

# **BVGer A-696/2015 vom 17. März 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-696\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-696_2015)

FR: TAF A-696/2015 du 17 mars 2016

IT: TAF A-696/2015 del 17 marzo 2016

## **Regeste**

Luftfahrtbetrieb

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat.

#### **E. 1.1.1**

Zunächst ist zu klären, ob die Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung betreffend die Zulassung der Beschwerdeführerin zur Drittabfertigung zuständig war.

##### **E. 1.1.1.1**

Indem die Vorinstanz die angefochtene Verfügung erliess, revidierte sie ihren ursprünglich vertretenen Standpunkt, wonach nicht sie sondern ausschliesslich die Beschwerdegegnerin zur Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin zuständig sei (vgl. Sachverhalt B). Die Vorinstanz erwog hierzu, die Erteilung einer Drittabfertigungsberechtigung erfolge wie eine sonstige Übertragung von Rechten und Pflichten gemäss Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG (sog. Sub- bzw. Unterkonzession) überwiegend mittels Vertrag zwischen dem Flughafenhalter und dem Subkonzessionär. Eine allfällige Verweigerung einer Subkonzession habe dagegen zwecks Anfechtbarkeit in Form einer Verfügung zu ergehen, wobei der Flughafenhalter hierzu, von bestimmten hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen, nach herrschender Lehre und Praxis nicht ermächtigt sei. Als unmittelbare Aufsichtsbehörde gemäss Art. 3 LFG obliege es vielmehr ihr selber, in solchen Fällen eine Verfügung zu erlassen.

##### **E. 1.1.1.2**

Nach Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG kann der Flughafenhalter einzelne Rechte und Pflichten aus der Konzession an Dritte übertragen, bleibt allerdings dem Bund gegenüber für die Erfüllung der durch Gesetz oder Konzession begründeten Pflichten weiterhin verantwortlich. Das gilt insbesondere für die in Art. 29a und 29b der Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt vom 23. November 1994 (VIL, SR 748.131.1) geregelten Bodenabfertigungsdienste, zu denen etwa die Betankung der Flugzeuge, die Flugzeug-, Passagier-, Gepäck-, Post- und Frachtabfertigung zählen (Jaag/Hänni, Luftverkehrsrecht Teil I: Infrastruktur der Luftfahrt, in: Georg Müller [Hrsg.], Verkehrsrecht, 2008, S. 373, Rz. 92; Tobias Jaag, Die schweizerischen Flughäfen: Rechtsgrundlagen, Organisation und

Verfahren, in: Rechtsfragen rund um den Flughafen, 2004, S. 50). Bereits der Sachzusammenhang spricht dafür, dass das Verhältnis zwischen der Konzessionärin und deren Partner bei der Bodenabfertigung - im Unterschied zu den Erbringern kommerzieller Dienstleistungen (wie Verkaufsläden und Restaurants) - grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur bleibt. Das heisst aber nicht, dass die Flughafenbetreiberin insoweit auch befugt ist, Verfügungen zu treffen. Eine solche Kompetenz müsste sich vielmehr auf das Gesetz zurückführen lassen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 4.1).

#### **E. 1.1.1.3**

Die Regelung in Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG ermöglicht der Beschwerdegegnerin wohl Drittabfertigungsberechtigungen mittels Vertrag zu erteilen. Möchte sie ein entsprechendes Ersuchen dagegen ablehnen, so räumen ihr die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen diesbezüglich keine Verfügungskompetenz ein. Hierzu ist vielmehr die Vorinstanz kompetent, da dieser aufgrund ihrer allgemeinen Zuständigkeit zur Aufsicht über die Zivilluftfahrt (Art. 3 LFG) die Befugnis zukommt, zu den vom Bundesrecht geregelten Tatbeständen Verfügungen zu treffen, was im Übrigen der allgemeinen Regelung des Verwaltungsverfahrens- und -organisationsrechts entspricht (vgl. insbesondere den auf Art. 43 Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010] gestützten Art. 7 der Organisationsverordnung vom 6. Dezember 1999 für das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [OV-UVEK, SR 172.217]; Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 4.5; Thomas Sägesser, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, 2007, Art. 43 Rz. 9 ff.). In diesem Sinne belies es die Beschwerdegegnerin zu Recht bei ihrer informellen Verweigerung der Drittabfertigungsberechtigung. In der Folge oblag es der Vorinstanz, im Rahmen eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens zu überprüfen bzw. mittels Verfügung darüber zu befinden, ob sich die Beschwerdegegnerin zu Recht geweigert hatte, die fraglichen Rechte und Pflichten im Sinne von Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG zu übertragen. Dies ist auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

#### **E. 1.1.2**

Die angefochtene Verfügung vom 23. Dezember 2014 stellt vor diesem Hintergrund ein taugliches Anfechtungsobjekt dar und wurde alsdann von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen (vgl. Anhang 1, B. Ziff. VII 1.3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

#### **E. 1.2**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung besitzt (Bst. c). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung nicht nur formell beschwert, sondern auch in materieller Hinsicht, wies doch die Vorinstanz ihren Antrag um Zulassung zur Drittabfertigung auf dem Flughafen Bern-Belp ab. Somit ist sie zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 und 52 VwVG), von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden indes nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-529/2015 vom 24. Juni 2015 E. 2.1 m.H.).

