

# **BGer 2C\_68/2023 vom 19. Februar 2025**

Bundesgericht, 2025-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_68\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_68_2023)

FR: TF 2C\_68/2023 du 19 février 2025

IT: TF 2C\_68/2023 del 19 febbraio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) mit Bezug auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen, LVA; SR 0.748.127.192.68) respektive auf dem Gebiet des Kartellrechts (vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]), womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist ( Art. 83 BGG ). Die Beschwerdeführerinnen sind bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Parteien beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nur betreffend die Aufhebung der Unterlassungsanordnung vollständig durchgedrungen (Dispositiv-Ziffer 1.1 des angefochtenen Urteils). Ausserdem sind sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da die Vorinstanz ihre gegen die Sanktion und die Verfahrenskosten der WEKO gerichteten Anträge nur teilweise gutgeheissen (Dispositiv-Ziffern 1, 1.2, 1.3 und 1.4 des angefochtenen Urteils) und ihnen die vorinstanzlichen Verfahrenskosten auferlegt sowie lediglich eine reduzierte Parteientschädigung zugesprochen hat (Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Urteils). Sie sind somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde in öffentlich

-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und lit. b BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1 ; 142 I 135 E. 1.5). Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 149 I 105 E. 2.1 ; 143 I 1 E. 1.4). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

X. Überblick über das Verfahren und den Streitgegenstand

### **E. 3**

Gegenstand der Untersuchung 81.21-0014 war im Kern die Frage, ob sich international tätige Luftfahrtunternehmen und -konzerne zu Beginn der 2000er-Jahre bis in den Februar 2006 zu Treibstoffzuschlägen, Kriegsrisikozuschlägen, US-Zollabfertigungszuschlägen, Frachtraten und zur Kommissionierung von Zuschlägen abgesprochen hätten. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2013 auferlegte die WEKO den Beschwerdeführerinnen eine Sanktion in der Höhe von Fr. 95'793.-- und überband ihnen die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 96'588.-- unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.--. Im Zuge des vorinstanzlichen Verfahrens gelangte die Vorinstanz alsdann zum Schluss, dass sich die WEKO in beträchtlichem Ausmass in Sachverhaltsschilderungen verloren habe, für welche sie nach ihren eigenen Feststellungen nicht zuständig sei oder bei denen die fraglichen Geschehnisse vor dem für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum liege (vgl. E. 8.3 des angefochtenen Urteils). Ausserdem hielt die Vorinstanz lediglich die Abrede über die Treibstoffzuschläge für entscheiderelevant (vgl. E. 8.4.9 des angefochtenen Urteils). Mit Blick auf diese Abrede anerkannte die Vorinstanz das Vorliegen einer unzulässigen Preisabrede im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG sowie Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG (vgl. E. 10-12 des angefochtenen Urteils). Sie reduzierte entsprechend die Sanktion auf Fr. 67'354.-- sowie die Verfahrenskosten auf Fr. 53'125.-- (vgl. E. 13 und E. 16 des angefochtenen Urteils). Vor Bundesgericht verlangen die Beschwerdeführerinnen erneut das vollumfängliche Absehen von einer Sanktionierung sowie den Verzicht auf die Auferlegung von Verfahrenskosten. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens sind im Kern demnach die Fragen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen zu Recht mit einem Betrag von Fr. 67'354.-- sanktionierte (vgl. Dispositiv-Ziffer 1.2 des angefochtenen Urteils) und ihnen die Verfahrenskosten von Fr. 53'125.--, unter solidarischer Haftung für den Betrag von Fr. 318'750.--, auferlegte (vgl. Dispositiv-Ziffer 1.3 des angefochtenen Urteils).

XXV. Anwendbares Recht und Kompetenzen der schweizerischen Behörden nach dem Luftverkehrsabkommen

### **E. 4**

Die Schweiz sowie die (damalige) Europäische Gemeinschaft haben das Luftverkehrsabkommen gemäss dessen Präambel vereinbart unter anderem vom Wunsche geleitet, Regeln für die Zivilluftfahrt innerhalb des Gebiets der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen, die unbeschadet der im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft enthaltenen Regeln und insbesondere unbeschadet der bestehenden Befugnisse der Gemeinschaft nach den Art. 81 f. EG-Vertrag und der daraus abgeleiteten Wettbewerbsregeln gelten, sowie in Anbetracht ihrer Übereinstimmung, dass diesen Regeln die in der Gemeinschaft zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens geltenden Rechtsvorschriften zu Grunde gelegt werden sollen.

#### **E. 4.1**

In diesem Sinne legt das Luftverkehrsabkommen für beide Vertragsparteien Regeln für die Zivilluftfahrt fest (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 LVA). Betroffen davon sind die Bereiche der Liberalisierung des Luftverkehrs, des Wettbewerbs, der technischen Harmonisierung, der Flugsicherheit, der Luftsicherheit, des Flugverkehrsmanagements, der Umwelt sowie des Lärm- und Verbraucherschutzes (vgl. Anhang LVA). Im Rahmen dieser Abkommensbereiche sowie der im Anhang genannten Verordnungen und Richtlinien gelten

die europäischen Regeln auch in der Schweiz (vgl. BGE 138 II 42 E. 2.1; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 LVA; Art. 32 LVA), wobei die europarechtlichen Bestimmungen nach dem Willen der Vertragsparteien grundsätzlich auch in der Schweiz direkt angewendet werden sollen (vgl. BGE 144 II 376 E. 9.4.1; 138 II 42 E. 3.1). Somit wird im "Unterschied zu den anderen Abkommen [...] beim Luftverkehrsabkommen das bestehende relevante EG-Recht auf die Schweiz ausgedehnt. Die Schweiz übernimmt in der Substanz etwa die gleichen Bestimmungen wie im Falle eines EU-Beitritts, allerdings mit einer Einschränkung im Bereich der Verkehrsrechte, die den schweizerischen Fluggesellschaften etappenweise zugestanden werden" (Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG [nachfolgend: Botschaft Bilaterale I], BBl 1999 6128 ff., S. 6150).

#### **E. 4.2**

Beim Luftverkehrsabkommen handelt es sich mithin um einen "partiellen Integrationsvertrag" (Botschaft Bilaterale I, S. 6157; vgl. Urteil 2C\_950/2012 vom 8. August 2013 E. 2.2 ["Teilintegrationsabkommen"]). Die Schweiz übernimmt in diesem Bereich nicht nur das gesamte relevante Gemeinschaftsrecht, sondern überträgt den Gemeinschaftsinstitutionen die Kontrolle sowie die Überwachung der Wettbewerbsregeln (vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6158; vgl. auch Kraus/Jaag/Umbricht, *L'Union européenne, Ses institutions et ses relations avec la Suisse*, 2009, S. 154; Glaser, *Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz*, in: Glaser/Langer [Hrsg.], *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, 2015, S. 131-161, S. 150 f.). Das Luftverkehrsabkommen führt aus luftrechtlicher Sicht zu einer weitgehenden Integration der Schweiz in den europäischen Binnenmarkt (vgl. Dettling-Ott, *Das sektorielle Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz*, ZSR 125/2006 S. 3-15, S. 11). Entsprechend wird in der Botschaft ausdrücklich auf den "aussergewöhnlichen Charakter des Luftverkehrsabkommens" mit der Europäischen Union (EU) hingewiesen und erwähnt, dass das Abkommen "die Gesamtheit der anwendbaren Bestimmungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertragsparteien überführt. Das betreffende schweizerische Recht wird lediglich noch auf Verhalten anwendbar sein, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben" (Botschaft Bilaterale I, S. 6158; vgl. Cottier et al., *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, 2014, Rz. 142).

