

# **BVGer B-761/2014 vom 2. Dezember 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-761\\_2014\\_d20131202](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-761_2014_d20131202)

FR: TAF B-761/2014 du 2 décembre 2013

IT: TAF B-761/2014 del 2 dicembre 2013

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden | Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 (Abreden im Bereich Luftfracht, Untersuchung 81.21-0014). Entscheid teilweise bestätigt durch BGer.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Prozessvoraussetzungen und Kognition des BVGer

#### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 1).

B-761/2014 Seite 10

#### **E. 1.1.1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die vorinstanzliche Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

#### **E. 1.1.2**

Vorab rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe ein inexistentes Unternehmen, die "A. \_\_\_\_\_ [...]", als formelle Verfügungsadressatin in die Untersuchung miteinbezogen, weshalb die angefochtene Verfügung insoweit für nichtig erklärt werden müsse (2[...], 25 f., 365-375; 4[...], 392-395). Die Vorinstanz räumt einen Schreibfehler ein. Nicht "A. \_\_\_\_\_ [...]", sondern "A. \_\_\_\_\_" hätte in der Verfügung aufgeführt werden sollen. Dieser Fehler sei aber unerheblich. Im Untersuchungsverfahren hätten die Beschwerdeführerinnen gewusst, welche Gesellschaft mit "A. \_\_\_\_\_ [...]" gemeint sei, und dementsprechend ihre Stellungnahme vom 21. März 2013 (act. 1:770,4) auch im Namen von "A. \_\_\_\_\_" eingereicht (3[...], 8). Auch die Beschwerdeführerinnen vertreten im Ergebnis diese Sicht, wie ihre Kostennote vom 14. Juni 2018 zeigt. Stand, wie aus der Vorgeschichte ersichtlich ist, die Identität der strittigen Partei von Anfang an fest und war bloss deren Benennung formell falsch, darf die Beschwerdeinstanz die bloss fehlerhafte Parteibezeichnung berichtigen, ohne dass der angefochtene Entscheid aufgehoben werden muss (Urteil des BVGer A-6610/2009 vom 21. April 2010 E. 2.4 m.H.).

#### **E. 1.1.3**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat. Schutzwürdig ist das Interesse, wenn ein Beschwerdeführer aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen beziehungsweise einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden kann, den dieser Entscheid mit sich bringen würde (vgl. für viele: BGE 140 II 214 E. 2.1).

B-761/2014 Seite 11 In der angefochtenen Verfügung wird den Beschwerdeführerinnen verboten, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes über Preise, Preismomente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen und entsprechende Informationen auszutauschen (Dispositiv Ziffer 1). Zudem werden sie zur Bezahlung eines Sanktionsbetrags von Fr. [...] (Dispositiv Ziffer 2) sowie von Verfahrenskosten von Fr. 96'588.– (in solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.–, Dispositiv Ziffer 4) verpflichtet. Als materielle Verfügungsadressatinnen sind die Beschwerdeführerinnen durch diese Anordnungen besonders berührt und zur Beschwerdeführung legitimiert. Insoweit ist, da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 1.1.4**

Den Beschwerdeführerinnen, welche die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragen, fehlt indessen die Beschwerde insoweit, als ihr uneingeschränkter Antrag auch die gegenüber den übrigen Verfügungsadressatinnen (vgl. die Übersicht unter B.a) ausgesprochenen Sanktionsbeträge umfassen sollte. Da sie auch als Drittbeschwerdeführerinnen "pro Verfügungsadressatinnen" kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Sanktionen geltend zu machen vermögen (VERA MARRANTELLI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 48 Rz. 10-12, 28 ff.), wäre auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

#### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Sanktionsverfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil zu begründen und dabei die Rügen Punkt für Punkt zu behandeln (BGE 139 I 72 E. 4.5); unter verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 29 Abs. 1 BV) ist jedoch nicht erforderlich, dass es sich mit allen noch so unbegründeten Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 141 III 28 E. 3.2.4; Urteil des BGer 2C\_192/2019 vom 11. März 2020 E. 5.1 m.H.).

B-761/2014 Seite 12

#### **E. 2**

Parteistandpunkte zum Sachverhalt und zur Rechtsanwendung Die Parteien sind sich zunächst zur Feststellung des Sachverhalts uneinig (E. 3.1 f.). Strittig ist sodann die Frage,



bestimmte Destination, wie beispielsweise die Schweiz, nicht ausdrücklich ausgenommen worden sei. Dementsprechend lägen unabhängig vom Ort der Kontakte Auswirkungen auf die Schweiz vor. Kartellrechtlich sanktionsrelevant sind aus Sicht der Vorinstanz die Strecken zwischen der Schweiz und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik (bis 30. April 2004), Pakistan und Vietnam. Für diese bestünden in keinem Luftverkehrsabkommen kartellgesetzausschliessende Freiräume für zulässige Tarifabsprachen. Erlaubten Luftverkehrsabkommen mit Drittstaaten eine vertragsmässige Vereinbarung von Tarifen, wie z.B. für Strecken zwischen der Schweiz und Deutschland (bis 1.6.2002), Korea, Südafrika, Italien (bis 1.6.2002), Österreich (bis 1.6.2002), Dänemark (bis 1.6.2002), Norwegen, Schweden (bis 1.6.2002), Japan, Hong Kong, Luxemburg (bis 1.6.2002), Grossbritannien/Nordirland (bis 1.6.2002), den Niederlanden (bis 1.6.2002), Indien, Indonesien, Philippinen, Thailand, China, Kanada, Belgien (bis 1.6.2002),

B-761/2014 Seite 14 Ungarn (bis 1.5.2004), Türkei, Sri Lanka, den Vereinigten Arabischen Emiraten und Ägypten, sei eine entsprechende Tarifkoordination zulässig.

#### **E. 2.4**

Ausschliessliche Anwendung des schweizerischen Rechts (Beschwerdeführerinnen) Die Beschwerdeführerinnen halten dem entgegen, das LVA CH-EU regle hinsichtlich der vorliegenden Streitsache einzig die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den EU-Behörden und der Vorinstanz, nicht aber die Frage des anwendbaren Rechts. Entgegen der Vorinstanz sei einzig schweizerisches Recht anwendbar. Dies setzte für die Sanktionskompetenz Auswirkungen auf Frachtrouten zwischen der Schweiz und Drittländern voraus.

### **E. 3**

Auslegung des Luftverkehrsabkommens

#### **E. 3.1**

Geltung von EU-Kartellrecht Das LVA CH-EU ist eine internationale Übereinkunft zwischen der Schweiz und der EU (vgl. ANDREAS 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. 154). Es legt für beide Vertragsparteien Regeln für die Zivilluftfahrt fest (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 LVA CH-EU), konkret für die Bereiche Liberalisierung des Luftverkehrs, Wettbewerb, Technische Harmonisierung, Flugsicherheit, Luftsicherheit, Flugverkehrsmanagement, Umwelt sowie Lärm- und Verbraucherschutz (vgl. Anhänge 2-8 LVA CH-EU). Dabei regelt es den Zugang schweizerischer Fluggesellschaften zum liberalisierten europäischen Luftverkehrsmarkt auf der Grundlage der Gegenseitigkeit. Im Unterschied zu anderen Abkommen wird beim LVA CH-EU das bestehende relevante EU-Recht auf die Schweiz ausgedehnt. Die Schweiz übernimmt in der Substanz in etwa die gleichen Bestimmungen wie im Falle eines EU-Beitritts, allerdings mit einer Einschränkung im Bereich der Verkehrsrechte, welche schweizerischen Fluggesellschaften etappenweise zugestanden werden (vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, Botschaft Bilaterale I, BBl 1999, 6128, 6150; BGE 138 II 42 E. 2.1, 3.1 COTTIER ET AL., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, Rz. 142; REGULA DETTLING-OTT, in: Hobe/von Ruckteschell [Hrsg.], Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. 1, 2008, S. 26, Rz. 81).

B-761/2014 Seite 15 Das LVA CH-EU übernimmt als partieller Integrationsvertrag das gesamte relevante Gemeinschaftsrecht in diesem Bereich als die gemeinsamen Bestimmungen der Parteien und überträgt den Gemeinschaftsinstitutionen die Kontrolle sowie Überwachung der Anwendung der Wettbewerbsregeln (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6150, 6156 ff.; GLASER, a.a.O., S. 150 f.; allgemein zur Berücksichtigung des EU-Kartellrechts BGE 143 II 297 E. 6.2.3). Mit dem LVA CH-EU wird die Schweiz luftrechtlich von einem Drittland zu einem EU-Binnenmarktland. Der hohe Integrationsgrad des LVA CH-EU spiegelt sich nicht nur in der weitgehenden Übernahme des EU-Rechts und der Rechtsprechung wieder, sondern auch darin, dass Verletzungen der Regelungen dieses Abkommens der Wettbewerbsbehörde der EU (Kommission) und der Europäischen Gerichtsbarkeit unterstellt werden (vgl. Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6158; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 142). Für die vorliegende Streitsache heisst dies, dass nach Massgabe des LVA CH-EU in der Schweiz EU-Kartellrecht gilt.

### **E. 3.2**

Auslegung des Luftverkehrsabkommens Für die Auslegung und Anwendung des LVA CH-EU ist auf die Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (VRK, SR 0.111, in Kraft am

### **E. 3.3**

Sachlicher Geltungsbereich des LVA CH-EU Nach Art. 2 LVA CH-EU gelten die Bestimmungen dieses Abkommens und des Anhangs im Umfang, in dem sie den Luftverkehr oder unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie im Anhang aufgeführt betreffen. Die hier zu beurteilenden Luftfrachttransporte durch die Beschwerdeführerinnen betreffen den Luftverkehr und fallen damit grundsätzlich in den Geltungsbereich des Abkommens. Art. 2 LVA CH-EU schränkt dabei den Anwendungsbereich auf den Luftverkehr ein. Transporte auf dem Landweg fallen grundsätzlich unter das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (Landverkehrsabkommen, SR 0.740.72, in Kraft ab 1. Juni 2002). Die Beschränkung im LVA CH-EU erweist sich als erforderlich, da einzelne Bestimmungen nicht nur die Luftfahrt berühren könnten (vgl. Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6255). Für den für die Sanktion als massgebend erachteten Zeitraum zwischen 1. April 2004 und (spätestens) Februar 2006 (vgl. 1,1677) ist der Anhang heranzuziehen, der Bestandteil des Abkommens bildet (vgl. Art. 32 LVA CH-EU; dazu REGULA DETTLING-OTT, Das sektorielle Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz, ZSR 125 [2006] 3, S. 6 ff. und zu den Änderungen der Beschluss Nr. 1/2019 des Luftverkehrsausschusses Europäische Union/Schweiz zur Ersetzung des Anhangs in AS 2019, 2979). Der Anhang verweist in der Ziffer 2 auf folgende Verordnungen: o Nr. 17/62 (Verordnung des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 81 und 82 des EWG-Vertrags in der durch Verordnung Nr. 59, Verordnung Nr. 118/63/EWG, Verordnung

B-761/2014 Seite 17 [EWG] Nr. 2822/71 geänderten und ergänzten Fassung und durch Verordnung [EG] Nr. 1216/1999 des Rates vom 10. Juni 1999. Art. 1-9, 10 Abs. 1-2, Art. 11-14, 15 Abs. 1-2, 4-6, Art. 16 Abs. 1-2, Art. 17-24); o Nr. 141/62 (Verordnung 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. Art. 1-3); o Nr. 3975/87 (Verordnung des Rates vom 14. Dezember 1987 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen, geändert durch die Verordnung Nr. 1284/91 des Rates vom 14. Mai 1991 [Art. 1] und durch die Verordnung Nr. 2410/92 des Rates vom 23. Juli 1992 [Art. 1]. Art. 1-7, 8 Abs. 1-2, Art. 9-11, 12 Abs. 2, 4-5, Art. 13 Abs. 1-2, Art. 14-19).

#### **E. 3.4**

Räumlicher Geltungsbereich des LVA CH-EU Das LVA CH-EU gilt gemäss Art. 34 "für die Gebiete, in denen der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft angewendet wird, und nach Massgabe jenes Vertrags einerseits und für das Hoheitsgebiet der Schweiz andererseits". 4. Verhältnis von Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz 4.1 Verbots- und Sanktionsnormen nach LVA CH-EU und KG 4.1.1 Mit dem LVA CH-EU unvereinbar und verboten sind nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU in materieller Hinsicht 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. Dieser Vorschrift entsprechen im Schweizerischen Recht folgende Normen:

B-761/2014 Seite 18 o Art. 4 Abs. 1 KG, wonach als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen gelten, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. o Art. 5 Abs. 1 KG, wonach Abreden unzulässig sind, 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, sowie o Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet wird, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. 4.1.2 Ob allfällige Wettbewerbsverstösse (gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU bzw. Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 Bst. a KG) im vorinstanzlich sanktionierten Zeitraum zwischen 1. April 2004 bis (spätestens) Februar 2006 (vgl. 1,1677) überhaupt sanktionierbar sind, ist je nach Rechtsgrundlage unterschiedlich zu beantworten: Vorab ist zu Recht unbestritten, dass sich im LVA CH-EU selbst (im Unterschied zu Art. 103 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV, konsolidierte Fassung ABI. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.]) keine Norm findet, welche zur Sanktionierung einer allfälligen Verletzung der statuierten Verbote die Erhebung von Geldbussen oder Zwangsgeldern vorsieht. Vielmehr werden im Anhang europarechtliche Bestimmungen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug aufgeführt, die nach dem Willen der Vertragspartner grundsätzlich auch in der Schweiz direkt angewendet werden sollen (vgl. Art. 2 LVA CH-EU). Hierzu ist anzumerken, dass EU-Verordnungen im Gegensatz zu Richtlinien verbindliche, generell-abstrakte, in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Regelungen sind, weshalb es regelmässig weder nötig noch zulässig ist, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts

umzusetzen (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1). Die Vorinstanz wäre für den fraglichen Sanktionszeitraum nicht zur Sanktionierung ermächtigt gewesen, wenn hier ausschliesslich das LVA CH-EU massgebend wäre. Auch die Vorinstanz räumt ein, dass gestützt auf das

B-761/2014 Seite 19 LVA EU-CH allein nur ein Verbot, aber keine Geldsanktion ausgesprochen werden dürfte. Zwar sieht das LVA CH-EU als partieller Integrationsvertrag eine vollständige Übernahme des *acquis communautaire* vor, aber nur bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (vgl. Art. 1 Abs. 2 LVA CH-EU). Beim Inkrafttreten des LVA CH-EU waren daher die wettbewerbsrechtlichen Regelungen massgeblich, die nach Art. 32 LVA CH-EU als Anhang Bestandteil des Abkommens waren. Die dort aufgeführten verfahrensrechtlichen Verordnungen Nr. 17/62, Nr. 141/62, Nr. 3975/87 und Nr. 2410/92 enthielten keinerlei Sanktionskompetenz. Dies wird zu Recht von niemandem bestritten. In den Anhang des LVA CH-EU aufgenommen wurde eine Sanktionskompetenz (vgl. Verordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln [anwendbar auf den Luftverkehr seit 1. Mai 2004]) erst mit Beschluss Nr. 1/2007 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 5. Dezember 2007 (ABl. L-34/19 vom 8. Februar 2008). Sie trat für die Schweiz somit erst am 1. Februar 2008 in Kraft, also rund zwei Jahre nach Beendigung der sanktionierten (angeblichen) Wettbewerbsabreden. 4.2 Sanktionierbarkeit Für das inländische Recht wurde die Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 2004 (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2022) mit der Inkraftsetzung von Art. 49a KG am 1. April 2004 eingeführt (AS 2004, 1385): Gemäss Abs. 1 von Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.1 m.w.H.). Das Verhalten ist nur für denjenigen Zeitraum zu sanktionieren, in welchem es praktiziert wurde und unzulässig war (BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 26 Rz. 151 und TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 31 ff.).

B-761/2014 Seite 20 Nach der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 entfällt eine Belastung, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a gemeldet oder aufgelöst wird (AS 2004, 1385; BBl 2002, 2022, 5506, vgl. hierzu das Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005). Dieser Sanktionsausschluss bezieht sich auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 existierende Wettbewerbsbeschränkungen. Er kann insbesondere auch durch zeitgerechte Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt und – zumindest dem Wortlaut nach – nicht durch einen Widerspruch der Vorinstanz beseitigt werden (Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.1, insb. mit dem Hinweis, wonach der Gesetzgeber an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss weniger hohe Anforderungen stellt als an jenen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., SchlB Rz. 31 f.). 4.3 Kompetenzzuweisung nach Art. 10 LVA CH-EU Nach Art. 10 LVA CH-EU unterliegen

Vereinbarungen, Beschlüsse und auf- einander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Ein- schränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewir- ken, sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stel- lung, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht und der Zuständigkeit schweizerischer Behörden. Hierzu hält die Botschaft des Bundesrates fest, dass – angesichts der aus- sergewöhnlichen Rechtswirkung des LVA CH-EU, alle anwendbaren Best- immungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertrags- parteien zu überführen – das betreffende schweizerische Recht lediglich noch auf Verhaltensweisen anwendbar bleibt, welche ausschliesslich Aus- wirkungen in der Schweiz haben (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6158; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 709). Im innerstaatlichen Recht wird – im Rahmen des vom KG beabsichtigten Schutzes des nationalen Wettbewerbs – in Art. 2 Abs. 2 KG zum räumli- chen Geltungsbereich das Auswirkungsprinzip statuiert: Demnach ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Insofern fallen auch Auslands- sachverhalte unter das KG, wenn sie sich in der Schweiz auswirken kön- nen (BGE 143 II 297 E. 3.2; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, BSK

B-761/2014 Seite 21 KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 155 ff.; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], CR Concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 Rz. 91, 94; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch et. al. [Hrsg.], DIKE- KG, 2018, Art. 2 Rz. 55 f.,74 ff.). Dabei ist nach höchstrichterlicher Recht- sprechung die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG weder notwendig noch zulässig (BGE 143 II 297 E. 3.7 m.w.H.; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 70; AM- STUTZ/GOHARI, BSK KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 191 f.). Die Notwendigkeit von inlandsbezogenen Auswirkungen ergibt sich auch implizit aus Art. 49a Abs. 1 KG, wonach fehlbare Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. So muss ein (zur Sanktions- bemessung heranzuziehender) Umsatz durch einen Wettbewerbsverstoss erzielt worden sein, der sich hierzulande ausgewirkt hat, was ihn erst räum- lich dem Wettbewerbsgebiet der Schweiz zurechenbar macht und dadurch die Zuständigkeit der Vorinstanz begründet (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2 f.; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 44; ROTH/BOVET, CR Con- currence, a.a.O., Art. 49a Rz. 25; PATRICK KRAUSKOPF, DIKE-KG, a.a.O., Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 33). Dies räumt richtigerweise auch die Vorinstanz ein (vgl. 1,800 sowie 1,1637 ff. unter Bezugnahme auf die Auswirkungen auf den sachlich relevanten Markt, d. h. die untersuchten und einzig sank- tionierten fünf Strecken in Drittstaaten).

#### 4.4 Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU

Nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU wenden die Organe der Gemeinschaft Art. 8 und 9 LVA CH-EU an und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss den im Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwi- schen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird. Gemäss der Botschaft des Bundesrats wird die Kompetenz für die Über- prüfung von Sachverhalten nach Art. 8 LVA CH-EU, welche Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertrags- parteien haben könnten, den Gemeinschaftsinstitutionen übertragen:

B-761/2014 Seite 22 "Dabei werden allerdings die Gemeinschaftsinstitutionen in Absprache mit den schweizerischen Behörden vorgehen. Gestützt auf das Auswir-

kungsprinzip betrachtet sich die EU-Kommission bereits heute als zuständig für alle Sachverhalte die, wenngleich sie von schweizerischen Unternehmen ausgehen, sich auf den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft auswirken" (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6255 f.). Gemäss Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU haben die Kommission und die schweizerischen Wettbewerbsbehörden für Sachverhalte, die den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind, konkurrierende Zuständigkeiten. Dies ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 der EU-Verordnung 17/62 und Art. 7 Abs. 2 der EU-Verordnung 3975/87; diese Verordnungen sind angesichts des Verweises im Anhang zum LVA CH-EU (mit dem Wortlaut: "Verweise in den folgenden Rechtsakten auf die Artikel 87 und 82 EG-Vertrag sind als Verweise auf Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen") vorliegend für die Rechtsanwendung des LVA CH-EU anwendbar. Soweit die EU-Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden für den entsprechenden Sachverhalt nicht mehr zuständig, wie die VO 17/62 (Art. 9) und VO 3975/87 (Art. 7) festhielten, als sie für den hier massgeblichen Sanktionszeitraum im Anhang des LVA CH-EU figurierten. Die Schweizer Behörden sind in einem solchen Fall, unabhängig von der Frage des anwendbaren Rechts, nicht mehr zuständig. Deshalb ist ihnen diesfalls – im Lichte der klaren Kompetenzübertragung an die sachzuständigen EU-Wettbewerbsbehörden – ein Rückgriff auf nationales Recht verwehrt.

4.5 Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU Nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU entscheiden die schweizerischen Behörden gemäss den Art. 8 und 9 LVA CH-EU 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. Gemäss der Botschaft des Bundesrats bleibt im Verhältnis der Schweiz zu Drittstaaten die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Behörden gewahrt (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6256). Mit anderen Worten geht es dabei um den Vollzug in Fällen mit "lediglich landesinternen Auswirkungen" (so COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 709; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 44, 248).

B-761/2014 Seite 23 4.6 Zwischenfazit Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall angeblich vorgefallene Vereinbarungen (i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU bzw. Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a KG) zu grenzüberschreitenden Luftverkehrsstrecken im internationalen Luftfrachtmarkt beanstandet und sanktioniert. Diese Abreden beschlügen unbestrittenermassen nicht den rein inner-schweizerischen Luftfrachtmarkt, wie er in der Formulierung des auf innerstaatliche Handlungen bezogenen Art. 10 LVA EU-CH "nur auf den Handel der Schweiz auswirken können" klar zum Ausdruck kommt und eine direkte Anwendbarkeit des KG zur Folge hätte. Somit erweist sich hier die Kompetenzzuweisungsregel nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU als einschlägig, die vorsieht, dass die schweizerischen Behörden gemäss Art. 8 LVA CH-EU insbesondere über die Zulässigkeit von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern entscheiden. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht anerkennen (2[...],3,124) durfte sich die Vorinstanz gestützt auf Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU grundsätzlich für zuständig erachten, die in der angefochtenen Verfügung aufgeführten und sanktionierten angeblichen Abreden zu Strecken zwischen der Schweiz und fünf Drittländern (vgl. 1,1637 f.) wettbewerbsrechtlich zu beurteilen, zumal die EU-Kommission die Beurteilung dieser Sachverhalte nicht an sich gezogen hatte. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. 1,963-968). Die von der Vorinstanz aufgeworfene und

offengelassene Frage nach allenfalls konkurrierenden Zuständigkeiten zwischen der Schweiz und der EU stellt sich in diesem Zusammenhang nicht (1,968). 5. Folgen der Zuständigkeit für die Sanktionskompetenz Ob die hier beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen ausschliesslich nach LVA CH-EU oder auch nach KG zu beurteilen sind, was erst einen Rückgriff auf die kartellgesetzliche Sanktionsordnung erlauben würde, hängt somit entscheidend davon ab, ob die Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU auch eine Normierung des in der Sache anwendbaren Sanktionsrechts miteinschliesst.

B-761/2014 Seite 24 Die Verfahrensbeteiligten vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen. 5.1 Standpunkte der Verfahrensbeteiligten zur Auslegung 5.1.1 Die Vorinstanz verweist auf die in Art. 1 LVA CH-EU festgehaltene Zielrichtung, nach der die Schweiz im Rahmen dieses Abkommens EU-Recht vollumfänglich übernehmen und anwenden muss und sich beim Erlass und der Anwendung nationalen Rechts am Abkommen und Gemeinschaftsrecht als Harmonisierungsbestimmungen zu orientieren hat. Zusammen mit dem Wortlaut lasse dies keine klare Schlussfolgerung zum Verhältnis des Abkommens, Gemeinschaftsrecht und Kartellgesetz zu. Bei Abschluss des LVA CH-EU sei das europäische Wettbewerbsrecht nicht auf den Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern anwendbar gewesen. Daher könne eine Harmonisierung nicht bedeuten, dass europäisches Wettbewerbsrecht auf den Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern Anwendung finden sollte. Eine solche Auslegung von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU würde sonst über das Harmonisierungsziel hinausgehen. Angesichts von Ziel und Zweck des Abkommens sei Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU, welcher den auf den EU-Raum und die Schweiz beschränkten räumlichen Geltungsbereich des LVA CH-EU sprengt, restriktiv auszulegen, ja sogar teleologisch zu reduzieren. In diesem Sinne gehe die Konzeption des LVA CH-EU davon aus, dass die Schweiz – wie ein EU-Mitgliedstaat damals – auch für den Luftverkehr in Drittstaaten ihr nationales Recht anwenden dürfen (1,1011). Als Auslegungsergebnis fasst die Vorinstanz Folgendes zusammen: Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU lasse hinsichtlich der anwendbaren Bestimmungen einen gewissen Spielraum offen. Als partieller Integrationsvertrag komme dem LVA CH-EU eine besondere Bedeutung zu, weshalb eine Anlehnung an das in der VO 1/2003 geregelte Verhältnis zwischen dem Kartellrecht der EU und den Wettbewerbsregeln ihrer Mitgliedstaaten angezeigt sei. Demzufolge hätten die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU sowohl die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des LVA CH-EU als auch schweizerisches Kartellrecht anzuwenden, wobei das Abkommen Vorrang genieße: So dürfe einerseits ein nach LVA CH-EU zulässiges Verhalten nicht nach KG verboten werden. Andererseits könne auch keine nach LVA CH-EU verbotene Verhaltensweise durch das KG gerechtfertigt werden. Sei aber ein Verhalten nach LVA CH-EU und KG unzulässig,

B-761/2014 Seite 25 stünde das LVA CH-EU einer Sanktion nach KG nicht entgegen. Das LVA CH-EU lasse die Zulässigkeit von Sanktionen durch schweizerische Behörden offen (1,1025). 5.1.2 Die Beschwerdeführerinnen anerkennen im Wesentlichen, dass die Vorinstanz im KG über eine Rechtsgrundlage für die ausgesprochene Sanktion verfügt. 5.2 Wortlautgestützte Auslegung (Offenheit des Wortlauts) 5.2.1 Der Wortlaut des Vertrags resp. von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU spricht auf den ersten Blick dafür, dass einzig das LVA CH-EU anwendbar sei. Der Passus "entscheiden ... über die Zulässigkeit" wird im

LVA CH-EU schein- bar gleichbedeutend wie "anwenden" verstanden. Ebenso wird in Art. 11 Abs. 1 des Abkommens "kontrollieren ... gemäss" offenbar ohne Unter- schied verwendet. Bei näherem Hinsehen führt der Wortlaut der anzuwendenden Normen al- lerdings zu keinem klaren Resultat. Lediglich Art. 10 LVA CH-EU schreibt vor, dass wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht unter- liegen. Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU erwähnt die Anwendung schweizerischen Rechts demgegenüber nicht ausdrücklich. Dass eine Behörde, wie in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU festgehalten, "gemäss" zweier Bestimmungen (Art. 8 und 9 LVA CH-EU) "zu entscheiden" hat, liesse sich auch so verste- hen, dass alle anderen Bestimmungen (insbesondere solche innerstaatli- cher Natur) auszublenden seien. Die Frage nach dem anwendbaren Sanktionsrecht bzw. der Sanktionskom- petenz bleibt damit bei einer Auslegung allein nach dem Wortlaut offen. 5.3 Systematische Auslegung (fehlende Sanktionsordnung) In systematischer Hinsicht könnte die Tatsache, dass das LVA CH-EU an- fänglich, insbesondere für den hier relevanten Zeitraum, keine Sanktions- kompetenz enthielt, für eine Gleichbedeutung von "gemäss ... entschei- den" (Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU) und "anwenden" (Art. 11 Abs. 1 LVA CH- EU) sprechen (wie bereits erwähnt, kam eine Sanktionskompetenz erst mit der Erweiterung des Anhangs zum Übereinkommens hinzu, der nun seit dem Februar 2008 auf eine sanktionsbewehrte Verordnung verweist [E. 4.1]).