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Bei der Angemessenheitsprüfung auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht allerdings eine gewisse Zurückhaltung und greift nicht in den Beurteilungsspielraum der rechtsanwendenden Behörde ein, wenn diese - wie vorliegend die Vorinstanz - den örtlichen, technischen und persönlichen Verhältnissen näher steht als die Beschwerdeinstanz. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl zwischen mehreren sachgerechten Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung ausgesprochener Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt, weicht das Bundesverwaltungsgericht nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass Letztere die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen getroffen hat (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2149/2015 vom 25. August 2015 E. 2.2; A-5160/2014 vom 14. Juli 2015 E. 3 und A-173/2015 vom 8. Juni 2015 E. 2.2, je m.w.H.; vgl. ferner BGE 136 I 184 E. 2.2.1, 135 II 296 E. 4.4.3).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die gesetzliche Ordnung schliesse den Wettbewerb im Bereich der Bodenabfertigungsdienste auf dem Flughafen Bern-Belp nicht aus, weshalb sie zur Drittabfertigung zuzulassen sei. Mit dem abschlägigen Entscheid der Vorinstanz werde sie in unzulässiger Weise in ihrer Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt.

### **E. 3.1**

Art. 94 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) statuiert das System einer Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs. Dieser institutionelle Grundsatz wird in Art. 27 BV im Rahmen seiner individualrechtlichen Funktion konkretisiert (Häfelin/ Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage 2012, Rz. 624 ff.). Bei der Wirtschaftsfreiheit, die gemäss Art. 27 Abs. 2 BV das Recht auf einen freien Berufszugang umfasst, handelt es sich primär um ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Sie schützt in individualrechtlicher Hinsicht die freie privatwirtschaftliche Betätigung in einem umfassenden Sinn. Nicht geschützt ist hingegen

eine allfällige wirtschaftliche Betätigung des öffentlichen Dienstes bzw. im öffentlichen Dienst (Klaus A. Vallender, in: Ehrenzeller/Schindler/ Schweizer/ Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 27 Rz. 9 ff.). Dies hat zur Folge, dass jegliche gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder eines Erwerbseinkommens dient, Schutzobjekt von Art. 27 BV ist. Dabei ist unwesentlich, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige bzw. um eine haupt- oder nebenberufliche Erwerbstätigkeit handelt (BGE 132 I 282 E. 3.2; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 628 ff.).

### **E. 3.2**

Da auch juristische Personen des Privatrechts Trägerinnen der Wirtschaftsfreiheit sind, kann sich die Beschwerdeführerin grundsätzlich auf Art. 27 BV berufen (BGE 131 I 223 E. 1.1; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 656). Die Beschwerdeführerin verfolgt mit ihrem Unternehmenszweck ohne weiteres eine privatwirtschaftliche Tätigkeit. Indem ihr die Drittabfertigung untersagt wurde und sie dadurch in der freien Gestaltung von Geschäftsbeziehungen eingeschränkt wird, ist sie in der Ausübung ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und damit in ihrer Wirtschaftsfreiheit berührt.

### **E. 3.3**

Wie jedes Grundrecht gilt auch die Wirtschaftsfreiheit nicht absolut. Dies ergibt sich schon aus Art. 95 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen kann. Grundsätzlich ist bei Eingriffen in Grundrechte zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen zu unterscheiden. Gründe für grundsatzkonforme Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit sind im Polizeigüterschutz bzw. in verwandten sozialpolitischen Zielen zu sehen. Zu nennen sind u.a. der Schutz der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit, der Sittlichkeit und Sicherheit, sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (BGE 125 I 335 E. 2a). Qualitativ gesehen ist ein Eingriff in der Regel dann grundsatzkonform, wenn er mit dem in Art. 94 BV statuierten Grundentscheid für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft im Einklang steht. Insbesondere zielt ein grundsatzkonformer Eingriff nicht darauf ab, Marktmechanismen zu korrigieren bzw. ausser Kraft zu setzen. Führt der Eingriff hingegen zu einer Abweichung vom Prinzip einer wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft, handelt es sich um einen grundsatzwidrigen Eingriff, der gemäss Art. 94 Abs. 4 BV aufgrund des erhöhten demokratischen Legitimationsbedarfs einer Grundlage in der Bundesverfassung selbst bedarf. Grundsatzkonforme Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit dürfen in den Schranken von Art. 36 BV vorgenommen werden. Gemäss dieser Bestimmung bedürfen Eingriffe in Grundrechte einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwere Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. Weiter müssen überwiegende öffentliche Interessen den Eingriff rechtfertigen und das Verhältnismässigkeitsprinzip muss berücksichtigt werden. Schliesslich ist der Kerngehalt des Grundrechts nicht antastbar und der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten zu beachten (Klaus A. Vallender, a.a.O., Art. 94 Rz. 4 ff.; Häfelin/Haller/ Keller, a.a.O., Rz. 657 ff.).

