Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2C 292/2008

Urteil vom 12. Dezember 2008
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
1. Credit Suisse,
2. Raiffeisen Schweiz Genossenschaft,
3. UBS AG,
4. Zürcher Kantonalbank,
Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich,

gegen

Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern.

Gegenstand
Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee),

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 29. Februar 2008.

Sachverhalt:

A.
Die Crédit Suisse AG (CS), die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank planen, für inländische Maestro-Kartentransaktionen eine multilateral ausgehandelte Domestic Interchange Fee (DMIF) einzuführen. Dabei handelt es sich um ein Entgelt pro Debitkartentransaktion, das von den mit den Vertragsbeziehungen zu den einzelnen Händlern betrauten Unternehmen (”Acquirern”) an die Bankinstitute (”Issuer”) zu leisten wäre. Die Karteninhaber müssen für die Dienstleistungen der Kartenherausgeber weiterhin eine Jahresgebühr entrichten. Daneben bezahlt der Händler, der die Maestro-Karte zur Zahlung annimmt, dem jeweiligen ”Acquirer” (vorab zurzeit der Telekurs Multipay AG) eine (fixe) Kommission (”merchant service charge”, MSC). Die neue Abgabe bezweckt - so die Beteiligten -, die von den ”Issuern” (Banken) gegenüber den ”Acquirern” im Rahmen der Abwicklung der Geschäftstransaktion zwischen dem Händler und dessen Kunden erbrachten Leistungen (Zahlungsgarantie usw.) abzugelten; die Netzwerkexternalitäten der ”Issuer”, d.h. die von ihnen ausserhalb der eigenen Vertragsbeziehungen zu den Kartenkunden bewirkten Nutzen und Kosten, sollen damit im Gesamtsystem ausgeglichen (internalisiert) und ein angeblich
diesbezüglich bestehendes Defizit beseitigt werden. Das neue System wäre nach seiner Einführung für alle in der Schweiz tätigen Maestro-”Issuer” und -”Acquirer” verbindlich.

B.
B.a Am 30. Juli 2004 meldeten die Crédit Suisse AG, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank im Namen aller an der DMIF beteiligten "Issuer" die vorgesehene Absprache dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (vgl. Art. 49a Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Dieses beschloss am 15. September 2004, eine Vorabklärung (Art. 26 KG) einzuleiten. Die meldenden Unternehmen teilten hierauf mit, dass sie ihr Vorhaben vorläufig nicht umsetzen würden. Am 5. Dezember 2005 bezeichnete die Wettbewerbskommission die zwischen den "Issuern" und "Acquirern" im sachlich verwandten Markt für VISA- und MasterCard-Kreditkarten getroffene Absprache als Preisabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtige und aus Effizienzgründen nur insoweit gerechtfertigt werden könne, als dabei ausschliesslich die funktionsnotwendigen Netzwerkkosten berücksichtigt würden; in diesem Sinn genehmigte sie für vier Jahre eine angepasste, zwischen ihrem Sekretariat, den Kreditkartenherausgebern und den "Acquiring"-Unternehmen am 29. März 2005 getroffene einvernehmliche Regelung (vgl. die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005, in: Recht und Politik des Wettbewerbs [im Weitern: RPW]2006/1, S. 65 ff.).
B.b Am 6. April 2006 forderten die meldenden Unternehmen den Präsidenten der Wettbewerbskommission bzw. deren Sekretariat auf, die Vorabklärung bezüglich der DMIF für Maestro-Transaktionen weiterzuführen und baldmöglichst mit einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen, wie dies im "Kreditkartenverfahren" geschehen sei; eventuell sei das Verfahren durch eine Feststellungsverfügung der Kommission zu beenden. Am 10. Juli 2006 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission ihnen den Schlussbericht seiner Vorabklärung (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 601 ff.); es beschloss, "für den Fall, dass eine DMIF oder die internationale Fallback Interchange Fee für inländische Transaktionen eingeführt und das Gebührenmodell von Telekurs angepasst wird", eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen und zu gegebener Zeit hierfür um das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums zu ersuchen. Das Sekretariat befand, dass es sich bei der geplanten DMIF um eine horizontale Preisabsprache handle, weshalb zu vermuten sei, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten schweizerischen "Issuing"-Markt beseitigt werde (Art. 5 Abs. 3 KG). Zwar lasse sich die gesetzliche Vermutung allenfalls umstossen, doch bestünden Indizien für einen fehlenden Intrabrand- und Interbrandwettbewerb, so dass die Absprache den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigen könnte (Art. 5 Abs. 1 KG). Es erscheine gestützt auf die vorliegenden Unterlagen zweifelhaft, ob sich die Preisabsprache aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse. Für eine definitive Beurteilung bedürfe es einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG, sollte das Vorhaben in der angekündigten Form umgesetzt werden.
B.c Die meldenden Unternehmen ersuchten das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 8. Dezember 2006 darum, "es sei durch die Wettbewerbskommission eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4 % unter dem Kartellgesetz zulässig ist". Die Wettbewerbskommission trat mit Verfügung vom 7. Mai 2007 auf den Antrag nicht ein (veröffentlicht in: RPW 2007/3 S. 478 ff.): Nach Lehre und Rechtsprechung bestehe kein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung, weshalb keine (anfechtbare) Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG vorliege, wenn auf den Erlass einer solchen verzichtet werde. Die Wettbewerbsbehörden könnten im Untersuchungsverfahren nicht aufgrund eines hypothetischen Sachverhalts entscheiden; solche "bedingte" Verfügungen seien dem Verwaltungsverfahrensrecht fremd, weshalb auch der Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung (Art. 25 VwVG) ausser Betracht falle.
B.d Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde hin am 29. Februar 2008: Zwar erweise sich das Bedürfnis der Betroffenen, von der Wettbewerbskommission über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Vorhabens rechtsverbindlich aufgeklärt zu werden, wegen der empfindlichen direkten Sanktionen als "legitim und unabweisbar"; es sei ihm als Justizbehörde indessen verwehrt, sich über die Einschätzung der Wettbewerbskommission hinwegzusetzen, sie "sei aus objektiven Gründen nicht in der Lage, das von den Beschwerdeführerinnen eingeforderte unbedingte Urteil abzugeben [...]". Aufgrund der glaubwürdigen Angaben der Wettbewerbskommission liege "keine feststellungsfähige Rechtslage" vor, welche es erlaube, "die anbegehrte Feststellungsverfügung einzufordern". Die allgemeine Praxis zu den Feststellungsverfügungen lasse sich nicht auf wettbewerbliche Sachverhalte übertragen, da sich diese durch eine "komplexe und dynamische Natur" auszeichneten.

