



Abschreibungsentscheid vom 28. September 2022

Besetzung

Einzelrichter Christian Winiger,
Gerichtsschreiber Reto Finger.

Parteien

1. **Mastercard Europe, Waterloo (B)**,
Zweigniederlassung Zürich, Löwenstrasse 25, 8001 Zürich,
2. **Mastercard Europe SA**,
Chaussée de Trevuren 198A, BE-1410 Waterloo,
beide vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Marcel Meinhardt und Luzius Sidler,
Lenz & Staehelin,
Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung vom 8. Februar 2021 in Sachen Untersuchung
32-0269 betreffend "Co-Badging für NCS auf Mastercard
Debitkarten" / Vorsorgliche Massnahmen.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die SIX NCS AG (zuvor SIX BBS AG) am 9. April 2020 bei der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) eine Anzeige betreffend Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Debitkarten-Schemes durch Mastercard einreichte, unter anderem mit dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen,

dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 8. Februar 2021 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Vorinstanz eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG (Untersuchung 32-0269 betreffend "Co-Badging für NCS auf Mastercard Debitkarten") eröffnete und die Vorinstanz gleichzeitig für die Dauer der Untersuchung nachfolgende vorsorgliche Massnahmen verfügte:

1. Mastercard Europe, Waterloo (B), Zweigniederlassung Zürich sowie Mastercard Europe SA haben aufgrund der Zusagen von SIX das Aufbringen des Application Identifier (AID) für das National Cash Scheme (NCS) sowie des NCS-Logo auf den durch die Banken (Issuer) herausgegebenen Debitkartenprodukten Debit Mastercard und Maestro für ein passives Co-Badging zu dulden, unabhängig davon, ob es sich bei der anfragenden Bank um einen Principal oder einen Affiliate Issuer handelt.
2. Mastercard hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb von drei Arbeitstagen über den Eingang jeder Anfrage einer Bank um Aufbringung des AID und des NCS-Logos zu informieren. Anschliessend hat Mastercard innerhalb von fünf Arbeitstagen über die Genehmigung oder Ablehnung der Anfrage zu informieren. Im Falle einer Ablehnung ist diese gleichzeitig zu begründen.
3. Die im Rahmen der Ziffer 1 dieses Dispositivs herausgegebenen Karten dürfen unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens bis zum Ablauf der Kartengültigkeitsdauer in Umlauf bleiben und müssen nicht vorzeitig ausgetauscht werden.
4. Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
5. Die Kosten dieser Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen werden zur Hauptsache geschlagen.

dass Mastercard Europe, Waterloo (B), Zweigniederlassung Zürich, und Mastercard Europe SA (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 18. März 2021 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Februar

2021 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Februar 2021 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Februar 2021 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei sei die Vorinstanz anzuweisen, kein Co-Badging anzuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes.

Vorsorgliche Massnahmen

1. Es sei der von der Vorinstanz in der Verfügung vom 8. Februar 2021 angeordnete Entzug der aufschiebenden Wirkung aufzuheben und es sei die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Februar 2021 wiederherzustellen.
2. Die beantragte vorsorgliche Massnahme in Ziffer 1 sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz, anzuordnen.

Verfahrensantrag

Es sei vor dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts eine Verhandlung durchzuführen und es sei die Beschwerdeführerin anzuhören.

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2021 SIX NCS AG – soweit sich dies nach Ermessen für das Bundesverwaltungsgericht als erforderlich erweist – im Sinne von Art. 57 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) als andere Beteiligte in das vorliegende Verfahren miteinbezog, auch unter Hinweis auf die möglichen Kostenfolgen für SIX NCS AG,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 10. November 2021 das Gesuch der Beschwerdeführerinnen, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen, gutgeheissen hat,

dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 22. August 2022 auf ihren Entscheid vom 8. Februar 2021 zurückkam und die Verfügung aufhob, soweit sie nicht bereits durch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. November 2022 gegenstandslos geworden war,

dass die Vorinstanz ihr Vorgehen unter anderem damit begründete, die im Rahmen des laufenden Hauptverfahrens durchgeführte Marktbefragung habe kein einheitliches Bild gezeichnet betreffend das grundsätzliche Interesse der befragten Issuer Banken an einem passiven Co-Badging als Vorbereitungsmassnahme während der Dauer der laufenden Untersuchung,

dass das passive Co-Badging aber auch vor dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung vom 10. November 2021 von den Issuer Banken wenig nachgefragt wurde (vgl. Zwischenentscheid B-1241/2021 vom 10. November 2021 E. 8.2),

dass darüber hinaus die SIX NCS AG mit Eingabe vom 7. Juni 2022 dem Sekretariat mitteilte, aufgrund des ungewissen Verfahrensausgangs sei das Projekt vorerst auf "on-hold" gestellt worden,

dass die Vorinstanz in der Folge die vorsorglichen Massnahmen während der Dauer der Untersuchung mit Verfügung vom 22. August 2022 im Sinne von Art. 58 Abs. 1 VwVG in Wiedererwägung gezogen hat,

dass das Beschwerdeverfahren daher im einzelrichterlichen Verfahren als durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass die Verfahrenskosten bei einer Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit in der Regel jener Partei auferlegt werden, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]),