#### **E. 4.3**

EU-Verordnungen sind im Gegensatz zu den Richtlinien verbindliche, generell-abstrakte, in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Regelungen. Es ist regelmässig weder nötig noch zulässig, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts umzusetzen. Die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied hat vorliegend die entsprechenden Verpflichtungen staatsvertraglich übernommen (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1). Die bilateralen Abkommen und die darin als verbindlich erklärten Anhänge werden aufgrund des monistischen Systems mit ihrer Ratifikation automatisch Teil der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. BGE 147 I 308 E. 4.3; 138 II 42 E. 3.1; Urteil 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 5.2.1). Gleich wie in den EU-Staaten sind somit alle entsprechenden einschlägigen europäischen Verordnungsvorschriften für die Schweiz verbindlich (vgl. BGE 144 II 376 E. 9.4.1). Sie bedürfen, falls sie wie Art. 8 f. LVA hinreichend konkretisiert sind, um im Einzelfall direkt angewendet werden zu können ("self-executing"; vgl. E. 4.4.1 i.f. hiernach), keiner

besonderen Umsetzung im nationalen Recht (vgl. BGE 146 V 87 E. 4.1; 140 II 185 E. 4.2). Das staatsvertraglich übernommene EU-Verordnungsrecht entspricht national einer Regelung auf formeller Gesetzesstufe (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1).

#### **E. 4.4**

Für die vorliegende Angelegenheit bedeutet dies, dass nach Massgabe des Luftverkehrsabkommens in der Schweiz im Grundsatz das europäische Kartellrecht gilt (vgl. Urteil 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 4.4, zur Publikation vorgesehen).

##### **E. 4.4.1**

Mit dem Luftverkehrsabkommen unvereinbar und verboten sind laut Art. 8 Abs. 1 LVA alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (lit. a), die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen (lit. b), die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen (lit. c), die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (lit. d) oder die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (lit. e). Art. 9 Abs. 1 LVA erklärt die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens oder in einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen, als mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten. Art. 8 f. LVA entsprechen inhaltlich Art. 81 f. EG-Vertrag und sind, wie bereits ausgeführt, "self-executing" (vgl. Janutta/Stehmann, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 1600; Zurkinden/Baudenbacher, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 3093 f.; Dettling-Ott, Das bilaterale Luftverkehrsabkommen der Schweiz und der EG, in: Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals [Hrsg.], Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU, 2007, S. 491 ff., Rz. 29).

##### **E. 4.4.2**

Gemäss Art. 32 LVA ist der Anhang Bestandteil dieses Abkommens. Änderungen des Anhangs werden erst mit Beschluss des Gemischten Ausschusses geltendes Recht (vgl. Art. 23 Abs. 4 LVA; Urteil 2C\_950/2012 vom 8. August 2013 E. 2.2). Ziffer 2 des Anhangs (Wettbewerbsregeln) in der für den vorliegenden Untersuchungszeitraum massgebenden ursprünglichen Fassung des Luftverkehrsabkommens hält zunächst fest, dass Verweise in den folgenden Rechtsakten auf Artikel 81 und 82 EG-Vertrag als Verweise auf Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen sind (vgl. AS 2002 1705 ff., S. 1720 ff.). In der Folge wird beispielsweise auf die Verordnung Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 des EWG-Vertrags in der durch Verordnung Nr. 59, Verordnung Nr. 118/63/EWG und Verordnung [EWG] Nr. 2822/71 geänderten und ergänzten Fassung) sowie auf die Verordnung Nr. 141/62 des

Rates vom 26. November 1962 über die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 17 des Rates auf den Verkehr (geändert durch die Verordnungen Nr. 165/65/EWG und 1002/67/EWG) Bezug genommen.

#### **E. 4.4.3**

Die Organe der Gemeinschaft wenden die Artikel 8 und 9 an und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss den im Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird (vgl. Art. 11 Abs. 1 LVA). Die schweizerischen Behörden entscheiden gemäss den Artikeln 8 und 9 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern (vgl. Art. 11 Abs. 2 LVA). Laut Art. 10 LVA unterliegen lediglich Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht und der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz bestimme das anwendbare Recht in fehlerhafter Weise.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, es sei vorliegend lediglich das Schweizer Recht anwendbar, da im Luftverkehrsabkommen nur die Zuständigkeiten geregelt würden, nicht aber das anwendbare Recht. Der diesbezüglichen Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist von vornherein nicht zu folgen: Die vorliegende Angelegenheit fällt zunächst sowohl in sachlicher Hinsicht als auch in räumlicher Hinsicht in den Geltungsbereich des Luftverkehrsabkommens (vgl. Art. 2 LVA; Art. 34 LVA; Urteil 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 5.5, zur Publikation vorgesehen; vgl. auch Urteile 2C\_65/2023 vom 19. Februar 2025 E. 5.2; 2C\_75/2023 vom 19. Februar 2025 E. 5.2; 2C\_81/2023 vom 19. Februar 2025 E. 5.2). Wie ein einfacher Blick auf Art. 10 LVA sodann zeigt, regelt das Luftverkehrsabkommen nicht nur die Zuständigkeiten, sondern auch das anwendbare Recht (vgl. E. 4.4.3 i.f. hiervor; vgl. auch E. 5.3.3 hiernach). Zu klären bleibt im Folgenden lediglich, ob neben dem Luftverkehrsabkommen auch Schweizer Recht parallel zur Anwendung gelangen kann (vgl. E. 5.3 f. hiernach). Im Übrigen ist, wie die Vorinstanz zutreffend erwägt und die Beschwerdeführerinnen auch nicht infrage stellen, die WEKO gemäss Art. 11 Abs. 2 LVA für die Untersuchung in Bezug auf die - vorliegend massgebenden fünf - Flugstrecken zwischen der Schweiz und Drittländern zuständig gewesen (vgl. E. 4.6 des angefochtenen Urteils).

#### **E. 5.2**

Im Weiteren ist zu Recht unbestritten, dass sich im (damals geltenden) Luftverkehrsabkommen selbst keine Norm findet, welche zur Sanktionierung einer allfälligen Verletzung der statuierten Verbote nach Art. 8 LVA die Erhebung von Geldbussen ermöglicht. Gleichermassen ist nicht strittig, dass die Vorinstanz für den fraglichen Sanktionszeitraum nicht zur Sanktionierung ermächtigt gewesen wäre, wenn

ausschliesslich das Luftverkehrsabkommen anwendbar ist. Auch die WEKO räumt ein, dass gestützt auf das Luftverkehrsabkommen allein nur ein Verbot, aber keine Sanktionen ausgesprochen werden dürften. Denn beim Inkrafttreten des Luftverkehrsabkommens waren die wettbewerbsrechtlichen Regelungen massgebend, die nach Art. 32 LVA als Anhang Bestandteil des Abkommens waren. Die dort aufgeführten EU-Verordnungen, wie auch das damals geltende Schweizer Recht, enthielten keine Sanktionskompetenz. Erst mit Beschluss Nr. 1/2007 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 5. Dezember 2007 wurde eine Sanktionskompetenz in den Anhang des Abkommens aufgenommen (vgl. Verordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, S. 1 ff.). Diese Änderung des Luftverkehrsabkommens trat für die Schweiz am 1. Februar 2008 in Kraft - d. h. rund zwei Jahre nach der Beendigung der untersuchten (angeblichen) Wettbewerbsabreden (vgl. AS 2008 391 ff.). Im Landesrecht wurde die Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 2004 mit der Inkraftsetzung von Art. 49a KG am 1. April 2004 eingeführt (vgl. AS 2004 1385 ff., S. 1387 f. und S. 1390).