C.
Die Crédit Suisse AG, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank sind hiergegen mit gemeinsamer Eingabe vom 16. April 2008 an das Bundesgericht gelangt. Sie beantragen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Februar 2008 aufzuheben und die Wettbewerbskommission anzuweisen, "eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen und eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4% unter dem KG zulässig ist"; eventuell sei die Sache hierfür an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen. Die Crédit Suisse, die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, die UBS AG und die Zürcher Kantonalbank machen geltend, sie hätten in Anbetracht des "immensen Sanktionsrisikos in dreistelliger Millionen- bis Milliardenhöhe ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Zulässigkeit der MIF Maestro (bzw. dem Nichtbestehen der Pflicht, im Falle einer Einführung der MIF Maestro direkte Sanktionen leisten zu müssen)". Das Bundesverwaltungsgericht hat darauf verzichtet, sich zur Beschwerde zu äussern. Die Wettbewerbskommission
beantragt, diese abzuweisen.

Erwägungen:

1.
Verwaltungsrechtliche Entscheide der Wettbewerbskommission können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG [SR 172.32]bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. 86 Abs. 1 lit. a BGG; vgl. BGE 130 II 149 E. 1 [zum OG]). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ausschliesslich die verfahrensrechtliche Frage, ob die Wettbewerbskommission zu Unrecht auf das Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eingetreten ist, im Anschluss an ihre Meldung eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung zu eröffnen bzw. sich im Rahmen einer Feststellungsverfügung zur materiellen Zulässigkeit der geplanten DMIF für Maestro-Transaktionen zu äussern. Der Antrag, die Wettbewerbskommission anzuweisen, die multilateral ausgehandelte Interchange Fee materiellrechtlich als zulässig zu erklären, geht hierüber hinaus und ist deshalb unzulässig (vgl. BGE 129 V 289 E. 3). Nachdem das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der Wettbewerbskommission, das Feststellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen nicht zu behandeln, geschützt hat, liegt kein materieller Entscheid vor, der hier überprüft werden könnte. Streitgegenstand bildet nur die
Frage, ob die durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte Verfügung der Wettbewerbskommission, auf das (Feststellungs-)Gesuch der Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten, vor Bundesrecht standhält.

2.
2.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann ein an einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten [harte Horizontalkartelle]) oder Abs. 4 KG (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz in Vertikalverträgen) beteiligtes Unternehmen oder ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung [Marktmissbrauch]) unzulässig verhält, mit einer Busse bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verhaltens; zudem ist der mutmassliche Gewinn "angemessen zu berücksichtigen", den das Unternehmen dadurch erzielt hat. Der Erlass von Art. 49a KG - und damit die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden sowie alle Formen des Marktmissbrauchs - bildet eine der zentralen Neuerungen der Revision des Kartellgesetzes von 2003 (in Kraft seit 1. April 2004). Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die Wettbewerbsbehörden Unternehmen nur verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen; erst im Wiederholungsfall bzw. bei Verletzung einer Verfügung der WEKO
waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen zulässig. Diese Regelung gilt heute für alle nicht in Art. 49a Abs. 1 KG genannten Verstösse gegen das Kartellgesetz und für jene Fälle des Art. 49a Abs. 1 KG fort, bei denen die Wettbewerbsbehörden in der Sache bereits entschieden haben (statt vieler: Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 2 f.; Jürg Borer, Kartellgesetz, Zürich 2005, N. 4 f. zu Art. 49a KG; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N. 1112 - 1114; Walter A. Stoffel, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts; Die

Tragweite des zweiten Paradigmenwechsels innerhalb von zehn Jahren, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 1 ff., dort S. 3 ff., 7 f., 11).