dass im vorliegenden Fall die Vorinstanz, auch aufgrund von besserer eigener Einsicht, die Wiedererwägung vom 22. August 2022 verfügt und dadurch die Gegenstandslosigkeit im Wesentlichen bewirkt hat (vgl. Urteil des BGer 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4),

dass demnach der Vorinstanz an sich die Verfahrenskosten aufzuerlegen wären, wobei Vorinstanzen gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt werden können, weshalb hier auf die Auferlegung der Verfahrenskosten zu verzichten ist,

dass die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG),

dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingaben vom 2. September 2022 und 27. September 2022 eine Kostennote einreichten und beantragten, es sei ihnen eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 245'155.-- zu entrichten, zu Lasten der Vorinstanz, eventualiter zu Lasten der SIX NCS AG,

dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Kostennote einen zeitlichen Aufwand von insgesamt 671,6 Stunden ausweisen, welcher sich als klar zu hoch erweist, auch mit Blick auf die in anderen kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren üblicherweise zugesprochenen Parteientschädigungen (Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 22.2.2 "Dargaud"; B-4637/2013 vom 9. Juli 2014 E. 10 "Quickline"; Beschwerdeentscheid REKO/WEF vom 27. September 2005 E. 6 "Ticketcorner"),

dass der Aktenumfang im vorliegenden Verfahren umfangreich und die zu behandelnde Materie komplex ist, wobei sich das vorliegende Verfahren auf die vorsorglichen Massnahmen während der Dauer der Untersuchung und nicht auf das Hauptverfahren selbst bezieht und die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerinnen, welche in das Vorverfahren ebenfalls involviert ist, auch auf Argumente aus dem Vorverfahren zurückgreifen konnte (vgl. BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.3.4 "Swisscom – Terminierungspreise im Mobilfunk"),

dass unter diesen Umständen der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Aufwand von 257 Stunden (Positionen vom 17. Februar 2021 bis 18. März 2021 der Honorarnote) für die Ausarbeitung der Beschwerde zu hoch und auf 100 Stunden zu reduzieren ist (vgl. Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 22.2.2 "Dargaud"),

dass der geltend gemachte Aufwand von 51.1 Stunden (Positionen vom 24. März 2021 bis 17. Mai 2021 der Honorarnote) betreffend die Beteiligung von SIX NCS AG als andere Beteiligte im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG nicht zu entschädigen ist, weil die Beschwerdeführerinnen in diesem Umfang unterlagen (vgl. Zwischenentscheid BVGer B-1241/2021 vom 19. Mai 2021),

dass die Beschwerdeführerinnen nach Abschluss des Schriftenwechsels zum Gesuch der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eine unaufgeforderte Kurzstellungnahme vom 29. September 2022 einreichten, welche keine neuen Erkenntnisse enthielt, weshalb dieser Aufwand von 21.3 Stunden (Positionen vom 17. September 2021 bis 29. September 2021 der Honorarnote) nicht zu den notwendigen Kosten gezählt werden kann (MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 25 zu Art. 64),

dass die Beschwerdeführerinnen nach dem Zwischenentscheid zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 10. November 2021 und vor der Fristansetzung zur Replik vom 23. März 2022 ohne eigenen Fristenlauf einen Aufwand von insgesamt 22.5 Stunden geltend gemacht haben, welcher ebenfalls auf den notwendigen Umfang von 2.5 Stunden zu reduzieren ist,

dass die Beschwerdeführerinnen für die Replik einen Aufwand von insgesamt 283 Stunden geltend gemacht haben (Positionen vom 24. März 2022 bis 9. Juni 2022 der Honorarnote), obwohl sich diese in wesentlichen Teilen auf die Beschwerde bezieht und zahlreiche unnötige Wiederholungen enthält, weshalb der Aufwand auf 50 Stunden zu reduzieren ist (BGE 137 II 199, nicht publizierte E. 8.3.5 "Swisscom – Terminierungspreise im Mobilfunk"),

dass sich, angesichts der Komplexität des Falls, auch im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ein Stundensatz von Fr. 350.-- rechtfertigt (Art. 5 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE),

dass den Beschwerdeführerinnen deshalb eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. _____ zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen ist,

dass die SIX NCS AG mit Eingabe vom 20. September 2022 unter anderem geltend machte, die Voraussetzungen für eine Überwälzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf SIX NCS AG seien in der vorliegenden Sache weder persönlich noch sachlich erfüllt,

dass SIX NCS AG in ihrer Anzeige vom 9. April 2020 bezüglich der Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen das hier nicht streitgegenständliche aktive Co-Badging beantragt hatte und hinsichtlich der Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen keine eigenen Anträge stellte, weshalb ihr vorliegend auch keine Verfahrenskosten aufzuerlegend sind.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Je eine Kopie der Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 27. September 2022 geht an die Vorinstanz und SIX NCS AG zur Kenntnisnahme.

2.

Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 15'000.-- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. _____ zu bezahlen.

5.

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerinnen, SIX NCS AG und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 3. Oktober 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- SIX NCS AG (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage gem. Ziff. 1)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0269; Gerichtsurkunde; Beilage gem. Ziff. 1)