### **E. 5.3**

Ob die vorliegend beanstandeten Verhaltensweisen ausschliesslich nach dem Luftverkehrsabkommen oder auch nach dem Kartellgesetz zu beurteilen sind, was erst einen Rückgriff auf die kartellgesetzliche Sanktionsordnung - namentlich Art. 49a Abs. 1 KG - erlauben würde, hängt davon ab, ob Art. 11 Abs. 2 LVA sowie Art. 10 LVA das in der Sache anwendbare Recht abschliessend regeln. Diese Frage ist durch eine Auslegung des Luftverkehrsabkommens zu klären.

#### **E. 5.3.1**

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge richtet sich nach den Regeln des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK; SR 0.111). Diese Regeln gelten ebenfalls für das Luftverkehrsabkommen, auch wenn die EU nicht Partei dieses Übereinkommens ist (vgl. BGE 146 II 150 E. 5.3.1; vgl. auch Urteil 2C\_534/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.2.4 f., nicht publ. in: BGE 146 II 145 ).

##### **E. 5.3.1.1**

Nach Art. 31 Abs. 1 VRK haben die Vertragsstaaten eine zwischenstaatliche Übereinkunft nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihres Ziels und Zwecks auszulegen. Neben dem Zusammenhang (vgl. Art. 31 Abs. 2 VRK ) sind gemäss Art. 31 Abs. 3 VRK in gleicher Weise jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen (lit. a), jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (lit. b), sowie jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz (lit. c) zu berücksichtigen. Die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses sind nach Art. 32 VRK ergänzende Auslegungsmittel und können herangezogen werden, um die nach Art. 31 VRK ermittelte Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Art. 31 VRK die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt (vgl. Art. 32 lit. a VRK ) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (vgl. Art. 32 lit. b VRK ).

### **E. 5.3.1.2**

Art. 31 Abs. 1 VRK bestimmt eine Reihenfolge der Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungselemente, ohne dabei eine feste Rangordnung unter ihnen festzulegen. Den Ausgangspunkt der Auslegung völkerrechtlicher Verträge bildet jedoch die gewöhnliche Bedeutung ihrer Bestimmungen. Diese gewöhnliche Bedeutung ist nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs und des Ziels und Zwecks des Vertrags zu bestimmen (vgl. BGE 148 II 491 E. 5.3.2; 146 II 150 E. 5.3.2; 143 II 202 E. 6.3.1). Ziel und Zweck des Vertrags ist dabei, was mit dem Vertrag erreicht werden sollte. Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben stellt die teleologische Auslegung den "effet utile" des Vertrags sicher. Der auszulegenden Bestimmung eines völkerrechtlichen Vertrags ist unter mehreren möglichen Interpretationen demnach derjenige Sinn beizumessen, welcher ihre effektive Anwendung gewährleistet und nicht zu einem Ergebnis führt, das dem Ziel und Zweck der eingegangenen Verpflichtungen widerspricht (vgl. BGE 147 II 13 E. 3.3; 144 II 130 E. 8.2.1; 143 II 136 E. 5.2.2). Ausserdem sind die Vertragsstaaten nach Treu und Glauben gehalten, jedes Verhalten und jede Auslegung zu unterlassen, mittels welcher sie ihre vertraglichen Pflichten umgehen oder den Vertrag seines Ziels und Zwecks entleeren würden (vgl. BGE 148 II 491 E. 5.3.2 i.f.; 146 II 150 E. 5.3.2; 142 II 161 E. 2.1.3).

### **E. 5.3.2**

Auf den ersten Blick ist in grammatikalischer Hinsicht unklar, ob Art. 11 Abs. 2 LVA die Frage nach dem anwendbaren Recht beantwortet. Im Gegensatz zu Art. 10 LVA, demzufolge wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht unterliegen, ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 LVA das anwendbare Recht nicht gleichermassen deutlich. Allerdings lässt sich aus der Formulierung, wonach die schweizerischen Behörden "gemäss den Artikeln 8 und 9 über die Zulässigkeit [entscheiden]", darauf schliessen, dass es sich bei Art. 8 f. LVA um das anwendbare Recht handelt. Auch die französische und italienische Fassung der Bestimmung lassen ein solches Verständnis zu ("Les autorités suisses, conformément aux art. 8 et 9, statuent sur l'admissibilité [...]"; "Le autorità svizzere regolano, in conformità delle disposizioni degli articoli 8 e 9, l'ammissibilità [...]"). Insofern kann Art. 11 Abs. 2 LVA so verstanden werden, dass die schweizerischen Behörden "gemäss" diesen zwei Bestimmungen (Art. 8 f. LVA) zu "entscheiden" haben. Damit wird in grammatikalischer Hinsicht allerdings nicht zweifelsfrei festgehalten, dass alle anderen Bestimmungen - insbesondere solche des Landesrechts - auszublenden sind.

### **E. 5.3.3**

Aus einer systematischen Betrachtung von Art. 11 Abs. 2 LVA ergibt sich, dass die darin genannten Bestimmungen - Art. 8 LVA (Wettbewerbsabreden) und Art. 9 LVA (missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung) - das materielle Wettbewerbsrecht deckungsgleich mit den damals massgebenden Art. 81 EG-Vertrag und Art. 82 EG-Vertrag regeln. Sie verankern den materiell-rechtlichen Beurteilungsmassstab. Demgegenüber handelt es sich bei Art. 10 LVA und Art. 11 LVA um Kollisions- und Zuständigkeitsnormen. Dabei äussert sich Art. 10 LVA sowohl zum anwendbaren (schweizerischen) Recht als auch zur Zuständigkeit der schweizerischen Behörden. Es ist vor diesem Hintergrund naheliegend, dass die Vertragsparteien auch in Art. 11 LVA das anwendbare Recht (Art. 8 f. LVA i.V.m. Art. 81 f. EG-Vertrag) sowie die Zuständigkeit der Organe der Gemeinschaft einerseits (Abs. 1) und der schweizerischen Behörden

andererseits (Abs. 2) bestimmt haben. Die drei Regelungen - Art. 10 LVA, Art. 11 Abs. 1 LVA und Art. 11 Abs. 2 LVA - weisen einen identischen Aufbau auf, indem sie zuerst auf das anwendbare materielle Recht verweisen (Verweisungs- oder Kollisionsrecht) und sodann die Zuständigkeit bestimmen. Der Unterschied zwischen den Formulierungen "anwenden" in Art. 11 Abs. 1 LVA und "entscheiden" in Art. 11 Abs. 2 LVA ist in diesem Lichte nicht weiter bedeutsam. Dass Art. 11 Abs. 2 LVA im Gegensatz zu Art. 11 Abs. 1 LVA zusätzlich den Begriff der "Zulässigkeit" verwendet, ist vor dem Hintergrund zu lesen, dass beide Vertragsparteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens keine Sanktionsbestimmung kannten und entsprechend nur die (Un-) Zulässigkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens feststellen konnten (vgl. E. 5.2 hiervor). Aus dem Aufbau der Normen und deren Systematik lässt sich allerdings nicht unmittelbar darauf schliessen, dass dem Landesrecht von vornherein die Anwendung zu versagen ist.