B-761/2014 Seite 26 Doch scheint der in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verwendete Begriff "Zuläs- sigkeit" eher nahe zu legen, dass nicht sämtliche Rechtsfragen durch das LVA CH-EU geregelt sind, zumal Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU nur Vorgaben bezüglich der eigentlichen Zulässigkeit von Verhaltensweisen macht und deshalb die Möglichkeit einer parallelen Anwendung von LVA CH-EU und KG – hinsichtlich Massnahmen und Sanktionen – nicht zwingend ausge- schlossen wird. Eine klare Antwort erlaubt jedoch auch eine systematische Betrachtung nicht. 5.4 Vertragszielorientierte Auslegung (Integration der Schweiz) 5.4.1 Das LVA CH-EU integriert die Schweiz partiell in den europäischen Kontext bzw. macht sie zumindest im Ergebnis zum EU-Binnenmarktland (vgl. E. 3.2). Damit integriert es die Schweiz insgesamt stärker in den ac- quis communautaire als andere bilaterale Abkommen. Ziel und Zweck des LVA CH-EU könnten daher auf den ersten Blick ebenfalls nahelegen, die Worte "anwenden" und "über die Zulässigkeit entscheiden" gleichbedeu- tend zu verstehen und daher nicht auszuschliessen, dass die Vertragspar- teien auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt europäisches Kar- tellrecht zur Anwendung bringen wollten. Nach der Präambel des LVA CH-EU, welche nach Art. 31 Abs. 2 VRK zu berücksichtigen ist, 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". Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (1999) gelangte europäisches Wettbewerbsrecht nur im innereuropäischen Ver- hältnis zur Anwendung. Indem die Schweiz gleichsam zu einem EU-Bin- nenmarktland wurde, verpflichtete sie sich zwar, das Recht der Union im in- nereuropäischen Verhältnis zu beachten. Ein "Harmonierungsziel", das dasselbe auch für den Luftverkehr mit einem Drittland vorsehen würde, lässt sich dem LVA CH-EU in seiner ursprünglichen Fassung aber nicht entnehmen. Eine auf die Präambel abgestützte vertragszielorientierte Auslegung legt es somit nahe, "anwenden" und "über die Zulässigkeit entscheiden" unter- schiedlich zu verstehen:

B-761/2014 Seite 27 Die in Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU verwendete Formulierung "anwenden" verpflichtet die Gemeinschaftsorgane zu einer ausschliesslichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts, weshalb für andere Vorschriften kein Raum bleibt.

5.4.2 Der Entscheid über die Zulässigkeit im Sinn von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU hat demgegenüber "gemäss" den Art. 8 und 9 LVA CH-EU zu erfolgen, die beide ohne weiteres self-executing sind. Dass das LVA CH-EU in Art. 11 Abs. 2 auch Flüge zwischen der Schweiz und Drittstaaten erwähnt, führt somit nicht dazu, dass diese von seinem räumlichen Geltungsbereich (Art. 34 LVA CH-EU) im engeren Sinn erfasst werden. Letzteres würde bereits dem Zweck des LVA CH-EU zuwiderlaufen, den *acquis communautaire* allein im innereuropäischen Verhältnis (einschliesslich der Schweiz) zur Anwendung zu bringen. Letztlich geht es bei diesen Flügen um Sachverhalte, die gerade nicht das binnenmarktbezogene Auswirkungskriterium von Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU erfüllen, gemäss dem Wettbewerbsabreden oder abgestimmte Verhaltensweisen geeignet sein müssen, den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen, wobei sie zudem eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich des LVA CH-EU bezwecken oder bewirken.

5.4.3 Trotz dieser Sachlage hat sich die Schweiz in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verpflichtet, sich abweichend von der innerstaatlichen Definition des Abrede-Tatbestandes nach Art. 5 Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) nach der Umschreibung von Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU zu richten, d. h. nach dem für den EU-Binnenraum verbindlichen Massstab, der auch dort für Drittstaatenverhältnisse gilt und Art. 101 AEUV entspricht. Eine Selbstverpflichtung der Schweiz, in solchen Luftstreckenverhältnissen zu Drittländern allfällige Rechtsfolgen einzig nach LVA CH-EU zu beurteilen, wie dies der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU (mit dem Anwendungsgebot hinsichtlich Art. 8 LVA CH-EU sowie den in Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften) nahelegen könnte, lässt sich indessen weder Art. 11 noch einer anderen Norm des LVA CH-EU entnehmen. Es sind auch keine Hinweise dafür ersichtlich, dass die Schweiz sich bei Abschluss des LVA CH-EU, also zu einer Zeit als hierzulande unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen noch nicht direkt sanktionierbar waren,

B-761/2014 Seite 28 staatsvertragsrechtlich dazu hätte verpflichten wollen, im Zuständigkeitsbereich Schweizerischer Behörden liegende unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einzig mit dem damaligen Instrumentarium (d. h. nur unter Sanktionsdrohung gestellte Verbote) zu ahnden. Dass die Schweiz vorsorglich auf eine innerstaatlich wirksame Sanktionsordnung nach Massgabe des Auswirkungsprinzips hätte verzichten wollen, ist nicht ersichtlich. Auch aus der Zusatzbotschaft vom 14. Juni 2002 (zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes [Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG], BBl 2002, 5506) lassen sich keine gegen teiligen Schlussfolgerungen ziehen: Zur Frage, ob schweizerische Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU schweizerisches oder das EU-Luftverkehrsabkommen anwenden, äussert sie sich nicht. Zutreffend hält die Vorinstanz denn auch fest, dass in der Schweiz bei Abschluss des LVA CH-EU das KG von 1995 galt, das keine direkten Sanktionen kannte und grundsätzlich auch keine Unterscheidung zwischen Binnensachverhalten und internationalen Sachverhalten traf, vorbehaltlich allfälliger staatsvertraglicher Regelungen (1,1005). Zutreffend ist auch ihr Hinweis, dass der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission fiel (1,1006). War europäisches Wettbewerbsrecht im Zeitpunkt des Abschlusses des LVA CH-EU zwischen

Mitgliedstaaten und Drittländern nicht anwendbar, ist nicht ersichtlich, weshalb im Interesse des vom LVA CH-EU angestrebten Harmonisierungsziels im Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern ausschliesslich Europäisches Wettbewerbsrecht Anwendung finden müsste. Es kann zustimmend auf die entsprechenden Erörterungen der Vorinstanz verwiesen werden (1,1006-1011). Die von der Vorinstanz zitierte Sicht des Bundesrates (Botschaft Bilaterale I, zitiert in 1,1023), dass "das betreffende schweizerische Recht im Bereich Luftverkehr lediglich noch auf Verhalten anwendbar sei, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben", erweist sich unter diesen Umständen allerdings als zu eng. 5.4.4 Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verpflichtet somit die schweizerischen Wettbewerbsbehörden zwar über die Zulässigkeit von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen "gemäss" den Art. 8 und 9 LVA-EU zu entscheiden. Die Anwendung des KG wird aber nicht ausgeschlossen.

B-761/2014 Seite 29 Bei Strecken zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern erweist sich daher Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU als reine Kompetenzzuweisungsregel für sich in der Schweiz auswirkende Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 8 LVA CH-EU legt den materiellrechtlichen Beurteilungsmassstab fest. Das LVA CH-EU, insbesondere die dort allenfalls verankerte Sanktionsordnung ist im Übrigen nicht anwendbar. Im Sinne der Vorinstanz besteht insofern durchaus Raum für eine Anwendung des KG, insbesondere seiner innerstaatlichen Sanktionsordnung (vgl. E. 4.1 f.) und der in Art. 30 Abs. 1 KG vorgesehenen Massnahmen. Weitere Auslegungselemente, die einen eindeutig anderen Schluss erlauben würden, finden sich nicht, wie die Vorinstanz überzeugend darlegt, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (vgl. 1,1017-1024). Eine allfällige Sanktionierung von Preisabsprachen, die sich auf die untersuchten fünf Drittlandstrecken auswirken, oder von abgestimmten Verhaltensweisen, die sich als Auswirkungen auf den fraglichen Drittlandstrecken manifestieren, beurteilt sich daher zwar einzig nach Art. 49a KG. Die Auslegung der in Abs. 1 von Art. 49a KG festgelegten Tatbestandsmässigkeit (der Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) hat sich aber am Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU zu orientieren. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt (1,1025,1119), könnte nach LVA CH-EU zulässiges Verhalten nicht nach KG verboten oder nach LVA CH-EU verbotenes Verhalten nicht gestützt auf das KG gerechtfertigt werden. Dass die Anwendung innerstaatlicher Vorschriften im Verhältnis zu Drittstaaten den effet utile gefährden würde, der in Art. 17 LVA CH-EU (mittelbar) zum Ausdruck kommt (E. 3.3), ist nicht ersichtlich. 5.4.5 Eine den vorangehenden Ausführungen entsprechende Interpretation der anwendbaren Normen mussten im Übrigen auch die Fluggesellschaften zumindest in Betracht ziehen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass sie von der Auslegung des LVA CH-EU in ihren Geschäftsbeziehungen zu Drittländern völlig überrascht wurden. Eine Verletzung des sich aus Treu und Glauben (Art. 9 BV) bzw. des Grundsatzes nulla poena sine lege (Art. 7 EMRK) ergebenden Bestimmtheitsgebots (vgl. hierzu das Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1448 ff. m.H.) ist somit ebenfalls nicht erkennbar.

B-761/2014 Seite 30

## **E. 4**

Verhältnis von Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz

### **E. 4.1**

Verbots- und Sanktionsnormen nach LVA CH-EU und KG

#### **E. 4.1.1**

Mit dem LVA CH-EU unvereinbar und verboten sind nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU in materieller Hinsicht 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. Dieser Vorschrift entsprechen im Schweizerischen Recht folgende Normen: o Art. 4 Abs. 1 KG, wonach als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen gelten, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. o Art. 5 Abs. 1 KG, wonach Abreden unzulässig sind, 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, sowie o Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet wird, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

#### **E. 4.1.2**

Ob allfällige Wettbewerbsverstösse (gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU bzw. Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 Bst. a KG) im vorinstanzlich sanktionierten Zeitraum zwischen 1. April 2004 bis (spätestens) Februar 2006 (vgl. 1,1677) überhaupt sanktionierbar sind, ist je nach Rechtsgrundlage unterschiedlich zu beantworten: Vorab ist zu Recht unbestritten, dass sich im LVA CH-EU selbst (im Unterschied zu Art. 103 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV, konsolidierte Fassung ABI. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.]) keine Norm findet, welche zur Sanktionierung einer allfälligen Verletzung der statuierten Verbote die Erhebung von Geldbussen oder Zwangsgeldern vorsieht. Vielmehr werden im Anhang europarechtliche Bestimmungen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug aufgeführt, die nach dem Willen der Vertragspartner grundsätzlich auch in der Schweiz direkt angewendet werden sollen (vgl. Art. 2 LVA CH-EU). Hierzu ist anzumerken, dass EU-Verordnungen im Gegensatz zu Richtlinien verbindliche, generell-abstrakte, in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Regelungen sind, weshalb es regelmässig weder nötig noch zulässig ist, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts umzusetzen (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1). Die Vorinstanz wäre für den fraglichen Sanktionszeitraum nicht zur Sanktionierung ermächtigt gewesen, wenn hier ausschliesslich das LVA CH-EU massgebend wäre. Auch die Vorinstanz räumt ein, dass gestützt auf das LVA EU-CH allein nur ein Verbot, aber keine Geldsanktion ausgesprochen werden dürfte. Zwar sieht das LVA CH-EU als partieller Integrationsvertrag eine vollständige Übernahme des *acquis communautaire* vor, aber nur bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (vgl. Art. 1 Abs. 2 LVA CH-EU). Beim Inkrafttreten des LVA CH-EU waren daher die wettbewerbsrechtlichen Regelungen massgeblich, die nach Art. 32 LVA CH-EU als Anhang Bestandteil des Abkommens waren. Die dort aufgeführten verfahrensrechtlichen Verordnungen Nr. 17/62, Nr. 141/62, Nr. 3975/87 und Nr. 2410/92 enthielten keinerlei Sanktionskompetenz. Dies wird zu Recht von niemandem bestritten. In

den Anhang des LVA CH-EU aufgenommen wurde eine Sanktionskompetenz (vgl. Verordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln [anwendbar auf den Luftverkehr seit 1. Mai 2004]) erst mit Beschluss Nr. 1/2007 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 5. Dezember 2007 (ABl. L-34/19 vom 8. Februar 2008). Sie trat für die Schweiz somit erst am 1. Februar 2008 in Kraft, also rund zwei Jahre nach Beendigung der sanktionierten (angeblichen) Wettbewerbsabreden.

#### **E. 4.2**

**Sanktionierbarkeit** Für das inländische Recht wurde die Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 2004 (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2022) mit der Inkraftsetzung von Art. 49a KG am 1. April 2004 eingeführt (AS 2004, 1385): Gemäss Abs. 1 von Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.1 m.w.H.). Das Verhalten ist nur für denjenigen Zeitraum zu sanktionieren, in welchem es praktiziert wurde und unzulässig war (Beat Zirlick/Christoph Tagmann, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 26 Rz. 151 und Tagmann/Zirlick, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 31 ff.). Nach der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 entfällt eine Belastung, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a gemeldet oder aufgelöst wird (AS 2004, 1385; BBl 2002, 2022, 5506, vgl. hierzu das Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005). Dieser Sanktionsausschluss bezieht sich auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 existierende Wettbewerbsbeschränkungen. Er kann insbesondere auch durch zeitgerechte Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt und - zumindest dem Wortlaut nach - nicht durch einen Widerspruch der Vorinstanz beseitigt werden (Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.1, insb. mit dem Hinweis, wonach der Gesetzgeber an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss weniger hohe Anforderungen stellt als an jenen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, vgl. Tagmann/Zirlick, BSK KG, a.a.O., SchlB Rz. 31 f.).

#### **E. 4.3**

**Kompetenzzuweisung** nach Art. 10 LVA CH-EU Nach Art. 10 LVA CH-EU unterliegen 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 schweizerischer Behörden. Hierzu hält die Botschaft des Bundesrates fest, dass - angesichts der aussergewöhnlichen Rechtswirkung des LVA CH-EU, alle anwendbaren Bestimmungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertragsparteien zu überführen - das betreffende schweizerische Recht lediglich noch auf Verhaltensweisen anwendbar bleibt, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6158; Cottier et al., a.a.O., Rz. 709). Im

innerstaatlichen Recht wird - im Rahmen des vom KG beabsichtigten Schutzes des nationalen Wettbewerbs - in Art. 2 Abs. 2 KG zum räumlichen Geltungsbereich das Auswirkungsprinzip statuiert: Demnach ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Insofern fallen auch Auslandssachverhalte unter das KG, wenn sie sich in der Schweiz auswirken können (BGE 143 II 297 E. 3.2; Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, BSK KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 155 ff.; Vincent Martenet/Pierre-Alain Killias, in: Martenet/Bovet/ Tercier [Hrsg.], CR Concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 Rz. 91, 94; Reto Heizmann/Michael Mayer, in: Zäch et al. [Hrsg.], DIKE-KG, 2018, Art. 2 Rz. 55 f., 74 ff.). Dabei ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG weder notwendig noch zulässig (BGE 143 II 297 E. 3.7 m.w.H.; Heizmann/Mayer, DIKE-KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 70; Amstutz/Gohari, BSK KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 191 f.). Die Notwendigkeit von inlandsbezogenen Auswirkungen ergibt sich auch implizit aus Art. 49a Abs. 1 KG, wonach fehlbare Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. So muss ein (zur Sanktionsbemessung heranzuziehender) Umsatz durch einen Wettbewerbsverstoss erzielt worden sein, der sich hierzulande ausgewirkt hat, was ihn erst räumlich dem Wettbewerbsgebiet der Schweiz zurechenbar macht und dadurch die Zuständigkeit der Vorinstanz begründet (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2 f.; Tagmann/Zirlick, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 44; Roth/Bovet, CR Concurrence, a.a.O., Art. 49a Rz. 25; Patrick Krauskopf, DIKE-KG, a.a.O., Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 33). Dies räumt richtigerweise auch die Vorinstanz ein (vgl. 1,800 sowie 1,1637 ff. unter Bezugnahme auf die Auswirkungen auf den sachlich relevanten Markt, d. h. die untersuchten und einzig sanktionierten fünf Strecken in Drittstaaten).

#### **E. 4.4**

Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU Nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU wenden die Organe der Gemeinschaft Art. 8 und 9 LVA CH-EU 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. Gemäss der Botschaft des Bundesrats wird die Kompetenz für die Überprüfung von Sachverhalten nach Art. 8 LVA CH-EU, welche Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertragsparteien haben könnten, den Gemeinschaftsinstitutionen übertragen: "Dabei werden allerdings die Gemeinschaftsinstitutionen in Absprache mit den schweizerischen Behörden vorgehen. Gestützt auf das Auswirkungsprinzip betrachtet sich die EU-Kommission bereits heute als zuständig für alle Sachverhalte die, wenngleich sie von schweizerischen Unternehmen ausgehen, sich auf den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft auswirken" (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6255 f.). Gemäss Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU haben die Kommission und die schweizerischen Wettbewerbsbehörden für Sachverhalte, die den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind, konkurrierende Zuständigkeiten. Dies ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 der EU-Verordnung 17/62 und Art. 7 Abs. 2 der EU-Verordnung 3975/87; diese Verordnungen sind angesichts des Verweises im Anhang zum LVA CH-EU (mit dem Wortlaut: "Verweise in den folgenden Rechtsakten auf die Artikel 87 und 82 EG-Vertrag sind als Verweise auf Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen") vorliegend für die Rechtsanwendung des LVA CH-EU anwendbar. Soweit die EU-Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, sind die schweizerischen

Wettbewerbsbehörden für den entsprechenden Sachverhalt nicht mehr zuständig, wie die VO 17/62 (Art. 9) und VO 3975/87 (Art. 7) festhielten, als sie für den hier massgeblichen Sanktionszeitraum im Anhang des LVA CH-EU figurierten. Die Schweizer Behörden sind in einem solchen Fall, unabhängig von der Frage des anwendbaren Rechts, nicht mehr zuständig. Deshalb ist ihnen diesfalls - im Lichte der klaren Kompetenzübertragung an die sachzuständigen EU-Wettbewerbsbehörden - ein Rückgriff auf nationales Recht verwehrt.

#### **E. 4.5**

Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU Nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU entscheiden die schweizerischen Behörden gemäss den Art. 8 und 9 LVA CH-EU 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. Gemäss der Botschaft des Bundesrats bleibt im Verhältnis der Schweiz zu Drittstaaten die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Behörden gewahrt (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6256). Mit anderen Worten geht es dabei um den Vollzug in Fällen mit "lediglich landesinternen Auswirkungen" (so Cottier et al., a.a.O., Rz. 709; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 44, 248).

#### **E. 4.6**

Zwischenfazit Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall angeblich vorgefallene Vereinbarungen (i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU bzw. Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a KG) zu grenzüberschreitenden Luftverkehrsstrecken im internationalen Luftfrachtmarkt beanstandet und sanktioniert. Diese Abreden beschlagen unbestrittenermassen nicht den rein innerschweizerischen Luftfrachtmarkt, wie er in der Formulierung des auf innerstaatliche Handlungen bezogenen Art. 10 LVA EU-CH "nur auf den Handel der Schweiz auswirken können" klar zum Ausdruck kommt und eine direkte Anwendbarkeit des KG zur Folge hätte. Somit erweist sich hier die Kompetenzzuweisungsregel nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU als einschlägig, die vorsieht, dass die schweizerischen Behörden gemäss Art. 8 LVA CH-EU insbesondere über die Zulässigkeit von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern entscheiden. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht anerkennen (2[...],3,124) durfte sich die Vorinstanz gestützt auf Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU grundsätzlich für zuständig erachten, die in der angefochtenen Verfügung aufgeführten und sanktionierten angeblichen Abreden zu Strecken zwischen der Schweiz und fünf Drittländern (vgl. 1,1637 f.) wettbewerbsrechtlich zu beurteilen, zumal die EU-Kommission die Beurteilung dieser Sachverhalte nicht an sich gezogen hatte. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. 1,963-968). Die von der Vorinstanz aufgeworfene und offengelassene Frage nach allenfalls konkurrierenden Zuständigkeiten zwischen der Schweiz und der EU stellt sich in diesem Zusammenhang nicht (1,968).

#### **E. 5**

Folgen der Zuständigkeit für die Sanktionskompetenz Ob die hier beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen ausschliesslich nach LVA CH-EU oder auch nach KG zu beurteilen sind, was erst einen Rückgriff auf die kartellgesetzliche Sanktionsordnung erlauben würde, hängt somit entscheidend davon ab, ob die Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU auch eine Normierung des in der Sache anwendbaren

Sanktionsrechts miteinschliesst. Die Verfahrensbeteiligten vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen.

## **E. 5.1**

Standpunkte der Verfahrensbeteiligten zur Auslegung

### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz verweist auf die in Art. 1 LVA CH-EU festgehaltene Zielrichtung, nach der die Schweiz im Rahmen dieses Abkommens EU-Recht vollumfänglich übernehmen und anwenden muss und sich beim Erlass und der Anwendung nationalen Rechts am Abkommen und Gemeinschaftsrecht als Harmonisierungsbestimmungen zu orientieren hat. Zusammen mit dem Wortlaut lasse dies keine klare Schlussfolgerung zum Verhältnis des Abkommens, Gemeinschaftsrecht und Kartellgesetz zu. Bei Abschluss des LVA CH-EU sei das europäische Wettbewerbsrecht nicht auf den Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern anwendbar gewesen. Daher könne eine Harmonisierung nicht bedeuten, dass europäisches Wettbewerbsrecht auf den Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern Anwendung finden sollte. Eine solche Auslegung von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU würde sonst über das Harmonisierungsziel hinausgehen. Angesichts von Ziel und Zweck des Abkommens sei Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU, welcher den auf den EU-Raum und die Schweiz beschränkten räumlichen Geltungsbereich des LVA CH-EU sprengt, restriktiv auszulegen, ja sogar teleologisch zu reduzieren. In diesem Sinne gehe die Konzeption des LVA CH-EU davon aus, dass die Schweiz - wie ein EU-Mitgliedstaat damals - auch für den Luftverkehr in Drittstaaten ihr nationales Recht habe anwenden dürfen (1,1011). Als Auslegungsergebnis fasst die Vorinstanz Folgendes zusammen: Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU lasse hinsichtlich der anwendbaren Bestimmungen einen gewissen Spielraum offen. Als partieller Integrationsvertrag komme dem LVA CH-EU eine besondere Bedeutung zu, weshalb eine Anlehnung an das in der VO 1/2003 geregelte Verhältnis zwischen dem Kartellrecht der EU und den Wettbewerbsregeln ihrer Mitgliedstaaten angezeigt sei. Demzufolge hätten die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU sowohl die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des LVA CH-EU als auch schweizerisches Kartellrecht anzuwenden, wobei das Abkommen Vorrang genieße: So dürfe einerseits ein nach LVA CH-EU zulässiges Verhalten nicht nach KG verboten werden. Andererseits könne auch keine nach LVA CH-EU verbotene Verhaltensweise durch das KG gerechtfertigt werden. Sei aber ein Verhalten nach LVA CH-EU und KG unzulässig, stünde das LVA CH-EU einer Sanktion nach KG nicht entgegen. Das LVA CH-EU lasse die Zulässigkeit von Sanktionen durch schweizerische Behörden offen (1,1025).

### **E. 5.1.2**

Die Beschwerdeführerinnen anerkennen im Wesentlichen, dass die Vorinstanz im KG über eine Rechtsgrundlage für die ausgesprochene Sanktion verfügt.

## **E. 5.2**

Wortlautgestützte Auslegung (Offenheit des Wortlauts)

### **E. 5.2.1**

Der Wortlaut des Vertrags resp. von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU spricht auf den ersten Blick dafür, dass einzig das LVA CH-EU anwendbar sei. Der Passus "entscheiden ... über

die Zulässigkeit" wird im LVA CH-EU scheinbar gleichbedeutend wie "anwenden" verstanden. Ebenso wird in Art. 11 Abs. 1 des Abkommens "kontrollieren ... gemäss" offenbar ohne Unterschied verwendet. Bei näherem Hinsehen führt der Wortlaut der anzuwendenden Normen allerdings zu keinem klaren Resultat. Lediglich Art. 10 LVA CH-EU schreibt vor, dass wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht unterliegen. Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU erwähnt die Anwendung schweizerischen Rechts demgegenüber nicht ausdrücklich. Dass eine Behörde, wie in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU festgehalten, "gemäss" zweier Bestimmungen (Art. 8 und 9 LVA CH-EU) "zu entscheiden" hat, liesse sich auch so verstehen, dass alle anderen Bestimmungen (insbesondere solche innerstaatlicher Natur) auszublenden seien. Die Frage nach dem anwendbaren Sanktionsrecht bzw. der Sanktionskompetenz bleibt damit bei einer Auslegung allein nach dem Wortlaut offen.

### **E. 5.3**

Systematische Auslegung (fehlende Sanktionsordnung) In systematischer Hinsicht könnte die Tatsache, dass das LVA CH-EU anfänglich, insbesondere für den hier relevanten Zeitraum, keine Sanktionskompetenz enthielt, für eine Gleichbedeutung von "gemäss ... entscheiden" (Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU) und "anwenden" (Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU) sprechen (wie bereits erwähnt, kam eine Sanktionskompetenz erst mit der Erweiterung des Anhangs zum Übereinkommens hinzu, der nun seit dem Februar 2008 auf eine sanktionsbewehrte Verordnung verweist [E. 4.1]). Doch scheint der in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verwendete Begriff "Zulässigkeit" eher nahe zu legen, dass nicht sämtliche Rechtsfragen durch das LVA CH-EU geregelt sind, zumal Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU nur Vorgaben bezüglich der eigentlichen Zulässigkeit von Verhaltensweisen macht und deshalb die Möglichkeit einer parallelen Anwendung von LVA CH-EU und KG - hinsichtlich Massnahmen und Sanktionen - nicht zwingend ausgeschlossen wird. Eine klare Antwort erlaubt jedoch auch eine systematische Betrachtung nicht.

### **E. 5.4**

Vertragszielorientierte Auslegung (Integration der Schweiz)

#### **E. 5.4.1**

Das LVA CH-EU integriert die Schweiz partiell in den europäischen Kontext bzw. macht sie zumindest im Ergebnis zum EU-Binnenmarktland (vgl. E. 3.2). Damit integriert es die Schweiz insgesamt stärker in den *acquis communautaire* als andere bilaterale Abkommen. Ziel und Zweck des LVA CH-EU könnten daher auf den ersten Blick ebenfalls nahelegen, die Worte "anwenden" und "über die Zulässigkeit entscheiden" gleichbedeutend zu verstehen und daher nicht auszuschliessen, dass die Vertragsparteien auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt europäisches Kartellrecht zur Anwendung bringen wollten. Nach der Präambel des LVA CH-EU, welche nach Art. 31 Abs. 2 VRK zu berücksichtigen ist, 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". Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (1999) gelangte europäisches Wettbewerbsrecht nur im innereuropäischen Verhältnis zur Anwendung. Indem die Schweiz gleichsam zu einem EU-Binnenmarktland wurde, verpflichtete sie sich zwar, das Recht der Union im innereuropäischen Verhältnis zu beachten. Ein "Harmonierungsziel", das dasselbe auch für

den Luftverkehr mit einem Drittland vorsehen würde, lässt sich dem LVA CH-EU in seiner ursprünglichen Fassung aber nicht entnehmen. Eine auf die Präambel abgestützte vertragszielorientierte Auslegung legt es somit nahe, "anwenden" und "über die Zulässigkeit entscheiden" unterschiedlich zu verstehen: Die in Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU verwendete Formulierung "anwenden" verpflichtet die Gemeinschaftsorgane zu einer ausschliesslichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts, weshalb für andere Vorschriften kein Raum bleibt.

#### **E. 5.4.2**

Der Entscheid über die Zulässigkeit im Sinn von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU hat demgegenüber "gemäss" den Art. 8 und 9 LVA CH-EU zu erfolgen, die beide ohne weiteres self-executing sind. Dass das LVA CH-EU in Art. 11 Abs. 2 auch Flüge zwischen der Schweiz und Drittstaaten erwähnt, führt somit nicht dazu, dass diese von seinem räumlichen Geltungsbereich (Art. 34 LVA CH-EU) im engeren Sinn erfasst werden. Letzteres würde bereits dem Zweck des LVA CH-EU zuwiderlaufen, den *acquis communautaire* allein im innereuropäischen Verhältnis (einschliesslich der Schweiz) zur Anwendung zu bringen. Letztlich geht es bei diesen Flügen um Sachverhalte, die gerade nicht das binnenmarktbezogene Auswirkungskriterium von Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU erfüllen, gemäss dem Wettbewerbsabreden oder abgestimmte Verhaltensweisen geeignet sein müssen, den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen, wobei sie zudem eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich des LVA CH-EU bezwecken oder bewirken.