2.2 Die Sanktionsmöglichkeit ("Belastung") entfällt, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG). Wird ihm jedoch innert fünf Monaten die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 - 30 KG mitgeteilt und hält es dennoch an der Wettbewerbsbeschränkung fest, kann es hierfür wiederum (direkt) sanktioniert werden (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG: "entfällt die Belastung nicht"; frz.: "...toutefois une sanction peut tout même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction", ital.: "se nei cinque mesi dall'annuncio le viene comunicata l'apertura di una procedura secondo gli articoli 26-30, la sanzione non decade qualora l'impresa mantenga la limitazione").
2.3
2.3.1 Die Wettbewerbskommission und ihr nahestehende Autoren sowie das Bundesverwaltungsgericht gehen davon aus, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG nicht dazu dient, die materiellrechtliche Zulässigkeit einer wettbewerbsrelevanten Verhaltensweise definitiv zu klären; es soll - als Verfahren sui generis - vor direkten Sanktionen schützen, bis das Sekretariat der Wettbewerbskommission seine Bedenken (innert 5 Monaten seit der Meldung) durch die Eröffnung eines (ordentlichen) Kartellverfahrens (Vorabklärung [Art. 26 KG]oder Untersuchung [Art. 27 ff. KG]) kundgetan hat oder die entsprechende Frist unbenützt verstreichen liess. Das Widerspruchsverfahren wird eingestellt, falls das gemeldete Vorhaben nicht umgesetzt oder nach dem Widerspruch nicht weitergeführt wird. Setzen die Betroffenen das Vorhaben trotz Widerspruchs bzw. Verfahrenseröffnung um oder fort, bleiben Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG möglich, falls sich im Untersuchungsverfahrens ergibt, dass es sich tatsächlich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 49a Abs. 1 BGG handelt; das meldende Unternehmen muss das damit verbundene Risiko selber abschätzen (Tagmann, a.a.O., S. 5 ff.; Krauskopf/Schaller/Bangerter,
in: Geiser/Krauskopf/ Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, N. 12.42; Zäch, a.a.O., N. 1136; Patrik Ducrey, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 151 ff., dort S. 158 ff., 164 ff.; derselbe, Erste Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden mit den revidierten Bestimmungen - insbesondere mit der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, in: Jusletter 27. September 2004, Rz. 2 ff.). Wird innert 5 Monaten kein Verfahren eröffnet oder informiert das Sekretariat das meldende Unternehmen bereits vorher darüber, dass es hierauf verzichtet, ist der Meldende im Umfang des von ihm dargelegten Sachverhalts von der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG definitiv befreit; das schliesst indessen nicht aus, dass die Behörden zu einem späteren Zeitpunkt die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung wieder aufgreifen, überprüfen und materiell allenfalls anders beurteilen (Art. 26 ff. KG; Krauskopf/Schaller/Bangerter, a.a.O., N. 12.43; Zäch, a.a.O., N. 1137; Ducrey, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 166).
Die entlastende Mitteilung ("Comfort-Letter") oder der unbenutzte Fristablauf befreit somit von der direkten Sanktion, sagt jedoch nichts über die definitive Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des gemeldeten Verhaltens aus (Zurkinden/ Trüeb, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, N. 13 zu Art. 49a KG; Ducret, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 166 f.; Olivier Schaller, Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée [art. 49a al. 3 let. a LCart], in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 169 ff., dort S. 178 ff., S. 181).

2.3.2 Die Beschwerdeführerinnen und ein Teil der Doktrin beanstanden diese Sicht der Dinge als verfassungs- und gesetzwidrig: Sie gehen davon aus, dass die meldenden Unternehmen einen Anspruch auf einen definitiven Entscheid der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens - zumindest hinsichtlich der direkten Sanktionsfolgen - hätten. Sie leiten diesen Anspruch aus Art. 49a Abs. 3 KG in Verbindung mit Art. 26 und Art. 27 - 30 KG bzw. Art. 25 VwVG ab. Für sie ist das bisherige verfahrensrechtliche System um ein Vorverfahren ergänzt worden, das in sämtlichen Fällen definitiv Rechtssicherheit bezüglich des Risikos direkter Sanktionen bei einer Umsetzung der gemeldeten Verhaltensweise schaffen will. Der Zweck der Meldung bestehe gerade darin, dem meldenden Unternehmen Klarheit über die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens oder einer Wettbewerbsabrede zu verschaffen, ansonsten wettbewerbliche Verhaltensweisen, die