#### **E. 5.3.4**

Im Rahmen einer historisch-teleologischen Betrachtung ist von Bedeutung, dass das Luftverkehrsabkommen die Schweiz partiell in den europäischen Binnenmarkt integriert und die Schweiz im Ergebnis "luftrechtlich von einem Drittland zu einem Binnenland" wird (Dettling-Ott, Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU, a.a.O., Rz. 17).

##### **E. 5.3.4.1**

Nach der Präambel des Luftverkehrsabkommens waren die Vertragsparteien "vom Wunsche geleitet, die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen" und "Regeln für die Zivilluftfahrt innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen" (vgl. E. 4 hiervor). Aus dem schweizerischen Verständnis, das sich unter anderem aus den Materialien ergibt, sollte die Anwendung des schweizerischen Rechts auf die Konstellation von Art. 10 LVA beschränkt werden (vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6158; vgl. auch E. 4.2 i.f. hiervor). Die Betrachtung der durch das Luftverkehrsabkommen vorgenommenen Integration in den europäischen Rechtsraum bloss aus der Perspektive der Schweiz - d. h. nur aus der Sicht einer Vertragspartei - greift jedoch zu kurz. Vielmehr ist die zu klärende Auslegungsfrage gleichermassen aus europarechtlicher Sicht zu prüfen.

##### **E. 5.3.4.2**

Aus der Perspektive der Gemeinschaft ist ausschlaggebend, dass sich Art. 11 Abs. 2 LVA, der die Flüge "auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern" der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden unterstellt, mit der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Luftverkehrsabkommens geltenden europäischen Regelung deckt. Der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern fiel

- im Gegensatz zum Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft - (noch) nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission, sondern in jenen der Behörden der Mitgliedstaaten (vgl. Urteile des EuGH Rs. 66/86 vom 11. April 1989 Rz. 19 ff.; Rs. 209-213/84 vom 30. April 1986 Rz. 46 ff.; Schröter, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 72 f.; Janutta/Stehmann, a.a.O., S. 1596). Nach dem Inkrafttreten des Luftverkehrsabkommens entsprach die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden mit Bezug auf die Flugstrecken zwischen der Schweiz und Drittländern - aus der Perspektive der Gemeinschaft - somit jener der Behörden der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf Flugstrecken zwischen dem jeweiligen Mitgliedsstaat und Drittländern. Die EU-Kommission war demgegenüber nur für die Flugstrecken zwischen

den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Schweiz zuständig.

#### **E. 5.3.4.3**

Das Verhältnis der einzelnen Mitgliedstaaten zu Drittländern war namentlich Gegenstand des damals geltenden Art. 88 EWG-Vertrag. Demgemäss entschieden die Behörden der Mitgliedstaaten bis zum Inkrafttreten der gemäss Artikel 87 erlassenen Vorschriften im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen der Artikel 85, insbesondere Absatz (3), und 86 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt. Es ist somit festzuhalten, dass in der Gemeinschaft "die Behörden der Mitgliedstaaten [...] im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen" des europäischen Kartellrechts den Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern beurteilten (Urteil des EuGH Rs. 209-213/84 vom 30. April 1986 Rz. 53 f.; zur weiterhin möglichen Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 siehe Puffer-Mariette, in: Schröter/Klotz/von Wendland [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2024, S. 1061 ff.).

#### **E. 5.3.4.4**

Nach dem Gesagten sind aus europarechtlicher Sicht die in Art. 11 Abs. 2 LVA geregelten Konstellationen analog zur Regelung in Art. 88 EWG-Vertrag zu behandeln. Dieses (europarechtliche) Verständnis ist für das Auslegungsergebnis zentral, da mit der "luftrechtlichen" Integration der Schweiz eine Harmonisierung der Regeln für die Zivilluftfahrt angestrebt wurde (vgl. E. 4.1 hiavor). Die Schweiz gilt "luftrechtlich" als europäisches Binnenland, womit die schweizerischen Behörden parallele Zuständigkeiten und Kompetenzen wie die Behörden der Mitgliedstaaten erhalten sollten. Daraus ergibt sich, dass die schweizerischen Behörden - gleich wie die Behörden der Mitgliedsstaaten - "im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen" des europäischen Kartellrechts entscheiden (Art. 88 EWG-Vertrag). Im Ergebnis wird die Anwendung des Landesrechts daher nicht ausgeschlossen, soweit dieses dem europäischen Kartellrecht nicht entgegensteht.

#### **E. 5.4**

Die Auslegung von Art. 11 Abs. 2 LVA ergibt, dass die Bestimmung im Sinne einer Kollisionsnorm das anwendbare Recht bezeichnet - d. h. die verbotenen Verhaltensweisen nach Art. 8 f. LVA als materiell-rechtlichen Beurteilungsmaßstab - sowie die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden in Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern verankert. Die Norm schliesst im Weiteren die Anwendung des Landesrechts nicht aus, soweit das innerstaatliche Recht der Durchsetzung von Art. 8 f. LVA dient und es den Regelungen des Luftverkehrsabkommens samt dem damit übernommenen europäischen Kartellrecht nicht widerspricht (vgl. Art. 88 EWG-Vertrag). Dieses Auslegungsergebnis entspricht im Übrigen der Vorschrift von Art. 17 LVA, wonach die Vertragsparteien alle geeigneten Massnahmen allgemeiner oder besonderer Art treffen, um die Erfüllung der sich aus diesem Abkommen ergebenden Verpflichtungen zu gewährleisten, und sich aller Massnahmen enthalten, die die Erreichung der mit diesem Abkommen verfolgten Ziele gefährden (vgl. auch E. 5.3.1.2 i.f. hiavor). Folglich belässt das Luftverkehrsabkommen Raum für die Anwendung von schweizerischem Recht - namentlich des Kartellgesetzes und von Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. Urteil 2C\_64/2023 vom

26. November 2024 E. 5.6, zur Publikation vorgesehen). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen regelt Art. 11 Abs. 2 LVA somit nicht nur die Zuständigkeiten. Auch eine Spaltung oder Trennung des anwendbaren Rechts liegt nicht vor.

### **E. 5.5**

Soweit die Beschwerdeführerinnen durch die Anwendung von Art. 49a KG eine Verletzung des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" im Sinne von Art. 7 EMRK sehen, da Art. 49a Abs. 1 KG nur für unzulässige Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG eine Belastung vorsehe, nicht aber für mit Art. 8 Abs. 1 LVA unvereinbares und verbotenes Verhalten, ist ihnen nicht zu folgen (zum strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter der Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG und zur diesbezüglichen Anwendbarkeit der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 7 EMRK siehe BGE 143 II 297 E. 9.1 ; 139 I 72 E. 2.2.2; vgl. auch E. 8.2 hiernach). Die vorliegend relevanten, verbotenen Verhaltensweisen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA sind mit Art. 4 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG inhaltlich deckungsgleich (vgl. E. 6.1 hiernach). Insofern hat eine allfällige Sanktionierung eine hinreichende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 7 EMRK , ohne dass eine ausdrückliche Nennung von Art. 8 f. LVA in Art. 49a Abs. 1 KG erforderlich wäre.