#### **E. 5.4.3**

Trotz dieser Sachlage hat sich die Schweiz in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verpflichtet, sich abweichend von der innerstaatlichen Definition des Abrede-Tatbestandes nach Art. 5 Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) nach der Umschreibung von Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU zu richten, d. h. nach dem für den EU-Binnenraum verbindlichen Massstab, der auch dort für Drittstaatenverhältnisse gilt und Art. 101 AEUV entspricht. Eine Selbstverpflichtung der Schweiz, in solchen Luftstreckenverhältnissen zu Drittländern allfällige Rechtsfolgen einzig nach LVA CH-EU zu beurteilen, wie dies der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU (mit dem Anwendungsgebot hinsichtlich Art. 8 LVA CH-EU sowie den in Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften) nahelegen könnte, lässt sich indessen weder Art. 11 noch einer anderen Norm des LVA CH-EU entnehmen. Es sind auch keine Hinweise dafür ersichtlich, dass die Schweiz sich bei Abschluss des LVA CH-EU, also zu einer Zeit als hierzulande unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen noch nicht direkt sanktionierbar waren, staatsvertragsrechtlich dazu hätte verpflichten wollen, im Zuständigkeitsbereich Schweizerischer Behörden liegende unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einzig mit dem damaligen Instrumentarium (d. h. nur unter Sanktionsdrohung gestellte Verbote) zu ahnden. Dass die Schweiz vorsorglich auf eine innerstaatlich wirksame Sanktionsordnung nach Massgabe des Auswirkungsprinzips hätte verzichten wollen, ist nicht ersichtlich. Auch aus der Zusatzbotschaft vom 14. Juni 2002 (zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes [Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG], BBl 2002, 5506) lassen sich keine gegenteiligen Schlussfolgerungen ziehen: Zur Frage, ob schweizerische Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU schweizerisches oder das EU-Luftverkehrsabkommen anwenden, äussert sie sich nicht. Zutreffend hält die Vorinstanz denn auch fest, dass in der Schweiz bei Abschluss des LVA CH-EU das KG von 1995 galt, das keine direkten Sanktionen kannte und grundsätzlich

auch keine Unterscheidung zwischen Binnensachverhalten und internationalen Sachverhalten traf, vorbehaltlich allfälliger staatsvertraglicher Regelungen (1,1005). Zutreffend ist auch ihr Hinweis, dass der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission fiel (1,1006). War europäisches Wettbewerbsrecht im Zeitpunkt des Abschlusses des LVA CH-EU zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern nicht anwendbar, ist nicht ersichtlich, weshalb im Interesse des vom LVA CH-EU angestrebten Harmonisierungsziels im Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern ausschliesslich Europäisches Wettbewerbsrecht Anwendung finden müsste. Es kann zustimmend auf die entsprechenden Erörterungen der Vorinstanz verwiesen werden (1,1006-1011). Die von der Vorinstanz zitierte Sicht des Bundesrates (Botschaft Bilaterale I, zitiert in 1,1023), dass "das betreffende schweizerische Recht im Bereich Luftverkehr lediglich noch auf Verhalten anwendbar sei, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben", erweist sich unter diesen Umständen allerdings als zu eng.

#### **E. 5.4.4**

Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verpflichtet somit die schweizerischen Wettbewerbsbehörden zwar über die Zulässigkeit von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen "gemäss" den Art. 8 und 9 LVA-EU zu entscheiden. Die Anwendung des KG wird aber nicht ausgeschlossen. Bei Strecken zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern erweist sich daher Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU als reine Kompetenzzuweisungsregel für sich in der Schweiz auswirkende Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 8 LVA CH-EU legt den materiellrechtlichen Beurteilungsmassstab fest. Das LVA CH-EU, insbesondere die dort allenfalls verankerte Sanktionsordnung ist im Übrigen nicht anwendbar. Im Sinne der Vorinstanz besteht insofern durchaus Raum für eine Anwendung des KG, insbesondere seiner innerstaatlichen Sanktionsordnung (vgl. E. 4.1 f.) und der in Art. 30 Abs. 1 KG vorgesehenen Massnahmen. Weitere Auslegungselemente, die einen eindeutig anderen Schluss erlauben würden, finden sich nicht, wie die Vorinstanz überzeugend darlegt, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (vgl. 1,1017-1024). Eine allfällige Sanktionierung von Preisabsprachen, die sich auf die untersuchten fünf Drittlandstrecken auswirken, oder von abgestimmten Verhaltensweisen, die sich als Auswirkungen auf den fraglichen Drittlandstrecken manifestieren, beurteilt sich daher zwar einzig nach Art. 49a KG. Die Auslegung der in Abs. 1 von Art. 49a KG festgelegten Tatbestandsmässigkeit (der Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) hat sich aber am Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU zu orientieren. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt (1,1025,1119), könnte nach LVA CH-EU zulässiges Verhalten nicht nach KG verboten oder nach LVA CH-EU verbotenes Verhalten nicht gestützt auf das KG gerechtfertigt werden. Dass die Anwendung innerstaatlicher Vorschriften im Verhältnis zu Drittstaaten den *effet utile* gefährden würde, der in Art. 17 LVA CH-EU (mittelbar) zum Ausdruck kommt (E. 3.3), ist nicht ersichtlich.

#### **E. 5.4.5**

Eine den vorangehenden Ausführungen entsprechende Interpretation der anwendbaren Normen mussten im Übrigen auch die Fluggesellschaften zumindest in Betracht ziehen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass sie von der Auslegung des LVA CH-EU in ihren Geschäftsbeziehungen zu Drittländern völlig überrascht wurden. Eine Verletzung des sich aus Treu und Glauben (Art. 9 BV) bzw. des Grundsatzes *nulla poena sine lege* (Art. 7

EMRK) ergebenden Bestimmtheitsgebots (vgl. hierzu das Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1448 ff. m.H.) ist somit ebenfalls nicht erkennbar.

## **E. 6**

Vorbehaltene Vorschriften (erlaubte Tarifkoordination) Nach Art. 3 Abs. 1 KG entfällt die Anwendung des KG bzw. sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelnen Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ein Ausschluss der Anwendung des KG ist jedoch nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt (BGE 141 II 66 E. 2.2.3). Erlauben (oder gebieten) bilaterale Luftverkehrsabkommen mit Nicht-EU-Staaten ausdrücklich, dass Luftfahrtunternehmen ihre Tarife koordinieren (d. h. einvernehmlich absprechen, bisweilen unter dem Vorbehalt behördlicher Genehmigung, vgl. 1,946), so wird damit im betreffenden Luftverkehrsverhältnis staatsvertraglich Preiswettbewerb ausgeschlossen und insofern die wettbewerbsrechtliche Ordnung im vom entsprechenden Luftverkehrsabkommen geregelten Streckenverhältnis modifiziert. Die Vorinstanz hat daher unter Hinweis auf Botschaft, Rechtsprechung und Lehre mit eingehender Begründung zu Recht erkannt, dass der Gesetzgeber mit dem – nach Abschluss bilateraler Luftverkehrsabkommen erfolgten – Erlass des KG nicht von wettbewerbswidrigen Regeln in solchen Abkommen hätte abweichen wollen (vgl. COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 79 f.). Mit der Vorinstanz (1,958) ist daher davon auszugehen, dass alle bilateralen Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Staaten, soweit sie eine streckenbezogene, wettbewerbsausschliessende Tarifkoordination vorsehen, dem KG vorgehen beziehungsweise dessen Anwendung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ausschliessen.

## **E. 7**

Streitgegenstand

### **E. 7.1**

m.H.; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 140-152). Auch wenn jeweils bezüglich der Treibstoffzuschläge (als Preiselement) nicht konkrete Preisniveaus – vertraglich – "vereinbart" wurden, verminderte der systematische Austausch und die Weiterverbreitung der diesbezüglichen Preisdaten unter den Gesellschaftern die strategische Unwissenheit, wie die Vorinstanz zu Recht zu bedenken gibt (vgl. 1,1332; vgl. auch Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363). Dies erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollusionsergebnisses stark. Dass es sich dabei um wettbewerbssensible Informationen handelte, mussten den Gesellschaftern bzw. den an der Abrede (im Sinne von abgestimmte Verhaltensweise) mitbeteiligten Beschwerdeführerinnen klar sein (vgl. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 138, 651); dies wird nicht zuletzt aufgrund des von der Vorinstanz erwähnten E-Mails vom 9. Oktober 2003 des Z. \_\_\_\_\_ ersichtlich, wonach [...] darauf hingewiesen habe, dass es in der Branche schon lange keine "heile" Welt mehr gebe, ein Tarif-Wettbewerb oder "Krieg" der Airlines herrsche und der Z. \_\_\_\_\_ nicht dafür da sei, "um Raten zu besprechen" (1,660 mit Verweis auf act. 1:A51:CH731). Die den Beschwerdeführerinnen rechtsgenügend nachgewiesene abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu den Treibstoffzuschlägen stellt daher ein besonders schädlicher horizontaler

Abrede-Sachverhalt nach Art. 5 Abs. 3 KG dar (a.M. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 180 ff.). Ferner ist hier das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der erwähnten höchstrichterlichen Ausführungen allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstandes erfüllt, ohne Bezug auf einen Markt und auch ohne, dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Abrede vorgenommen werden müsste. Ihre Schädlichkeit bewahren solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.3.1; 143 II 297 E. 9.4.4). Die fragliche Abrede ist

B-761/2014 Seite 91 zweifelsohne auch hinreichend geeignet, um die Erheblichkeit zur potenziellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegte abgestimmte Verhaltensweise die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG ausnahmsweise nicht erreichen würde, wie fälschlicherweise geltend gemacht wird. Von einem Bagatellfall kann nicht gesprochen werden. Die für die Bejahung der Erheblichkeit hinreichende Eignung der fraglichen Abrede zur potenziellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist hier ebenfalls zweifelsohne gegeben. Ein Bagatellfall liegt nicht vor. Soweit, wie in Erwägung 11.4 erwähnt, von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen ist, ist nichts ersichtlich, das die Vermutung widerlegen würde, dass die effektive Abstimmung gestützt auf den Informationsaustausch, also dadurch kausal verursacht, erfolgt wäre. Die Beschwerdeführerinnen haben somit hinsichtlich der Treibstoffzuschläge mitzuverantworten, dass der Preiswettbewerb im sanktionierten Zeitraum unter Beförderern verfälscht wurde.

### 12.3 Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen

#### 12.3.1 Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, 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 (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG).

Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer 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 genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein. Notwendig ist eine

B-761/2014 Seite 92 Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe gegeben ist (BGE 147 II 72 E. 7.2 m.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 301,305; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 244 ff.).

#### 12.3.2 Die Wettbewerbsbehörde ist ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu forschen. Aufgrund der nach Art. 13 VwVG bestehenden Mitwirkungspflichten, die sich insbesondere auf Tatsachen,

die eine Partei besser kennt als die Behörde und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigen Aufwand erheben kann (BGE 143 II 425 E. 5.1 m.H.), obliegt es den Beschwerdeführerinnen, die Aspekte darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, welche zur Rechtfertigung herangezogen werden sollten (vgl. BVGer B-7633/2009 Rz. 570). 12.3.3 Die Beschwerdeführerinnen machten vor der Vorinstanz keine Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG geltend (vgl. 1,1628 ff.). Vor Bundesverwaltungsgericht verweisen sie hierzu einzig auf die Immunitäts- erklärung [...Behörde in Drittstaat...] (2[...],363 f.), ohne die Effizienzrech- fertigung in Bezug auf ihre spezifische Situation im Kontext der hiezulande vorherrschenden Verhältnisse im Einzelnen konkret zu begründen. Die Vorinstanz hat sich hierzu nicht vernehmen lassen. 12.3.4 Da der zu Treibstoffzuschlägen erfolgte Informationsaustausch nicht ausschliesslich nur unter "kartellrechtlich freigestellten" Allianz-Part- nern stattfand, sondern, dass sich über die Allianz hinaus alle von der Vor- instanz ins Recht gefassten Luftfrachtunternehmen im Z. \_\_\_\_\_ zu Treib- stoffzuschlägen austauschten, vermag auch das Argument der Beschwer- deführerinnen (2[...],363 f.), ihre Allianzkontakte seien angesichts der erfolg- ten Freistellung vom Kartellverbot durch die vom [...Behörde in Dritt- staat...] gewährten antitrust immunity unbedenklich gewesen, am Ergebnis nichts zu ändern.

B-761/2014 Seite 93 13. Sanktion (Art. 49a KG) 13.1 Bemessungsgrundsätze und vorinstanzliche Sanktionsbemessung 13.1.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzu- lässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässi- gen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 8.2; 143 II 297 E. 9.2). In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert. Demnach geht die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag aus, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminde- rung der Sanktion (Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil 2C\_63/2016 E. 6.2). Wirkt ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbe- werbsbeschränkung mit, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise ver- zichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses der Sanktion und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen einer Reduktion der Sanktion (teilweiser Sanktionserlasse) aufgeführt sind. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG reduziert die Vorinstanz die Sanktion, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeit- punkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wett- bewerbsverstoss eingestellt hat. Die Reduktion beträgt bis zu 50 % des nach den Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist

B-761/2014 Seite 94 die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrages kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu. In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1 m.H.). 13.1.2 Die Vorinstanz bemass die Sanktion in mehreren Schritten: (1) Zuerst berechnete sie den Basisbetrag. (2) Diesen passte sie an die Dauer des Verstosses an, bevor sie (3) erschwerende und mildernde Umstände sowie (4) eine allfällige Bonusmeldung berücksichtigte (1,1699 ff.). Vorab erachtete die Vorinstanz – angesichts der besonderen Umstände – für die Maximalsanktion die letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise als massgebend (1,1710). Für die Beschwerdeführerinnen ermittelte die Vorinstanz als Ausgangspunkt einen Umsatz von Fr. [...] (mit Maximalsanktion [10 %] Fr. [...]). In einer allgemein gehaltenen Erwägung hielt die Vorinstanz fest: "Insgesamt ist der vorliegende Wettbewerbsverstoss als gravierend zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich unter gebührender Berücksichtigung der Umstände den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von 8 % anzusetzen" (1,1720). Gestützt auf den massgeblichen Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...] ermittelte die Vorinstanz für die Beschwerdeführerinnen den Basisbetrag (8 %) von Fr. [...] (1,1722). Zur Frage der Berücksichtigung der Schwere des Verstosses erläutert die Vorinstanz, nicht alle Luftverkehrsunternehmen seien im gleichen Umfang "an der Abrede" beteiligt gewesen. Deshalb stelle sich die Frage, ob das Ausmass der individuellen Beteiligung eine Komponente der Art und Schwere sei oder als erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt werden müsse. Die Frage sei bloss theoretischer Natur, weil das Ausmass der individuellen Beteiligung so oder anders die gleiche Berücksichtigung finde. Aber selbst bei einer Individualisierung liege in Bezug auf alle Parteien ein schwerwiegender Verstoss vor. Entscheidend sei, dass sich die Sanktion, wie hier, angesichts aller Faktoren als verhältnismässig erweise. Deshalb ergäbe sich das gleiche Ergebnis, wenn das Ausmass der individuellen Beteiligung im Rahmen des Basisbeitrages Eingang fände. Vorliegend erfolge die Berücksichtigung des Ausmasses der individuellen

B-761/2014 Seite 95 Beteiligung im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände; dies nicht zuletzt, um unnötige Änderungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats zu vermeiden. Doch könne in anderen Fällen eine andere Vorgehensweise angezeigt sein (1,1721). Angesichts der ermittelten Dauer "des Verstosses" von 20 Monaten (April 2004 – November 2005) erachtete die Vorinstanz eine Erhöhung des Basisbetrages um 10 % als angemessen (1,1723 f.). Unter dem Titel mildernde Umstände wurde den Beschwerdeführerinnen eine Reduktion des Sanktionsbetrages um 10 % zugestanden, weil jene die Wettbewerbsbeschränkung vor Eröffnung des vorinstanzlichen Verfahrens beendet hatten (1,1733). Die Vorinstanz erläutert ferner, die KG-Sanktionsverordnung zähle die mildernden Umstände nicht abschliessend auf. Obwohl "eine Wettbewerbsabrede über den Preis" bestehe, umfasse sie mehrere Elemente: Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen. Auch wenn "nur eine einzige Wettbewerbsabrede" vorliege, sei die Beteiligung an den einzelnen Elementen der Abrede bei der Sanktionierung zu berücksichtigen. Hier hätten sich nicht alle Luftverkehrsunternehmen an allen "Abredeelementen" beteiligt, was zu berücksichtigen sei. Diese Vorgehensweise trage dem unterschiedlichen Ausmass der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der Abrede Rechnung. Unter diesem Titel gestand die Vorinstanz den

Beschwerdeführerinnen eine zusätzliche Reduktion um 10 % zu (1,1736) und kam zu folgendem Zwischenergebnis (1,1789/Tab.45): [...] Da den Beschwerdeführerinnen keine Sanktionsreduktion für die erbrachte Kooperation zugestanden wurde, errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungsanktion in der Höhe von Fr. [...] (1,1814): [...] 13.2 Rügen der Beschwerdeführerinnen und deren rechtliche Würdigung Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen schliesst, sofern zu Unrecht ein Kartellverstoss bejaht wird, bereits die eingetretene Verjährung und die erfolgte Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine Sanktionierung aus

B-761/2014 Seite 96 (2[...],4,157-190,381). Ferner rügten die Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren, der unverhältnismässig hoch angesetzte Basisbeitrag von 8 % dürfe 5 % nicht überschreiten, zumal die Komplexität einer Abrede als Faktor nicht erschwerend wirke und das Element der fortdauernden Abrede bereits in der Dauer enthalten sei (act. 1:770,330 zu 1,1762). 13.2.1 Verjährung des staatlichen Sanktionsanspruchs? Im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 (Rz. 1660-1731) hat das Bundesverwaltungsgericht – in Analogie zur obligationenrechtlichen Verjährungsregelung (Rz. 1710 ff.) – erklärt, dass die "Untersuchungsverjährung" nach Ablauf von zehn Jahren seit ihrem Beginn eintritt und bei Einleitung einer Untersuchung nach Art. 27 KG unterbrochen wird (Rz. 1722; a.M. MARCEL NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, BSK KG, a.a.O., vor Art. 49a-53 Rz. 163-171 f.; a.M. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 239a). Demgegenüber beginnt der Lauf der ebenfalls zehn Jahre betragenden Vollzugsverjährung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheids (Rz. 1728). Es liegen keine Gründe vor, die es rechtfertigen würden, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Selbst wenn im Sinne der Beschwerdeführerinnen der Beginn der Verjährungsfrist auf November 2005 festgesetzt würde (2[...],186), war im Lichte des Urteils B-831/2011 (Rz. 1660-1731) und der darin festgehaltenen zehnjährigen Verjährungsfristen der eingeforderte strittige Sanktionsbetrag zum Zeitpunkt des Erlasses der vorinstanzlichen Sanktionsverfügung am 2. Dezember 2013 noch nicht verjährt; auch während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vermag der strittige Sanktionsanspruch nicht zu verjähren. Auf die die Verjährung betreffenden Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist unter diesen Umständen nicht weiter einzugehen. 13.2.2 Keine Sanktion wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes? Die Beschwerdeführerinnen rügen, die überlange Dauer der Untersuchung von sieben Jahren und zehn Monaten verletze das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot. Aus unverständlichen Gründen seien zwischen 2008 und 2012 keine Untersuchungshandlungen erfolgt. Ein allfälliges Abwarten von Entscheidungen der EU-Kommission in den entsprechenden Fällen sei keine Rechtfertigung (2[...],187 ff.).

B-761/2014 Seite 97 Dem hält die Vorinstanz entgegen, unter Würdigung aller Umstände sei hier in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht von einer übermässigen Verfahrensdauer auszugehen, welche eine Sanktionsreduktion oder Verfahrenseinstellung rechtfertigen würde. Das Verfahren habe wegen der unvergleichbaren Komplexität, des Sachverhaltsumfangs und der vielen heiklen Rechtsfragen so lange gedauert. Neben dem KG seien zahlreiche Staatsverträge zu berücksichtigen gewesen. Insbesondere sei die Erarbeitung des Sachverhalts sehr aufwändig gewesen. Die über 7'500 Seiten umfassenden Selbstanzeigen seien umfangreich gewesen. Als Pilotfall sei es der erste Fall mit Hausdurchsuchungen und Selbstanzeigen gewesen. Bereits diesbezüglich hätten sich viele neue Fragen gestellt. Die besondere

Komplexität und der Umfang des Verfahrens wider- spiegeln sich im Zeitbedarf der einzelnen Parteien für ihre Stellungnah- men. Entgegen der üblichen Frist von einem oder maximal zwei Monaten hätten die Parteien bis zu fünf Monate für eine Stellungnahme benötigt. Des Weiteren seien ungleich mehr Parteien involviert gewesen. Daher könne selbst die nach dem Bundesverwaltungsgericht gerade noch zuläs- sige Höchstdauer von viereinhalb Jahren, die vom Bundesgericht relativiert worden sei, nicht herangezogen werden (1,120,164). Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Für straf- und zivilrechtliche Verfahren ist dieser Anspruch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auf die "strafrechtlichen bzw. strafrechts- ähnlichen" Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.2; Art. 6 Abs. 1 EMRK: "Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage [...] in einem fairen Ver- fahren, [...] innerhalb angemessener Frist verhandelt wird"). Bei der An- wendung der EMRK-Garantien auf andere als Kernbereiche des Straf- rechts, wo die zeitlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung we- gen des Schuldvorwurfs am strengsten sind, können sachgerechte Anpas- sungen vorgenommen werden (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1479 m.w.H). Weder der EGMR noch das Bundesgericht definieren feste Fristen, welche der Beurteilung der Angemessenheit der Dauer von Verfahren zugrunde gelegt werden könnten. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob sich unter den kon- kreten Umständen die jeweilige Verfahrensdauer rechtfertigen lässt (vgl. Urteil des EGMR 42836/12 vom 9. Juli 2015 [El Khoury/Deutschland] Ziff. 82). Daher kann im Einzelfall selbst eine unüblich lange Verfahrens- dauer angemessen sein (Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September B-761/2014 Seite 98 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 47; vgl. das Urteil B-2977/2007 E. 7.5.4, wo- nach Verfahrensdauern von über zehn Jahren grundsätzlich nicht mehr als angemessen bewertet werden können). Für die Beurteilung der Dauer von Verfahren sind folgende Gesichtspunkte massgeblich (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1646 m.H. auf die EGMR-Recht- sprechung): 1. Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sach- und Rechts- fragen, wobei komplexe Wirtschaftsfälle angesichts der Anzahl an Betroffenen, der Verarbeitung umfangreicher Geschäftsun- terlagen, der Einholung von Zeugenaussagen und Gutachten einen erhöhten Aufwand erfordern; 2. die Sachgerechtigkeit des behördlichen bzw. gerichtlichen Vor- gehens einschliesslich von Art und Umfang der durchzuführen- den Untersuchungshandlungen sowie der objektiven Dringlich- keit der Angelegenheit. Insbesondere können längere, nicht ge- rechtfertigte Perioden der Untätigkeit zur Unangemessenheit führen, selbst wenn die Dauer als solche nicht unverhältnis- mässig gewesen wäre; 3. das Verhalten der Partei, z.B. bei Anträgen, welche den Verfah- rensgang fördern oder verzögern; 4. die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person ein- schliesslich der Schwere des (Schuld-)Vorwurfs sowie ihrer fi- nanziellen und sonstigen Interessen. In Grundsatzfragen kann als weiterer Punkt bei der Verfahrensführung das Bedürfnis nach Koordination mit anderen Verfahren berücksichtigt werden (vgl. Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutsch- land] Ziff. 46). Auch kann z.B. ein befristeter personeller behördlicher Eng- pass eine Verlängerung des Verfahrens rechtfertigen, nicht aber chroni- sche Überlastung der Behörde und/oder strukturelle Mängel des Verfah- rens (vgl. Urteil des EGMR 35632/13 vom 13. Januar 2015 [Hoholm/Slo- wakei] Ziff. 49; vgl. BGE 130 I 312 E. 5.2). Ab einer bestimmten Dauer kann im Einzelfall allein aufgrund der insgesamt abgelaufenen Zeit eine Beurtei- lung vorgenommen werden, ohne dass es einer detaillierten Analyse der Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. Ur- teil des EGMR,

53339/09 vom 2. Dezember 2014 [Siermiński/Polen]

B-761/2014 Seite 99 Ziff. 66). Doch bestehen auch hierfür keine vorgegebenen festen Fristen (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1647). Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind wegen ihres strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakters (BGE 143 II 297 E. 9.1) grundsätzlich beförderlich zu behandeln. Das heisst, je weniger komplex ein Verfahren oder je bedeutender es für die Parteien ist, desto schneller muss es abgeschlossen werden (vgl. z.B. BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4, je m.H.). Zu berücksichtigen ist aber, dass Kartellrechtsverfahren nicht selten umfangreiche und komplexe Sachverhalte betreffen, die den Rechtsanwender hinsichtlich der geforderten Abklärungstiefe vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen stellen können (Urteil B-831/2011 Rz. 1651). So bedarf es einer Durchdringung und Abgrenzung von Märkten sowie vielfach einer Einarbeitung in die Besonderheiten des Sachgebiets in technischer wie auch ökonomischer Hinsicht. Soweit Marktverhältnisse abzuklären sind, müssen weitere Wirtschaftsteilnehmer einbezogen werden. Die Wettbewerbsbehörden sind oftmals gezwungen, in mehreren Etappen durch eine alternierende Befragung von Wirtschaftsteilnehmern den Sachverhalt aufzubereiten und viele Informationen zu verarbeiten, auch wenn sich oft nur ein geringer Teil als entscheidend erweisen mag. In rechtlicher Hinsicht sehen sich die Wettbewerbsbehörden häufig vor neue und schwierige Rechtsfragen gestellt, was eine gewissenhafte Fallbearbeitung bedingt. Im vorliegenden Fall eröffnete die Vorinstanz die Untersuchung am 13. Februar 2006 (1,52 ff.), sandte den Parteien am 8. November 2012 ihren Antrag zu einer Sanktionsverfügung (act. 1:651) zur Stellungnahme zu und schloss die Untersuchung am 2. Dezember 2013 mit einer gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen gerichteten Sanktionsverfügung ab. Somit dauerte die vorinstanzliche Untersuchung insgesamt rund 94 Monate (7 Jahre und 9,5 Monate). Diese fast achtjährige Untersuchungsdauer stellt in der Verfahrensführung der Vorinstanz zweifellos ein Novum dar, wenn als Vergleichsmaßstab bisherige Sanktionsverfahren mit einer durchschnittlich deutlich kürzeren Prozessdauer beigezogen werden (vgl. z.B. die Untersuchungen "Six Group", RPW 2011/1, 96, ca. 46 Monate [vgl. hierzu das Urteil B-831/2011 Rz. 1652]; "Speditionsbereich", RPW 2013 142, ca. 62 Monate; "Vertrieb von Musik", RPW 2012 820, ca. 13 Monate; "Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau", RPW 2012 270, ca. 30 Monate; "Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen", RPW 2012 615, ca. 17 Monate; "ASCOPA", RPW 2011 529, ca. 35 Monate; "Elektroinstallationsbetriebe Bern", B-761/2014 Seite 100 RPW 2009 196, ca. 17 Monate; "Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren", RPW 2010 717, ca. 39 Monate). Die Kritik, dass die Verfahrenslänge hier – angesichts der verfahrensbeschleunigenden Bonusmeldungen – nicht im Rahmen vergleichbarer Verfahren lag, ist nicht von der Hand zu weisen. Dass die Vorinstanz in ihrer – bis anhin umfangreichsten, 412-seitigen Verfügung (mit 1828 Fussnoten) sich mitunter nicht auf den entscheidungswesentlichen Sachverhalt beschränkte, kann ebenfalls nicht bestritten werden. Es trifft auch zu, wie die Beschwerdeführerinnen bemängeln (2[...],95,99,100,113,192,294), dass es nicht immer möglich ist, die zahlreichen Sachverhaltsvorhaltungen, auf welche die Verfügung Bezug nimmt, sowie Einzelheiten und Hintergründe dazu verlässlich einzuordnen. Auch hätte das Verfahren mit mehreren zehntausend Seiten Akten (vgl. in den vorinstanzlichen Akten die Aktenstücke act. 1-1029; act. A1-80; act. B1-28; act. C1-57; act. D1-27; act. E1-23 und act. F1-16) unter Umständen etwas weniger aufwändig gehalten werden können, was auch die Arbeit des Bundesverwaltungsgerichts erleichtert hätte. Es trifft ebenfalls zu, dass im vorliegenden

Fall die Dauer von rund vier Jahren und vier Monaten überschritten wurde, die das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-2977/2007 (E. 7.5.5) im damals zu beurteilenden Fall als an der äusseren Grenze zulässiger Prozessdauer, die sich aber "durch die Komplexität des Verfahrens und die vielen verfahrensleitenden Massnahmen gerade noch rechtfertigen" lasse, anzusiedeln betrachtete (vgl. hierzu das Urteil 2C\_484/2010 E. 11). Trotz all dieser Umstände darf aber nicht übersehen werden, dass die Vorinstanz ab Anfang 2006 nicht nur ein Verfahren gegen einen Unternehmenskomplex (wie im Fall "Publigroupe", vgl. Urteile B-2977/2007 bzw. 2C\_484/2010), sondern ein hochkomplexes Pilotverfahren gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen (mit je spezifischen Eigenheiten) zu bewältigen hatte. Gestützt auf Selbstanzeigen mussten erstmalig umfassende Hausdurchsuchungen durchgeführt und im Nachgang neben sechs Selbstanzeigen auch umfangreiches Beweismaterial gesichtet werden. Gleichzeitig war in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen EU-Behörden die staatsvertraglich vorgesehene Kompetenzabgrenzung zu diskutieren. Für die Vorinstanz stellten sich auch erstmals heikle Fragen zur gleichzeitigen Anwendbarkeit von schweizerischem Sanktionsrecht und dem LVA CH-EU. Dies machte zahlreiche Abklärungen bei Bundesbehörden zu luftfahrt-

B-761/2014 Seite 101 rechtlichen Fragestellungen (BAZL) und staats- und völkerrechtlichen Fragen (EDA-Integrationsbüro) nötig (vgl. die in den Vorakten befindlichen act. 1:84/95-100/102/214/215/ 217-221/225/301-306). Dass die Vorinstanz den ersten drei Selbstanzeigern attestiert, massgebend zum Verfahrenserfolg beigetragen zu haben, vermag daran nichts zu ändern (1,1802: "Beide Selbstanzeigen [sc. von {...} und {...}] hätten in erheblichem Masse zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen"; vgl. 1,1800,1802). Wie sich der erstinstanzlichen Prozessgeschichte entnehmen lässt, waren im vorliegenden Fall auch lange Zeit die Beurteilungszuständigkeiten sowie Grundsatzfragen zur Tragweite und Anwendbarkeit des KG unklar. Es ist daher auch verständlich, dass die Vorinstanz ihr Augenmerk erst nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 9. November 2010, der [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] wegen deren Preiskartells mit Geldbussen von insgesamt EUR 799 Millionen belegte, vollends auf die fünf als rechtserheblich ausgewählten Flugstrecken (zwischen der Schweiz und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik [bis 30. April 2004], Pakistan und Vietnam) richtete, für welche sie zuständig war. Zusammenfassend muss die Dauer dieses rechtlich wie auch sachverhaltlich äusserst komplexen Kartellsanktionsverfahrens in der Tat als lang qualifiziert werden. Im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist aber dennoch nicht von einer Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerinnen auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer auszugehen. Im Urteil 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 i.S. Les Editions Flammarion SA hielt das Bundesgericht in E. 12.6 mit Verweis auf BGE 130 I 312 E. 5.2 nämlich fest: "Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié". Im vorliegende Verfahren haben die Beschwerdeführerinnen weder vor der Vorinstanz noch vor Bundesverwaltungsgericht, wo sie sich zum Stand des Verfahrens informiert haben (vgl. Aktennotizen vom 16. Oktober 2014 bzw. vom 7. Dezember 2018) Beanstandungen zur Verfahrensdauer angebracht bzw. die Vorinstanz oder das Bundesverwaltungsgericht zu einer raschen Behandlung der Angelegenheit aufgefordert.