### **E. 4.1**

Indem Art. 87 BV für die Luftfahrt eine umfassende Bundeskompetenz vorsieht ("Sache des Bundes"), erlaubt die Bundesverfassung dem Bundesgesetzgeber in diesem Bereich von der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, namentlich die Tätigkeiten als rechtliches Monopol auszugestalten und die entsprechenden Rechte entweder selber wahrzunehmen oder

innerhalb eines Konzessions- oder Bewilligungssystems an Dritte zu übertragen (Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 87 Rz. 2; Markus Kern bzw. Felix Uhlmann, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 2015, Art. 87 Rz. 12 bzw. Art. 94 Rz. 21 ff). Das Luftfahrtgesetz unterwirft denn auch sowohl die regelmässige Personen- und Güterbeförderung auf einer Luftverkehrslinie als auch den Betrieb von Flugplätzen, die dem öffentlichen Verkehr dienen (Flughäfen), der Konzessionspflicht (Art. 28 und 36a LFG) und entzieht diese damit dem sachlichen Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit bzw. sichert dem Staat in diesem Bereich ein Monopol (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_488/2012 vom 1. April 2013 E. 4.1). Mit der Konzessionierung des Flughafenbetriebs wird das Recht verliehen, einen Flughafen gewerbsmässig zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben. Zudem verfügt der Konzessionär über das Enteignungsrecht. Im Gegenzug ist er verpflichtet, den Flughafen unter Vorbehalt der Regelungen im Betriebsreglement für den nationalen und internationalen Verkehr offen zu halten, einen ordnungsgemässen sicheren Betrieb zu gewährleisten und die dafür erforderliche Infrastruktur bereitzustellen (Art. 36a Abs. 2 LFG sowie Art. 10 Abs. 1 VIL). Zur Betriebspflicht gehört die Aufgabe, eine Bodenorganisation zur Verfügung zu stellen, die den Bedürfnissen der Luftfahrzeuge genügt, welche den Flughafen benützen können. Darunter fällt auch die Sicherstellung der Bodenabfertigung (vgl. Betriebskonzession vom 16. Oktober 1985, Ziff. 4.1).

#### **E. 4.2**

Das vorliegend mit Betriebskonzession vom 16. Oktober 1985 an die Beschwerdegegnerin verliehene Recht, den Flughafen Bern-Belp gewerbsmässig zu betreiben und insbesondere das davon umfasste Recht, Bodenabfertigungsdienste exklusiv zu erbringen, vermag sich nach dem Gesagten auf eine entsprechende Verfassungsbestimmung wie auch das Luftfahrtgesetz abzustützen. Unabhängig davon, ob damit in grundsatzwidriger oder -konformer Art und Weise in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin eingegriffen wird, liegt hierfür eine genügende gesetzliche Grundlage vor.

#### **E. 5.1**

Weiter stellt sich die Frage, ob die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin gemäss Art. 36a Abs. 2 LFG im öffentlichen Interessen liegt.

#### **E. 5.2**

Die Luftschifffahrt war 1921 als umfassende Bundeskompetenz verankert worden (Botschaft vom 22. März 1910 betreffend teilweise Revision der Bundesverfassung [Gesetzgebung über Automobilverkehr und Luftschifffahrt], BBl 1910 II 617 f.). In der Botschaft vom 23. März 1945 zum Luftfahrtgesetz (BBl 1945 I 341, 344) wurde erwogen, dass sich weder die Schweiz noch irgendein anderer Staat beim gewerbsmässigen Luftverkehr auf ein wohlwollendes "laisser-faire" beschränken dürfe. Angesichts der nationalen und internationalen Bedeutung des Luftverkehrs dürfe dessen Ausbau nicht ausschliesslich von der privaten Initiative und dem Gutdünken Einzelner abhängig sein. Gleich der verfassungsmässigen Regelung über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen sowie die Schifffahrt gehe auch der Luftverkehrsartikel dem Grundsatz der Gewerbefreiheit vor. In der Praxis habe sich der Luftverkehr von Anfang an gestützt auf Konzessionserteilungen abgewickelt. Das Interesse der Allgemeinheit habe diese Form nicht nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit geboten, sondern auch deshalb, weil durch eine strenge Kontrolle eine ungesunde, für Staat und Volkswirtschaft zu kostspielige

Entwicklung auf diesem Verkehrsgebiet hätte verhindert werden müssen. Demzufolge sah bereits Art. 37 aLFG (AS 1950 471) vor, dass die Anlage und der Betrieb von dem öffentlichen Verkehr dienenden Flugplätzen einer Konzession bedürfen. Mit dem Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren (AS 1999 3071; BBl 1998 2591) wurde Art. 36a LFG neu eingefügt und damit die Konzessionierung im LFG auf den Betrieb von Flughäfen eingeschränkt. Das bisherige Baukonzessionsverfahren wurde aufgehoben und neu ins Plangenehmigungsverfahren integriert (vgl. Art. 37 LFG), womit die einheitliche Prüfung aller mit der Infrastruktur zusammenhängenden Fragen erreicht werden konnte (vgl. Botschaft vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, BBl 1998 III 2591, 2592 und 2644 f.).

### **E. 5.3**

Soweit die Konzessionierung des Flughafenbetriebs der Sicherheit dienen soll, geht es um den Schutz eines Polizeigutes, was einem öffentlichen Interesse entspricht (vgl. Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 674). Ebenso stellt das volkswirtschaftliche Bedürfnis nach einem gut funktionierenden sowie ordnungsgemässen Flughafenbetrieb ein legitimes Anliegen der Allgemeinheit dar. Die Errichtung eines Monopols im Bereich des Flughafenbetriebs bzw. der Bodenabfertigungsdienste liegt somit ohne weiteres im vorausgesetzten öffentlichen Interesse.

### **E. 6.1**

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Monopolisierung der Bodenabfertigungsdienste als verhältnismässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin anzusehen ist. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Eingriff in ein Freiheitsrecht nicht weiter gehen darf, als es das öffentliche Interesse erfordert. Die Massnahme hat demnach zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Zweck ausreichen würde. Die Freiheitsbeschränkung darf zudem nicht in einem Missverhältnis zum damit verfolgten öffentlichen Interesse stehen (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 320; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, Rz. 581 ff.; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5014/2013 vom 2. September 2014 E. 5.1; A-3290/2013 vom 3. Juni 2014 E. 6.2).