## **XXV. Wettbewerbsabreden im Allgemeinen**

### **E. 6**

Mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten sind laut Art. 8 Abs. 1 LVA alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken.

#### **E. 6.1**

In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1). Bei Art. 101 AEUV handelt es sich um die Nachfolgebestimmung von Art. 81 EG-Vertrag (vgl. Schröter, a.a.O., S. 46; Anhang LVA in der aktuellen Fassung vom 1. Februar 2024 [AS 2024 26, S. 3], wonach alle "Bezugnahmen in den folgenden Rechtsvorschriften auf die Artikel 81 und 82 EGV oder auf die Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [...] als Bezugnahmen auf die Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen" sind; vgl. auch Janutta/Stehmann, a.a.O., S. 1600; Zurkinder/Baudenbacher, a.a.O., S. 3093 f.). Art. 8 LVA entspricht inhaltlich Art. 81 EG-Vertrag (vgl. E. 4.4.1 i.f. hiervor). Somit decken sich die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen auch im Verhältnis zwischen Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 8 Abs. 1 LVA.

Im Weiteren ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Auslegung und Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG die Rechtsprechung und Literatur zum parallelen europäischen Kartellrecht zu berücksichtigen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1 i.f.; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 6.2.3 ; 137 I 72 E. 8.2.3). Liegen im Wesentlichen gleiche Sachlagen vor, kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen (vgl. BGE

146 II 217 E. 4.3 ; 139 I 72 E. 8.2.3; Urteile 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 6.4; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4; 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.2.3). Dementsprechend kann für die Anwendung von Art. 8 Abs. 1 LVA - zumindest dem Grundsatz nach - auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 KG sowie Art. 5 KG Bezug genommen werden (vgl. Urteil 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 6.1).

## **E. 6.2**

Wettbewerbsabreden sind laut Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken (vgl. BGE 148 II 521 E. 6.2; 147 II 72 E. 3.1; 144 II 246 E. 6.4.1). Abreden sind sowohl Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2; 129 II 18 E. 6.3). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt (vgl. BGE 148 II 521 E. 6.2.1; 144 II 246 E. 6.4.1; 129 II 18 E. 6.3). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2; 129 II 18 E. 6.3).

## **E. 6.3**

Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern nur in ihrer Intensität oder Ausdrucksform (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.1).

### **E. 6.3.1**

Eine Vereinbarung verlangt einen gemeinsamen Willen. Sie setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus. Die Willensäusserung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1). Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff der Vereinbarung erfasst sind (sogenannte Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) - wie Art. 4 Abs. 1 KG klar festhält. Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen ab, welche keine Abrede bilden (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3).

### **E. 6.3.2**

Die abgestimmte Verhaltensweise bleibt immer im Vorfeld einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise besteht aus zwei Elementen: Die Abstimmung

einerseits und das darauf gestützte Verhalten andererseits (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.1). Insofern ist auch klar, dass zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ein Kausalzusammenhang notwendig ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4).

#### **E. 6.3.2.1**

In der Regel beruht eine (Verhaltens-) Abstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustauschs unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Dabei ist das Medium des Informationsaustauschs unerheblich. Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen respektive Rückschlüsse darauf zulassen. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2).

#### **E. 6.3.2.2**

Das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise bedarf neben der unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) sodann eines entsprechenden Marktverhaltens. Die Fühlungnahme allein genügt somit nicht. Hinzu kommen muss ein korrespondierendes Marktverhalten der Unternehmen. Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Die Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern in dem anschliessenden Marktverhalten der Parteien. Erforderlich ist somit auch ein Abstimmungserfolg, der sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.3).

### **E. 6.4**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

#### **E. 6.4.1**

Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch aus den gesetzlichen Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG ergeben (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1 und E. 6.5; 143 II 297 E. 4.1). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird namentlich bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet (vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ; Urteil 2C\_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.6.1). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist in diesem Fall ausgeschlossen (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1). Führt die Abrede zu keiner Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, ist indes zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5).

#### **E. 6.4.2**

Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.1). Aus der Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit

folgt, dass bei der Bestimmung deren materiellen Gehalts qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind. Nach Auffassung des Gesetzgebers sind die Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgrund ihres Gegenstands erheblich, sodass jedenfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn die Vermutung einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird. Denn die nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG besonders schädlichen Abreden behalten ihre Schädlichkeit auch nach der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. In der Regel sind daher keine quantitativen Kriterien mehr notwendig, um zu bestimmen, ob die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erheblich ist (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.2).

#### **E. 6.4.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt somit, dass die in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG aufgeführten Abreden im Grundsatz die Erheblichkeitsschwelle erreichen und somit das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5; 143 II 297 E. 5.2.5 und E. 5.6). Ferner soll bei der Beurteilung der Frage, ob der Wettbewerb durch die Abrede beeinträchtigt wird, auch der potenzielle Wettbewerb geschützt werden. Denn mit der Vereinbarung und nicht erst mit der Umsetzung oder der Praktizierung der Abreden wird "ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit" geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an ( BGE 143 II 297 E. 5.4.2; vgl. auch BGE 144 II 194 E. 4.3.2).

#### **E. 6.4.4**

Beeinträchtigt eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5 i.f.; 144 II 194 E. 4.4.1 i.f.; 143 II 297 E. 5). Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a und lit. b KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 147 II 72 E. 7.2; 143 II 297 E. 7.1).

XXV. Abrede über die Treibstoffzuschläge im Besonderen

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die rechtliche Würdigung des Informationsaustauschs über die Treibstoffzuschläge im Rahmen des D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend nur: "L1.\_\_\_\_\_").

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerinnen tragen zunächst vor, sie hätten sich nicht an einer Gesamtabrede beteiligt. Die Vorinstanz habe ihnen auch keine Beteiligung an einer Einzelabrede über die Treibstoffzuschläge nachgewiesen. Vielmehr nehme die Vorinstanz im Ergebnis eine Beweislastumkehr vor. Es könne ihnen keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG angelastet werden. Sodann wende die Vorinstanz die im Urteil 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 etablierte und teilweise in BGE 143 II 297 amtlich publizierte Rechtsprechung rückwirkend auf die vorliegend relevanten Sachverhalte aus den Jahren 2002-2004 an. Dies verletze das Rückwirkungsverbot.

### **E. 7.2**

Die WEKO bringt in ihrer Vernehmlassung vor Bundesgericht vor, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen habe die Vorinstanz die Frage, ob eine Gesamtabrede vorliege, offengelassen. Die Vorinstanz habe die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Verhaltensweisen vielmehr als Einzelabreden überprüft. Im Weiteren habe die Vorinstanz, so die WEKO weiter, den Beschwerdeführerinnen die Teilnahme an der Abrede über die Treibstoffzuschläge ausführlich nachgewiesen, ohne dass sie eine Umkehr der Beweislast vorgenommen habe. Mit der Mitgliedschaft im "L1. \_\_\_\_\_" von immerhin zwei Jahren seien die Beschwerdeführerinnen über die Vorgänge und den Informationsaustausch informiert gewesen. Die Beschwerdeführerinnen hätten vom institutionalisierten Austausch von Preisinformationen gewusst, sich davon aber nicht offen distanziert. Im Übrigen gelte anders als bei Gesetzen für die Rechtsanwendung grundsätzlich kein Rückwirkungsverbot.

