vorliegenden Verfahren keine selbstständige inhaltliche Bedeutung erlangt und die Beschwerdeführerinnen keinen entsprechenden Antrag gestellt haben.

1742. Gleiches gilt für die in Ziff. 9 des Dispositivs enthaltene Eröffnungsformel.

1743. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde trotz der Anpassung des Dispositivs aus formellen Gründen vollumfänglich unterliegen.

## **XII. VERFAHRENSKOSTEN UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG**

1744. Die Auferlegung der Verfahrenskosten, die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen, sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG.

1745. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei die Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Gemäss Art. 2 Abs. 2 VGKE kann das Gericht über die Höchstbeträge der Rahmengebühren hinausgehen, wenn besondere Gründe, namentlich eine mutwillige Prozessführung oder ein ausserordentlicher Aufwand, eine Erhöhung rechtfertigen. Vorliegend ist davon auszugehen, dass eine besondere Angelegenheit nach Umfang und Schwere vorlag, die einen ausserordentlichen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung erforderte. Allerdings kann

der in Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG festgesetzte Höchstbetrag von 50'000.-CHF in keinem Fall überschritten werden (vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, *Verfahrensrecht*, Rn. 1567; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 4.22a). Die Gerichtsgebühr ist demzufolge entsprechend dem Höchstbetrag der Rahmengebühr für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als 5 Mio. CHF gemäss Art. 3 Abs. 2 VGKE mit einem Betrag in Höhe von 50'000.- CHF festzusetzen.

1746. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. In diesem Falle sind die Kosten aufgrund eines allgemeinen prozessualen Grundsatzes im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 802).

1747. Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihrer Beschwerde trotz der formellen Anpassung des Dispositivs in vollem Umfang, weshalb die volle Gerichtsgebühr gegen sie festzusetzen ist.

1748. Gemäss Art. 64 Abs.1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht.

1749. Eine Parteientschädigung ist vorliegend weder den Beschwerdeführerinnen mangels Obsiegens noch der Vorinstanz mangels rechtllichem Erstattungsanspruch zuzusprechen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 in Sachen Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) wird teilweise gutgeheissen.
2. Die Ziff. 1, 3 und 4 des Dispositivs der in Ziff. 1 bezeichneten Verfügung werden aufgehoben.
3. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
4. Der SIX Group AG und der SIX Payment Services AG werden zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung die Gerichtskosten in Höhe von 50'000 CHF auferlegt. Diese Kosten werden nach Rechtskraft des Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von 40'000.- CHF verrechnet. Der Restbetrag in Höhe von 10'000.- CHF ist innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu bezahlen.
5. Den Parteien wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (per Kurier);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0205; per Kurier);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Einschreiben).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:                      Der Gerichtsschreiber:

Stephan Breitenmoser

Ralf Straub

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. Mai 2019