### **E. 6.2**

Die mit der Konzessionierung einhergehende Beschränkung von Dienstleistern und Kontrolle beim Betrieb von Flughäfen ist grundsätzlich geeignet, einen sicheren und ordnungsgemässen Betrieb zu gewährleisten sowie den volkswirtschaftlichen Interessen daran gerecht zu werden. Fraglich ist jedoch, ob mit dem Ausschluss der Beschwerdeführerin von den Dritt-Abfertigungsdiensten über das Notwendige hinausgegangen wurde. Bei der entsprechenden Beurteilung ist zu beachten, dass der Konzessionär gemäss Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG i.V.m. Art. 15 VIL einzelne Rechte und Pflichten aus der Konzession auf Dritte übertragen kann. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

#### **E. 6.3.1**

Mit dieser offenen Norm räumt der Gesetzgeber dem Konzessionär einen Ermessensspielraum ein. Dem Wortlaut nach ist es folglich ihm überlassen, ob er entsprechende Rechte und insbesondere die Möglichkeit zur Dritt-Abfertigung an Dritte

übertragen oder davon absehen möchte. Man spricht in diesem Zusammenhang von Entschliessungsermessen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 431). Durch das Ermessen erhalten die Verwaltungsbehörden einen Spielraum für den Entscheid im Einzelfall. Dies bedeutet aber nicht, dass die Behörden in ihrer Entscheidung völlig frei sind. Sie sind vielmehr an die Verfassung gebunden und müssen insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen befolgen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung auch bei Ermessensentscheiden zu beachten. Das Ermessen ist insoweit einer "Verrechtlichung" ausgesetzt. Pflichtgemässe Ausübung bedeutet aber nicht nur, dass der Entscheid rechtmässig, sondern auch dass er angemessen (zweckmässig) sein muss (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 441). In diesem Zusammenhang ist relevant, dass zwischen einem Flughafenhalter als Konzessionär und Anbietern von Bodenabfertigungsdiensten, wie bereits erwähnt (vgl. E. 1.1.1.2 sowie Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 4.1), ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegt. Wendet sich ein Interessent für die Erbringung von Drittabfertigungsdiensten an einen Flughafenhalter, so bedeutet dies, dass Letzterer bei der Anwendung von Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG im öffentlichen Interesse waltet bzw. eine Verwaltungstätigkeit wahrnimmt (vgl. zum funktionellen Begriff der Verwaltung Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 10 ff.). Hierbei hat er wie eine sonstige Behörde die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts zu beachten und ist an die Grundrechte gebunden (Art. 35 BV) bzw. hat das ihm zustehenden Ermessen im vorerwähnten Sinne auszuüben. Mit der nachfolgenden Überprüfung der Ermessensausübung ist gleichzeitig auch über die Verhältnismässigkeit bzw. die Erforderlichkeit der vorliegend zu beurteilenden Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zu befinden (E. 6.3.3). Vorab ist jedoch zu klären, ob der Beschwerdeführerin aus dem Völkerrecht ein Anspruch auf Drittabfertigungsdienste erwächst und inwiefern dies die Ausübung des eingeräumten Ermessens tangiert (E. 6.3.2).

#### **E. 6.3.2.1**

Der durch Art. 36a Abs. 3 LFG eingeräumte Ermessensspielraum betreffend die Übertragung von einzelnen Rechten und Pflichten der Konzession auf Dritte wird durch internationales Recht überlagert. Das schweizerische Luftrecht ist über 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), in Kraft seit dem 1. Juni 2002, in das europäische Regelungssystem eingebunden worden. Zu diesem Zweck gelten im Rahmen des Gegenstandes des Abkommens und der im Anhang genannten Verordnungen und Richtlinien die europäischen Regeln auch in der Schweiz. Da die Schweiz dem monistischen System folgt, wurde das Völkerrecht mit der Ratifizierung des Abkommens automatisch Teil der schweizerischen Rechtsordnung und ist direkt anwendbar ("self-executing"), ohne dass eine Transformation ins Landesrecht erforderlich ist (Art. 1 Abs. 2 und Art. 32 LVA; Urteil des Bundesgerichts 2C\_842/2010 vom 13. Januar 2012 E. 2.1 sowie E. 3.1 m.w.H.). Nur wenn die Normen nicht hinreichend konkretisiert sind, um in einem Einzelfall direkt angewendet werden zu können, bedarf es zu ihrer Umsetzung Ausführungsregelungen im nationalen Recht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_842/2010 vom 13. Januar 2012 E. 3.1 m.H.; Dettling-Ott/Haldimann, Luftverkehrsrecht Teil II: Betrieb der Luftfahrt, in: Georg Müller [Hrsg.], Verkehrsrecht, 2008, S. 419, Rz. 47).

#### **E. 6.3.2.2**

Mit dem LVA fand auch die Richtlinie 96/67/EG Eingang in die Schweizerische Rechtsordnung. Ihre Bestimmungen sind grundsätzlich genügend konkret ausformuliert, um in der Schweiz unmittelbar Anwendung zu finden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 4.3). Dass in Art. 29a bzw. 29b VIL auf die Richtlinie 96/67/EG verwiesen wird, ist mit Blick auf deren grundsätzliche Verbindlichkeit somit nicht von Bedeutung.