### **E. 7.3**

Im ersten Schritt ist die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung darzustellen, die die Beschwerdeführerinnen im Grundsatz nicht bestreiten (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG).

Die Vorinstanz beschränkt die Sachverhaltsermittlung in der vorliegenden Angelegenheit auf die für die Beschwerdeführerinnen relevanten und von diesen anerkannten fünf Drittlandstrecken (vgl. E. 8.4.9 des angefochtenen Urteils). Sie stellt fest, dass die T. \_\_\_\_\_ in den Jahren 2000 bis 2002 Mitglied des "L1. \_\_\_\_\_" gewesen sei. Die Vorinstanz kommt in ihrer Beweiswürdigung im Weiteren zum Schluss, dass die Behauptung, wonach die T. \_\_\_\_\_ nach dem Austritt aus dem "L1. \_\_\_\_\_" nicht vom Informationsaustausch innerhalb des "L1. \_\_\_\_\_" gewusst habe, nicht glaubwürdig sei. Ihnen könne diesbezüglich nicht gefolgt werden. Nach ihrem Austritt habe sich die T. \_\_\_\_\_ aufgrund des Austauschs mit der E. \_\_\_\_\_ AG indirekt am Informationsaustausch innerhalb des "L1. \_\_\_\_\_" beteiligt. Die Beschwerdeführerinnen räumten denn auch ein, dass T. \_\_\_\_\_ ihre Politik zu den Treibstoffzuschlägen mit der E. \_\_\_\_\_ AG koordiniert habe und dabei grundsätzlich immer den Entscheidungen der E. \_\_\_\_\_ AG gefolgt sei. Im Übrigen ist unbestritten, dass die E. \_\_\_\_\_ AG (ebenfalls) Mitglied des "L1. \_\_\_\_\_" gewesen sei (vgl. E. 11.2.10 und E. 11.4.1 des angefochtenen Urteils).

### **E. 7.4**

Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Informationsaustausch über die Treibstoffzuschläge unter den Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 8 Abs. 1 (Teilsatz 1) LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 (Teilsatz 1) KG fällt.

#### **E. 7.4.1**

Die Beschwerdeführerinnen stellen nicht in Abrede, dass sie - über die T. \_\_\_\_\_ - im sanktionsrelevanten Zeitraum ihre Politik zu den Treibstoffzuschlägen mit der E. \_\_\_\_\_ AG koordinierten und dabei grundsätzlich immer den Entscheidungen der E. \_\_\_\_\_ AG folgten. Aufgrund ihrer vormaligen Mitgliedschaft im "L1. \_\_\_\_\_" waren die Beschwerdeführerinnen über die Aktivitäten des "L1. \_\_\_\_\_" offenkundig im Bilde. Wie sie wissen mussten, erfolgten gewisse Kontakte mit der E. \_\_\_\_\_ AG im Kontext eines institutionalisierten Austauschs von Preisinformationen. Aus der unbestrittenen vorinstanzlichen Sachverhaltsermittlung zeigt sich, dass sich die fraglichen Unternehmen - d. h. die Mitglieder des "L1. \_\_\_\_\_" - über Informationen ihrer Wettbewerberinnen generell austauschen wollten und dies, wenn Anlass dazu bestand, jeweils auch taten, um auf diesem Weg über die geplanten oder bereits vollzogenen Schritte der Konkurrenz informiert zu sein. Die Mitglieder respektive deren Vertreter trafen sich nicht nur informell, vielmehr organisierten sie den Informationsaustausch im "L1. \_\_\_\_\_", in dessen Rahmen unter anderem Informationen zu Treibstoffzuschlägen systematisch gesammelt und verbreitet wurden. Auch wenn jeweils nicht konkrete Preisniveaus - vertraglich - vereinbart wurden, reduzierten die Mitglieder des "L1. \_\_\_\_\_" durch ihre Teilnahme am Informationsaustausch ihre Geschäftsrisiken, da sie "die Ungewissheit hinsichtlich des künftigen Verhaltens" der Wettbewerber beseitigten (Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363). In Anbetracht der Institutionalisierung des Informationsaustauschs im Rahmen des "L1. \_\_\_\_\_" ist jedenfalls von einer Verhaltensabstimmung auszugehen. Ob darüber hinaus auch ein hinreichender Bindungswille der Mitglieder vorliegt, der zwar rechtlich möglicherweise nicht erzwingbar ist, aber rechtsprechungsgemäss als Vereinbarung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 (1. Teilsatz) LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 (1. Teilsatz) KG gilt, kann dahingestellt bleiben (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3; 144 II 246 E. 6.4.1).

#### **E. 7.4.2**

Im Lichte der Koordination der Treibstoffzuschläge zwischen den Beschwerdeführerinnen und der E. \_\_\_\_\_ AG ist auch die Umsetzung der Abstimmung ohne Weiteres erstellt. Dass die Beschwerdeführerinnen die abgestimmten Treibstoffzuschläge in der Folge ihren Kundinnen und Kunden nicht verrechneten, machen sie im Übrigen nicht geltend. Durch den indirekten Informationsaustausch über die E. \_\_\_\_\_ AG sahen sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Geschäftspolitik zumindest bestärkt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von den Beschwerdeführerinnen eine aktive Distanzierung vom Informationsaustausch respektive von der Koordination mit der E. \_\_\_\_\_ AG betreffend die Treibstoffzuschläge verlangt, aber im bundesrechtskonform ermittelten Sachverhalt eine solche nicht erkannt hat (vgl. E. 11.4.1 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363, wonach "zu beachten [ist], dass ein Unternehmen, wenn es solche Informationen erhält, ohne sich offen von der in Rede stehenden Initiative zu distanzieren oder sie bei den Verwaltungsbehörden anzuzeigen, die Fortsetzung der Zuwiderhandlung begünstigt und ihre Entdeckung verhindert"; Urteil 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 8.4.1).

#### **E. 7.4.3**

Angesichts des Umstands, dass - wie im Wettbewerbsrecht generell (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2; Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.4.3.1) - auch bei Abreden die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4; 144

II 246 E. 6.4.4), ist das angeführte Beweisergebnis für den Nachweis einer tatsächlich umgesetzten Abstimmung ausreichend. Eine Umkehr der Beweislast ist entgegen der Beschwerdeführerinnen nicht zu erkennen. Der Austausch über die Treibstoffzuschläge zwischen den Beschwerdeführerinnen und der E. \_\_\_\_\_ AG sowie damit indirekt zwischen den zueinander in einem horizontalen Konkurrenzverhältnis stehenden Mitgliedern des "L1. \_\_\_\_\_" im Rahmen der Treffen erfüllt damit den ersten Teil des Tatbestands von Art. 8 Abs. 1 (1. Teilsatz) LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 (1. Teilsatz) KG. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgetragene Ausführungen zur Gesamtabrede stossen im Lichte der nachgewiesenen Einzelabrede von vornherein ins Leere (vgl. E. 8.4.2 des angefochtenen Urteils, wo die Vorinstanz diese Frage ausdrücklich offen lässt). Auch die im Zusammenhang mit der Gesamtabrede erhobene Rüge der Verletzung des Willkürverbots von Art. 9 BV ist nicht zu hören.