B-761/2014 Seite 102 Das passive Verhalten der Beschwerdeführerinnen steht somit sowohl einem gänzlichen Erlass der Sanktion sowie auch einer Reduktion derselben

entgegen (Urteil 2C\_44/2020 E. 12.6.3). Dass der EuG mit Urteil vom 16. Dezember 2015 den vorhin erwähnten Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 9. November 2010 (zitiert in E. 8.4.2) wegen schweren Begründungsmängeln aufhob (d. h. wegen klaren Widersprüchen zwischen "verfügendem Teil" [Dispositiv] und Begründung, vgl. hierzu die Urteile vom 16. Dezember 2015 in den Verfahren T-39/11 [...]; T-40/11 [...]; T-38/11 [...]; T-67/11 [...]; T-56/11 [...]; T-43/11 [...]; T-46/11 [...]; T-36/11 [...]; T-48/11 [...]; hierzu ROTHER/RIEGER, EuG-Urteil Luftfracht-Kartell, NZKart 3/2016 sowie Urteil des EuGH C-122/16 P vom 14. November 2017) beziehungsweise mit Urteilen vom 16. Dezember 2015 für nichtig erklärte (vgl. T-62/11 [...]; T-28/11 [...] sowie T-9/11 [...]; vgl. zum Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 9. November 2010 ABl. 2014/C 371/9; Medienmitteilung IP/10/1487, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_10\\_1487](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_10_1487)), obschon in der EU das Luftfrachtkartell am 9. November 2010 in viel kürzerer Zeit mit Kommissionsbeschluss erledigt worden war, vermag daran nichts zu ändern. Diese Niederlage vor dem EuG hat die EU Kommission im Übrigen fünfzehn Monate später am 17. März 2017 veranlasst, in gleicher Sache und unter Berücksichtigung der Einwände des EuG die vormals ausgesprochenen Bussen von insgesamt EUR 799 Millionen erneut zu bestätigen (zitiert in E. 8.4.2). Zu diesem in der Folge wiederum angefochtenen Beschluss erliess der EuG am 30. März 2022 diverse Urteile (Verfahren T-350/17 [...]; T-344/17 [...]; T-343/17 [...]; T-342/17 [...]; T-341/17 [...]; T-340/17 [...]; T-337/17, T-338/17 [...]; T-334/17 [...]; T-326/17 [...]; T-325/17 [...]; T-324/17 [...] und T-323/17 [...]; vgl. die entsprechende Pressemitteilung des EuG vom 30. März 2022 [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-03/cp22005\\_3de.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-03/cp22005_3de.pdf)). 13.2.3 Unverhältnismässiger Basisprozentsatz von 8 %? Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist der Prozentsatz des Basisbetrags von 8 % unverhältnismässig und deshalb auf höchstens 5 % zu reduzieren (2[...],381; act. 1:770,330). Der für die Sanktionsberechnung heranzuziehende massgebliche Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...] (vgl. 1,1722) ist unbestritten und

B-761/2014 Seite 103 kann ohne Weiteres den folgenden Überlegungen zu Grunde gelegt werden. Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% der massgeblichen Umsätze beträgt. Unter Schwere ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotenzial. Auch sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (Urteil 2C\_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil B-8386/2015 E. 10.4.1 m.H.). Bei schweren Verstössen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3). Im vorliegenden Fall ist von einer Teilnahme an lediglich einer Abrede zu einem Preisbestandteil auszugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wäre eine allfällige Verletzung von mehreren Tatbeständen durch mehrere voneinander getrennte Handlungsweisen nicht im Basisbetrag, sondern als Erschwerungsgrund zu behandeln (Urteil B-8386/2015 E. 10.4.4, 10.4.6 m.H.). Sind für die Bemessung des Basisbetrags der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten zu berücksichtigen, ist angesichts der hier

vorliegenden Umstände zu veranschlagen, dass der Preiswettbewerb nicht in Bezug auf den über- wiegenden Teil des Frachtpreises (d. h. die Summe aller die Frachtkosten ausmachenden Preiselemente, wie Frachtraten und Einzelzuschläge) be- einträchtig war. Darüber hinaus spricht auch der Umstand zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen, dass sie nur passiv – über ihre vereinzelt nach- gewiesenen Kontakte mit ihrem Allianzpartner – und zwar nachweisbar nur sehr vereinzelt im wettbewerbswidrigen Informationsaustausch involviert waren (vgl. E. 11.2.1/14, 11.2.4/1, 11.2.6/1, 11.2.8/1, 11.2.8/2; 11.4.2). Auch beteiligten sich die Beschwerdeführerinnen nie aktiv per E-Mail, weder selbst noch über ihren Generalverkaufsagenten (vgl. E. 11.2.10 a.E.), in irgendeiner Form am Informationsaustausch.

B-761/2014 Seite 104 Damit erweist sich das den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene Verhal- ten als bedeutend weniger schwerwiegend als von der Vorinstanz ange- nommen. Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher eine Korrektur des für den Basisbetrag angenommenen Prozentsatzes an- gezeigt, weshalb dieser antragsgemäss von 8 % auf 5 % des relevanten Umsatzes zu reduzieren ist. 13.2.4 Erhöhungsgrund: Dauer des Verstosses Die Erhöhung des Basisbetrages um 10 % wegen der ermittelten Dauer "des Verstosses" wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht be- stritten und ist daher den folgenden Berechnungen zugrunde zu legen. 13.2.5 Weitere erschwerende oder mildernde Umstände? Das Ausmass der individuellen Tatbeteiligung ist als Komponente allfälliger erschwerender oder mildernder Umstände zu betrachten (Urteil B-8386/2015 E. 10.4.4). Die Beschwerdeführerinnen haben im sanktionierbaren Zeitraum auf dem relevanten Markt lediglich an einer Abrede (Treibstoffzuschläge, vgl. E. 11) teilgenommen, weshalb, im Unterschied zu anderen Fällen, von einer Er- höhung des Sanktionsbetrages um 10 % abzusehen ist. Im Sinne der Vorinstanz (1,1733) ist den Beschwerdeführerinnen unter dem Titel "mildernde Umstände" eine Reduktion des Sanktionsbetrages um 10 % zu gewähren, da die Wettbewerbsbeschränkung vor Eröffnung des vorinstanzlichen Verfahrens beendet worden war (vgl. Art. 6 Abs. 1 SVKG). Eine weitere Reduktion ist im Lichte der in E. 13.2.3 gemachten Überlegungen nicht angezeigt. 13.3 Ergebnis: Sanktionsreduktion Im Lichte der obigen Darlegungen ist der vorinstanzlich verfügte Sankti- onsbetrag von Fr. [...] auf Fr. [...] herabzusetzen:

B-761/2014 Seite 105 Massgeblicher Umsatz Fr. [...] Basisbetrag Fr. [...] Basisbetrag nach Be- rücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (5 % MU)

Fr. [...] Erhöhung wegen Dauer des Verstosses (10 %) Fr. [...] Reduktion wegen vorzei- tiger Beendigung (-10 %) Fr. [...] Total der Sanktion Fr. [...]

13.4 Haftungsverhältnisse Strittig ist des Weiteren, ob neben der Beschwerdeführerin 3 auch die Be- schwerdeführerinnen 1 und 2 als Verfügungsadressatinnen herangezogen werden dürfen. 13.4.1 Auf die Rüge, die Beschwerdeführerin 3 [...] habe sich unabhängig von ihren Muttergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 1 und 2) verhal- ten, weshalb diese zu Unrecht als materielle Verfügungsadressatin be- zeichnet worden seien (2[...],371; act. 1:770,5), antwortet die Vorinstanz, die Konzernzugehörigkeit von C.\_\_\_\_\_ zur A.\_\_\_\_\_ -Gruppe sei unbestrit- ten. Zwar sei C.\_\_\_\_\_ im Jahr 2001 auch eine rechtlich eigenständige Gesellschaft innerhalb der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe gewesen. Allerdings fokus- siere C.\_\_\_\_\_ im Rahmen der "Core A.\_\_\_\_\_ " -Strategie seit dem Jahr [...] exklusiv auf sogenannte "belly freight"-Transporte. Bei solchen Trans- porten sei C.\_\_\_\_\_ auf die Passagierflugzeuge von B.\_\_\_\_\_ angewie- sen. Dadurch übe die A.\_\_\_\_\_ -Gruppe zumindest ab dem Jahr [...] ef- fektiv Kontrolle über C.\_\_\_\_\_ aus. Dabei sei zu

berücksichtigen, dass sich die Frage der "Verfügungsadressatschaft" nach den Umständen im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung richte. Anzumerken sei, dass sich C.\_\_\_\_\_ widersprüchlich verhalte, wenn sie einerseits geltend mache,

B-761/2014 Seite 106 C.\_\_\_\_\_ sei innerhalb der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe unabhängig und sich andererseits auf eine Allianzvereinbarung zwischen der Muttergesellschaft der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe und [...] berufe (1,150). 13.4.2 Dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 angesichts des Konzernverhältnisses als materielle Verfügungsadressatinnen und die Beschwerdeführerin 2 als formelle Verfügungsadressatin ins Recht fasste, lässt sich nicht beanstanden: Das Bundesverwaltungsgericht hat im Lichte der Rechtsprechung auch jüngst festgehalten, dass aus Gründen der Prozessökonomie auch einzelne Gruppengesellschaften als Repräsentanten des Konzerns Verfügungsadressaten einer kartellrechtlichen Verfügung sein können. Mit Blick auf die Auswahl der massgeblichen Konzerngesellschaften steht den Wettbewerbsbehörden ein pflichtgemäss ausübender Ermessensspielraum zu. Dabei ist es regelmässig sachgerecht, neben den fehlbaren Gruppen- gesellschaften die Konzernobergesellschaft als Verfügungsadressatin heranzuziehen (Urteil B-831/2011 Rz. 122 ff. m.H.). Denn die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürfen nicht überzogen werden (vgl. Urteil B-807/2012 E. 11.4.2 mit Verweis auf das Urteil 2C\_484/2010 E. 3.4). Hinsichtlich der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 von dieser Rechtsprechung abzuweichen, besteht kein Anlass. Gründe hierfür sind – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (2[...],373) – nicht ersichtlich.

## **E. 7.2**

Im vorliegenden Verfahren erstreckt sich der Streitgegenstand angesichts der Anträge der Beschwerdeführerinnen, soweit darauf einzutreten ist (E. 1.1.4), auf drei Fragen: o auf den ihnen in der Dispositiv Ziffer 2 auferlegten Sanktionsbetrag von Fr. [...], o auf das ihnen in der Dispositiv Ziffer 1 auferlegte, angeblich zu weitreichende Verbot des Preisinformationsaustauschs ausserhalb des eigenen Konzernverbandes sowie

B-761/2014 Seite 32 o auf die Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 96'588.– (unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.–) in der Dispositiv Ziffer 4. Zu bemerken ist in diesem Kontext, dass in keiner der angefochtenen Dispositivziffern die "Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens" konkret umschrieben beziehungsweise festgestellt wird. Ebenso wenig findet sich im Dispositiv eine Feststellung zur angeblichen Gesamtabrede in Bezug auf sämtliche angeblich abgesprochenen Preiselemente, welche den Untersuchungsgegenstand der Vorinstanz bildeten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung käme im Kontext von Sanktionsverfügungen solchen, einzig auf Sachverhaltskomplexe bezogenen Unzulässigkeitsfeststellungen Dispositiv-Charakter zu (vgl. Urteile des BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 [teilweise publiziert in BGE 143 II 297] sowie 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.5.3 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2C\_73/2014 vom 28. Januar 2015). Mit dieser Rechtsprechung (BGE 137 II 199 E. 6; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 14, nicht publiziert in BGE 139 I 72; vgl. hierzu IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 26; ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 58a m.H.) wird die selbständige Feststellung eines nach Art. 49a Abs. 1 KG sowohl sanktionsfähigen als auch sanktionierten Wettbewerbsverstosses im Dispositiv der Verfügung zugelassen (a.M. ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 58a ff.,106a). So hat auch das Bundesgericht einen

nach Art. 49a Abs.1 KG sanktionsfähigen, jedoch mangels reformatorischen Antrags im konkreten Einzelfall nicht sanktionierbaren Wettbewerbsverstoss – als Sachverhaltskomplex – selbst im Urteilsdispositiv festgestellt (Urteil des BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.3 und Dispositiv Ziffer 2, nicht publiziert in BGE 144 II 246). Zulässige Unzulässigkeitsfeststellungen fehlen in der angefochtenen Sanktionsverfügung jedoch gänzlich. Auch im in der Dispositiv Ziffer 2 enthaltenen Pauschalverweis "für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten wegen Beteiligung an der gemäss (...) unzulässigen Preisabrede" sind keine solchen erkennbar, da er es nicht erlaubt, die in der angefochtenen Sanktionsverfügung zahlreich aufgezählten Kontakte zwischen den Luftfahrtunternehmen klar den in der Verfügung dargestellten Märkten und Strecken zuzuordnen.

B-761/2014 Seite 33 Die Beschwerdeführerinnen machen daher zu Recht geltend, dass die Dispositiv Ziffer 2 nicht erkennen lässt, welches Verhalten ihnen konkret vorgeworfen und deshalb sanktioniert wird (vgl. 2[...],2).

## **E. 8**

Sachverhalt

### **E. 8.1**

Sicht der Vorinstanz: Beteiligung an einer weltweiten Gesamtabrede zu diversen Preisbestandteilen (1,1284-1319) Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz haben sich international tätige Luftverkehrsunternehmen im Luftfrachtbereich über längere Zeit zu Treibstoffzuschlägen, Kriegsrisikozuschlägen, US-Zollabfertigungszuschlägen, Frachtraten und zur Kommissionierung von Zuschlägen koordiniert (in telefonischen und persönlichen Gesprächen, multilateralen Treffen und über E-Mail). Zudem habe im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ ein geordneter Informationsaustausch stattgefunden. Der Z.\_\_\_\_\_ habe für seine "Mitglieder" systematisch Informationen über Treibstoffzuschläge gesammelt und verbreitet. Aus Sicht der Vorinstanz haben die Luftverkehrsunternehmen daher nicht nur ein einzelnes Preiselement koordiniert, sondern beschlossen, neu auftretende gemeinsame exogene Kostenfaktoren an Kunden weiterzugeben. So sei Zusammenarbeit an die Stelle von Wettbewerb getreten. Bei einer länger dauernden Gesamtabrede würden nicht nur die Teilnehmer ändern, sondern diese könnten unterschiedlich engagiert sein oder unterschiedliche Rollen einnehmen. Bei divergierenden Interessen käme kein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des Kartells zustande. Die eine oder andere Partei könne Vorbehalte zu Aspekten der Abrede haben und dennoch am Gesamtunterfangen festhalten, auch wenn sie die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetze. Auch interne Konflikte kämen vor, wobei einzelne Kartellmitglieder zeitweise die Umsetzung aussetzten, um andere Mitglieder zu konkurrenzieren. Bisweilen werde die Gesamtabrede weiterentwickelt oder an neue Gegebenheiten angepasst. Diesfalls bestünde sie weiterhin, sofern ein einheitlicher und fortdauernder Zweck verfolgt werde. Daran Teilnehmende könnten auch dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie nicht an allen Bestandteilen der Gesamtabrede mitgewirkt hätten. Zum Konzept der "einzigsten und fortdauernden Zuwiderhandlung" nach Europäischer Rechtsprechung erkläre das Gericht der Europäischen Union: "Es wäre gekünstelt, durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierli-

B-761/2014 Seite 34 che Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen" (vgl. z.B. das Urteil des EuG T-6/89 vom 17. Dezember 1991, Slg. 1991 11-01623, Rz. 204). Eine Beteiligung an einem Komplex integrierter Systeme, die eine einheitliche Zuwiderhandlung darstellten und sich nach und nach sowohl in rechtswidrigen Vereinbarungen als auch in rechtswidrigen abgestimmten Verhaltensweisen konkretisierten, könne als eine einzige Zuwiderhandlung aufgefasst werden. Ziel der Gesamtabrede sei es gewesen, sich über Preiselemente zu koordinieren. Nicht alle Untersuchungsadressaten seien gleichermassen an der Koordination zu sämtlichen Preiselementen beteiligt gewesen. Die auf Ausschaltung von Wettbewerb gerichteten Wettbewerbsabreden über all diese Preiselemente beträfen den gleichen Preis, weshalb die einzelnen Abreden eine einzige Wettbewerbsabrede über den Preis darstellten. Durch den Informationsaustausch seien die Unternehmen über die geplanten Schritte der Wettbewerber informiert gewesen. Das planmässige Gleichverhalten aufgrund ausgetauschter Marktinformationen habe das Risiko im wirtschaftlichen Handeln beseitigt oder reduziert. Die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Zuwiderhandlungen seien als "einzige und fortdauernde Zuwiderhandlungen" aufzufassen. Diese "Gesamtabrede" bezwecke, im Bereich Luftfracht den Wettbewerb schweizweit und im europäischen Wirtschaftsraum zu verhindern beziehungsweise einzuschränken – sie sei auch geeignet gewesen, den Handel zwischen der Schweiz und der EU zu beeinträchtigen. Die Abreden seien grundsätzlich mit weltweiter Geltung getroffen worden. Deshalb hätten die Abreden auch Luftfracht auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern betroffen. Es sei unerheblich, auf welche Strecken die einzelnen Elemente dieser Abrede Anwendung gefunden hätten. Vielmehr werde der individuelle Umfang der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an einzelnen Elementen der Gesamtabrede im Rahmen der Sanktionsbemessung gebührend berücksichtigt (1,928,1721). Kein anderes Ergebnis ergäbe sich, selbst wenn die einzelnen Preiselemente je getrennt geprüft würden. Denn auch die Kontakte zu den einzelnen Elementen und die hierzu getroffenen Absprachen stellten Wettbewerbsabreden dar (vgl. 1,1321-1382).

B-761/2014 Seite 35

### **E. 8.2**

Entgegnung der Beschwerdeführerinnen (2[...],114-156,320-354) Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die aus dem EU-Recht stammende Rechtsfigur der "einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung" dem hier ausschliesslich anwendbaren KG fremd. Die Vorinstanz versuche mit Hilfe der behaupteten "Globalabrede", den hohen Beweisanforderungen zur Bestimmung der Einzelverantwortlichkeit der Unternehmen auszuweichen. Auch eine "Gesamtabrede" nach schweizerischem Recht liege nicht vor. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich nie multilateral, weder direkt noch indirekt, an einer Abrede beteiligt, um das Niveau von Treibstoffzuschlägen zu erhöhen. Sie hätten zu Treibstoffzuschlägen einzig an kartellrechtlich freigestellten, öffentlich bekannten, bilateralen Kontakten mit [...] teilgenommen. Die Vorinstanz zeige nicht auf, dass [...B.\_\_\_\_\_ bzw. C.\_\_\_\_\_...]-Mitarbeitende wussten oder hätten wissen müssen, dass ihr Verhalten Teil eines Gesamtplans gewesen sei.

### **E. 8.3**

Vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung Der vorliegende Streit liegt in einem Spannungsfeld landes- und völkerrechtlicher Vorschriften, welche nach Massgabe des

Auswirkungsprinzips unterschiedliche Behördenzuständigkeiten (EU, Schweiz und Drittstaaten) und Sanktionskompetenzen vorsehen. Deswegen waren die genaue Kompetenzabgrenzung wie auch die Frage des anwendbaren Rechts vor der Vorinstanz unklar. Das zeigt sich nicht nur anhand der vergleichsweise langen Untersuchungsdauer, sondern auch anhand der Struktur der angefochtenen Verfügung. In der Verfügung werden die Wettbewerbsverhältnisse im Luftfrachtverkehr sowohl chronologisch (1,755-783) wie auch thematisch behandelt (im Einzelnen 1,210-745, 1321-1370). Sodann werden bei den Preiselementen verschiedene Aspekte auseinandergelassen (Grundraten für den Luftfrachttransport, 1,619-704, Treibstoffzuschläge, 1,210-505, Kriegsrisikozuschläge, 1,558-584 sowie Zollabfertigungszuschläge für die USA, 1,585-618). Als weiteren "Preisbestandteil" untersuchte die Vorinstanz die angebliche Weigerung der Luftfahrtunternehmen, den Spediteuren Entschädigungen für das Einziehen der Zuschläge zu Gunsten der Luftfahrtunternehmen (1,717-754) zuzugestehen. Schliesslich werden auch Sachverhalte erörtert, die ausserhalb der Beurteilungskompetenz der Vorinstanz liegen, ebenso Kontakte, die sich als zulässig erwiesen oder Zeiträume vor Einführung direkter Sanktionen betreffen.

B-761/2014 Seite 36 Hierzu erklärt die Vorinstanz, es sei ihr nicht verwehrt, internationale Sachverhalte abzuklären. Vielmehr müsse sie diese umfassend betrachten. Insofern dürfe sie Feststellungen treffen, ob bestimmte (wettbewerbserhebliche) Kontakte stattgefunden hätten (vgl. 1,798, 800, 806, 898, 1241). Ob sich diese aber (auch) auf die Schweiz ausgewirkt hätten und damit nicht einer kartellgesetzlichen Beurteilung entzogen seien, betreffe den räumlichen Geltungsbereich des KG. Nur wenn der Sachverhalt umfassend abgeklärt und dargestellt werde, liessen sich allfällige Auswirkungen dieser Kontakte auf die Schweiz beurteilen. Fehlten solche, dann würden die fraglichen Sachverhalte nicht in den Geltungsbereich des KG fallen und wären dann auch nicht weiter zu prüfen. Doch könne nicht verlangt werden, dass zunächst Auswirkungen festgestellt werden müssten, bevor die dafür ursächlichen Kontakte ermittelt werden dürften (1,800). Dies ist in der Tat richtig. Die Vorinstanz darf durchaus internationale Sachverhalte abklären, um allenfalls relevante "Kontakte" aufzuspüren. Doch gilt dies, wie die Vorinstanz zu Recht selbst einräumt, nur unter der einschränkenden Bedingung, dass sie sich bei fehlenden Auswirkungen solcher Kontakte auf die Schweiz von vornherein als unzuständig erachten muss, wie dies z.B. für alle Strecken zwischen EU-Staaten und der Schweiz sowie zwischen EU-Staaten und Drittländern zutrifft. Dies räumt die Vorinstanz korrekterweise auch ein (1,806). In diesem Sinne anerkennt sie, dass sie ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs "keine Sachverhalte regeln" dürfe, wie etwa Tarifkoordinationen im Ausland ohne Auswirkungen auf die Schweiz. Zu Recht beanstanden die Beschwerdeführerinnen, dass sich die Vorinstanz mitunter in Sachverhaltsschilderungen verliert, für welche sie nach ihren eigenen Feststellungen gar nicht zuständig ist oder bei denen die fraglichen Geschehnisse gar vor dem für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum liegen. Die Ansicht der Vorinstanz, für die Feststellung des Sachverhalts und für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Verhaltensweise sei der sanktionsrelevante Zeitraum ohne jegliche Bedeutung (1,898, 928, 924), ist insofern unzutreffend. Die Vorinstanz übersieht, dass die nach Art. 12 VwVG von Amtes wegen vorzunehmende Feststellung des Sachverhalts kein Selbstzweck ist, insbesondere nicht zu einer undifferenzierten Ermittlung locker zusammenhängender, wenn auch interessanter Vorkommnisse ausufern darf. Vielmehr hat die Vorinstanz nach Art. 12 VwVG nur den rechtserheblichen Sachverhalt zu erforschen (AUER/BINDER, DIKE-Kommentar VwVG,

B-761/2014 Seite 37 a.a.O., Art. 12 Rz. 2 f.). Entscheiderheblich sind Tatsachen nur dann, wenn sie die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm(en) erfüllen (PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 28; AUER/BINDER, DIKE-Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 5). Mit anderen Worten muss die Feststellung des Sachverhalts für den Ausgang der Streitigkeit erheblich, d. h. entscheidungswesentlich, sein (BENJAMIN SCHINDLER, DIKE-Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 49 Rz. 30, mit dem Hinweis auf das für die Rechtsfindung notwendige "Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen Sachverhalt und Rechtsnormen).

#### **E. 8.4**

"Einheitliche, fortgesetzte Zuwiderhandlung" (Gesamtabrede) oder eine (bzw. mehrere) Einzelabrede(n)?