#### **E. 6.3.2.3**

Die Richtlinie 96/67/EG bezweckt die schrittweise Öffnung des Marktes der Bodenabfertigungsdienste zu gewährleisten, wodurch nach ihrer fünften Begründungserwägung zur Senkung der Betriebskosten der Luftverkehrsgesellschaften und zur Hebung der den Nutzern gebotenen Qualität beigetragen werden soll (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3950/2011 vom 12. April 2012 E. 5.4.2.2). Des Weiteren wird erwogen, dass die Liberalisierung mit der Funktionsfähigkeit der Flughäfen vereinbar sei, gleichzeitig jedoch den Auswirkungen der Marktöffnung auf die Beschäftigungs- und Sicherheitsbedingungen Rechnung zu tragen sei. In diesem Sinne sehen Art. 6 und Art. 7 der Richtlinie 96/67/EG vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Massnahmen treffen, um die freie Ausübung der Selbstabfertigung zu ermöglichen bzw. den Bodenabfertigungsdienstleistern den freien Zugang zum Markt der Drittabfertigungsdienste zu gewährleisten. Damit diese Bestimmungen für den einzelnen Flughafen tatsächlich zum Tragen kommen, muss gemäss Art. 1 der Richtlinie 96/67/EG ein gewisses Minimum an Passagieren bzw. Frachtmengen befördert werden.

#### **E. 6.3.2.4**

Indem die Richtlinie 96/67/EG im Bereich der Bodenabfertigung bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 1 der Richtlinie 96/67/EG grundsätzlich die Übertragung entsprechender Rechte und Pflichten auf Dritte vorsieht, wird der gemäss Art. 36a Abs. 3 LFG statuierte Ermessensspielraum eingeengt. Dies ist unproblematisch, da grundsätzlich davon auszugehen ist, der Gesetzgeber wolle abgeschlossene und ratifizierte Staatsverträge bzw. internationale Übereinkommen gelten lassen. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht daher völkerrechtskonform ausgelegt werden (BGE 130 I 312 E. 1.1; 94 I 669 E. 6a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4186/2015 vom 28. Januar 2016 E. 7.5.2.2). Selbst im Falle eines echten Normenkonflikts zwischen Völkerrecht und nationaler Gesetzgebung geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus (Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 26. November 2015 E. 3.2 [zur Publikation vorgesehen]; BGE 139 I 16 E. 5.1; 138 II 524 E. 5.1). Fällt demzufolge ein Flughafen aufgrund seiner Grösse in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/67/EG, so tritt deren Regelung im Bereich der Bodenabfertigungsdienste an die Stelle des in Art. 36a Abs. 3 LFG grundsätzlich vorgesehenen Ermessens bei der Übertragung von Rechten und Pflichten aus der Konzession.

#### **E. 6.3.2.5**

Auf den vorliegend im Streit liegenden Zugang zum Markt der Drittabfertigungsdienste besteht gemäss Art. 6 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 96/67/EG grundsätzlich ein Anspruch bzw. ist der Konzessionär zur Übertragung entsprechender Rechte verpflichtet, sofern jährlich mindestens zwei Millionen Fluggäste oder 50'000 t Fracht verzeichnet werden (vgl. auch Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht,

Expertenwissen für die Praxis, 2015, Rz. 8.15 und 8.35). Diese Schwellenwerte werden beim Flughafen Bern-Belp unbestrittenermassen nicht erreicht, weshalb die Richtlinie 96/67/EG in diesem Bereich nicht anwendbar ist und die Beschwerdeführerin daraus für sich keinen Anspruch auf Erbringung von Drittabfertigungsdiensten ableiten kann. Angesichts der klaren Kriterien, welche Art. 1 der Richtlinie 96/67/EG für deren Anwendbarkeit aufstellt und da diese vorliegend eindeutig nicht erfüllt sind, ist überdies nicht ersichtlich, dass mittels Auslegung zu einem dem klaren Wortlaut entgegenlaufenden Ergebnis zu gelangen wäre. Es bleibt somit zu prüfen, ob der abschlägige Entscheid der Vorinstanz mit der pflichtgemässen Ausübung des durch Art. 36a Abs. 3 LFG eingeräumten Ermessens vereinbar ist.

#### **E. 6.3.3.1**

Bei der Ausübung von Ermessen ist insbesondere den öffentlichen Interessen sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung Rechnung zu tragen (vgl. E. 6.3.1). Die vorliegend zu beurteilende Möglichkeit, einem Interessenten gemäss Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG das Anbieten von Drittabfertigungsdiensten zu gewähren, ist zum einen im Lichte des Interesses nach einem zuverlässigen und sicheren Flugbetrieb zu betrachten (vgl. E. 5.3). Andererseits steht diesem Anliegen das ebenfalls hoch zu gewichtende Interesse nach einem funktionierenden Wettbewerb gegenüber. Mit Art. 36a Abs. 3 LFG sowie dem Abschluss des LVA brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er der Markttöffnung unter Wahrung der entgegenstehenden öffentlichen Interessen möglichst weitgehend zum Durchbruch verhelfen möchte. Was den Marktzugang zu den Bodenabfertigungsdiensten anbelangt, so nimmt die Richtlinie 96/67/EG eine entsprechende Interessenabwägung vor. Konkret trägt sie den potenziell negativen bzw. unerwünschten Auswirkungen der Markttöffnung in diesem Bereich dadurch Rechnung, als sie erst ab Erreichen einer gewissen Flughafengrösse Geltung beansprucht und Wettbewerb einfordert.