### **E. 7.5**

Zu prüfen bleibt im dritten Schritt, ob mit dem Informationsaustausch in Gestalt einer abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde (vgl. Art. 8 Abs. 1 [2. Teilsatz] LVA i.V.m. Art. 4 Abs. 1 [2. Teilsatz] KG).

#### **E. 7.5.1**

In diesem Zusammenhang machen die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht geltend, dass der Austausch der Informationen ohne wettbewerbsrelevanten Einfluss gewesen sei. Die Verhaltensabstimmung beruhte auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustauschs unter den Marktteilnehmern im Rahmen der "L1. \_\_\_\_\_"-Treffen verfügbar waren (vgl. auch BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2). Dabei ist das Medium des Informationsaustauschs unerheblich (vgl. Urteil des EuGH C-74/14 vom 21. Januar 2016 Rz. 44). Der Informationsaustausch bezog sich auf Informationen, die die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber zu den Treibstoffzuschlägen betrafen oder Rückschlüsse darauf zuliessen. Ihre Kenntnis verminderte oder beseitigte die ansonsten bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (vgl. auch BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2).

#### **E. 7.5.2**

Entsprechend ist auch nicht massgebend, dass die Beteiligung der Beschwerdeführerinnen am Informationsaustausch nur indirekt über die E. \_\_\_\_\_ AG lief, die ihrerseits direkt daran beteiligt war, was die Beschwerdeführerinnen wussten (vgl. E. 7.3 hiervor) oder jedenfalls wissen mussten (vgl. E. 7.4.1 hiervor). Die Koordination war zumindest geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung bei der Einführung und den betragslichen Änderungen von Treibstoffzuschlägen zu bezwecken, wenn nicht gar zu bewirken. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, erfolgte mit dem Informationsaustausch eine gegenseitige Bestätigung der Änderungen der Treibstoffzuschläge, was auch bei bereits öffentlich angekündigten geplanten Änderungen eine gegenseitige Absicherung hinsichtlich des künftigen Handelns erlaubte (vgl. E. 11.4.3 des angefochtenen Urteils). Die Rügen der Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf die teilweise öffentlich verfügbaren Informationen und der einseitig getroffenen Änderungen der Treibstoffzuschläge im Rahmen ihrer Geschäftspolitik vermögen deshalb nicht zu überzeugen. In diesem Lichte bezweckte oder bewirkte die abgestimmte Verhaltensweise über die Treibstoffzuschläge eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs respektive eine

Wettbewerbsbeschränkung. Somit ist auch der zweite Teil des Tatbestands von Art. 8 Abs. 1 (2. Teilsatz) LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 (2. Teilsatz) KG erfüllt.

### **E. 7.6**

Mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG ist unter den Verfahrensbeteiligten zu Recht unbestritten, dass es sich bei den Treibstoffzuschlägen um ein Element des Preises im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handelt (vgl. auch Urteil 2C\_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.5). Die den Beschwerdeführerinnen rechtsgenügend nachgewiesene Abrede über die Treibstoffzuschläge im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LVA in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG stellt daher eine besonders schädliche horizontale Abrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar, womit die Beseitigung des Wettbewerbs zu vermuten ist. Im Übrigen läge auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstands vor, ohne dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Abrede vorgenommen werden müsste (vgl. E. 6.4.2 f. hiervor; Urteil 2C\_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.6.3). Die fragliche Abrede würde daher auch die Erheblichkeitsschwelle im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erreichen. Allerdings sind Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG von vornherein nicht ersichtlich und werden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht begründet angerufen. Insofern braucht nicht abschliessend geprüft zu werden, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Im Ergebnis liegt eine mit dem Luftverkehrsabkommen unvereinbare und verbotene respektive unzulässige (Preis-) Abrede im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a LVA und Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a KG vor. Im Übrigen verstösst die Anwendung einer neuen oder geänderten Rechtsprechung, was die Beschwerdeführerinnen in BGE 143 II 297 sehen, auf andere Angelegenheiten, die zum Zeitpunkt der Einführung oder Änderung hängig waren, nicht gegen das Rückwirkungsverbot (vgl. Urteil 1C\_429/2016 vom 16. August 2017 E. 5.5.1).

## **XXV. Sanktion**

### **E. 8**

Mit Blick auf die Sanktionierung beanstanden die Beschwerdeführerinnen die Sanktionsberechnung im Grundsatz nicht. Sie rügen lediglich eine Verletzung des Beschleunigungsgebots gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK .

#### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe eine Verletzung des Beschleunigungsgebots geprüft und im Ergebnis verneint. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist diese Würdigung rechtsfehlerhaft. Seit der Eröffnung der Untersuchung am 13. Februar 2006 bis zur Fällung des angefochtenen Urteils am 16. November 2022 seien über 16 Jahre verstrichen. Dabei habe das bundesverwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren länger gedauert als das Untersuchungsverfahren der WEKO. Es seien keine Gründe für die lange Dauer des Untersuchungs- und Beschwerdeverfahrens ersichtlich. Insbesondere sei die Angelegenheit nicht besonders komplex. Sowohl die WEKO als auch die Vorinstanz hätten das Beschleunigungsgebot verletzt. Die Verfahrensdauer sei unzumutbar und die Sanktion entsprechend zu reduzieren.

#### **E. 8.2**

Als Minimalanforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleisten Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Erlass eines Entscheids innerhalb einer angemessenen Frist (zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in der vorliegenden Angelegenheit siehe E. 5.5 hiervor). Dies gilt auch für das Kartellrechtsverfahren (vgl. Urteile 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2; 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.1, nicht publ. in: BGE 148 II 321 ). Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich nicht absolut. Sie ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu beurteilen (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2 ; 135 I 265 E. 4.4 ; 130 I 312 E. 5.1). Für die rechtssuchende Person ist es unerheblich, auf welche Gründe eine übermässige Verfahrensdauer zurückzuführen ist. Mangelnde Organisation oder Überlastung bewahren nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2 ; 130 I 312 E. 5.2). Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt. Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist daher zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2; 125 V 188 E. 2a).

### **E. 8.3**

Am 13. Februar 2006 hat das Sekretariat eine Untersuchung zu Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht (Untersuchung 81.21-0014) eröffnet. Die Verfügung der WEKO datiert vom 2. Dezember 2013. Die Vorinstanz führt zur Dauer des Untersuchungsverfahrens zunächst aus, dass die fast achtjährige Untersuchungsdauer in der Verfahrensführung der WEKO zweifellos ein Novum darstelle, wenn als Vergleichsmaßstab bisherige Sanktionsverfahren mit einer durchschnittlich deutlich kürzeren Prozessdauer beigezogen würden (vgl. E. 13.2.2 S. 101 f. des angefochtenen Urteils). Zu Recht relativiert die Vorinstanz die lange Verfahrensdauer sodann mit Hinweis auf den Umstand, dass die WEKO nicht nur ein Verfahren gegen ein Unternehmen oder einen Konzern, sondern ein komplexes Untersuchungsverfahren gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen respektive Luftfahrtkonzerne (mit je spezifischen Eigenheiten) habe bewältigen müssen. Die WEKO weist in der bundesgerichtlichen Vernehmlassung zudem darauf hin, dass bereits die (internationalen) Beurteilungszuständigkeiten aufgrund der erstmaligen Anwendung der kartellrechtlichen Bestimmungen des Luftverkehrsabkommens lange Zeit unklar gewesen seien. Die Differenzen bei den Auffassungen der Verfahrensbeteiligten zum Regelungsgehalt des Luftverkehrsabkommens zeigen sich im Übrigen auch noch vor Bundesgericht (vgl. E. 5.1 f. hiervor). In diesem Lichte ist mit Bezug auf das Untersuchungsverfahren der WEKO keine Verletzung des Beschleunigungsgebots zu erkennen. Entsprechend sind die Verfahrenskosten des Untersuchungsverfahrens - über die von der Vorinstanz bereits vorgenommene Reduktion hinaus - nicht zu kürzen.