sich allenfalls als gesetzlich zulässig und volkswirtschaftlich effizient erwiesen, nur verzögert oder gar nicht umgesetzt werden könnten (vgl. so Peter Reinert, in: Baker&McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, N. 33 zu Art. 49a KG; derselbe, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem
Kartellgesetz, in: Zäch, Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 147 ff., dort S. 162 f.; Christian Brauchlin, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 33 ff.; Irene Klauer, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung? in: sic! 9/2004 S. 709 ff.; Reto Jacobs, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Jusletter 27. September 2004, Rz. 4 ff., 34). Sie beabsichtigten - so die Beschwerdeführerinnen - nach wie vor, die Abrede bezüglich der Maestro-Interchange-Fee umzusetzen, falls sie sich als zulässig erweise, wovon sie überzeugt seien. Es könne ihnen nicht zugemutet werden, hierbei eine Busse in der Höhe eines dreistelligen Millionenbetrags zu riskieren. Es lägen somit sämtliche Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung vor und die Wettbewerbskommission sei deshalb gehalten, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG einzuleiten, ohne dass sie ihr Vorhaben mit dem entsprechenden Sanktionsrisiko zuerst umsetzen müssten. Dies ergebe sich sowohl aus einer historischen als auch einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG. Die Einwände der Vorinstanzen,
dass nur bei einer erfolgten Umsetzung der Abrede deren Auswirkungen im Markt genügend sicher festgestellt werden könnten, überzeugten nicht. Das Bundesgericht habe der erhöhten Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte insofern Rechnung getragen, als diese nicht "strikt" nachgewiesen werden müssten, wo das der Sache nach nicht möglich sei; in entsprechenden Fällen genügten Annahmen und Hypothesen. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, wie die heute erhebbaren Marktanteile, Umsätze und Kosten bloss "hypothetisch" sein könnten.

3.
Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen sind wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich; der angefochtene Entscheid verletzt indessen kein Bundes(verfassungs)-recht:
3.1
3.1.1 Nach Art. 96 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Bestimmung schliesst partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen nicht aus ("selektive" per-se-Verbote); sie lässt jedoch kein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu. Ausschliesslich die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Konsequenzen von wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen und Absprachen sollen bekämpft werden (vgl. Art. 1 KG; Reto Jacobs, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N. 13 - 22 zu Art. 96 BV mit weiteren Hinweisen; Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Zürich 2007, N. 5 f. zu Art. 96 BV; Jean-François Aubert, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 9 zu Art. 96 BV). Die Kartellaufsicht will die Wettbewerbsfunktionen und damit das Erreichen möglichst optimaler Marktergebnisse sichern (Zurkinden/Trüeb, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 1 KG; Patrik Ducrey, Kartellrecht, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter-
und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 1238). Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten (vgl. Art. 5 Abs. 2 KG; Tagmann, a.a.O., S. 5).
3.1.2 Der Gesetzgeber hat mit der Vorabklärung (Art. 26 KG) und der Untersuchung (Art. 27 - 30 KG) spezialgesetzlich geregelte Verfahren geschaffen, in denen dies geprüft wird. In deren Rahmen steht den Wettbewerbsbehörden - auch hinsichtlich der Opportunität der Abklärungen - ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Die Vorabklärung hat "Triage"-Funktion; weder die an einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten oder an einer Absprache Beteiligten noch Dritte haben einen Anspruch darauf, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission tätig wird und eine Vorabklärung einleitet; der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen (Krauskopf/Schaller/Bangerter, a.a.O., N. 12.11; Borer, a.a.O., N. 5 zu Art. 26 KG; Zurkinden/Trüeb, a.a.O., N. 1 zu Art. 26; Daniel Zimmerli, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, Bern 2007, S. 557; Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 154 f.). Da die Eröffnung bzw. Nichteröffnung der Vorabklärung unmittelbar keine Rechte und Pflichten begründet, sondern nur eine Vorstufe zum Entscheid der

Wettbewerbskommission darstellt, bildet sie keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (Frage noch offengelassen in BGE 130 II 521 ff.). Die Vorabklärung findet ihren Abschluss (a) mit der Einstellung des Verfahrens, (b) mit einer einvernehmlichen Regelung oder (c) mit dem Schlussbericht; weder dieser noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen, sind anfechtbar. Da kein Rechtsanspruch auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens besteht, weil dieses in erster Linie das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Markt und nicht private Anliegen schützt (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.9, 149 E. 2.4 S. 156), ist (auch) eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde in diesem Zusammenhang ausgeschlossen (Ducrey, in: von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O., N. 1726; Joachim Frick, in: Baker&McKenzie, Kartellgesetz, a.a.O., N. 2 f. zu Art. 27 KG; Borer, a.a.O., N. 11 zu Art. 26 KG und N. 6 und 7 zu Art. 27 KG; Krauskopf/Schaller/Bangerter, a.a.O., N. 12.47; Zurkinden/ Trüeb, a.a.O., N. 3 zu Art. 27 KG; Bilger, a.a.O., S. 181; Benoît Carron, in: Tercier/Bovet, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, N. 14, 17 ff. zu Art. 26 KG).