##### **E. 8.4.1**

Die Vorinstanz lehnt sich in ihren Überlegungen zur unterstellten "Gesamtabrede" an die in der EU verwendete Rechtsfigur der "einheitlichen, fortgesetzten Zuwiderhandlung" an (sog. "single complex and continuous infringement" SCCI). Diese wurde 1986 von der EU-Kommission im Fall Polypolypropylen (Entscheid vom 23. April 1986, Nr. L 230/1 vom 18. August 1986) erstmals entwickelt, um sogenannte "komplexe Kartelle" zu erfassen, welche sich dadurch auszeichnen, dass Unternehmen über längere Zeit hin gestützt auf einen gemeinsamen Plan wettbewerbswidrig zusammenwirken (hierzu kritisch GERALD BREI, Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung – eine mehr als fragwürdige Rechtsfigur im Europäischen Kartellrecht, NZKart 5/2017, S. 211 ff.; MANI REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 255-341; KONSTANTIN SEIFERT, Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung: Komplexe Kartelle im Europäischen Kartellrecht, Hamburg 2013, S. 56 ff., je mit Hinweisen). Bei einem wettbewerbswidrigen Zusammenwirken über eine längere Zeit in Richtung auf ein gemeinsames Ziel werden alle Teilnehmer nicht nur für ihre eigene Rolle, sondern auch für das Funktionieren der Vereinbarung insgesamt als verantwortlich erachtet (vgl. Entscheid der Kommission vom 23. April 1986, Nr. L 230/1 vom 18. August 1986, Rz. 83) Seit dem Urteil des EuGH C-49/92 P vom 8. Juli 1999 i.S. Anic ist es ständige Praxis der Kommission und der europäischen Gerichte, die Beteiligung an einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung und eine daraus resultierende Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit unter drei Voraussetzungen zu bejahen: (1) Vorliegen eines Gesamtplans, mit dem ein gemeinsames Ziel verfolgt wird; (2) vorsätzlicher

B-761/2014 Seite 38 Beitrag des Unternehmens zu diesem Plan; und (3) bewiesene oder vermutete Kenntnis des Unternehmens vom rechtswidrigen Verhalten der anderen Teilnehmer im Rahmen des Gesamtkartells (Rz. 82 ff. sowie Urteil des EuGH C-441/11 vom 6. Dezember 2012, Rz. 67; vgl. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 273 f.; SEIFERT, a.a.O., S. 56 ff.). Dabei kann es um eine Gesamtverantwortlichkeit zu begründen unter Umständen bereits ausreichen, dass ein Unternehmen zu einem beliebigen Bestandteil eines "Gesamtkartells" lediglich einen Beitrag leistet (SEIFERT, a.a.O., S. 82 f., 185 f. m.H.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 288 ff.). In der Lehre wird diese Rechtsfigur kontrovers diskutiert (BREI, a.a.O., S. 213 ff., insb. S. 215, mit Hinweis auf die Urteile des EuG T-48/11, T-46/11, T-43/11 et. al. vom 16. Dezember 2015 [vgl. zu diesen Urteilen CHRISTOPHER ROTHER/FELICITAS RIEGER, Bindungswirkung und Begrün-

dungsmängel von Entscheidungen der Europäischen Kommission – Das Urteil des EuG zum Luftfracht-Kartell, NZKart 3/2016, S. 116 m.w.H.]; MEIN- RAD DREHER, Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht, ZWeR 2007, S. 276 ff.; HANS-JOACHIM HELLMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020, § 46, Rz. 26, S. 2109 f.; JULIAN JOSHUA, Single continuous infringement of Article 81 EC: Has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?, ECJ 2009, S. 451 ff.; MEYRING, Uferlose Haftung im Bussgeldverfahren?, WuW 2010, S. 157, 162.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 22,274,283 ff.,291,296 ff.,303,305 f.,412; SEIFERT, a.a.O., S. 158,166 ff.,177 f.,304 ff.,320; DERSELBE, The Single Complex and Continuous Infringement,"Effet Utiliarism"?, E. C. L. R. 2008, S. 546 ff.; HEN- RIQUE SCHNEIDER, Gesamtabrede im Wettbewerbsrecht: Eine Würdigung im Spannungsverhältnis zwischen der Schweiz und der EU, sic! 12/2018, S. 692 ff.,702).

#### **E. 8.4.2**

Ungeachtet ihrer Ausführungen zur Gesamtabrede hat die Vorinstanz aber auch eine auf Einzelabreden zu den einzelnen Preiselementen fokussierte einlässliche Prüfung vorgenommen. Ferner steht, wie sich zeigen wird, insbesondere der Z. \_\_\_\_\_ – als einfache Gesellschaft – im Fokus. Im vorliegenden Fall kann deshalb die Streitfrage, ob eine weltweite Gesamtabrede nicht nur zu allen massgeblichen Frachtpreisen (2[...],344 f.), sondern zu allen Preiszuschlägen überhaupt möglich (gewesen) wäre, offengelassen werden (die EU-Kommission verneint dies für Frachtpreise im parallelen Sanktionsverfahren mit der Begründung, bei Frachtraten könne keine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung vorliegen, da diese be-

B-761/2014 Seite 39 stimmte Strecken betreffen und nicht allgemein gelten würden [vgl. Beschluss AT.39258, C{2017} 1742 vom 17. März 2017 Rz. 902, in anonymisierter Form veröffentlicht unter: [https://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases1/202151/AT\\_39258\\_8068894\\_9177\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases1/202151/AT_39258_8068894_9177_3.pdf); vgl. hierzu ebenso den vom EuG aufgehobenen Beschluss AT.39258 vom 9. November 2010, C{2010} 7694, Rz. 893, in anonymisierter Form veröffentlicht unter: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39258/39258\\_7008\\_8.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39258/39258_7008_8.pdf)). Der entscheidenderhebliche Sachverhalt

#### **E. 8.4.3**

Nach Ansicht der Vorinstanz waren lediglich vier von vierzehn Airlines in alle fünf Teilabreden, daneben aber sehr viele Luftfahrtunternehmen in "nur" eine, zwei, drei oder vier Abreden involviert gewesen (vgl. Tabelle 25 in 1,1679):

B-761/2014 Seite 40 Wettbewerbsrelevante Kontakte der Beschwerdeführerinnen sind, wie vorangehend festgehalten, im vorliegenden Verfahren jedoch nur bezüglich entscheidenderheblicher Preiselemente zu prüfen.

#### **E. 8.4.4**

Von vornherein nicht weiter einzugehen ist daher auf die nicht sanktionsrelevanten vorinstanzlichen Erwägungen zu Sicherheitszuschlägen, die im Nachgang zu den Terroranschlägen vom 11. September 2001 von etlichen Luftfahrtunternehmen für zusätzliche Sicherheitsmassnahmen eingeführt worden seien (1,506-557,1167), räumt doch die Vorinstanz zu Recht selber deren Irrelevanz ein (1,1119,1175,1200,1280,1843). Gemäss



Allfällige Abreden zur – den Spediteuren gegenüber verweigerten – Kommissionierung von Zuschlägen (1,717-754,1363-1370) wirft die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen nicht vor. Auf die entsprechenden Erwägungen ist daher nicht einzugehen.

#### **E. 8.4.9**

Als entscheidend relevant zu prüfen bleiben somit nur noch angebliche Abreden zu Treibstoffzuschlägen (1,274-357,365-371,406-409, 482-486, 499-505,1321-1334), soweit der massgebliche Sanktionszeitraum und die fraglichen fünf Strecken betroffen sind.

#### **E. 9**

Beweisrecht

##### **E. 9.1**

Grundsätze

##### **E. 9.1.1**

Die Wettbewerbsbehörde, welche Verstösse gegen das Kartellgesetz untersucht (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), muss den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig abklären, alle rechtserheblichen Aspekte ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen vollständig beschaffen und die erforderlichen Beweise abnehmen. Ihr obliegt die Beweisführungs- last, die durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG) eingeschränkt wird (vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 m.H.; REINERT, BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 23).

B-761/2014 Seite 42 Neben dem Fachwissen der entscheidenden Behörde bilden die von ihr erhobenen Beweismittel die Erkenntnisquellen der Sachverhaltsermittlung. Dazu gehören nach Art. 12 VwVG Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen, Augenscheine, Gutachten von Sachverständigen sowie Urkunden und Auskünfte der Parteien (vgl. Urteil des BVGer C-563/2011 vom

##### **E. 9.1.2**

Die erhobenen Beweismittel sind frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP [SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.4). Steht eine Sanktion nach Art. 49a KG im Raum, sind aufgrund ihres "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen" Charakters die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV grundsätzlich zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher gemäss der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 8.3.1). Wann ein Sachumstand als bewiesen betrachtet werden kann, ist unterschiedlich zu beantworten: Grundsätzlich gilt das Beweismass der vollen Überzeugung, oft als "Vollbeweis" bezeichnet, was den unzutreffenden Eindruck erweckt, andere Arten des Beweismasses seien nicht ausreichend beweiskräftig. Daher ist vom Überzeugungsbeweis zu sprechen, wenn ein Beweis dann als erbracht gilt, wenn die urteilende Instanz nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dies setzt keine absolute Gewissheit voraus. Die Verwirklichung der Tatsache muss nicht mit Sicherheit feststehen, sondern es genügt, wenn am Vorliegen des Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; REINERT, BSK KG,

a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 25). Wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist, also Beweisnot besteht, wird die überwiegende Wahrscheinlichkeit, der sog. Wahrscheinlichkeitsbeweis als ausreichend betrachtet (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa). Demnach gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart

B-761/2014 Seite 43 gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1). Aufgrund der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz in dubio pro reo darf sich ein Richter von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalts nicht überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Nur abstrakte und theoretische Zweifel genügen nicht (Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.1 m.H.).

### **E. 9.1.3**

Ob in Kartellverfahren der Überzeugungsbeweis gilt oder auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit abzustellen ist, wird unterschiedlich beantwortet (vgl. Urteil BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 160 ff. m.H.). Im Fall Publigroupe hat das Bundesgericht zur Marktherrschaft festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis der hierbei bestehenden Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb zu fördern, nicht übertrieben werden dürfen. Insbesondere sei die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. Bei diesen Zusammenhängen erscheine eine strikte Beweisführung kaum möglich. Doch müssten eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72 E. 8.3.2; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.4, 9.2.3.4). Kann daher bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten mit multiplen Wirkungszusammenhängen der Überzeugungsbeweis nicht geführt werden, reicht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus (vgl. Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.4 m.H.). Im Kartellverfahren ist der ordentliche Überzeugungsbeweis immer zu bringen, wenn der Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine ökonomische Analyse multipler Wirkungszusammenhänge erfordert (Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.4 m.H.). Das ist auch hier der Fall, soweit zu klären ist, ob Luftfahrtunternehmen an Besprechungen teilgenommen und untereinander wettbewerbsensitive Preisinformationen zu Treibstoffzuschlägen ausgetauscht haben oder bezüglich der Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen entsprechende Strategien abgesprochen oder hierzu Informationen ausgetauscht haben. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht betonen, müssten im Sinne eines Überzeugungsbeweises entsprechende

B-761/2014 Seite 44 Kontakte zwischen Airlines erstellt und geeignet sein, den Beschwerdeführerinnen eine Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nachzuweisen. Daher hat die Vorinstanz zu beweisen, dass die Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die fünf relevanten Strecken und in Bezug auf die Treibstoffzuschläge an einer Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen waren. Eine ökonomische Analyse ist hierfür nicht erforderlich (vgl. die Situation im Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.5). Im Unterschied dazu erweist sich die Beurteilung möglicher Wettbewerbsauswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte als komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und

Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) könnte nur unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen Überlegungen und Annahmen beurteilt werden. Ökonomische Erkenntnisse sind immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet (vgl. Entscheidung der REKO/WEF FB/2005-4 vom 11. Juli 2006 E. 6.2, RPW 2006/3 S. 548 ff. sowie in diesem Sinne das Urteil des BVGer B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 305). Daher muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb wie auch allfällige Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (so – betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen – ausdrücklich das Urteil 2A.430/2006 E. 10.4; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.5).

#### **E. 9.1.4**

Das erforderliche Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf Indizien erreicht werden. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig, wobei ein Indiz, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offenlässt, und daher auch den Zweifel enthält (vgl. Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4. August 2009 E. 2.3; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.6, je m.H.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 49). So ist es im Strafprozessrecht zulässig, aus der Gesamtheit von Indizien, die je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und daher Zweifel offenlassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder

B-761/2014 Seite 45 Täter zu schliessen (vgl. ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 59 Rz. 14 f.). Auch das Bundesverwaltungsgericht lässt in kartellrechtlichen Verfahren Indizienbeweise zu (Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.6). Solche Beweiserleichterungen sind im Interesse der Effektivität der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auch im Unionsrecht vorgesehen, da wettbewerbswidrige Verhaltensweisen oft im Verborgenen abgestimmt werden. Deshalb können sie vielfach nur anhand von Koinzidenzen, Indizien oder Vermutungen verfolgt werden, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln erbringen können. Den Unternehmen steht freilich die Möglichkeit offen, die Beweisführung durch widersprechende Indizien zu erschüttern (MARIAN PASCHKE, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, MüK-EuWettbR, Art. 101 Rz. 190). Wird das geforderte Beweismass nicht erreicht, stellt sich die Frage, wer die Last des beweislosen Zustandes zu tragen hat. Nach dem in Art. 8 ZGB niedergelegten, auch im öffentlichen Recht gültigen Rechtsgrundsatz hat derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache zu tragen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. Urteil des BGer 2C\_988/2014 vom 1. September 2015 E. 3.1).

#### **E. 9.1.5**

In Bezug auf die objektive Beweislastverteilung für die hier gestützt auf Art. 49a KG auferlegte Sanktion ist Folgendes zu beachten: Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4

Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG gestatten es den Wettbewerbsbehörden zwar gegebenenfalls die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten. Die Beweisführungs- sowie auch die objektive Beweislast für das Vorliegen solcher Absprachen sind jedoch von den Wettbewerbsbehörden zu tragen. Der Vorinstanz obliegt es folglich, zu beweisen, dass sich die Beschwerdeführerinnen an den strittigen Absprachen beteiligt haben.

## **E. 9.2**

Selbstanzeigen im beweisrechtlichen Kontext

### **E. 9.2.1**

Mit Blick auf die in der Untersuchung eingereichten Selbstanzeigen bedauern die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz es unterlassen habe, die in den Selbstanzeigen befindlichen Hinweise auf den einzig bilateralen Kontakt mit [...] sorgfältig zu würdigen (2[...],46,76 ff.,247 ff.,253 ff.).

B-761/2014 Seite 46

### **E. 9.2.2**

Geht es wie hier um komplexe internationale Verhältnisse haben Unternehmen, die sich zur Selbstanzeige entschliessen, unaufgefordert sämtliche in ihrem Einflussbereich liegende Informationen und Beweismittel zu vermuteten oder – gemäss interner Einschätzung voraussichtlich – erfolgten Wettbewerbsverstössen vorzulegen, weil sie sonst Gefahr laufen, die Sanktionsbefreiung beziehungsweise Sanktionsreduktion zu verlieren (vgl. Art. 8 bzw. Art. 12 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5). In solchen Situationen ist es naheliegend, dass Unternehmen im Zweifel möglichst umfassend informieren, ohne dass bereits feststeht, dass jedes gemeldete Sachverhaltselement im Ergebnis auch beurteilungsrelevant ist. Deshalb kann von Selbstanzeigern nicht verlangt werden, dass sie der Vorinstanz nur wettbewerbsrechtlich "relevante" Kontakte mit Dritten melden und neben den mitgeteilten Fakten auch noch eine rechtliche Würdigung "eingestehen", auf die sie zu behaften wären.

### **E. 9.2.3**

Zur Frage der beweisrechtlichen Würdigung von Selbstanzeigen durch die Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht erkannt, dass Wettbewerbsbehörden nicht unkritisch auf die Richtigkeit der Angaben von Selbstanzeigern oder von nicht kooperierenden Unternehmen vertrauen dürfen. So vermögen Anschuldigungen eines einzigen Selbstanzeigers allein einen Wettbewerbsverstoss nicht hinreichend nachzuweisen, wenn dies vom Betroffenen bestritten wird. Solche Verdächtigungen sind stets durch weitere Beweismittel zu untermauern, was weitere Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen erforderlich machen kann (B-807/2012 E. 8.5.5.1 ff.). Dies entspricht auch der Praxis des deutschen Bundeskartellamts, gemäss der im Rahmen von Anträgen auf Bussgeldreduktion gemachte Aussagen unter dem Vorbehalt genereller Bedenken stehen. Deshalb ist die Aussage eines Kartellmitglieds, das für seine Zusammenarbeit eine erhebliche Reduktion erwartet, "mit Vorsicht zu würdigen" und muss "grundsätzlich von anderen Beweisen gestützt werden", bevor sie als Grundlage für den Nachweis eines Kartells und die Gewichtung der Tatbeiträge der Mitglieder dienen kann. Stets vorsichtig zu würdigen sind auch Aussagen anderer Kartellteilnehmer zu kooperierenden Unternehmen (B-807/2012 E. 8.5.5.2 m.H. insb. auf die Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbussen vom 17. April 2000, Bekanntmachung Nr. 68/2000). Nach bundesverwaltungsgerichtlicher

Praxis sind Aussagen von Selbstanzeigern wie auch Aussagen von allfällig nicht kooperierenden Unternehmen Parteiauskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG, die frei auf ihre

B-761/2014 Seite 47 Glaubhaftigkeit hin zu würdigen sind (vgl.

KRAUSKOPF/EMMENEGGER/ BABEY, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz.

111 ff. m.H.). Auch wenn angesichts der Interessenlage von Selbstanzeigern deren Glaubwürdigkeit nicht leichthin in Frage gestellt werden darf, so sind die von diesen (ebenso wie die von nicht kooperierenden Unternehmen) eingereichten Urkunden im Lichte der konkreten Umstände frei zu würdigen, ohne dass sich das

Bundesverwaltungsgericht dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten lässt, indem es beispielsweise Selbstanzeigen a priori einen höheren Beweiswert zuerkennen würde (B-807/2012 E. 8.5.5.4 ff. m.H.). Eine Selbstanzeige – verstanden als "Geständnis" von als kartellrechtlich problematisch erachteten Tatsachen – ist nur eines von mehreren, pflichtgemäss und frei zu würdigenden Indizien, ohne dass es relevant wäre, wie die Selbstanzeigerin selbst den angezeigten Sachverhalt rechtlich würdigt.

## **E. 10**

Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG

### **E. 10.1**

Tragweite des Abredobegriffs Nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG, welche mit Art. 101 Abs. 1 AEUV übereinstimmt (BGE 147 II 72 E. 3.1 m.H.; kritisch REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 16a), gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Art. 4 Abs. 1 KG setzt voraus, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2 m.H.). Bezweckt ist eine Abrede dann, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (BGE 147 II 72 E. 3.5 m.H.; Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303) oder der Wettbewerb aufgrund des Regelungsinhalts potenziell beeinträchtigt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6; 147 II 72 E. 3.6 m.H.). Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG setzen ein "bewusstes und gewolltes Zusammenwirken" voraus (für viele: BGE 144 II 252 E. 6.4.1; 129 II 27 E. 6.3). Als Wettbewerbsabreden gelten einerseits von Unternehmen getroffene

B-761/2014 Seite 48 Absprachen, die von einem Bindungswillen in Form übereinstimmender Willensäußerungen getragen sind (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 44 f., 51-68). Andererseits gelten auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen als Wettbewerbsabreden (BGE 144 II 246 E. 6.4.1; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 69-184). Bei diesen handelt es sich weniger um einen Auffangtatbestand, als vielmehr neben der Vereinbarung um eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise (BGE 147 II 72 E. 3.4.1 m.H.). So ist die abgestimmte Verhaltensweise als Form der Koordination zwischen Unternehmen zwar noch nicht bis zum Abschluss eines (die individuelle Autonomiefreiheit explizit einschränkenden) Vertrages gediehen, doch sie lässt bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (so im

Urteil des EuGH C-8/08 P vom 4. Juni 2009 Rz. 26; BGE 147 II 72 E. 3.1 ff.; Urteil des BVGer B-552/2015 vom

## **E. 10.2**

Informationsaustausch als Abredeform?

### **E. 10.2.1**

Die Zuordnung des Informationsaustausches als Abrede oder abgestimmte Verhaltensweise erfolgt in der kartellrechtlichen Praxis differenziert (vgl. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 119-122, 176 f., 182, 646-666): Die EU-Kommission prüft einen Informationsaustausch nach Art. 101 AEUV, wenn er eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung begründet oder Teil davon ist (vgl. Leitlinien Horizontale Zusammenarbeit, Rz. 60). Tauschen Wettbewerber strategische Daten aus, kommt nach europäischer Praxis ein solcher Informationsaustausch einer Abstimmung gleich, weil er die Unabhängigkeit von deren Marktverhalten verringert und Wettbewerbsanreize mindert (Leitlinien horizontale Zusammenarbeit, Rz. 61): "Im Falle des Austauschs von Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf sein künftiges Preis- oder Mengenverhalten (...) ist die Wahrscheinlichkeit besonders gross, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. Wenn Wettbewerber sich über ihre diesbezüglichen Absichten informieren, könnten sie ein gemeinsames höheres Preisniveau erreichen, ohne Gefahr zu laufen, Marktanteile einzubüssen oder während des Zeitraums der Anpassung an die neuen Preise einen Preiskrieg zu riskieren. Es ist zudem weniger wahrscheinlich, dass Informationsaustausch über zukünftige Absichten, zum Zwecke der Wettbewerbsförderung erfolgt, als dies für den Austausch von aktuellen Informationen der Fall ist" (Rz. 73). Ferner hält hierzu die oberwähnte Leitlinien auch (a.a.O., Rz. 75) fest: "Die voraussichtlichen Auswirkungen eines Informationsaustauschs auf den Wettbewerb müssen in jedem Einzelfall geprüft werden, da das Ergebnis der Prüfung von einer Reihe fallspezifischer Faktoren abhängt. Bei der Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen sind die voraussichtlichen Auswirkungen des Informationsaustauschs der Wettbewerbssituation gegenüberzustellen, die ohne den fraglichen Informationsaustausch bestanden hätte (siehe Rs. C-7/95 P, John Deere/Kom-

B-761/2014 Seite 50 mission, Rdnr. 76). Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 [AEUV], wenn es wahrscheinlich ist, dass er spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation haben wird. Ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat oder nicht, hängt sowohl von den wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten als auch von den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen ab." Der EuGH erblickt eine Abstimmung in der Fühlungnahme zwischen Unternehmen, die darauf ausgerichtet ist, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen über das Marktverhalten ins Bild zu setzen mit daraus folgenden Wettbewerbsbedingungen, die nicht normaler Marktbedingungen entsprechen (vgl. Urteil des EuGH ECLI:EU:C:1975:174 vom 16. Dezember 1975 Rz. 173 f.; BGE 147 II 72 E. 3.2 mit Bezugnahme auf das sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. in diesem Sinne Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.5.1 f.; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.3; ablehnend: REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 76, 80 ff., 96). Soweit eine

aufeinander abgestimmte Verhaltensweise in Frage steht, setzt dies eine minimale Kommunikation, das heisst eine gegenseitige Fühlungnahme voraus. Dies kann in einem bi- oder multilateralen Informationsaustausch oder auch nur in einseitigem Informationsverhalten eines Unternehmens bestehen, wenn davon auszugehen ist, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.3 mit Verweis auf das Urteil des EuGH C-286/13 vom 19. März 2015 Rz. 120; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 76). Soweit nicht stichhaltige Gründe für ein paralleles Verhalten vorgebracht werden können, werden beispielsweise gleichzeitige Preiserhöhungen, insbesondere um den gleichen Betrag oder Prozentsatz, in aller Regel nicht anders als durch eine vorherige Fühlungnahme (z.B. anlässlich von Sitzungen), d. h. durch Verhaltensabstimmung, erklärt werden können (ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 90). Im Unterschied hierzu ist Unternehmen ein einseitiges Vorgehen, z.B. eine "einseitige" Ankündigung von Preiserhöhungen, stets erlaubt. Denn dies ist ein wichtiges Mittel des Wettbewerbs, selbst wenn es die Gestalt der un- mittelbaren oder mittelbaren Information der Konkurrenten annimmt. Indes- sen dürfte für die Annahme einer Verhaltensabstimmung dann Raum sein,

B-761/2014 Seite 51 wenn die Konkurrenten mit entsprechenden Ankündigungen "nachziehen", um ebenfalls den Beteiligten die nötige Gewissheit über ihr bevorstehen- des Verhalten am Markt zu verschaffen (ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 94 m.H.).

### **E. 10.2.2**

Die Anzahl der Kontaktnahmen ist für die kartellrechtliche Beurtei- lung eines Informationsaustauschs grundsätzlich belanglos. Schon eine einzige Kontaktnahme kann es den beteiligten Unternehmen ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen und so eine praktische Zusammenarbeit zu erreichen, die an die Stelle des Wettbewerbs und die mit ihm verbunde- nen Risiken tritt (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 172 m.H.; Urteil B-552/2015 E. 4.3 f., insb. E. 4.5.1). Hat ein kartellrechtlich relevanter Informationsaustausch stattgefunden, trifft grundsätzlich jeden daran Teilnehmenden der Vorwurf an der tatbe- standlichen Koordination teilgenommen zu haben. Folgt auf einen Informa- tionsaustausch Parallelverhalten, erlaubt dies nach der Praxis der Unions- organe den Schluss auf ein entsprechend abgestimmtes Verhalten. So hat der EuGH entschieden, dass ein Informationsaustausch, der geeignet ist, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmasses und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt (Urteil des EuGH C-8/08 vom 4. Juni 2009 Rz. 41-59; BVGer B-552/2015 E. 4.5.1). Dem Kollusionsvorwurf kann der Informationsadressat entgehen, wenn er nachweist, dass bei der Kontaktnahme kein Informationsaustausch statt- gefunden hat, indem beispielsweise aufgezeigt wird, dass keine relevanten Informationen übermittelt oder, soweit angeboten, nicht entgegengenom- men wurden (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 173).

### **E. 10.2.3**

Die für den Abstimmungstatbestand erforderliche praktische Zu- sammenarbeit der beteiligten Unternehmen kann insbesondere darin be- stehen, dass Sitzungen durchgeführt werden, an denen wettbewerbsrele- vante Informationen zwischen den beteiligten Wettbewerbern aus- getauscht werden (SEIFERT, a.a.O., S. 79 f. m.H.; ZIMMER,

IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 96). Das EuG hat in einzelnen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, dass schon die Unternehmen, die von den Sitzungsteilnehmern als wichtige Gesprächspartner angesehen wurden und sich über ihre Vertreter an solchen Sitzungen aktiv beteiligen, dadurch den

B-761/2014 Seite 52 Abstimmungstatbestand erfüllen (vgl. z.B. das Urteil des EuG T-141/89 vom 6. April 1995 Rz. 84). Diese Praxis ging gemäss PASCHKE sehr weit, weil gemeinsame Sitzungen auch wettbewerbsneutrale Inhalte und Zielsetzungen zum Gegenstand haben können. Mit dem in späteren Entscheidungen aufgestellten Erfordernis, die gemeinsame Sitzung müsse einen "wettbewerbswidrigen Zweck" gehabt haben, versucht das EuG dieser Kritik zu entgehen. Unternehmen, die "an Sitzungen mit offensichtlich wettbewerbswidrigen Zwecken teilgenommen" haben, obliegt es, "Umstände darzutun, aus denen sich eindeutig ihre fehlende wettbewerbswidrige Einstellung bei der Teilnahme an den Sitzungen ergibt", und sie müssten zudem nachweisen, "ihre Wettbewerber auf ihre andere Zielsetzung hingewiesen" zu haben (MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178 m.w.H.). Um den Vorwurf einer Verhaltensabstimmung durch Teilnahme an solchen Sitzungen zu entkräften, hat sich der Vertreter vom Inhalt der Sitzung offen zu distanzieren (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 201; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 79,342-346a). An die erforderliche offene Distanzierung stellt der EuGH Anforderungen, die nicht allein durch das Verlassen der Sitzung erfüllt sein sollen. Gemäss PASCHKE erscheinen diese Anforderungen als genereller Massstab für die wettbewerbsrechtliche Bewertung einseitiger Informationsangaben in gemeinsamen Sitzungen als sehr hoch angesetzt, weil sie in keiner Relation zum strategischen Wert der mitgeteilten Information stehen (MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178 m.H.).

#### **E. 10.2.4**

Soweit indessen ein Empfänger wettbewerbs sensitiver Informationen (wie z.B. Preise) sein Verhalten nicht an seine Mitwettbewerber angleicht, kann nicht von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden (vgl. Urteil des EuGH C-74/14 vom 21. Januar 2016 Rz. 41). Ansonsten würde man Unternehmen – ungerechtfertigterweise – allein aufgrund einer erhaltenen Konkurrenzinformation zu "Mittätern" an einer jedenfalls durch sie nicht "abgestimmten Verhaltensweise" erklären, obschon sie dem Wettbewerb eine praktische Zusammenarbeit gerade nicht vorgezogen haben (vgl. Urteil B-552/2015 E. 4.5; a.M. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 202).

B-761/2014 Seite 53 Entscheidet sich ein Wettbewerber trotz erhaltener Information, Wettbewerber zu unterbieten, liegt nicht Kollusion vor, sondern funktionierender Wettbewerb (vgl. GÜBELI, a.a.O., S. 55 m.w.H.). Ferner bleibt nach Europäischem Kartellrecht ein einseitiger Versuch, erwünschte Verhaltensweisen abzustimmen, kartellverbotsfrei, solange die Initiative zur Kommunikation unerwidert verhallt oder die Kontaktnahme ergebnislos, ohne Abstimmung zwischen den Beteiligten endet (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 163 m.H.).