#### **E. 6.3.3.2**

Wenn nun für den Flughafen Bern-Belp, wie bereits dargelegt (E. 6.3.2.5), die Richtlinie 96/67/EG keine Anwendung findet und daraus folglich kein Anspruch auf Übertragung von Bodenabfertigungsdiensten abgeleitet werden kann, so müssten ausserordentliche Gründe vorliegen, damit entgegen der Interessenabwägung, welche durch die Richtlinie 96/67/EG erfolgt, dennoch solche zu übertragen wären. Solche Umstände sind vorliegend nicht auszumachen. Währenddem der Beschwerdeführerin daran liegt, sich wirtschaftlich entwickeln zu können, befürchtet die Beschwerdegegnerin im Falle der Zulassung der Beschwerdeführerin zur Drittabfertigung, die mit der Konzession einhergehenden Auflagen nicht mehr einhalten bzw. den Betrieb des Flughafens nicht mehr kostendeckend gewährleisten zu können. Aus den Vorbringen der Parteien wird somit ersichtlich, dass ein Interessenskonflikt vorliegt, wie er der Regelung in der Richtlinie 96/67/EG zugrunde liegt. In diesem Zusammenhang kann alsdann auf die Geschäftsberichte der Beschwerdegegnerin verwiesen werden. Gemäss den zugehörigen Erfolgsrechnungen sind die Gewinne in den letzten Jahren zurückgegangen. Nachdem für das Jahr 2012 noch ein solcher von Fr. 385'466.00 verzeichnet werden konnte, lag er in den Jahren 2013 und 2014 bei Fr. 100'000.00 bzw. Fr. 93'126.00 und bewegt sich damit in Anbetracht der erzielten Umsätze jüngst in bescheidener Höhe. Unabhängig vom quantitativen Ausmass ist davon auszugehen, dass die Zulassung der Beschwerdeführerin für die Beschwerdegegnerin finanzielle Einbussen zeitigen würde. Zumindest ist dann fraglich, ob der Flughafen bei gleich bleibenden Auflagen noch profitabel betrieben werden könnte. Wenn die Vorinstanz

die begehrte Drittabfertigungsberechtigung unter anderem in Anrufung der Richtlinie 96/67/EG abschlägig beurteilte, so ist ihr und mithin auch der Beschwerdegegnerin mit Blick auf Art. 36a Abs. 3 zweiter Satz LFG keine pflichtwidrige Ermessensausübung vorzuwerfen. Bezüglich der für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vorauszusetzenden Verhältnismässigkeit (vgl. E. 6.1 und 6.3.1 a.E.) ist damit auch gesagt, dass zur Verwirklichung der öffentlichen Interessen keine mildere Massnahme als der Ausschluss von den Drittabfertigungsdiensten ersichtlich ist.

#### **E. 6.4**

Was das Verhältnis zwischen Zweck und Wirkung des Grundrechtseingriffes anbelangt, so überwiegt das öffentliche Interesse nach einem funktionierenden und sicheren Flugbetrieb das private Interesse der Beschwerdeführerin. Selbst wenn die strittige Restriktion für Letztere von existenzieller Bedeutung sein sollte, ist sie gerechtfertigt.

#### **E. 7**

Nebstdem sich der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen vermag und verhältnismässig ausfällt, ist auch nicht ersichtlich, dass damit der Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerrt und gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten verstossen würde. Des Weiteren ist der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit nicht berührt. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin von der Erbringung von Drittabfertigungsdiensten durch die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz erfolgte folglich rechtmässig.

#### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich ferner auf das Kartellgesetz und macht geltend, die Verweigerung der Drittabfertigungsberechtigung stelle eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

##### **E. 8.2.1**

Zum einen ist umstritten, ob das Kartellgesetz auf den vorliegenden Streitgegenstand überhaupt Anwendung findet. Die Beschwerdeführerin ist dieser Auffassung und stützt sich dabei auf eine Einschätzung der Wettbewerbskommission WEKO. Art. 3 KG äussert sich zum Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften und statuiert einen Vorbehalt zugunsten von Vorschriften, welche auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Dies sind insbesondere Bestimmungen, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Die Vorschrift von Art. 3 Abs. 1 KG beschlägt nicht die Frage nach der Zuständigkeit der WEKO, sondern regelt den materiellen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Liegt eine wettbewerbsausschliessende Situation vor, bleibt die WEKO zwar für die Beurteilung zuständig, es ist ihr aber verwehrt, Verfügungen zu erlassen oder einvernehmliche Regelungen zu treffen. Hingegen steht es der WEKO frei, Empfehlungen an politische Behörden abzugeben (Weber/Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2013, Rz. 1.78). Es stellt sich demnach die Frage, ob das einschlägige Luftfahrtrecht mit Blick auf die Bodenabfertigungsdienste vorbehaltene Bestimmungen gemäss Art. 3 Abs. 1 KG enthält, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen.

##### **E. 8.2.2**

Art. 3 KG befasst sich mit denjenigen Wirtschaftsbereichen, in denen aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften der Markt nicht wie üblich spielen kann (sog. Marktversagen) oder wenn die üblichen Marktmechanismen zu sozial unerwünschten Verteilungen führen (sog. Verteilungsprobleme). Der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG ist nicht extensiv auszulegen und beispielsweise auf alle Tätigkeiten von öffentlichen Unternehmen zu beziehen. Vielmehr geht es "nur" um die Nichtbeeinträchtigung eines bewussten gesetzgeberischen Interventionszieles (Weber/Volz, a.a.O., Rz. 1.84). Wurden Unternehmen zur optimalen Verwirklichung öffentlicher Interessen mit besonderen Rechten betraut, so ist im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit der Vorbehalt tatsächlich der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe dient. Ausserhalb dieses eng zu verstehenden Bereiches müssen die Kartellgesetznormen zur Anwendung gelangen (Botschaft vom 23. November 1994 zum Bundesgesetz über das Kartellgesetz (KG), BBl 1995 I 468, 539).