3.1.3 Ein Feststellungsverfahren über die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit einer Verhaltensweise im Sinne von Art. 5 bzw. 7 KG ausserhalb des Untersuchungsverfahrens ist diesem System fremd: Stellt der Beschluss, eine Untersuchung zu eröffnen oder nicht, keine Verfügung dar, weil damit gegenüber den Betroffenen unmittelbar keine Rechtswirkungen verbunden sind, und besteht kein Anspruch auf die Einleitung einer Untersuchung, so liegt auch kein nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor; die spezifische Ausgestaltung des kartellrechtlichen Sonderverfahrens schliesst die Anwendung von Art. 25 VwVG auf diese Frage aus (vgl. Matthias Courvoisier, in: Baker&McKenzie, Kartellgesetz, a.a.O., N. 19 zu Art. 39 KG; Borer, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 39 KG; Bilger, a.a.O., S. 189 ff., S. 196). Die Vorabklärung und die Untersuchung enthalten verschiedene konsensorientierte Elemente (Art. 26 Abs. 2 bzw. Art. 29 KG; vgl. zum Kartellgesetz 1985: BGE 117 Ib 481 ff.); soweit diese nicht bzw. erst im Untersuchungsverfahren zum Tragen kommen, endet bloss das kartellrechtliche (Gesamt-)Verfahren mit einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, indem die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats "über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung" entscheidet. Erst im Untersuchungsverfahren, das - soweit nötig - allein in der Sache selber zu einem anfechtbaren verbindlichen Hoheitsakt führt, findet das VwVG (vollumfänglich) Anwendung, soweit dem nicht spezifische kartellrechtliche Regeln entgegenstehen; diese sind im Rahmen ihres wettbewerbsrechtlichen Zwecks indessen jeweils möglichst VwVG-konform auszulegen; zuvor gelten nur (aber immerhin) die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien (vgl. BGE 117 Ib 481 E. 5 - 8; Borer, a.a.O., N. 1 ff. und N. 12 ff. zu Art. 39 KG). Art. 25 VwVG bietet nicht Grundlage für einen (anfechtbaren) Entscheid, den die Ausgestaltung des spezifischen Verfahrensrechts (zivilrechtliches neben verwaltungsrechtlichem Kartellverfahren [vgl. zum Fusionsrecht: BGE 131 II 497 E. 5.5; zum Kartellrecht: BGE 130 II 521 E. 2.9, 149 E. 2.4 S. 156]) gerade ausschliesst. Anfechtbar sind nur der Endentscheid der Wettbewerbskommission nach Art. 30 KG bzw. allfällige Zwischen- oder Teilentscheide im Untersuchungsverfahren nach den einschlägigen Verfahrensregeln, hingegen nicht die im Kartellgesetz enthaltenen spezifischen Verfahrensschritte auf dem Weg zu diesem.

3.2

Mit der Einführung von Art. 49a KG hat sich an dieser spezialgesetzlichen Verfahrensordnung grundsätzlich nichts geändert:

3.2.1 Im Vernehmlassungsverfahren war zwar die Verfassungsmässigkeit der Direktsanktionen umstritten, was das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement dazu veranlasste, ein Rechtsgutachten dazu einzuholen (Rhinow/Gurovits, Gutachten vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, in: RPW 2001/3, S. 592 ff.). Dieses kam zum Schluss, dass die "immanente Unbestimmtheit der Kartellgesetzgebung" mit Blick auf das "durch das Legalitätsprinzip gebotene Erfordernis der genügenden Bestimmtheit" durch geeignete verfahrensrechtliche Vorkehren zu mildern sei; die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG wäre "ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage" - so die Gutachter - "verfassungsrechtlich bedenklich". Der Vorentwurf zur Gesetzesrevision sehe jedoch vor, dass eine Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entfalle, wenn das Unternehmen diese freiwillig melde, bevor sie Wirkung entfalteten, was bewirke, "dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selber tragen" müssten; mit diesem Instrument hätten sie es in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen

(S. 612). Der Bundesrat hat diese Auffassung in seinem Entwurf weitgehend übernommen: Es sei mit seiner Gesetzesvorlage sichergestellt, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selbst tragen müssten (BBl 2002 2039 f.).
3.2.2 Ziel der Regelung ist es damit zwar - wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen -, die Rechtssicherheit für die Betroffenen zu erhöhen; hieran hat die Ergänzung des Meldeverfahrens durch das Widerspruchsverfahren in den parlamentarischen Beratungen grundsätzlich nichts geändert (vgl. Protokoll der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 26./27.Februar 2003, S. 24 ff.; AB 2003 S 333 ff., 2003 N 832). Die beabsichtigte Konkretisierung der sanktionierbaren Tatbestände sollte jedoch nicht soweit gehen, dass im Melde- und Widerspruchsverfahren - allein wegen des Sanktionsrisikos - die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der umstrittenen, allenfalls nach dem Widerspruch eingestellten bzw. trotz Meldung nicht umgesetzten Massnahme in einem eigenen Verfahren definitiv festgestellt werden müsste: Nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG entfällt die Belastung mit direkten Sanktionen bereits dann nicht mehr, wenn dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens gemäss den Artikeln 26-30 mitgeteilt wird und jenes an der Wettbewerbsbeschränkung dennoch "festhält". Der Bundesrat hat unterstrichen, dass die direkte Verwaltungssanktion "nur zusammen mit einer
Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden" kann (BBl 2002 2034). Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass bereits die Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG in Abweichung vom kartellrechtlichen Verfahren zu einem rechtsmittelfähigen (Feststellungs-)Entscheid nach Art. 25 VwVG führen müsste, wäre in den Beratungen hierauf hingewiesen worden. Ziel der Melderegelung war es, den Unternehmen zu ermöglichen, "sofort und mit minimalem Aufwand" eine allfällige Rechtsunsicherheit beseitigen zu können (BBl 2002 2039 f., vgl. Ducrey, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 154; Schaller, a.a.O., S. 179), nicht mit dem Melderecht ein eigenständiges, neues Verfahren zu schaffen, in dem die gleiche Frage geprüft wird, wie dies an sich erst aufgrund zusätzlicher Abklärungen im Untersuchungsverfahren definitiv möglich ist. Während die Gutachter Rhinow/Gurovits - ohne sich jedoch mit dem bestehenden wettbewerbsrechtlichen Verfahrenssystem und der Doktrin bzw. der Praxis dazu vertieft auseinanderzusetzen - noch davon ausgingen, dass die Wettbewerbsbehörde die Unzulässigkeit der Abrede respektive
Verhaltensweise "mit Verfügung festzustellen" habe, so dass der Rechtsweg geöffnet werde (Rhinow/Gurovits, a.a.O., S. 613), übernahm der Bundesrat diese Formulierung (gerade) nicht; er wies vielmehr daraufhin, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf Wunsch der beteiligten Unternehmen Zusammenarbeitsvorhaben "ohne besondere Förmlichkeiten" prüfen und den Unternehmen gegebenenfalls ausdrücklich mitteilen werde, "dass es aufgrund der eingereichten Unterlagen und Angaben keinen Anlass zum Einschreiten" sehe (BBl 2002 2039 f.; vgl. auch Stoffel, a.a.O., S. 11 ff.).
3.2.3 Die im Gutachten Rhinow/Gurovits geäusserten Bedenken bezogen sich auf die hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für direkte Sanktionen, denen (auch) Strafcharakter zukommt. Leitet das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Vorabklärungsverfahren ein, das nicht eingestellt wird, sondern - wie hier - mit einem (detaillierten) Schlussbericht endet, der die Anhaltspunkte nennt, die für eine unzulässige und damit allenfalls direkt sanktionierbare Beschränkung des Wettbewerbs sprechen, verliert dieser Einwand weitgehend seine Berechtigung. Bei der parlamentarischen Neuformulierung von Art. 49a Abs. 3 KG ging es darum, Verhaltensweisen nicht sanktionsfrei zu lassen, bei denen nach einer ersten Prüfung durch das Sekretariat nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie wettbewerbswidrig sind, sollten sie weitergeführt, d.h. nicht sofort bis zum Abschluss der eingeleiteten kartellrechtlichen Verfahren eingestellt werden. Nicht jede Meldung schliesst somit die Möglichkeit direkter Sanktionen aus. Mit Blick auf die Offenheit der gesetzlichen Formulierungen wollte der Gesetzgeber die Unternehmen lediglich das Risiko einer allfälligen Rechtsunsicherheit nicht alleine tragen lassen, sondern das Sekretariat der
Wettbewerbskommission in die Beurteilung bzw. Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen einbinden. Absolute Rechtssicherheit hinsichtlich allfälliger direkter Sanktionen sah er nur für den Fall vor, dass das Sekretariat nicht fristgerecht reagiert oder vor Fristablauf einen "Comfort-Letter" ausstellt; hingegen nicht, falls der Betroffene nach der Meldung trotz des Widerspruchs der Behörde an der bereits praktizierten Beschränkung festhält oder - wie hier - in Kenntnis des Schlussberichts diese dennoch unverändert umsetzen will. Das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG konkretisiert die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können.

3.2.4 Das Bundesgericht hat sich in drei Entscheiden betreffend die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der Direktsanktionen denn auch bereits in diesem Sinn geäussert: Die Unternehmen hätten es mit dem Instrument der Meldung in der Hand, "dem Risiko einer direkten Sanktion in Fällen zu entgehen, in denen die Beurteilung der Zulässigkeit ihres Verhaltens unsicher" sei. Im Unterschied zum Sanktionsausschluss nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG beziehe sich jener nach den Schlussbestimmungen nicht auf neue Sachverhalte, sondern auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Beeinträchtigungen würden einer Ordnung unterstellt, die "günstiger" sei als jene von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, weil der Ausschluss nicht durch eine Meldung, sondern auch durch die Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt und grundsätzlich nicht wieder beseitigt werden könne. Der Gesetzgeber stelle an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss damit weniger hohe Anforderungen als an jenen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG. Trotz kleiner Unterschiede in der Ausgestaltung liege es nahe, "der Meldung gemäss Schlussbestimmung die gleiche Funktion einzuräumen wie jener
gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG": Entscheidend für die Auslegung sei in beiden Fällen, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit verbunden sei, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Entsprechend dieser Funktion sei der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts (überhaupt) zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führe. Eine solche bestehe für Verhaltensweisen nicht, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bildeten, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen wüssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheine und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden könne; sie befänden sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG eröffneten (so das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 3.4 u. 3.5; vgl. auch die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni
2006).

3.2.5 Aufgrund des Wortlauts von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, seines systematischen Zusammenhangs mit der Übergangsbestimmung und des Gesetzeszwecks ist auch im vorliegenden Zusammenhang entscheidend, ob eine Unsicherheit bzw. eine verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit besteht, die nach einer Korrektur ruft. Gestützt auf den Schlussbericht des Sekretariats vom 10. Juli 2006 und den Ausgang des Parallelverfahrens betreffend die VISA- und MasterCard-Kreditkarten ist dies nicht der Fall. Wollen die Beschwerdeführerinnen ihre Abrede umsetzen, haben sie das Risiko zu tragen, dass sich die Einschätzung des Sekretariats im Untersuchungsverfahren erhärten könnte. Hierin liegt keine stossende Rechtsschutzlücke, steht es ihnen doch jederzeit frei, die Ausgestaltung der umstrittenen Abrede den Überlegungen des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission im Verfahren VISA und MasterCard anzupassen und hernach im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG - ohne ein Sanktionsrisiko - ein neues Melde- und Widerspruchsverfahren einzuleiten.