#### **E. 10.2.5**

Die ambivalente Natur des Informationsaustauschs als Marktinformationsverfahren zeigt sich darin, dass er je nach Ausgestaltung wettbewerbsbeschränkend oder – im Gegenteil –

wettbewerbsfördernd wirken kann (REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 115,141; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 150; ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 100, 265). Als rechtmässig erachtet werden Kontakte unter Wettbewerbern dann, wenn sie wettbewerbsneutrale Inhalte und Zielsetzungen zum Gegenstand haben (wie beispielsweise, wenn rein technisch-prozessorientierte Informationen zu Qualität, Fristen, Abläufen oder die technische Nutzung von Infrastruktur diskutiert werde oder sich die Kontakte im Rahmen von Industrieforen, Joint Ventures oder in Diskussionen über Kapazitätskäufe etc. bewegen, und nicht auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet sind; vgl. PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178; ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 95). Der – unter Wettbewerbern eher unwahrscheinliche – Austausch echter öffentlicher Informationen, d. h. von Daten zu denen alle Wettbewerber und Kunden (im Hinblick auf die Zugangskosten) gleichermassen leicht Zugang haben, wird nicht als Verstoß gegen Art. 101 AEUV gewertet, soweit der Informationsaustausch nicht einem Kartell dient (vgl. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit, a.a.O., Rz.92 mit Verweis auf das Urteil des EuG T-191/98 vom 30. September 2003 Rz. 1154, sowie Leitlinie, a.a.O., Rz. 109; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 147,150 zum sog. Benchmarking; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 147 f.). Sind allfällige Wettbewerbswirkungen eines gegenseitigen Informationsaustauschs zu beurteilen, muss beachtet werden, dass dadurch die Wettbewerbsintensität eines Marktes nicht notwendig verschlechtert, sondern auch gefördert werden kann. Beispielsweise können objektiv aggregierte

B-761/2014 Seite 54 Informationen zu erhöhter Transparenz über Preise beitragen; die Marktgegenseite kann dadurch in die Lage versetzt werden, besser informierte Marktentscheidungen zu treffen (ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 265; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 149 ff.). Deshalb ist in der Praxis der Unionsorgane der gegenseitige Informationsaustausch zu Recht nicht generell untersagt. Ob dies der Fall ist, ist nicht eine Frage der Abstimmung, sondern eine Frage der Wettbewerbswirkung. Deshalb kommt im Einzelfall beim Entscheid über die Wettbewerbswidrigkeit abgestimmter Verhaltensweisen neben den Kriterien der Marktstruktur und des Konzentrationsgrades insbesondere dem Inhalt und dem Individualisierungsgrad der ausgetauschten Informationen massgebliche Bedeutung zu (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 175 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 151 ff.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 133 ff.,160).

### **E. 10.3**

Wie im Wettbewerbsrecht allgemein gilt auch bei Abreden, dass die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 m.H.; a.M. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 17). Das Bundesverwaltungsgericht hält hierzu dafür, dass in tatsächlicher Hinsicht bei rechtsgenügend erhobenen Beweisen im Zweifel von dem für das Unternehmen günstigeren Sachverhalt auszugehen ist. Wenn mangels gegenteiliger Indizien von einer bewiesenen Tatsache aufgrund der Umstände auf eine wahrscheinliche andere Tatsache geschlossen werden kann, erachtet es eine punktuelle Beweislastverschiebung als zulässig, sofern die Annahme widerlegbar ist und das angeschuldigte Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich zu verteidigen (Urteil B-552/2015 E. 4.5.2, insb. E. 4.4). 11. Treibstoffzuschläge 11.1 Parteistandpunkte zur

Beweislage und deren Würdigung 11.1.1 Die Vorinstanz hält es gestützt auf alle Selbstanzeigen für erwiesen, dass sich [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] von Januar 2000 bis Februar 2006 im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen kontaktiert hatten (1,207,500). Zur Vorgeschichte führt die Vorinstanz aus, stark angestiegene Treibstoffkosten hätten die Luftfrachtunternehmen dazu bewogen, im Dezember 1999 per Februar 2000 Treibstoffzuschläge pro Kilogramm Fracht einzuführen. Im Februar 2000 habe ein Vertreter von IATA (als Dachverband der

B-761/2014 Seite 55 Fluggesellschaften) gegenüber Thomson Reuters erklärt, die Luftverkehrsunternehmen dürften nicht gemeinsam, sondern nur allein über allfällige Zuschläge entscheiden (1,218). Diese Zuschläge hätten auf einem Treibstoffindex basiert: je nach Schwellenwert (trigger point), den die Treibstoffpreise erreichten, sei ein Treibstoffzuschlag in vorbestimmter Höhe verrechnet worden. Die Treibstoffzuschläge und Treibstoffindices der Luftverkehrsunternehmen knüpften an den Preisindex von IATA an. Allerdings habe IATA ihren Preisindex nie veröffentlicht, da ihn verschiedene Bundesbehörden nicht genehmigt hätten, wie z.B. das [...]Behörde in Drittstaat...]n (1,210 mit Verweis auf folgende Aktenstellen act. 1:A40,3; 1:A45,6 f.; 1:E5,9,13; 1:C12,7; 1:C45,Teil II, S 4). Ein Indexmechanismus für Treibstoffzuschläge könne folgendermassen aussehen (1,211): "Die Höhe des Treibstoffzuschlages richtet sich nach dem Treibstoffpreisindex. Dieser basiert auf den wöchentlichen Preisen für Flugbenzin auf den fünf Spotmärkten Rotterdam, Singapur, USA Westküste, USA Ostküste und dem Golf. Dann wird der aktuelle Preis mit dem Basispreis von 0.5335 amerikanischen Dollar pro amerikanische Gallone (Index = 100) verglichen. Entsprechend diesem Vergleich erfolgt die Einführung, Erhöhung, Reduktion oder Aufhebung von Treibstoffzuschlägen gemäss Tabelle 5. Sobald der Treibstoffpreisindex einen dieser Schwellenwerte durchquert und auf der neuen Höhe für mindestens zwei aufeinanderfolgende Wochen bleibt, wird der Treibstoffzuschlag angepasst."

Die Luftverkehrsunternehmen bezeichneten die verschiedenen Beträge gemäss Indexwerten als Stufe (level). Sie sprächen bei einer Erhöhung der Treibstoffzuschläge von einem Schritt auf die nächst höhere Stufe (1,212), wobei bei Kurz- und Langstrecken Unterschiede vorkämen: Einige Unter-

B-761/2014 Seite 56 nehmen wendeten streckenunabhängig immer den gleichen Treibstoffzuschlag an. Andere Unternehmen berücksichtigten die Unterscheidung zwischen Kurz- und Langstrecken (1,213). Bei der Bekanntgabe von Erhöhungen gehe es nach Angaben von [...] jeweils um Image- und Marketingaspekte. Eine Möglichkeit sei es gewesen, jeweils dem Heimluftverkehrsunternehmen (home carrier) oder einem grossen Luftfrachtunternehmen zu folgen ("follow the national carrier or main competitor"). Dies habe nicht auf einer Abstimmung zwischen den Unternehmen beruht (1,214). Gegen Ende 2001/Anfang 2002 sei der Treibstoffpreisindex gesunken, weshalb es Kontakte hinsichtlich eines Wechsels in der Methode der Berechnung des Treibstoffzuschlages gegeben habe (1,228-241). Im Frühling 2002 hätten einige Unternehmen die 2001 aufgehobenen Treibstoffzuschläge wiedereingeführt (1,242). Gemäss Protokoll des [...].

Z. \_\_\_\_\_-Meetings vom [...] 2002 hätten die "Mitglieder" erfahren, dass inzwischen nahezu alle Luftverkehrsunternehmen Treibstoffzuschläge eingeführt hätten, es jedoch Sache der einzelnen Luftverkehrsunternehmen sei, den Betrag der Treibstoffzuschläge festzulegen und dass der Z. \_\_\_\_\_ diesbezüglich nicht involviert werden dürfe (1,244). In der Folge hätten die Luftfahrtunternehmen aber einen regelmässigen In-

formationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen gepflegt, der die Einführung solcher Zuschläge, deren Änderungen sowie den Zeitpunkt und die Beträge betroffen habe. Insbesondere seien eine einheitliche Methode der Berechnung von Treibstoffzuschlägen und die Einführung von neuen Schwellenwerten abgemacht worden. Es hätten auch Kontakte betreffend eine vorübergehende Einstellung der Erhöhung der Treibstoffzuschläge stattgefunden. Ebenso seien Informationen über die Absichten in Bezug auf Änderungen in der Methodik und die gegenseitige Zusage/Absicherung, die gleichen Schritte zu unternehmen, ausgetauscht worden (1,215,501). [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], C. \_\_\_\_\_ und [...] (1,505) hätten sich telefonisch, in persönlichen Gesprächen, an multi-lateralen Treffen und per E-Mail kontaktiert. Laut Angaben von [...] habe der Z. \_\_\_\_\_ in der Schweiz ein weitgehendes Informationssystem implementiert. Gespräche zu Höhe und Zeitpunkt der Einführung von Treibstoffzuschlägen hätten stattgefunden. Zwischen 2000 bis 2005 hätte sich

B-761/2014 Seite 57 der Z. \_\_\_\_\_ jährlich mehrmals getroffen. Dieser habe für seine "Mitglieder" Informationen über Treibstoffzuschläge systematisch gesammelt und verbreitet, insbesondere bezüglich deren Änderungen. Beispielsweise hätten sich Unternehmen per E-Mail für Treffen verabredet: "Wie Ihr schon wisst geht's um die nächste Runde. Ich wäre froh wenn Ihr's am 30.04.04/08.30 unten in der Pizzeria einrichten könnt (geht nicht lange) damit wir so schnell als möglich unsere Mitglieder informieren können". Oder der Z. \_\_\_\_\_ habe allen "Mitgliedern" sowie den Generalverkaufsagenten, welche kleinere Fluggesellschaften vertreten, eine E-Mail mit dem folgenden Inhalt geschickt: "It is time again to exchange information". Daraufhin hätten die Unternehmen ihre Absichten mit Kopie allen anderen Gesellschaften mitgeteilt. Manchmal hätten sich die E-Mails auf einen kleineren Kreis beschränkt (1,217 mit Verweis auf act. 1:A31,3; 1:A32:24/41). An Z. \_\_\_\_\_-Treffen hätten zwar nicht immer die gleichen Unternehmen teilgenommen. Die entsprechenden Protokolle seien aber ab Oktober 2001 für alle Z. \_\_\_\_\_-"Mitglieder" unter [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) einsehbar gewesen (act. 1:D3,Anhang 2), weshalb alle "Mitglieder" davon Kenntnis gehabt hätten (1,503). Die Kontakte zu Treibstoffzuschlägen seien in einem weltweiten Kontext erfolgt (1,504) und die Abreden dazu mit grundsätzlich weltweiter Geltung. Deshalb sei davon auch Luftfracht auf Strecken aus der Schweiz in Drittländern betroffen gewesen (1,208). Alle den Beschwerdeführerinnen zu Treibstoffzuschlägen vorgeworfenen Kontakte basierten auf den Selbstanzeigen, auf E-Mails, Sitzungsprotokollen, Notizen, Medienmitteilungen und Informationsschreiben. Nach Ansicht der Vorinstanz sind die Informationen "konsistent miteinander und widerspruchsfrei", weshalb die ermittelten Kontakte erwiesen seien (1,499). 11.1.2 Die Beschwerdeführerinnen stellen nicht in Abrede, dass innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ Informationen zu Treibstoffzuschlägen für Flüge aus der Schweiz ausgetauscht wurden, auch wenn sie die rechtliche Einschätzung der Vorinstanz grundsätzlich nicht teilen (vgl. 2[...],213-239). Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz ihnen keine Teilnahme an einer Absprache zu Treibstoffzuschlägen nachweisen können. Die Kontakte mit [...] seien rein bilateral und daher zulässig gewesen, weil diese im Rahmen einer nach europäischem und [...] Recht kartellrechtlich freigestellten Allianz stattfanden. Daraus werde der falsche Schluss gezogen,

B-761/2014 Seite 58 Mitarbeiter von C. \_\_\_\_\_ hätten von der Existenz eines unzulässigen Kartells wissen müssen, welches Angestellte von [...] mit Angestellten anderer Luftgesellschaften im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ eingerichtet hätten (2[...],31



(17.21 Uhr) teilt der Z. \_\_\_\_\_ mit, dass [...] eine Erhöhung per 10. Mai 2004 vorsehe (act. 1:A32:CH23):

B-761/2014 Seite 61 o (5) Ein weiterer Ausschnitt aus act. 1:A47:308 möge der Veranschaulichung dienen:

o (6) Gemäss einer E-Mail vom 28. April 2004 (12.14 Uhr) lud der Z. \_\_\_\_\_ seine im Vorstand sitzenden Gesellschafter sowie weitere Luftverkehrsunternehmen zu einem Treffen am 30. April 2004 um 8.30 Uhr ein, "um die nächste Runde" bezüglich der Treibstoffzuschläge zu besprechen (act. 1:A45,19; 1:A32:24). o (7) Hierzu führt eine [...] -interne E-Mail vom 30. April 2004 (14.12 Uhr) ein "harmonisch[es]" Treffen des Z. \_\_\_\_\_ -Vorstands an, wobei [...] sowie gewisse Luftfahrtunternehmen die neuen Treibstoffzuschläge (von voraussichtlich CHF 0,30 oder CHF 0,31) auf den 12. Mai 2004 einführen würden (act. 1:A28,19):

B-761/2014 Seite 62

[...Legende...] o (8) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (14.24 Uhr) erklärte [...], sie werde [...] folgen und per 10. Mai auf CHF 0,31 erhöhen. Zudem hielt [...] fest: "We duly hope that this will not lead into another decrease on rates, if you know what I mean." (act. 1:A32:27):

B-761/2014 Seite 63 o (9) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (14.46 Uhr), die bei [...] intern zur Information weitergeleitet worden war, erklärte [...], es werde bezüglich des Betrages [...] gefolgt, und entschuldigte sich, dass die Erhöhung weltweit erst per 15. Mai 2004 erfolgen werde (act. 1:A47:313). o (10) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (15.23 Uhr) erklärte [...], [...] zu folgen und den Zuschlag per 10. Mai 2004 auf CHF 0,31 zu erhöhen (act. 1:A32:28). o (11) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (16.16 Uhr), die bei [...] intern zur Information weitergeleitet worden war, informierte [...] die Z. \_\_\_\_\_ -Gesellschafter, der Index von [...] liege unter dem Schwellenwert, weshalb die Treibstoffzuschläge nicht erhöht würden, und entschuldigte sich dafür. Per 1. Juni 2004 erhöhte [...] diese Zuschläge entsprechend ihrer E-Mail an die Z. \_\_\_\_\_ -Gesellschafter auf CHF 0,31 (act. 1:A32:29; 1:A47:315/317). o (12) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (17.11 Uhr) teilte [...] per 10. Mai 2004 eine Erhöhung auf CHF 0,31 mit (act. 1:A32:30). o (13) In einer gleichentags später versandten E-Mail wird vermerkt, dass der Z. \_\_\_\_\_ seine Gesellschafter über den Entscheid ("zum Vorteil der übrigen Mitglieder") informierte, wonach die Treibstoffzuschläge per 10. Mai 2004 auf CHF 0,31 zu erhöhen seien (vgl. act. 1:A32:28; 1:A45,21; 1:A32:24, vgl. act. 1:A47,189 zur Veranschaulichung abgebildet):

B-761/2014 Seite 64 o (14) Des Weiteren zeigt eine weitere E-Mail von [...] vom 19. Mai 2004 (zu "Fuel Surcharge Trigger Points"), dass – dank Interventionen von [...] – unter anderem auch die Beschwerdeführerinnen neben zahlreichen anderen Luftverkehrsunternehmen zusätzliche Schwellenwerte eingeführt hätten (act. 1:A41,66/FSC 28). [...], [...], [...] und C. \_\_\_\_\_ seien "in der Zwischenzeit auch auf Kurs gebracht" worden (act. 1:A41:28):

11.2.2 Juni 2004 (Z. \_\_\_\_\_ -Kontakte) Des Weiteren ist erstellt, dass auch im Juni 2004 Kontakte zu Treibstoffzuschlägen stattfanden: o (1) Auf eine Mitteilung des Z. \_\_\_\_\_ vom 3. Juni 2004 an seine Gesellschafter, wonach [...], [...], [...] und [...] im Juni 2004 die Treibstoffzuschläge erhöhen würden, teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihre Pläne mit, was von Luftfahrtunternehmen als

Informationsbasis Verwertung fand, wie z.B. die tags darauf von der [...] verschickte Übersicht (mit Nennung von Betrag, Stichtag und Gewichtsbasis) an die von der [...] vertretenen Luftfahrtunternehmen zeigt (vgl. act. 1:A40,9; 1:A47: 334; vgl. 1:A47:335 f. zur Veranschaulichung abgebildet):

B-761/2014 Seite 65

o (2) Im Zusammenhang mit öffentlichen Mitteilungen zu Anpassungen der Treibstoffzuschläge betont eine interne E-Mail von [...] vom 26. Juni 2004 das erfolgreiche "Lobbying": "Auch hier hatte sich der laufende Kontakt gelohnt. Somit sind wir jetzt alle auf der gleichen Methode, allerdings sind die [...] und [...] noch bei 20 Cents" (act. 1:A5,28):

11.2.3 September/Oktober 2004 (Anstieg auf Stufen 6+7) Aktenkundig sind auch weitere Kontaktnahmen mit Austausch wettbewerbs sensitiver Informationen (vgl. act. 1:A47:348-352): o (1) [...] gab am 20. September 2004 eine Anhebung der Zuschläge ab 4. Oktober 2004 auf Level 6 (€ 0,30) bekannt und rief bei [...] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] an (act. 1:A40,11).

B-761/2014 Seite 66 o (2) Am 23. September 2004 informierte [...] ihre Kunden über eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge ab 10. Oktober 2004 (act. 1:A47,270) und leitete dies am nächsten Tag an den Z.\_\_\_\_\_ weiter (act. 1:A47,272-276):

o (3) Der Z.\_\_\_\_\_ reichte diese Information gleichentags an seine Gesellschafter weiter. Gleichzeitig erwähnte der Z.\_\_\_\_\_, dass [...] und [...] folgen würden (Betrag und Stichtag) und forderte die Luftfahrtunternehmen und Generalverkaufsagenten auf, die Beträge und Stichtage bekannt zu geben (zwecks Information der [...], vgl. act. 1:A47,285 zur Veranschaulichung nachfolgend abgebildet):

o (4) In der Folge teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihre geplanten Betragserhöhungen samt Stichtag mit. Ein Übersichtsblatt mit entsprechenden Beträgen und Stichtage wurde in der Folge an alle Z.\_\_\_\_\_-Gesellschafter verschickt (act. 1:A47:348-352).

B-761/2014 Seite 67

o (5) Am 11. Oktober 2004 teilte die [...] dem Z.\_\_\_\_\_ eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge mit (act. 1:A47,302, 310). Diese Information leitete der Z.\_\_\_\_\_ an [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] weiter und bat alle, wiederum das individuelle Vorgehen bekannt zu geben, damit dies allen Spektionen mitgeteilt werden könne (vgl. act. 1:A47,325):

o (6) [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] informierten den Z.\_\_\_\_\_ und dessen Gesellschafter über ihr beabsichtigtes Vorgehen (act. 1:A47:359,360, 367-371; 1:A37:114; 1:A32:34-36, vgl. nachfolgend act. 1:A47,328 sowie act. 1:A47,330):

B-761/2014 Seite 68

11.2.4 November 2004 (Stufen 8+9) o (1) Angesichts der hohen Volatilität der Treibstoffpreise Ende Oktober 2004 und eines raschen Anstiegs des "Fuel Price Index" fanden zwischen [...], [...], [...], [...] und C.\_\_\_\_\_ Gespräche hierzu statt (act. 1:A40,11). o (2) Am 1. November 2004 teilte [...] ihren Kunden eine weitere Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge per 15. November 2004 mit (act. 1:A48,53) und informierte darüber gleichzeitig den Z.\_\_\_\_\_. Dieser leitete diese Information mit E-Mail vom 2. No-

vember 2004 an alle seine Gesellschafter weiter mit der Bitte, ein Feedback zum eigenen Vorgehen zu geben (vgl. act. 1:A46:159; 1:A48:384; 1:A47:373; 1:A45,26; 1:A48,13). o (3) Als in der Folge der Treibstoffindex in der ersten Novemberwoche 2004 zum zweiten Mal unter den Schwellenwert für eine Reduktion fiel, informierte [...] ihre Kunden am 24. November 2004 über eine geplante Reduktion der Treibstoffzuschläge. Dies teilte sie am nächsten Tag dem Z.\_\_\_\_\_ mit, der die Informationen wiederum sofort seinen Gesellschaftern zukommen liess mit der Bitte um Feedback zum eigenen Vorgehen (vgl. act. 1:A48:390-393; 1:A45,26). [...] erklärte mit E-Mail vom 25. November 2004, sie werde dem "national carrier" folgen (act. 1:A.48:388/390-396; 1:A45,26; insb. act. 1:A48,56):

B-761/2014 Seite 69

11.2.5 Kontakte im Dezember 2004/Januar 2005 (Stufe 6) o (1) Angesichts sinkender Treibstoffkosten im Dezember 2004 senkte [...] die Treibstoffzuschläge und forderte am 27. Dezember 2004 ihre Stationen auf, die Kunden entsprechend zu informieren (act. 1:A48,61 ff.). Am gleichen Tag teilte [...] dies unter anderem dem Z.\_\_\_\_\_ mit (act. 1:A48,84), der diese Information wie üblich an seine Gesellschafter weiterleitete mit dem Hinweis, dass [...] "will follow all the same level from the same date" (act. 1:A48,90):

B-761/2014 Seite 70 o (2) Neben [...], [...], [...] und [...] teilte z.B. auch [...] ihr Vorgehen (Betrag und Stichtag) dem Z.\_\_\_\_\_ mit (act. 1:A48,91):

o (3) Mit E-Mail vom 4. Januar 2005 verschickte die [...] eine Übersicht über Treibstoffzuschläge und Risikozuschläge der von [...] vertretenen Luftverkehrsunternehmen an den Z.\_\_\_\_\_ und seine Gesellschafter (act. 1:A45,27; 1:A48:398/403-409). 11.2.6 Frühjahr bis Sommer 2005 (Anstieg auf Stufen 7, 8 + 9) o (1) Im März 2005 wurden die Treibstoffzuschläge durch [...] erhöht (act. 1:A48,122). In ihrer Selbstanzeige vermerkt [...], die Erhöhung der Treibstoffzuschläge im August 2005 sei durch Kontakte mit [...], [...], [...] und C.\_\_\_\_\_ begleitet gewesen (act. 1:A40,11 Ziff. 3.1.13). [...] teilte am 9. März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge per 21. März 2005 mit, nachdem die meisten europäischen Luftverkehrsunternehmen bereits Anfang März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge bekannt gegeben hatten. Am 10. März 2005 informierte [...] ihre Kunden sowie den Z.\_\_\_\_\_ über die Erhöhung der Treibstoffzuschläge (act. 1:A46:156; 1:A32:76 f.; 1:A48:415-417). Diesbezüglich kam es zu Kontakten zwischen dem Z.\_\_\_\_\_ und anderen Unternehmen (act. 1:A48,123).

B-761/2014 Seite 71 o (2) Am 14. März 2005 teilte der Z.\_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern die Erhöhung der Treibstoffzuschläge gewisser Luftfahrtunternehmen mit und forderte die Gesellschafter auf, ebenfalls ihre Pläne mitzuteilen (vgl. z.B. act. 1:A48,123 ff.):

o (3) Im März 2005 überstieg der Treibstoffindex den Schwellenwert für eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge, weshalb [...] die Zuschläge erhöhte und ihre Kunden am 22. März 2005 informierte (act. 1:A48,164) mit entsprechender Mitteilung an [...], der seine Gesellschafter noch am 22. März 2005 informierte mit der Bitte, ihre Pläne mitzuteilen (act. 1:A32:78; 1:A48:421 f., insbesondere act. 1:A48,161 sowie act. 1:A48,161):

B-761/2014 Seite 72

o (4) Nachdem [...] eine Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge ins Auge gefasst hatte (act. 1:A48,198), wurden am 29. Juni 2005 entsprechende Kundeninformationsbriefe verschickt (act. 1:A48,200). Am Folgetag informierte der Z.\_\_\_\_\_ seine Gesellschafter

über die Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...] und [...] mit der Aufforderung, ihr Vorgehen mitzuteilen: "It is time again to exchange information. I therefore depend on your indication about on how much do you charge and your implementation date (if not based on actual weight please let me know)." Diese Aufforderung ging an [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. In der Folge teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihr Vorgehen (Betrag und Stichtag) mit (act. 1:A32:38/40-49; 1:A48:450/452; 1:C45,Teil II,15). o (5) Angesichts eines steigenden Treibstoffindexes entschied [...] Ende August 2005, die Treibstoffzuschläge per 5. September 2005 weiter zu erhöhen und ihre Kunden am 23./24. August zu informieren (act. 1:A48,229 ff.). Am 24. August 2005 wies der Z.\_\_\_\_\_ seine Gesellschafter auf die Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...], [...], [...], [...] und [...] hin mit der Aufforderung, ihr Vorgehen mitzuteilen (act. 1:A48,241):

B-761/2014 Seite 73

o (6) Am 30. August 2005 wurden eine Übersicht der Rückmeldungen den Luftfahrtunternehmen zugestellt (act. 1:A48,245):

o (7) Im September 2005 wurde auf eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge verzichtet (act. 1:A40,11 f.). 11.2.7 September/Oktober 2005 (Stufen 11+12) o (1) Am 5. Oktober 2005 informierte [...] ihre Kunden über eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge (act. 1:A48,293, 339) und teilte dies auch dem Z.\_\_\_\_\_ mit. Dieser wiederum informierte seine Gesellschafter, d. h. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], und teilte ihnen mit, dass [...] ebenfalls die Treibstoffzuschläge erhöhen werde; gleichzeitig wurden die Gesellschafter um ein "Feedback" gebeten (act. 1:A48,294):

B-761/2014 Seite 74

o (2) Auf diese E-Mail hin antworteten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] (act. 1:A48,308 sowie für die anderen Luftfahrtunternehmen act. 1:A48:475-486; 1:D3:Anh.1/3:5.1 FSC E-Mails; 1:C2:K-1-17). o (3) Am 18. Oktober 2005 teilte der Z.\_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern, d. h. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], mit, dass wiederum eine Erhöhung anstehe. Bisher hätte der Z.\_\_\_\_\_ die Informationen von [...], [...], [...], [...], [...] und [...] erhalten. Zudem habe der Z.\_\_\_\_\_ nach dem Vorgehen der übrigen Gesellschafter gefragt. [...], [...], [...], [...] und [...] hätten ihr Vorgehen mitgeteilt (act. 1:A48:491/500-505; 1:D3:Anh. 3:5.1.b FSC E-mails):

B-761/2014 Seite 75 11.2.8 November 2005 (Treibstoffpreis-Rückgang, Stufen 11+10) o

(1) Im November 2005 fanden zwischen [...], [...], [...], [...] und C.\_\_\_\_\_ Kontakte betreffend eine Reduktion der Treibstoffzuschläge statt (act. 1:A48:508 f.; 1:4014/3.1.5). Am 7. November 2005 wandte sich [...] an den Z.\_\_\_\_\_, an [...] und [...]: "Die Glocken läuten, dass die nächste Fuel Runde demnächst kommt. Wisst ihr bereits ab wann und wie viel ihr offerieren werdet?" (act. 1:A48,371). Der Z.\_\_\_\_\_ antwortete – in Kopie an [...] und [...] – dass [...] und [...] per Mitte November 2005 und wohl auch [...] reduzieren würden (act. 1:A48,371). Am 7. November 2005 informierte [...] intern über eine von [...] in der Vorwoche bekanntgegebene Reduktion der Treibstoffzuschläge (act. 1:A48,374). o (2) Am 8. November 2005 kündigte [...] eine Reduktion der Treibstoffzuschläge an und gab am 14. November 2005 eine Reduktion der Treibstoffzuschläge ab dem 28. November 2005 bekannt (act. 1:A48,376). Gleichentags telefonierte [...] mit [...], [...] und [...]. Zudem telefonierte [...] am 17. November 2005 mit [...] und teilte mit,

dass sie daran gewesen sei, ihre Treibstoffzuschläge vor [...] zu senken und dass es genügen würde, sich in etwa auf dem gleichen Terrain zu bewegen. Am 21. November 2005 gab [...] eine weitere Reduktion ihrer Treibstoffzuschläge ab 5. Dezember 2005 bekannt (act. 1:A49,82). Gleichentags habe [...] eine weitere Serie von Telefonaten mit [...], C.\_\_\_\_\_ und [...] geführt. Am 28. November 2005 sei die Reduktion der Treibstoffzuschläge gefolgt und [...] habe Kontakt mit [...] gehabt (act. 1:A40,14). o (3) Am 9. bzw. 10. November 2005 informierte [...] ihre Kunden (act. 1:A48,378) sowie den Z.\_\_\_\_\_ über die Reduktion der Treibstoffzuschläge. Dies gab der Z.\_\_\_\_\_ am Folgetag seinen Gesellschaftern, d. h. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], bekannt und bat wie üblich um Information zum geplanten Vorgehen der anderen Gesellschaften (act. 1:A49,30):

B-761/2014 Seite 76

o (4) Gemäss interner E-Mail von [...] vom 14. November 2005 sank der Treibstoffindex Mitte November 2005 unter den Schwellenwert für eine Reduktion, worauf [...] beschloss, die Treibstoffzuschläge zu senken (act. 1:A49,49). [...] teilte ihren Kunden (act. 1:A49,50) und dem Z.\_\_\_\_\_ am 15. November 2005 die Reduktion mit (act. 1:A49,68). Der Z.\_\_\_\_\_ informierte seine Gesellschafter am 18. November 2005 per E-Mail über die Reduktion von [...] und die Beschwerdeführerin 2 (act. 1:A49,69 bzw. act. 1:A49:523/525/530-531). o (5) Im Rahmen eines E-Mail-Verkehrs vom 28. bis 30. November 2005 informierte [...] über eine bevorstehende Reduktion der Treibstoffzuschläge durch [...], nannte den Betrag und den Stich- tag und teilte mit, sie werde [...] folgen (act. 1:A28,12):

o (6) Auf diese Information antwortete [...] am 30. November 2005, sie werde es [...] gleich tun. Gleichentags informierte [...] mit dem Betreff "FSC [Fuel Surcharge] THERE IT GOES AGAIN" und schickte diese E-Mail [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Unter anderem bestätigten [...], [...], [...] und [...] eine Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge (act. 1:D3:3:5.1.b FSC E- Mails).