### **E. 8.2.3**

Das Sekretariat erwägt in seinem Schreiben vom 14. Januar 2014 an die Beschwerdeführerin, dass der Ausschluss von Wettbewerb gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann möglich sei, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten durch eine klare gesetzliche Bestimmung angeordnet oder erlaubt werde. Wenn die Richtlinie 96/67/EG für kleine Flughäfen den Zugang zum Markt der Drittabfertigungsdienste nicht regle, so könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Wettbewerb vollständig habe ausschliessen wollen. Eine entsprechende Absicht ergebe sich auch nicht aus der Betriebskonzession, weshalb es an der vorauszusetzenden klaren Anordnung fehle, die als vorbehaltene Bestimmung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren wäre.

### **E. 8.2.4**

Der Luftfahrtbereich ist ein wichtiger Pfeiler in der Infrastrukturpolitik einer Volkswirtschaft (vgl. E. 5). Zur Gewährleistung einer geordneten und sicheren Luftfahrt steht sie seit jeher unter grosser staatlicher Einflussnahme und ist stark reguliert. Der Betrieb eines Flughafens erfolgt im Rahmen eines rechtlichen Monopols. Ungeachtet davon bzw. der damit einhergehenden Konzessionierung sieht die Richtlinie 96/67/EG im Bereich der Bodenabfertigungsdienste für Flughäfen ab einer gewissen Grösse Wettbewerb bzw. die Zulassung von Konkurrenten vor (vgl. E. 6.3.2.3). Indem die Richtlinie 96/67/EG demnach den Zweck verfolgt, den Markt der Bodenabfertigung zu liberalisieren und den Wettbewerb in diesem Bereich zu fördern, ist in ihr keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu erblicken (vgl. RPW 2005, 620 Rz. 13). Der Flughafen Bern-Belp ist, wie ausgeführt (vgl. E. 6.3.2.5), nicht von deren Geltungsbereich erfasst. Damit entfällt die Anordnung von Wettbewerb und es stellt sich die Frage, ob Art. 36a Abs. 2 LFG als einschlägige Norm einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG darstellt. Der Umstand, dass der darauf basierende Ausschluss der Beschwerdeführerin von der Drittabfertigung bzw. die damit einhergehende Einschränkung in der Wirtschaftsfreiheit als rechtmässig anzusehen ist (vgl. E. 7), legt diesen Schluss grundsätzlich nahe. Mit Verweis auf die nachfolgenden Erwägungen ist jedoch nicht abschliessend zu prüfen, ob das Kartellgesetz in materieller Hinsicht anwendbar ist.

### **E. 8.3.1**

Nebst der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ist streitig, in welchem Verfahren die kartellrechtliche Beurteilung des Ausschlusses von den Drittabfertigungsdiensten erfolgen könnte. Das Sekretariat wies diesbezüglich in seinem "Verfahren" mehrfach darauf hin,

dass aufgrund der vorwiegend privaten Interessen ein Zivilverfahren gemäss Art. 12 ff. KG zu beschreiten sei und sah seinerseits von der Eröffnung einer Untersuchung ab. Anders als Vorinstanz und Beschwerdegegnerin widerspricht die Beschwerdeführerin diesem Standpunkt und beruft sich auf ein gesamtwirtschaftliches, öffentliches Interesse an ihrer Zulassung. Für das vorliegende Verfahren ist in diesem Zusammenhang von Interesse, ob das Bundesverwaltungsgericht befugt ist, den Sachverhalt in kartellrechtlicher Hinsicht zu überprüfen.

### **E. 8.3.2**

Das kartellrechtliche Verfahrensrecht ist in drei unterschiedliche Teile gegliedert. In Art. 12 bis 17 KG ist zuerst das zivilrechtliche Verfahren geregelt. Das Kartellzivilrecht will es einem durch eine Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen ermöglichen, seine Ansprüche vor einem Zivilgericht unmittelbar gegen den Schädiger geltend zu machen. Anschliessend finden sich in Art. 18 bis 49 KG detaillierte Ausführungen über das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren. Schliesslich enthält das Kartellgesetz Bestimmungen über die Verwaltungs- und Strafsanktionen für diejenigen Fälle, in denen juristische oder natürliche Personen gegen die im Kartellgesetz statuierten Pflichten verstossen.

### **E. 8.3.3**

Aus Art. 18 ff. KG ergibt sich, dass im verwaltungsrechtlichen Verfahren die WEKO sowie das Sekretariat das Kartellgesetz anwenden. Im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens sind die Zivilgerichte damit betraut. Entscheide der WEKO können sodann an das Bundesverwaltungsgericht und danach an das Bundesgericht weitergezogen werden, womit auch diese Instanzen, ohne ausdrücklich im KG erwähnt zu werden, das Kartellgesetz anwenden und als "Wettbewerbsbehörden" fungieren können.