3.3

Nichts anderes ergibt sich aus den allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln und insbesondere aus Art. 25 VwVG:

3.3.1 Nach Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz nicht hiervon abweicht. Art. 49a und Art. 26 - 30 KG sehen - wie dargelegt - eine eigenständige Verfahrensregelung vor, welche einen selbständigen Feststellungsentscheid über die Unzulässigkeit bzw. Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ausschliesst. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren einen Anspruch auf eine (definitive) Beurteilung durch die Weko begründet, hätte er für das Wiederaufleben der Sanktionsdrohung nicht bereits die Mitteilung der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) genügen lassen, sondern direkt die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens verlangt (Art. 27 ff. KG). Die Frage, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, kann sinnvollerweise nicht im Rahmen eines Feststellungsverfahrens ohne die entsprechenden spezifischen Untersuchungsmöglichkeiten (vgl. etwa Art. 42 KG: Zeugeneinvernahmen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen) beantwortet werden; ein Feststellungsanspruch gestützt auf Art. 25 VwVG würde die spezialgesetzliche Verfahrensregelung umgehen bzw. ihres Sinnes entleeren. Durch die Anerkennung eines solchen hätten es die Unternehmen in
der Hand - selbst ohne Umsetzung ihres Vorhabens - über die Sanktionsproblematik weitgehend auf hypothetischen Grundlagen vorweg eine definitive Beurteilung in der Sache selber zu erwirken, was dem Kartellverfahrensrecht fremd ist. Verboten sind nicht Wettbewerbsabreden schlechthin, sondern allenfalls damit verbundene

konkrete volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt; deren Erhebung und Gewichtung setzt voraus, dass die Absprache - zumindest vorübergehend - umgesetzt worden ist; nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission "über die zutreffenden [den Wettbewerb wiederherstellenden]Massnahmen", was sie vernünftigerweise nur tun kann, wenn die Auswirkungen auf dem einschlägigen Markt eingetreten sind, so dass über deren Schädlichkeit für die definitive kartellrechtliche Beurteilung nicht nur - mehr oder weniger begründet - spekuliert werden kann.

3.3.2 Unter diesen Umständen muss an sich nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob das zur Begründung des Feststellungsanspruchs erforderliche schutzwürdige Interesse bei meldefähigen, aber unkomplizierten Vorhaben, wie das Bundesverwaltungsgericht annimmt, "ohne weiteres" verneint werden müsste, hingegen wegen der "wettbewerbspolitisch offenen Normierung" des Kartellgesetzes sowie der "Komplexität der geplanten DMIF" im vorliegenden Fall zu bejahen wäre. Bei klar unproblematischen Sachverhalten (etwa beim Bestehen einer Freistellungsregelung) dürfte das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG zum Vornherein kein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG einleiten bzw. bereits vor Ablauf der entsprechenden Frist eine "Unbedenklichkeitserklärung" ausstellen, womit eine nachträgliche direkte Strafsanktion entfällt und sich die Frage nach dem Erlass einer Feststellungsverfügung gar nicht (mehr) stellen dürfte; auch Dritte könnten mangels Parteistellung keine solche erwirken (Art. 43 KG; vgl. BGE 130 II 521 ff.). Gegenstand einer Feststellungsverfügung kann zudem nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sachverhalts als solches bilden (Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 229 ff., dort S. 237; Beatrice Weber-Dürler, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N. 6 zu Art. 25 VwVG). Im kartellrechtlichen Verfahren sind Sachverhalt und rechtliche Konsequenz derart eng verknüpft, dass die Verfügung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Verhaltensweise gleichzeitig weitgehend (auch) die Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts beschlägt, wofür der Gesetzgeber gerade die wettbewerbsrechtlichen (Sonder-)Verfahren (Art. 26 ff. KG) geschaffen hat. Deren Eigenheiten schliessen die Anwendung von Art. 25 VwVG in Fällen aus, in denen - wie hier - über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung (definitiv) entschieden werden müsste. Diese Beurteilung kann ausschliesslich in den Verfahren nach den Art. 26 ff. KG erfolgen, was einem Feststellungsanspruch wegen dessen subsidiären Charakters entgegensteht (vgl. Weber-Dürler, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N. 16 zu Art. 25 VwVG).