### **E. 8.4**

Anders verhält es sich mit Blick auf das über acht Jahre dauernde vorinstanzliche Beschwerdeverfahren.

#### **E. 8.4.1**

Gegen die Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 reichten die Beschwerdeführerinnen am 12. Februar 2014 Beschwerde bei der Vorinstanz ein. Wie sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, war der vorinstanzliche Schriftenwechsel mit der

Einreichung der Duplik am 2. Oktober 2014 im Grundsatz abgeschlossen (vgl. Bst. E des angefochtenen Urteils). Daraufhin dauerte es über acht Jahre bis die Vorinstanz das Urteil vom 16. November 2022 fällte (vgl. Bst. B.b hiervor). Die Vorinstanz verzichtet im Rahmen des bundesgerichtlichen Verfahrens auf eine Vernehmlassung und äussert sich nicht zur Verfahrensdauer. Demgegenüber hält sie bereits im Rahmen des angefochtenen Urteils den Beschwerdeführerinnen entgegen, diese hätten sie nicht zu einer raschen Behandlung der Angelegenheit aufgefordert oder eine Rechtsverweigerung geltend gemacht. Das passive Verhalten der Beschwerdeführerinnen stehe somit einem Erlass oder einer Reduktion der Sanktion entgegen (vgl. E. 13.2.2 S. 103 f. des angefochtenen Urteils).

#### **E. 8.4.2**

Diese Auffassung der Vorinstanz greift zu kurz: Zwar hat das Bundesgericht unlängst festgehalten, dass der rechtssuchenden Person ihr passives Verhalten angelastet werden kann, wenn sie die zuständige Behörde nie zu einer raschen Behandlung der sie betreffenden Angelegenheit auffordert (vgl. Urteil 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.2 f., nicht publ. in: BGE 148 II 321 ). Die Vorinstanz lässt allerdings ausser Acht, dass die beschwerdeführende Person im referenzierten Verfahren die Dauer des Untersuchungsverfahrens der WEKO nicht kritisiert, sondern lediglich die Dauer des Beschwerdeverfahrens beanstandet hat ("Se plaignant uniquement de la durée de la procédure devant le Tribunal administratif fédéral, [...]"). Demgegenüber haben vorliegend diverse Untersuchungsadressaten, so auch die Beschwerdeführerinnen, bereits in den zeitgleich eingereichten Beschwerden gegen die Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 eine Verletzung des Beschleunigungsgebots ausdrücklich gerügt und bei der Vorinstanz geltend gemacht, dass die Untersuchungsdauer von rund acht Jahren unzulässig lange gewesen sei (vgl. E. 13.2.2 S. 98 des angefochtenen Urteils; Urteile des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.2.2; B-786/2014 vom 16. November 2022 E. 14.2.2; B-787/2014 vom 16. November 2022 E. 14.2.2). Ausserdem haben sich die Beschwerdeführerinnen am 14. Juni 2018 (act. 22) und am 7. Dezember 2018 (act. 25) bei der Vorinstanz nach dem Verfahrensstand erkundigt. Vor diesem Hintergrund ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Beschwerdeführerinnen nicht um eine rasche Behandlung der Angelegenheit ersucht hätten und sie die Vorinstanz ausdrücklich darauf hätten hinweisen müssen, die Verfahrensdauer unter acht Jahren zu halten, nicht nur unzutreffend, sondern auch sachfremd (vgl. Urteil 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12.4.2, zur Publikation vorgesehen).

#### **E. 8.4.3**

Im Übrigen ist den Beschwerdeführerinnen nicht vorzuwerfen, dass sie durch ihr eigenes Verhalten zu einer aufwändigen und äusserst zeitintensiven Bearbeitung beitrugen (vgl. Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.3 i.f.). Auch der Hinweis der Vorinstanz, die WEKO habe sich in Sachverhaltsschilderungen verloren, bei denen die fraglichen Geschehnisse vor dem für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum liege (vgl. E. 3 hiervor), vermag eine Verfahrensdauer von über acht Jahren nicht objektiv zu rechtfertigen. Der Sachverhalt vor dem 1. April 2004 war aus der Optik der WEKO durchaus relevant, da die WEKO ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Luftverkehrsabkommens gestützt auf Art. 8 Abs. 1 LVA die Unzulässigkeit des festgestellten Verhaltens im Dispositiv hätte verfügen können (vgl. E. 5.2 und E. 5.3.3 i.f. hiervor). Eine solche Unzulässigkeitsfeststellung wäre namentlich zur Diskussion gestanden, wenn sie nicht auf die Sanktionsbestimmung von Art. 49a Abs. 1 KG hätte zurückgreifen dürfen (vgl. auch

Urteil 2C\_62/2023 vom 24. Juli 2024 E. 3.6).

### **E. 8.5**

Im Lichte des Gesagten sind trotz der erforderlichen Koordination der verschiedenen Beschwerdeverfahren keine objektiven Gründe ersichtlich, die eine Verfahrensdauer von mehr als acht Jahren rechtfertigen könnten. Unter Berücksichtigung der kartellrechtlichen Rechtsprechung, der zufolge sich - ausserhalb von ausserordentlichen Umständen - eine Beschwerdeverfahrensdauer von sechs Jahren am obersten Limit bewegt (vgl. Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.7), ist in Anbetracht der vorliegend massgebenden achtjährigen vorinstanzlichen Verfahrensdauer eine Kürzung der Sanktion im Umfang von 25 % (2/8) vorzunehmen (vgl. Urteil 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12.5, zur Publikation vorgesehen). Der von der Vorinstanz unbestrittenermassen korrekt errechnete Sanktionsbetrag von Fr. 67'354.-- ist somit auf Fr. 50'515.50 zu reduzieren.

XXV. Ergebnis & Kosten

### **E. 9**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde mit Blick auf die Verletzung des Beschleunigungsgebots begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen ist. Die Dispositiv-Ziffern 1.2, 2 und 3 des angefochtenen Urteils sind aufzuheben und die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der WEKO vom 2. Dezember 2013 ist mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegende Sanktion von Fr. 50'515.50.-- entsprechend neu zu fassen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Die Angelegenheit ist zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 67 BGG ).

Bei diesem Verfahrensausgang tragen die Beschwerdeführerinnen die um 25 % reduzierten Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG ). Der WEKO sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ; vgl. Urteil 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 12.3). Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen im Umfang des (teilweisen) Obsiegens für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Der WEKO ist keine Parteientschädigung zuzusprechen ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.