### **E. 8.3.4**

Die Beschwerdeführerin erstattete beim Sekretariat mit Eingabe vom 9. September 2013 Anzeige gegen die Beschwerdegegnerin wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung. In der Folge führte das Sekretariat nach eigenen Angaben eine Marktbeobachtung gemäss Art. 45 KG durch. Im Zuge dieses "Verfahrens" (Schreiben vom 14. Januar 2014 sowie 30. Juli 2014) kam es insbesondere zur Erkenntnis, dass durch die Verweigerung der Zulassung der Beschwerdeführerin zur Drittabfertigung weder eine grössere Anzahl Unternehmen noch Personen betroffen sei, weshalb es an einem primären öffentlichen Interesse mangle. Stattdessen stünden eher individuelle, finanzielle Interessen der Beschwerdeführerin im Vordergrund. Im Übrigen zog das Sekretariat in Erwägung, dass ein wirtschaftlicher Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Flughafen Bern-Belp vorliegen und die Beschwerdeführerin damit zu Recht von den Drittabfertigungsdiensten ausgeschlossen worden sein könnte. Aus diesen Gründen verwies es für die weitere Beurteilung auf den Zivilweg und erklärte ihr "Verfahren" als abgeschlossen.

### **E. 8.3.5**

Bei einer Marktbeobachtung handelt es sich um ein informelles Verwaltungshandeln, in dessen Rahmen sich das Sekretariat Kenntnisse über einen bestimmten Markt aneignet, um zu beurteilen, ob genauere Abklärungen im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG notwendig sind. Ist dies zu bejahen, so dient die Vorabklärung der summarischen Prüfung, ob effektiv Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, welche die Eröffnung einer Untersuchung begründen (Weber/Volz, a.a.O., Rz. 3.141; Beat

Zirlick bzw. Christoph Tagmann, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 26-31 Rz. 4 ff. bzw. Art. 26 Rz. 4 ff.). Nachdem sich das Sekretariat ein Bild vom Sachverhalt verschafft und diesen einer rechtlichen Würdigung unterzogen hatte, kam es zum Schluss, dass keine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen sei. Ob sich das Sekretariat dabei auf eine Marktbeobachtung beschränkte oder bereits eine Vorabklärung durchführte, ist nicht von Belang. Beide Verfahrensstufen haben gemein, dass Dritte bzw. vorliegend die Beschwerdeführerin keine Parteirechte ausüben können. Diese Möglichkeit besteht gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erst im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung (Art. 27 KG, BGE 130 II 521 E. 2.7.2). Es besteht kein Anspruch darauf, dass über einen Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung mit Verfügung entschieden wird. Die Mitteilung des Sekretariats, keine weiteren Schritte zu unternehmen, stellt demnach keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.7.4; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 3.145; Beat Zirlick, a.a.O., Art. 26-31 Rz. 10).

### **E. 8.3.6**

Nachdem das Sekretariat die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Angelegenheit in besagter Art und Weise erledigt hat, bestand zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, den streitgegenständlichen Sachverhalt dem Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Vereinbarkeit mit den kartellrechtlichen Bestimmungen zu unterbreiten. Insbesondere fehlt es dem hiesigen Gericht auch im vorliegenden Verfahren an der entsprechenden Befugnis. Darin ist weder eine Rechtsverweigerung noch eine Gehörsverletzung zu erblicken (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.8). Sollte das Sekretariat zu einem späteren Zeitpunkt auf ihre Einschätzung zurückkommen und die WEKO anschliessend einen anfechtbaren Entscheid erlassen, so bestünde im Rahmen eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens die Möglichkeit der gerichtlichen Beurteilung (vgl. E. 8.3.3). Zudem kann die Beschwerdeführerin im jetzigen Moment, wie vom Sekretariat aufgezeigt, den parallel zum verwaltungsrechtlichen Verfahren offen stehenden zivilrechtlichen Rechtsweg beschreiten und dadurch eine kartellrechtliche Beurteilung erwirken. Der Rechtsschutz ist mithin gewährleistet.

### **E. 9**

Zusammenfassend erweist sich der von der Beschwerdegegnerin getroffene Entscheid, die Beschwerdeführerin nicht zur Drittabfertigung zuzulassen, als rechtmässig. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 23. Dezember 2014 ist daher zu bestätigen. Insbesondere liegt keine unzulässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit vor. Da dem Bundesverwaltungsgericht sodann die kartellrechtliche Beurteilung verwehrt ist, kann die Beschwerdeführerin auch gestützt auf das Kartellgesetz nichts zu ihren Gunsten ableiten. Soweit sie überdies gestützt auf Art. 29b VIL die Regelung des Marktzugangs zu den Bodenabfertigungsdiensten im Betriebsreglements anbegehrt, ist angesichts der Abweisung des Antrages auf Zulassung zu den Drittabfertigungsdiensten mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass es diesbezüglich an einem Rechtsschutzinteresse mangelt. Die Beschwerde ist demzufolge vollumfänglich abzuweisen.

### **E. 10.1**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und hat daher die Verfahrenskosten zu tragen. Sie werden auf Fr. 8'000.00 festgesetzt. (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen.

## **E. 10.2**

Ganz oder teilweise obsiegende Parteien haben für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Vorliegend obsiegt die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin, weshalb ihr eine Parteientschädigung zusteht. Ihr Rechtsvertreter reichte mit Schreiben vom 13. November 2015 eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 18'079.85 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) ein. Dieser Betrag erscheint als angemessen und ist der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Dispositiv auf der nächsten Seite)

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