3.3.3 In diesem Sinn sind die Ausführungen der Vorinstanzen zu verstehen, dass keine "feststellungsfähige Einzelrechtsfrage" bzw. ein "dynamischer Prozess" vorliege, welcher dem Erlass einer Feststellungsverfügung entgegenstehe. In der Sache geht es um die Frage, ob und wieweit ein bestimmter künftiger Sachverhalt hinreichend konkretisiert ist, um darauf beruhende Rechte und Pflichten bereits verbindlich feststellen zu können (vgl. Beatrice Weber-Dürler, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N. 3 zu Art. 25 VwVG). Zwar lässt Art. 25 Abs. 1 VwVG auch Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten zu, die auf einem erst in der Zukunft zu verwirklichenden Sachverhalt beruhen (vgl. BGE 98 Ib 457 E. 6b S.460; 108 Ib 540 E. 3); hiervon ausgenommen sind indessen Gesuche, mit denen die verfügenden Behörden und die Rechtsmittelinstanzen sich - unter Umständen wiederholt - zu theoretischen Vorgehensvarianten äussern müssten, um der gesuchstellenden Person eine optimale Gestaltung ihrer Verhältnisse zu ermöglichen. Das Feststellungsinteresse ist in diesem Fall nur schutzwürdig, wenn es der Verwaltungsökonomie vorgeht (vgl. Weber-Dürler, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N. 18 zu Art. 25 VwVG; vgl. BGE 108 Ib 540 E. 3 S. 546). Dies ist hier nicht der Fall: Das kartellrechtliche (Gesamt-)Verfahren sieht die Möglichkeit des Abschlusses einvernehmlicher Regelungen vor, in deren Rahmen zwischen den Behörden und den meldenden Unternehmen verhandelt werden kann; es ist für Optimierungsmöglichkeiten deshalb in erster Linie dieses zu durchlaufen. Im Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 KG erhält der Betroffene eine Einschätzung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission, die es ihm erlaubt, seine Verhaltensweise so anzupassen, dass er keine direkten Sanktionen zu befürchten hat; allfällige Korrekturen kann er wiederum melden, womit er sich über das Widerspruchsverfahren bezüglich des Sanktionsrisikos jederzeit Klarheit verschaffen und im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse einen definitiven, anfechtbaren Entscheid der Wettbewerbsbehörden erwirken kann, falls er - trotz Widerspruchs - an seiner Verhaltensweise festhalten und diese definitiv umsetzen will. Es besteht deshalb keine Veranlassung, neben den kartellrechtlichen Verfahren einen eigenen Feststellungsanspruch in Bezug auf Rechte und Pflichten bezüglich eines hypothetischen, zukünftigen Sachverhalts anzuerkennen, zumal die Beschwerdeführerinnen am 6. April 2006 selber beantragt haben, das Verfahren

”baldmöglichst” mit einer ”einvernehmlichen Regelung” abzuschliessen, wie dies im ”Kreditkartenverfahren” geschehen sei, und sie damit zu erkennen gaben, dass sie die Abrede unter Umständen gar nicht in der ursprünglichen Form umzusetzen beabsichtigten. Sie können im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission jederzeit wieder ein entsprechend modifiziertes Vorhaben melden.

3.4 Zusammengefasst ergibt sich somit, dass das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG ein kartellrechtliches Sonderverfahren darstellt, das nicht durch eine Verfügung abgeschlossen wird und zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führt. Das Widerspruchsverfahren dient in Ergänzung zur allgemeinen Beratungstätigkeit des Sekretariats (Art. 23 Abs. 2 KG) als Vorverfahren dazu, den Betroffenen eine erste Einschätzung der von ihnen geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen. Sie haben nach der Meldung ein Recht auf eine ”angemessene Reaktion” der Wettbewerbsbehörden, andernfalls die (direkte) Sanktionsmöglichkeit entfällt; es besteht in diesem Verfahrensabschnitt indessen kein Anspruch auf eine abschliessende, abstrakte materielle Beurteilung der Abrede oder Verhaltensweise als solche (vgl. Ducrey, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], a.a.O., S. 164; Schaller, a.a.O., S. 179 f.). Das Widerspruchsverfahren führt zu keiner definitiven Beurteilung des Sachverhalts; eine solche kann auch nicht über Art. 25 VwVG erzwungen werden, da ohne Umsetzung der Abrede der (künftige)
Sachverhalt nicht hinreichend bestimmt erscheint, um die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bereits genügend sicher abschätzen zu können. Es ist praktisch unmöglich, die Rechtslage vor der Umsetzung der Wettbewerbsabrede vollumfänglich zu erfassen, wenn diese nur direkt sanktionierbar sein soll, falls sie tatsächlich sozial oder wirtschaftlich schädliche Auswirkungen im Markt nach sich zieht. Der institutionelle Widerspruch zwischen der gewünschten Rechtssicherheit einerseits und der präventiven Wirkung der direkten Sanktionen andererseits wird durch die Meldemöglichkeit zwar nicht behoben (vgl. Tagmann, a.a.O., S. 8), aber auf ein verfassungsrechtlich tragbares Mass reduziert. Entscheidend ist die Absehbarkeit der Sanktion aufgrund einer durch das Sekretariat im Einzelfall gestützt auf Art. 49a Abs. 3 lit. a KG vorgängig konkretisierten Beurteilung der Rechtslage. Teilt das betroffene Unternehmen dessen Einschätzung nicht, trägt es das entsprechende (direkte) Sanktionsrisiko, falls es seine Verhaltensweise dennoch um- oder fortsetzt und die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren bzw. die Rechtsmittelinstanzen im Anschluss hieran zur gleichen Beurteilung kommen wie zuvor bereits das Kommissionssekretariat.

4.
4.1 Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

4.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 15’000.– werden den Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaft auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Dezember 2008
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Merkli Hugi Yar