B-761/2014 Seite 77 11.2.9 Keine Kontakte auf Stufe Hauptquartier Unter dem Zwischentitel "A.4.10 Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier" (Ziff. 755-783, S. 168-172) listet die Vorinstanz eine Reihe solcher Kontakte auf. Treffen auf dieser Stufe im relevanten Zeitraum, an denen die Beschwerdeführerinnen beteiligt gewesen wären und die sich routenspezifisch auf die Treibstoffzuschläge beziehen, werden von der Vorinstanz nicht erwähnt. 11.2.10 Sachverhaltliche Schlussfolgerungen und Würdigung zweier Vorfragen Die oberwähnten Ereignisse ergeben sich aus den diversen Selbstanzei- gen und Antworten der Luftfahrtunternehmen sowie aus zahlreichen E-Mails und weiteren Akten. Die Beschwerdeführerinnen stellen den zu Treibstoffzuschlägen vorgefal- lene Informationsaustausch der Z.\_\_\_\_\_ -Gesellschafter, soweit dieser nicht zu ihrem Nachteil sanktionsbegründend ausgelegt wird, nicht grund- sätzlich in Abrede, auch wenn sie die Sachverhaltswürdigung der Vor- instanz nicht teilen. Doch bestreiten sie in grundsätzlicher Weise, eine Teil- nahme am Informationsaustausch, indem sie zwei Vorfragen aufwerfen, die ihrer Ansicht nach eine kartellrechtliche Sanktionierung von vornherein ausschliessen (1. Kartellrechtliche Freistellungen und 2. Ausscheiden aus dem Z.\_\_\_\_\_). Standpunkt der Beschwerdeführerinnen C.\_\_\_\_\_ sei im weltweiten Luftfrachtgeschäft immer [...] gewesen, das [...] sanktionierte Unternehmen. C.\_\_\_\_\_ habe [...] die Frachtkapazitä- ten der eigenen Linienflüge verwendet, die während [...] bis November 2005 [...] Flugrouten ausserhalb Europas umfasst hätten. Deshalb sei C.\_\_\_\_\_

zahlreiche Allianzen eingegangen. Die Wichtigste sei die seit [...] bestehende Kooperations-Allianz "[...]". Später sei diese Allianz um [...] Luftfahrtunternehmen zur "F.\_\_\_\_\_-Allianz" erweitert worden ([...]). Am [...] sei die Allianz "[...]" von der EU-Kommission für zehn Jahre kartellrechtlich freigestellt worden. Auch [...Behörde in Drittstaat...] habe am [...] eine immunisierende Erklärung zur Kooperationsvereinbarung abgegeben. Gestützt darauf sei die Integration der Aktivitäten der "Cargo Allianz" zwischen [...] und C.\_\_\_\_\_ vollzogen worden. Innerhalb dieser kartellrechtlich immunisierten Allianz hätten [...] und C.\_\_\_\_\_ ihre Politik der Zugschläge koordinieren dürfen (2[...],31-44,270-273,355-364).

B-761/2014 Seite 78 Des Weiteren stellen die Beschwerdeführerinnen eine Teilnahme am vorgeworfenen Informationsaustausch innerhalb des Z.\_\_\_\_\_ mit dem Argument grundsätzlich in Frage, sie hätten bereits [...] (d. h. vor dem sanktionierten Zeitraum) ihre schweizerische Geschäftsstelle geschlossen gehabt und seien nach erfolgtem Austritt aus dem Z.\_\_\_\_\_ durch einen Generalverkaufsagenten vertreten worden. In diesem Zusammenhang be- anstanden die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz Handlungen eines Generalverkaufsagenten bei "Z.\_\_\_\_\_-Mitgliedschaft" dem vertretenen Luftfahrtunternehmen anrechne (1,206), nicht aber bei "Nicht-Mitgliedschaft" im Z.\_\_\_\_\_, jedoch im Widerspruch dazu in der angefochtenen Verfügung (Rz. 1129) die Handlungen eines exklusiv oder nicht-exklusiv tätigen Generalverkaufsagenten trotzdem als zurechenbar betrachteten (vgl. 2[...],53-55,97 ff.,101 ff.,196 ff. zu 1,870,827, 874). Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass sie nach dem Austritt keine Kenntnis von den Aktivitäten des Z.\_\_\_\_\_ gehabt hätten. Die rein bilateral, im Rahmen der freigestellten Allianz unterhaltenen Kontakte mit [...] erlaubten keineswegs den Schluss, sie hätten Kenntnis von dem unzulässigen Verhalten der anderen Luftverkehrsunternehmen gehabt. Angesichts der kartellrechtlichen Freistellung der Allianz und angesichts der vorinstanzlichen Praxis, wonach bei "Nicht-Z.\_\_\_\_\_-Mitgliedern", wie C.\_\_\_\_\_, grundsätzlich keine Zurechnung erfolge (vgl. 1,206), seien die gegenüber C.\_\_\_\_\_ erhobenen kartellrechtlichen Vorwürfe von vornherein unhaltbar (2[...],6,28-46,53-55,96,198 f.,219 f.,270-273,311, 355-359; 4[...],400-404,410-413). Gegenstandspunkt der Vorinstanz Sie erachtet die den Beschwerdeführerinnen gewährten Freistellungen der EU-Kommission beziehungsweise [...Behörde in Drittstaat...] als nicht beachtlich. Eine Immunitätsklärung [...Behörde in Drittstaat...] binde schweizerische Wettbewerbsbehörden nicht, zumal dies weder im [...LVA mit Drittstaat...] noch in Art. 58 und 59 KG vorgesehen sei. Die Allianz [...]- C.\_\_\_\_\_ sei im Lichte der [...Behörde in Drittstaat...]-Verfügung einzig nach [...]-Recht erlaubt gewesen. Zwar sehe Art. 8 Abs. 3 LVA (mit dem Wortlaut: "Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung

B-761/2014 Seite 79 des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen [a] Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder [b] Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten") eine Art. 101 Abs. 3 AEUV entsprechende Möglichkeit der "Nichtanwendbarerklärung" vor.

Angesichts der Zuständigkeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörden für Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern, müsste aber eine für die Schweiz bindende, in Anwendung von Art. 8 Abs. 3 LVA erfolgte Nichtanwendbarerklärung vorliegen. Dies sei hier nicht der Fall, weshalb die Allianz keine Immunität genieße. Insofern liege der behauptete Widerspruch (2[...],198) nicht vor (1,872,1105, 1,1105 f.,1112 f.; 4[...],11). Dass die Beschwerdeführerin 3 im sanktionsrelevanten Zeitraum dem Z. \_\_\_\_\_ nicht mehr als Gesellschafterin angehörte, hält die Vorinstanz für die Frage der Zurechenbarkeit als unerheblich. Eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung könne von einem internen Mitarbeiter oder auch einem Generalverkaufsagenten ausgehen. Letzterer vertrete das betreffende Unternehmen, egal, ob er exklusiv oder nicht-exklusiv tätig sei. Zudem habe die Beschwerdeführerin 3 aufgrund ihrer früheren "Mitgliedschaft" Kenntnis gehabt vom im Z. \_\_\_\_\_-Netzwerk implementierten Informationsaustausch (1,884,1137,1129; 5[...],11). Würdigung hinsichtlich der Frage der Allianz-Freistellungen Der rechtlichen Analyse der Vorinstanz zu den beiden Allianz-Freistellungen ist zuzustimmen, weshalb auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden kann (1,872,1105, 1,1105 f.,1112 f.). Der Gesetzgeber hat im KG keine dem europäischen Wettbewerbsrecht entsprechende Freistellungsermächtigung vorgesehen, weshalb, entgegen dem was die Beschwerdeführerinnen anzunehmen scheinen, dieser Umstand die Vorinstanz nicht verpflichtet, ausländische Freistellungs- und Immunitätsentscheide im eigenen Zuständigkeitsbereich als massgebend zu betrachten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (2[...], 198 ff.,270 ff.) ist es nicht widersprüchlich, dass die Vorinstanz, während sie europäisches Recht (LVA) anwendet, die Freistellung der Allianz zwischen C. \_\_\_\_\_ und [...] durch die Europäische Kommission nicht berücksichtigt. Zwar sind Freistellungen in Art. 8 Abs. 3 LVA vorgesehen, doch müssen sie durch die zuständigen Behörden erfolgen. Vorliegend hat die nach Art. 11 Abs. 2 LVA einzig sachzuständige Vorinstanz, der Allianz [...]-

B-761/2014 Seite 80 C. \_\_\_\_\_ keine kartellrechtlich immunisierende Erklärung für die fraglichen Strecken erteilt, weshalb die fragliche Allianz einer kartellgesetzlichen Überprüfung durch die Vorinstanz zugänglich bleibt. Würdigung hinsichtlich der Nicht-Gesellschaftereigenschaft Die Beschwerdeführerin 3 war, wie sie auch einräumt, von [...] 2000 bis [...] 2002 Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafterin (1,205; act. 1:1,36,40; 2[...],50,102, 219, vgl. 2[...],64, wonach dies bereits im April geschehen sein soll). Darauf folgend wurde sie bis Dezember 2006, wenn auch ausserhalb des Z. \_\_\_\_\_, von einem Generalverkaufsagenten, die [...], vertreten (1,203; 2[...],50,102). Indessen wird deren Tätigkeit im sanktionierten Zeitraum (als unabhängiger GVA) den Beschwerdeführerinnen gerade nicht zum Vorwurf gemacht, was diese zu übersehen scheinen (2[...],220). Deshalb ist auf die Rüge zu unabhängigen Agenten (2[...],219 f. zu 1,1136 f.) nicht weiter einzugehen. Wie die Beschwerdeführerinnen indessen zutreffend festhalten (2[...],272; 4[...],411), hat ihnen die Vorinstanz auch nicht den rein bilateralen Austausch mit [...] (innerhalb der freigestellten Allianz) vorgeworfen. Sie hat vielmehr aufzuzeigen versucht, dass sich die Beschwerdeführerin 3 auf dem Weg des Austauschs mit [...] indirekt auch am kartellrechtlich unzulässigen, multilateralen Informationsaustausch innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ (und ausserhalb der Allianz) beteiligt hatte (1,874,880,1322,1839). Insofern ist hier, im Unterschied zu vergleichbaren Fällen, nicht eine allfällige Zurechnung von Handlungen eines im Z. \_\_\_\_\_ als Vertreter wirkenden Generalverkaufsagenten strittig. Zur damit zusammenhängenden Rüge, die Beschwerdeführerin 3 habe nach dem Z. \_\_\_\_\_-Austritt nichts von wettbewerbswidrigen Aktivitäten des Z. \_\_\_\_\_ gewusst

und bei den rein bilateralen Kontakten mit [...] überhaupt nie am Marktinformationssystem für Treibstoffzuschläge teilgenommen, ist nachfolgend bei der Diskussion der strittigen Wettbewerbsabrede einzugehen. 11.3 Parteistandpunkte zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede Zu prüfen bleibt somit, ob sich der vorstehend dargestellte Informationsaustausch und die damit jeweiligen bezweckten und bewirkten Koordination der Höhe der entsprechenden Treibstoffzuschläge als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (ausgelegt im Lichte von Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU) charakterisieren lassen.

B-761/2014 Seite 81 11.3.1 Nach Ansicht der Vorinstanz liegen bei Treibstoffzuschlägen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, welche die Einführung, Änderungen und Beträge von Treibstoffzuschlägen umfassen (1,1377). Die Vorinstanz legt dar, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] hätten von Januar 2000 bis Februar 2006 innerhalb und ausserhalb des Z.\_\_\_\_\_ mit regelmässig Informationen zu Treibstoffzuschlägen ausgetauscht, um die Einführung und Änderungen dieser Zuschläge, den Zeitpunkt und die Beträge zu besprechen (1,1321 f.,1324). C.\_\_\_\_\_ sei zwar per [...] 2002 aus dem Z.\_\_\_\_\_ ausgetreten, doch habe C.\_\_\_\_\_ deswegen von den Kontakten im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ gewusst. Nach dem Austritt habe C.\_\_\_\_\_ Kontakt zu den anderen Luftverkehrsunternehmen aufrechterhalten und sich auch über die Z.\_\_\_\_\_ - "Mitgliedschaft" hinaus an den Kontakten beteiligt (1,1322). Da Zuschläge Tarifbestandteil seien (vgl. 1,940 f.), betreffe der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable "Preis" (1,1330). Für die am Verfahren beteiligten Z.\_\_\_\_\_ -"Mitglieder" weise bereits ihre "Mitgliedschaft" die Beteiligung an den Kontakten nach (1,1322). Im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ sei systematisch ein geordneter Informationsaustausch erfolgt, indem dieser für seine "Mitglieder" Informationen über Treibstoffzuschläge gesammelt und verbreitet habe (1,1325). Eine in einem "weltweiten" Kontext erfolgte Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken) zwischen diesen Unternehmen liege vor (1,1328 f.). Die Protokolle der Z.\_\_\_\_\_ -Treffen seien spätestens ab Oktober 2001 für alle "Mitglieder" über die Internetseite [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) zugänglich gewesen (vgl. 1,827). C.\_\_\_\_\_ habe damit bis zum Ausscheiden aus dem Z.\_\_\_\_\_ im Jahr 2002 Kenntnis von den Vorgängen im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ gehabt, auch wenn C.\_\_\_\_\_ nicht an den einzelnen Treffen teilgenommen hatte. Aufgrund der früheren "Mitgliedschaft" sei den Beschwerdeführerinnen das System des Informationsaustausches im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ bekannt gewesen (1,1141). Ferner habe C.\_\_\_\_\_ Kontakte zum Z.\_\_\_\_\_ aufrechterhalten (1,874), und zwar insbesondere zur Allianzpartnerin [...] in Bezug auf Treibstoffzuschläge (1, 871 f.,880,1112 f.). Mit dem Informationsaustausch sei eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Änderungen in den Treibstoffzuschlägen erfolgt. Selbst wenn eine geplante Änderung bereits öffentlich angekündigt gewesen sei, habe der Informationsaustausch eine gegenseitige Absicherung der künftigen

B-761/2014 Seite 82 tigen Handlung erlaubt, weil die tatsächliche Änderung und deren Ankündigung nicht im gleichen Zeitpunkt stattgefunden hätten (vgl. 5[...],8, wonach die Teilnahme von C.\_\_\_\_\_ am Informationsaustausch die Erwartungsbildung und -haltung der anderen Luftverkehrsunternehmen beeinflusst und vereinfacht habe). Den Luftverkehrsunternehmen sei genügend Zeit geblieben, sich vor der tatsächlichen Änderung gegenseitig abzusichern: " Les transporteurs aériens avaient l'habitude de vérifier entre eux, par voie principalement d'appels téléphoniques (ou e-mails) de confort, ce que les uns et les

autres comptaient faire en pratique, afin de s'assurer quatre ou cinq jours à l'avance de la réalité de la mise en œuvre d'une augmentation (ou d'une réduction) de la fuel surcharge." (1,1333 mit Verweis auf act. 1:E5,56 betr. Selbstanzeige von [...]). Durch den Informationsaustausch seien die Luftverkehrsunternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber gelangt und hätten dadurch das Risiko reduziert, das sich sonst im wirtschaftlichen Handeln wegen der Unkenntnis über das Verhalten der Wettbewerber ergebe (1,1341). Nach Ansicht der Vorinstanz gingen die Luftverkehrsunternehmen bei der Einführung, dem Betrag und der Methode sowie beim Zeitpunkt und beim Betrag von Änderungen von Treibstoffzuschlägen nicht individuell, sondern koordiniert vor. Deshalb hätten die Kontakte eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt (1,1334).

11.3.2 Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, in der Planung oder Ausführung des angeblichen Kartells irgendeine Rolle gespielt zu haben, weder direkt noch indirekt, weder aktiv noch passiv. C.\_\_\_\_\_ habe ihre Politik der Treibstoffzuschläge mit ihrer Allianzpartnerin, [...], koordiniert und sei grundsätzlich immer den Entscheidungen von [...] gefolgt, wenn bei Treibstoffpreiserhöhungen auch Erhöhungen der Treibstoffzuschläge nötig geworden seien. Bei unterschiedlicher Betroffenheit der Unternehmen aufgrund der Marktumstände, sei sie [...] nicht gefolgt. Die Kommunikation mit [...] zu Treibstoffzuschlägen sei immer nur bilateral, nie multilateral (d. h. nie mit Z.\_\_\_\_\_ -Gesellschaftern im Rahmen des beanstandeten Informationsaustauschs) erfolgt. Die F.\_\_\_\_\_ -Allianz habe indessen nicht die bilaterale Allianz mit [...] ersetzt, weshalb C.\_\_\_\_\_ ihre generelle Zuschlagspolitik nie mit ihren F.\_\_\_\_\_ -Allianz-Partnerinnen koordiniert habe (2[...],29 f.,46,48). Des Weiteren betonen die Beschwerdeführerinnen, dass sie über die multilateralen Kontakte von [...] mit den anderen Luftverkehrsunternehmen nicht informiert gewesen seien und nach dem Austritt aus dem Z.\_\_\_\_\_

B-761/2014 Seite 83 auch nicht entsprechende Kontakte unterhalten hätten. Auch erlaubten weder die bilateralen Kontakte mit [...] noch das frühere Mitwirken im Z.\_\_\_\_\_ als Gesellschafterin bis [...] 2002 den Schluss, C.\_\_\_\_\_ habe Kenntnis von kartellwidrigen Aktivitäten des Z.\_\_\_\_\_ gehabt (2[...],6,52,237, 240 ff.,268).

11.4 Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede) 11.4.1 Die Beschwerdeführerinnen räumen ein, dass C.\_\_\_\_\_ ihre Politik zu den Treibstoffzuschlägen mit ihrer Allianzpartnerin, [...], koordinierte und dabei grundsätzlich immer den Entscheidungen ihrer Allianzpartnerin folgte. Wie die Beschwerdeführerinnen wissen mussten, erfolgten gewisse Kontakte mit ihrer Allianzpartnerin im Kontext eines – im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ (als einfache Gesellschaft) – institutionalisierten Austausches von Preisinformationen. Dieser Austausch stellt eine eigentliche Vereinbarung (Abrede) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, auch wenn zu Treibstoffzuschlägen nicht jeweils konkrete Preisniveaus – vertraglich – "vereinbart" wurden. Denn durch die Teilnahme daran reduzierten beziehungsweise beseitigten die Beteiligten ihre Geschäftsrisiken im wirtschaftlichen Handeln, wie die Vorinstanz treffend erkannt hat (vgl. 1,1332; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363). Die mit ihrer Allianzpartnerin [...] erfolgten fraglichen Kontaktnahmen erlaubten es der Beschwerdeführerin 3, ihre Treibstoffzuschlagspolitik entsprechend anzupassen. Angesichts der vorangehenden Sachverhalts schilderungen liegt die allerdings widerlegbare Vermutung (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 m.H.; a.M. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 17-22, 26, 29, 93 ff.) nahe, dass die Beschwerdeführerin 3 ihre Treibstoffzuschläge zumindest vereinzelt effektiv aufgrund des Informationsaustauschs angepasst haben dürfte. Insoweit ist hinsichtlich der

Beschwerdeführerin 3 von einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszu- gehen, ohne dass im Rahmen des institutionalisierten Marktinformations- verfahrens den einzelnen Fluggesellschaften jeweils nachzuweisen wäre, dass sie die in der Schweiz verrechneten Treibstoffzuschläge gestützt auf den fraglichen Informationsaustausch tatsächlich auch entsprechend ge- ändert hätten (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4 ff., wonach Wirkungen nicht wei- ter zu untersuchen sind, soweit Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 KG betroffen sind).

B-761/2014 Seite 84 Dass sich die Beschwerdeführerin 3 vom Informationsaustausch mit ihrer Allianzpartnerin distanziert hätte, soweit dieser die im Z. \_\_\_\_\_ diskutier- ten Anpassungen von Treibstoffzuschlägen betraf, wird nicht geltend ge- macht und ist auch aus den Akten nicht ersichtlich. 11.4.2 Die Rüge, wonach die Vorinstanz die bilateralen Kontakte mit der Allianzpartnerin mit den von [...] multilateral geführten Kontakten in unzu- lässiger Weise vermische, um auf diesem Weg eine vermeintliche Teil- nahme von C. \_\_\_\_\_ am fraglichen Kartell behaupten zu können (2[...],83,202,203,210-212,235,251,306,339), trifft nicht zu. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen nie ihren rein bilateralen Austausch mit [...] (innerhalb der freigestellten Allianz) vorgeworfen. Viel- mehr hat sie aufzuzeigen versucht, dass sich die Beschwerdeführerinnen über ihren bilateralen Austausch mit [...], wenn auch indirekt und ungeach- tet ihres Ausscheidens aus dem Z. \_\_\_\_\_ im Jahre 2002, am kartellrecht- lich unzulässigen, multilateralen Informationsaustausch innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ (und ausserhalb der Allianz) beteiligt hatten (1,874,880,1322,1839). Hierzu ist jedoch im Sinne der zutreffenden Ausführungen der Beschwer- deführerinnen (2[...],50 ff.,201) festzuhalten, dass gewisse auch an C. \_\_\_\_\_ – als Allianzpartnerin – adressierte rein interne [...] -E-Mails (vom 26. April 2004 [pièce 66, act. 1:770,39 Rz.134], vom 17. Mai 2004 [pièce 68, act. 1:770,39 Rz.134], vom 1. November 2004 [pièce 69, act. 1:770,39 Rz. 135], vom 22. August 2005 [pièce 70, act. 1:770,39 Rz. 136]) nicht in einer Weise abgefasst sind, dass daraus geschlossen werden könnte, die Beschwerdeführerin 3 hätte gewusst, dass der bilate- rale Verkehr im Rahmen eines kartellrechtlich problematischen multilatera- len Informationsaustausches erfolgte und sich C. \_\_\_\_\_ beim Austausch von Informationen zu Treibstoffzuschlägen wissentlich kartellrechtlich problematisch verhielt, wie die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen et- was undifferenziert unterstellt (1,1692). Daher vermögen gewisse im Rah- men der bilateralen Allianz erfolgte Kontakte für sich allein nicht als hinrei- chenden Beweis gelten, dass C. \_\_\_\_\_ bereits gestützt darauf von der Existenz des fraglichen Kartells wusste, wie zu Recht bemängelt wird (2[...],212 zu 1,1211).

B-761/2014 Seite 85 Hingegen erlauben – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführe- rinnen (2[...],77,79 zu 1,282,288 [E. 11.2.1/14]; 2[...],80,247-250 zu 1,306 [E. 11.2.4/1]; 2[...],81,252 f. zu 1,312 [E. 11.2.6/1]; 2[...],82,255-257 zu 1,340,346 [E. 11.2.8/1, 11.2.8/2]) – einige, wenn auch wenige, von der Vor- instanz erwähnte Vorkommnisse (vgl. E. 11.2.1/14, 11.2.4/1, 11.2.6/1, 11.2.8/1, 11.2.8/2) den Schluss, dass angesichts der telefonischen Kon- takte mit Herrn Y. \_\_\_\_\_ und insbesondere angesichts von deren Inhal- ten (Warnungen an C. \_\_\_\_\_, "Auf Kurs bringen" von C. \_\_\_\_\_) den Beschwerdeführerinnen klar sein musste, dass die Kontakte mit Herrn Y. \_\_\_\_\_ im viel grösseren Rahmen eines multilateralen Informations- austausches standen. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar ausführt (1,884), erscheint es angesichts des oben geschilderten Sachverhalts (vgl. E. 11.2.1/14, 11.2.4/1, E. 11.2.6/1, E. 11.2.8/1, E. 11.2.8/2) als un-

wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin 3 als ehemalige Z.\_\_\_\_\_ - Gesellschafterin vom implementierten Netzwerk für den Informationsaus- tausch für Treibstoffzuschläge keinerlei Ahnung gehabt hätte. In diesem Zusammenhang nicht glaubhaft erscheinen die von den Be- schwerdeführerinnen angeführten Erklärungen ihrer Allianzpartnerin vom

## **E. 11**

Treibstoffzuschläge

### **E. 11.1**

Parteistandpunkte zur Beweislage und deren Würdigung

#### **E. 11.1.1**

Die Vorinstanz hält es gestützt auf alle Selbstanzeigen für erwiesen, dass sich [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] von Januar 2000 bis Februar 2006 im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen kontaktiert hatten (1,207,500). Zur Vorgeschichte führt die Vorinstanz aus, stark angestiegene Treibstoffkosten hätten die Luftfrachtunternehmen dazu bewogen, im Dezember 1999 per Februar 2000 Treibstoffzuschläge pro Kilogramm Fracht einzuführen. Im Februar 2000 habe ein Vertreter von IATA (als Dachverband der Fluggesellschaften) gegenüber Thomson Reuters erklärt, die Luftverkehrsunternehmen dürften nicht gemeinsam, sondern nur allein über allfällige Zuschläge entscheiden (1,218). Diese Zuschläge hätten auf einem Treibstoffindex basiert: je nach Schwellenwert (trigger point), den die Treibstoffpreise erreichten, sei ein Treibstoffzuschlag in vorbestimmter Höhe verrechnet worden. Die Treibstoffzuschläge und Treibstoffindices der Luftverkehrsunternehmen knüpften an den Preisindex von IATA an. Allerdings habe IATA ihren Preisindex nie veröffentlicht, da ihn verschiedene Bundesbehörden nicht genehmigt hätten, wie z.B. das [...Behörde in Drittstaat...]n (1,210 mit Verweis auf folgende Aktenstellen act. 1:A40,3; 1:A45,6 f.; 1:E5,9,13; 1:C12,7; 1:C45,Teil II, S 4). Ein Indexmechanismus für Treibstoffzuschläge könne folgendermassen aussehen (1,211): "Die Höhe des Treibstoffzuschlages richtet sich nach dem Treibstoffpreisindex. Dieser basiert auf den wöchentlichen Preisen für Flugbenzin auf den fünf Spotmärkten Rotterdam, Singapur, USA Westküste, USA Ostküste und dem Golf. Dann wird der aktuelle Preis mit dem Basispreis von 0.5335 amerikanischen Dollar pro amerikanische Gallone (Index = 100) verglichen. Entsprechend diesem Vergleich erfolgt die Einführung, Erhöhung, Reduktion oder Aufhebung von Treibstoffzuschlägen gemäss Tabelle 5. Sobald der Treibstoffpreisindex einen dieser Schwellenwerte durchquert und auf der neuen Höhe für mindestens zwei aufeinanderfolgende Wochen bleibt, wird der Treibstoffzuschlag angepasst." Die Luftverkehrsunternehmen bezeichneten die verschiedenen Beträge gemäss Indexwerten als Stufe (level). Sie sprächen bei einer Erhöhung der Treibstoffzuschläge von einem Schritt auf die nächst höhere Stufe (1,212), wobei bei Kurz- und Langstrecken Unterschiede vorkämen: Einige Unternehmen wendeten streckenunabhängig immer den gleichen Treibstoffzuschlag an. Andere Unternehmen berücksichtigten die Unterscheidung zwischen Kurz- und Langstrecken (1,213). Bei der Bekanntgabe von Erhöhungen gehe es nach Angaben von [...] jeweils um Image- und Marketingaspekte. Eine Möglichkeit sei es gewesen, jeweils dem Heimluftverkehrsunternehmen (home carrier) oder einem grossen Luftfrachtunternehmen zu folgen ("follow the national carrier or main competitor"). Dies habe nicht auf einer Abstimmung zwischen den Unternehmen beruht (1,214). Gegen Ende 2001/Anfang 2002 sei der Treibstoffpreisindex gesunken, weshalb es Kontakte hinsichtlich eines Wechsels in der Methode der Berechnung des Treibstoffzuschlages gegeben habe

(1,228-241). Im Frühling 2002 hätten einige Unternehmen die 2001 aufgehobenen Treibstoffzuschläge wiedereingeführt (1,242). Gemäss Protokoll des [...]. Z.\_\_\_\_\_ -Meetings vom [...] 2002 hätten die "Mitglieder" erfahren, dass inzwischen nahezu alle Luftverkehrsunternehmen Treibstoffzuschläge eingeführt hätten, es jedoch Sache der einzelnen Luftverkehrsunternehmen sei, den Betrag der Treibstoffzuschläge festzulegen und dass der Z.\_\_\_\_\_ diesbezüglich nicht involviert werden dürfe (1,244). In der Folge hätten die Luftfahrtunternehmen aber einen regelmässigen Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen gepflegt, der die Einführung solcher Zuschläge, deren Änderungen sowie den Zeitpunkt und die Beträge betroffen habe. Insbesondere seien eine einheitliche Methode der Berechnung von Treibstoffzuschlägen und die Einführung von neuen Schwellenwerten abgemacht worden. Es hätten auch Kontakte betreffend eine vorübergehende Einstellung der Erhöhung der Treibstoffzuschläge stattgefunden. Ebenso seien Informationen über die Absichten in Bezug auf Änderungen in der Methodik und die gegenseitige Zusage/Absicherung, die gleichen Schritte zu unternehmen, ausgetauscht worden (1,215,501). [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], C.\_\_\_\_\_ und [...] (1,505) hätten sich telefonisch, in persönlichen Gesprächen, an multilateralen Treffen und per E-Mail kontaktiert. Laut Angaben von [...] habe der Z.\_\_\_\_\_ in der Schweiz ein weitgehendes Informationssystem implementiert. Gespräche zu Höhe und Zeitpunkt der Einführung von Treibstoffzuschlägen hätten stattgefunden. Zwischen 2000 bis 2005 hätte sich der Z.\_\_\_\_\_ jährlich mehrmals getroffen. Dieser habe für seine "Mitglieder" Informationen über Treibstoffzuschläge systematisch gesammelt und verbreitet, insbesondere bezüglich deren Änderungen. Beispielsweise hätten sich Unternehmen per E-Mail für Treffen verabredet: "Wie Ihr schon wisst geht's um die nächste Runde. Ich wäre froh wenn Ihr's am 30.04.04/08.30 unten in der Pizzeria einrichten könnt (geht nicht lange) damit wir so schnell als möglich unsere Mitglieder informieren können". Oder der Z.\_\_\_\_\_ habe allen "Mitgliedern" sowie den Generalverkaufsagenten, welche kleinere Fluggesellschaften vertreten, eine E-Mail mit dem folgenden Inhalt geschickt: "It is time again to exchange information". Daraufhin hätten die Unternehmen ihre Absichten mit Kopie allen anderen Gesellschaften mitgeteilt. Manchmal hätten sich die E-Mails auf einen kleineren Kreis beschränkt (1,217 mit Verweis auf act. 1:A31,3; 1:A32:24/41). An Z.\_\_\_\_\_ -Treffen hätten zwar nicht immer die gleichen Unternehmen teilgenommen. Die entsprechenden Protokolle seien aber ab Oktober 2001 für alle Z.\_\_\_\_\_ -"Mitglieder" unter [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) einsehbar gewesen (act. 1:D3,Anhang 2), weshalb alle "Mitglieder" davon Kenntnis gehabt hätten (1,503). Die Kontakte zu Treibstoffzuschlägen seien in einem weltweiten Kontext erfolgt (1,504) und die Abreden dazu mit grundsätzlich weltweiter Geltung. Deshalb sei davon auch Luftfracht auf Strecken aus der Schweiz in Drittländern betroffen gewesen (1,208). Alle den Beschwerdeführerinnen zu Treibstoffzuschlägen vorgeworfenen Kontakte basierten auf den Selbstanzeigen, auf E-Mails, Sitzungsprotokollen, Notizen, Medienmitteilungen und Informationsschreiben. Nach Ansicht der Vorinstanz sind die Informationen "konsistent miteinander und widerspruchsfrei", weshalb die ermittelten Kontakte erwiesen seien (1,499).

### **E. 11.1.2**

Die Beschwerdeführerinnen stellen nicht in Abrede, dass innerhalb des Z.\_\_\_\_\_ Informationen zu Treibstoffzuschlägen für Flüge aus der Schweiz ausgetauscht wurden, auch wenn sie die rechtliche Einschätzung der Vorinstanz grundsätzlich nicht teilen (vgl. 2[...],213-239). Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz ihnen keine Teilnahme an einer Absprache zu Treibstoffzuschlägen nachweisen können. Die Kontakte



1:A32,9/Beilage 22, vgl. auch act. 1:A47,182, nachfolgend zur Veranschaulichung abgebildet): o (3) Dem Z.\_\_\_\_\_ antworteten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Für den Betrag in Schweizer Franken wollte [...] die Entscheidung von [...] oder der Mehrheit der anderen Luftverkehrsunternehmen abwarten, um in Übereinstimmung mit den anderen zu sein ("Hope all carriers will join this increase!!!!!!", act. 1:A37,31/Beil.113). o (4) In einer E-Mail vom 27. April 2004 (17.21 Uhr) teilt der Z.\_\_\_\_\_ mit, dass [...] eine Erhöhung per 10. Mai 2004 vorsehe (act. 1:A32:CH23): o (5) Ein weiterer Ausschnitt aus act. 1:A47:308 möge der Veranschaulichung dienen: o (6) Gemäss einer E-Mail vom 28. April 2004 (12.14 Uhr) lud der Z.\_\_\_\_\_ seine im Vorstand sitzenden Gesellschafter sowie weitere Luftverkehrsunternehmen zu einem Treffen am 30. April 2004 um 8.30 Uhr ein, "um die nächste Runde" bezüglich der Treibstoffzuschläge zu besprechen (act. 1:A45,19; 1:A32:24). o (7) Hierzu führt eine [...]-interne E-Mail vom 30. April 2004 (14.12 Uhr) ein "harmonisch[es]" Treffen des Z.\_\_\_\_\_ -Vorstands an, wobei [...] sowie gewisse Luftfahrtunternehmen die neuen Treibstoffzuschläge (von voraussichtlich CHF 0,30 oder CHF 0,31) auf den 12. Mai 2004 einführen würden (act. 1:A28,19): [...Legende...] o (8) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (14.24 Uhr) erklärte [...], sie werde [...] folgen und per 10. Mai auf CHF 0,31 erhöhen. Zudem hielt [...] fest: "We duly hope that this will not lead into another decrease on rates, if you know what I mean." (act. 1:A32:27): o (9) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (14.46 Uhr), die bei [...] intern zur Information weitergeleitet worden war, erklärte [...], es werde bezüglich des Betrages [...] gefolgt, und entschuldigte sich, dass die Erhöhung weltweit erst per 15. Mai 2004 erfolgen werde (act. 1:A47:313). o (10) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (15.23 Uhr) erklärte [...], [...] zu folgen und den Zuschlag per 10. Mai 2004 auf CHF 0,31 zu erhöhen (act. 1:A32:28). o (11) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (16.16 Uhr), die bei [...] intern zur Information weitergeleitet worden war, informierte [...] die Z.\_\_\_\_\_ -Gesellschafter, der Index von [...] liege unter dem Schwellenwert, weshalb die Treibstoffzuschläge nicht erhöht würden, und entschuldigte sich dafür. Per 1. Juni 2004 erhöhte [...] diese Zuschläge entsprechend ihrer E-Mail an die Z.\_\_\_\_\_ -Gesellschafter auf CHF 0,31 (act. 1:A32:29; 1:A47:315/317). o (12) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (17.11 Uhr) teilte [...] per 10. Mai 2004 eine Erhöhung auf CHF 0,31 mit (act. 1:A32:30). o (13) In einer gleichentags später versandten E-Mail wird vermerkt, dass der Z.\_\_\_\_\_ seine Gesellschafter über den Entscheid ("zum Vorteil der übrigen Mitglieder") informierte, wonach die Treibstoffzuschläge per 10. Mai 2004 auf CHF 0,31 zu erhöhen seien (vgl. act. 1:A32:28; 1:A45,21; 1:A32:24, vgl. act. 1:A47,189 zur Veranschaulichung abgebildet): o (14) Des Weiteren zeigt eine weitere E-Mail von [...] vom 19. Mai 2004 (zu "Fuel Surcharge Trigger Points"), dass - dank Interventionen von [...] - unter anderem auch die Beschwerdeführerinnen neben zahlreichen anderen Luftverkehrsunternehmen zusätzliche Schwellenwerte eingeführt hätten (act. 1:A41,66/FSC 28). [...], [...], [...] und C.\_\_\_\_\_ seien "in der Zwischenzeit auch auf Kurs gebracht" worden (act. 1:A41:28):

### **E. 11.2.2**

Juni 2004 (Z.\_\_\_\_\_ -Kontakte) Des Weiteren ist erstellt, dass auch im Juni 2004 Kontakte zu Treibstoffzuschlägen stattfanden: o (1) Auf eine Mitteilung des Z.\_\_\_\_\_ vom 3. Juni 2004 an seine Gesellschafter, wonach [...], [...], [...] und [...] im Juni 2004 die Treibstoffzuschläge erhöhen würden, teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihre Pläne mit, was von Luftfahrtunternehmen als Informationsbasis Verwertung fand, wie z.B. die tags darauf von der [...] verschickte Übersicht (mit Nennung

von Betrag, Stichtag und Gewichtsbasis) an die von der [...] vertretenen Luftfahrtunternehmen zeigt (vgl. act. 1:A40,9; 1:A47: 334; vgl. 1:A47:335 f. zur Veranschaulichung abgebildet): o (2) Im Zusammenhang mit öffentlichen Mitteilungen zu Anpassungen der Treibstoffzuschläge betont eine interne E-Mail von [...] vom 26. Juni 2004 das erfolgreiche "Lobbying": "Auch hier hatte sich der laufende Kontakt gelohnt. Somit sind wir jetzt alle auf der gleichen Methode, allerdings sind die [...] und [...] noch bei 20 Cents" (act. 1:A5,28):

### **E. 11.2.3**

September/Oktober 2004 (Anstieg auf Stufen 6+7) Aktenkundig sind auch weitere Kontaktnahmen mit Austausch wettbewerbssensitiver Informationen (vgl. act. 1:A47:348-352): o (1) [...] gab am 20. September 2004 eine Anhebung der Zuschläge ab 4. Oktober 2004 auf Level 6 ( 0,30) bekannt und rief bei [...] sowie [...], [...], [...] und [...] an (act. 1:A40,11). o (2) Am 23. September 2004 informierte [...] ihre Kunden über eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge ab 10. Oktober 2004 (act. 1:A47,270) und leitete dies am nächsten Tag an den Z. \_\_\_\_\_ weiter (act. 1:A47,272-276): o (3) Der Z. \_\_\_\_\_ reichte diese Information gleichentags an seine Gesellschafter weiter. Gleichzeitig erwähnte der Z. \_\_\_\_\_, dass [...] und [...] folgen würden (Betrag und Stichtag) und forderte die Luftfahrtunternehmen und Generalverkaufsagenten auf, die Beträge und Stichtage bekannt zu geben (zwecks Information der [...], vgl. act. 1:A47,285 zur Veranschaulichung nachfolgend abgebildet): o (4) In der Folge teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihre geplanten Betragserhöhungen samt Stichtag mit. Ein Übersichtsblatt mit entsprechenden Beträgen und Stichtage wurde in der Folge an alle Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter verschickt (act. 1:A47:348-352). o (5) Am 11. Oktober 2004 teilte die [...] dem Z. \_\_\_\_\_ eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge mit (act. 1:A47,302, 310). Diese Information leitete der Z. \_\_\_\_\_ an [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] weiter und bat alle, wiederum das individuelle Vorgehen bekannt zu geben, damit dies allen Speditionen mitgeteilt werden könne (vgl. act. 1:A47,325): o (6) [...], [...], [...], [...] und [...] informierten den Z. \_\_\_\_\_ und dessen Gesellschafter über ihr beabsichtigtes Vorgehen (act. 1:A47:359,360, 367-371; 1:A37:114; 1:A32:34-36, vgl. nachfolgend act. 1:A47,328 sowie act. 1:A47,330):

### **E. 11.2.4**

November 2004 (Stufen 8+9) o (1) Angesichts der hohen Volatilität der Treibstoffpreise Ende Oktober 2004 und eines raschen Anstiegs des "Fuel Price Index" fanden zwischen [...], [...], [...] und C. \_\_\_\_\_ Gespräche hierzu statt (act. 1:A40,11). o (2) Am 1. November 2004 teilte [...] ihren Kunden eine weitere Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge per 15. November 2004 mit (act. 1:A48,53) und informierte darüber gleichzeitig den Z. \_\_\_\_\_. Dieser leitete diese Information mit E-Mail vom 2. November 2004 an alle seine Gesellschafter weiter mit der Bitte, ein Feedback zum eigenen Vorgehen zu geben (vgl. act. 1:A46:159; 1:A48:384; 1:A47:373; 1:A45,26; 1:A48,13). o (3) Als in der Folge der Treibstoffindex in der ersten Novemberwoche 2004 zum zweiten Mal unter den Schwellenwert für eine Reduktion fiel, informierte [...] ihre Kunden am 24. November 2004 über eine geplante Reduktion der Treibstoffzuschläge. Dies teilte sie am nächsten Tag dem Z. \_\_\_\_\_ mit, der die Informationen wiederum sofort seinen Gesellschaftern zukommen liess mit der Bitte um Feedback zum eigenen Vorgehen (vgl. act. 1:A48:390-393; 1:A45,26). [...] erklärte mit E-Mail vom 25. November 2004, sie werde dem "national carrier" folgen (act. 1:A.48:388/390-396; 1:A45,26; insb. act. 1:A48,56):

### **E. 11.2.5**

Kontakte im Dezember 2004/Januar 2005 (Stufe 6) o (1) Angesichts sinkender Treibstoffkosten im Dezember 2004 senkte [...] die Treibstoffzuschläge und forderte am 27. Dezember 2004 ihre Stationen auf, die Kunden entsprechend zu informieren (act. 1:A48,61 ff.). Am gleichen Tag teilte [...] dies unter anderem dem Z. \_\_\_\_\_ mit (act. 1:A48,84), der diese Information wie üblich an seine Gesellschafter weiterleitete mit dem Hinweis, dass [...] "will follow all the same level from the same date" (act. 1:A48,90): o (2) Neben [...], [...], [...] und [...] teilte z.B. auch [...] ihr Vorgehen (Betrag und Stichtag) dem Z. \_\_\_\_\_ mit (act. 1:A48,91): o (3) Mit E-Mail vom 4. Januar 2005 verschickte die [...] eine Übersicht über Treibstoffzuschläge und Risikozuschläge der von [...] vertretenen Luftverkehrsunternehmen an den Z. \_\_\_\_\_ und seine Gesellschafter (act. 1:A45,27; 1:A48:398/403-409).

### **E. 11.2.6**

Frühjahr bis Sommer 2005 (Anstieg auf Stufen 7, 8 + 9) o (1) Im März 2005 wurden die Treibstoffzuschläge durch [...] erhöht (act. 1:A48,122). In ihrer Selbstanzeige vermerkt [...], die Erhöhung der Treibstoffzuschläge im August 2005 sei durch Kontakte mit [...], [...], [...] und C. \_\_\_\_\_ begleitet gewesen (act. 1:A40,11 Ziff. 3.1.13). [...] teilte am 9. März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge per 21. März 2005 mit, nachdem die meisten europäischen Luftverkehrsunternehmen bereits Anfang März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge bekannt gegeben hatten. Am 10. März 2005 informierte [...] ihre Kunden sowie den Z. \_\_\_\_\_ über die Erhöhung der Treibstoffzuschläge (act. 1:A46:156; 1:A32:76 f.; 1:A48:415-417). Diesbezüglich kam es zu Kontakten zwischen dem Z. \_\_\_\_\_ und anderen Unternehmen (act. 1:A48,123). o (2) Am 14. März 2005 teilte der Z. \_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern die Erhöhung der Treibstoffzuschläge gewisser Luftfahrtunternehmen mit und forderte die Gesellschafter auf, ebenfalls ihre Pläne mitzuteilen (vgl. z.B. act. 1:A48,123 ff.): o (3) Im März 2005 überstieg der Treibstoffindex den Schwellenwert für eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge, weshalb [...] die Zuschläge erhöhte und ihre Kunden am 22. März 2005 informierte (act. 1:A48,164) mit entsprechender Mitteilung an [...], der seine Gesellschafter noch am 22. März 2005 informierte mit der Bitte, ihre Pläne mitzuteilen (act. 1:A32:78; 1:A48:421 f., insbesondere act. 1:A48,161 sowie act. 1:A48,161): o (4) Nachdem [...] eine Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge ins Auge gefasst hatte (act. 1:A48,198), wurden am 29. Juni 2005 entsprechende Kundeninformationsbriefe verschickt (act. 1:A48, 200). Am Folgetag informierte der Z. \_\_\_\_\_ seine Gesellschafter über die Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...] und [...] mit der Aufforderung, ihr Vorgehen mitzuteilen: "It is time again to exchange information. I therefore depend on your indication about on how much do you charge and your implementation date (if not based on actual weight please let me know)." Diese Aufforderung ging an [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. In der Folge teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihr Vorgehen (Betrag und Stichtag) mit (act. 1:A32:38/40-49; 1:A48:450/452; 1:C45,Teil II,15). o (5) Angesichts eines steigenden Treibstoffindex entschied [...] Ende August 2005, die Treibstoffzuschläge per 5. September 2005 weiter zu erhöhen und ihre Kunden am 23./24. August zu informieren (act. 1:A48,229 ff.). Am 24. August 2005 wies der Z. \_\_\_\_\_ seine Gesellschafter auf die Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...], [...], [...], [...] und [...] hin mit der Aufforderung, ihr Vorgehen mitzuteilen (act. 1:A48,241): o (6) Am 30. August 2005 wurden eine Übersicht der Rückmeldungen den Luftfahrtunternehmen

zugestellt (act. 1:A48,245): o (7) Im September 2005 wurde auf eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge verzichtet (act. 1:A40,11 f.).

### **E. 11.2.7**

September/Oktober 2005 (Stufen 11+12) o (1) Am 5. Oktober 2005 informierte [...] ihre Kunden über eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge (act. 1:A48,293, 339) und teilte dies auch dem Z.\_\_\_\_\_ mit. Dieser wiederum informierte seine Gesellschafter, d. h. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], und teilte ihnen mit, dass [...] ebenfalls die Treibstoffzuschläge erhöhen werde; gleichzeitig wurden die Gesellschafter um ein "Feedback" gebeten (act. 1:A48,294): o (2) Auf diese E-Mail hin antworteten [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] (act. 1:A48,308 sowie für die anderen Luftfahrtunternehmen act. 1:A48:475-486; 1:D3:Anh.1/3:5.1 FSC E-Mails; 1:C2:K-1-17). o (3) Am 18. Oktober 2005 teilte der Z.\_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern, d. h. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], mit, dass wiederum eine Erhöhung anstehe. Bisher hätte der Z.\_\_\_\_\_ die Informationen von [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] erhalten. Zudem habe der Z.\_\_\_\_\_ nach dem Vorgehen der übrigen Gesellschafter gefragt. [...], [...], [...], [...] und [...] hätten ihr Vorgehen mitgeteilt (act. 1:A48:491/500-505; 1:D3:Anh. 3:5.1.b FSC E-mails):

### **E. 11.2.8**

November 2005 (Treibstoffpreis-Rückgang, Stufen 11+10) o (1) Im November 2005 fanden zwischen [...], [...], [...], [...], [...] und C.\_\_\_\_\_ Kontakte betreffend eine Reduktion der Treibstoffzuschläge statt (act. 1:A48:508 f.; 1:4014/3.1.5). Am 7. November 2005 wandte sich [...] an den Z.\_\_\_\_\_, an [...] und [...]: "Die Glocken läuten, dass die nächste Fuel Runde demnächst kommt. Wisst ihr bereits ab wann und wie viel ihr offerieren werdet?" (act. 1:A48,371). Der Z.\_\_\_\_\_ antwortete - in Kopie an [...] und [...] - dass [...] und [...] per Mitte November 2005 und wohl auch [...] reduzieren würden (act. 1:A48,371). Am 7. November 2005 informierte [...] intern über eine von [...] in der Vorwoche bekanntgegebene Reduktion der Treibstoffzuschläge (act. 1:A48,374). o (2) Am 8. November 2005 kündigte [...] eine Reduktion der Treibstoffzuschläge an und gab am 14. November 2005 eine Reduktion der Treibstoffzuschläge ab dem 28. November 2005 bekannt (act. 1:A48,376). Gleichentags telefonierte [...] mit [...], [...] und [...]. Zudem telefonierte [...] am 17. November 2005 mit [...] und teilte mit, dass sie daran gewesen sei, ihre Treibstoffzuschläge vor [...] zu senken und dass es genügen würde, sich in etwa auf dem gleichen Terrain zu bewegen. Am 21. November 2005 gab [...] eine weitere Reduktion ihrer Treibstoffzuschläge ab 5. Dezember 2005 bekannt (act. 1:A49,82). Gleichentags habe [...] eine weitere Serie von Telefonaten mit [...], C.\_\_\_\_\_ und [...] geführt. Am 28. November 2005 sei die Reduktion der Treibstoffzuschläge gefolgt und [...] habe Kontakt mit [...] gehabt (act. 1:A40,14). o (3) Am 9. bzw. 10. November 2005 informierte [...] ihre Kunden (act. 1:A48,378) sowie den Z.\_\_\_\_\_ über die Reduktion der Treibstoffzuschläge. Dies gab der Z.\_\_\_\_\_ am Folgetag seinen Gesellschaftern, d. h. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], bekannt und bat wie üblich um Information zum geplanten Vorgehen der anderen Gesellschaften (act. 1:A49,30): o (4) Gemäss interner E-Mail von [...] vom 14. November 2005 sank der Treibstoffindex Mitte November 2005 unter den Schwellenwert für eine Reduktion, worauf [...] beschloss, die Treibstoffzuschläge zu senken (act. 1:A49,49). [...] teilte ihren Kunden (act. 1:A49,50) und dem Z.\_\_\_\_\_ am 15. November 2005 die Reduktion mit (act. 1:A49,68). Der Z.\_\_\_\_\_ informierte seine Gesellschafter am 18. November 2005 per E-Mail über die Reduktion von [...] und die

Beschwerdeführerin 2 (act. 1:A49,69 bzw. act. 1:A49:523/525/530-531). o (5) Im Rahmen eines E-Mail-Verkehrs vom 28. bis 30. November 2005 informierte [...] über eine bevorstehende Reduktion der Treibstoffzuschläge durch [...], nannte den Betrag und den Stichtag und teilte mit, sie werde [...] folgen (act. 1:A28,12): o (6) Auf diese Information antwortete [...] am 30. November 2005, sie werde es [...] gleich tun. Gleichentags informierte [...] mit dem Betreff "FSC [Fuel Surcharge] THERE IT GOES AGAIN" und schickte diese E-Mail [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Unter anderem bestätigten [...], [...], [...] und [...] eine Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge (act. 1:D3:3:5.1.b FSC E-Mails).

#### **E. 11.2.9**

Keine Kontakte auf Stufe Hauptquartier Unter dem Zwischentitel "A.4.10 Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier" (Ziff. 755-783, S. 168-172) listet die Vorinstanz eine Reihe solcher Kontakte auf. Treffen auf dieser Stufe im relevanten Zeitraum, an denen die Beschwerdeführerinnen beteiligt gewesen wären und die sich routenspezifisch auf die Treibstoffzuschläge beziehen, werden von der Vorinstanz nicht erwähnt.

#### **E. 11.2.10**

Sachverhaltliche Schlussfolgerungen und Würdigung zweier Vorfragen Die oberwähnten Ereignisse ergeben sich aus den diversen Selbstanzeigen und Antworten der Luftfahrtunternehmen sowie aus zahlreichen E-Mails und weiteren Akten. Die Beschwerdeführerinnen stellen den zu Treibstoffzuschlägen vorgefallene Informationsaustausch der Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter, soweit dieser nicht zu ihrem Nachteil sanktionsbegründend ausgelegt wird, nicht grundsätzlich in Abrede, auch wenn sie die Sachverhaltswürdigung der Vorinstanz nicht teilen. Doch bestreiten sie in grundsätzlicher Weise, eine Teilnahme am Informationsaustausch, indem sie zwei Vorfragen aufwerfen, die ihrer Ansicht nach eine kartellrechtliche Sanktionierung von vornherein ausschliessen (1. Kartellrechtliche Freistellungen und 2. Ausscheiden aus dem Z. \_\_\_\_\_). Standpunkt der Beschwerdeführerinnen C. \_\_\_\_\_ sei im weltweiten Luftfrachtgeschäft immer [...] gewesen, das [...] sanktionierte Unternehmen. C. \_\_\_\_\_ habe [...] die Frachtkapazitäten der eigenen Linienflüge verwendet, die während [...] bis November 2005 [...] Flugrouten ausserhalb Europas umfasst hätten. Deshalb sei C. \_\_\_\_\_ zahlreiche Allianzen eingegangen. Die Wichtigste sei die seit [...] bestehende Kooperations-Allianz "[...]". Später sei diese Allianz um [...] Luftfahrtunternehmen zur " F. \_\_\_\_\_-Allianz" erweitert worden ([...]). Am [...] sei die Allianz "[...]" von der EU-Kommission für zehn Jahre kartellrechtlich freigestellt worden. Auch [...Behörde in Drittstaat...] habe am [...] eine immunisierende Erklärung zur Kooperationsvereinbarung abgegeben. Gestützt darauf sei die Integration der Aktivitäten der "Cargo Allianz" zwischen [...] und C. \_\_\_\_\_ vollzogen worden. Innerhalb dieser kartellrechtlich immunisierten Allianz hätten [...] und C. \_\_\_\_\_ ihre Politik der Zuschläge koordinieren dürfen (2[...],31-44,270-273,355-364). Des Weiteren stellen die Beschwerdeführerinnen eine Teilnahme am vorgeworfenen Informationsaustausch innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ mit dem Argument grundsätzlich in Frage, sie hätten bereits [...] (d. h. vor dem sanktionierten Zeitraum) ihre schweizerische Geschäftsstelle geschlossen gehabt und seien nach erfolgtem Austritt aus dem Z. \_\_\_\_\_ durch einen Generalverkaufsagenten vertreten worden. In diesem Zusammenhang beanstanden die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz Handlungen eines Generalverkaufsagenten bei "Z. \_\_\_\_\_-Mitgliedschaft" dem vertretenen Luftfahrtunternehmen anrechne (1,206), nicht aber bei "Nicht-Mitgliedschaft" im Z. \_\_\_\_\_, jedoch im Widerspruch dazu in der

angefochtenen Verfügung (Rz. 1129) die Handlungen eines exklusiv oder nicht-exklusiv tätigen Generalverkaufsagenten trotzdem als zurechenbar betrachteten (vgl. 2[...],53-55,97 ff.,101 ff.,196 ff. zu 1,870,827, 874). Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass sie nach dem Austritt keine Kenntnis von den Aktivitäten des Z. \_\_\_\_\_ gehabt hätten. Die rein bilateral, im Rahmen der freigestellten Allianz unterhaltenen Kontakte mit [...] erlaubten keineswegs den Schluss, sie hätten Kenntnis von dem unzulässigen Verhalten der anderen Luftverkehrsunternehmen gehabt. Angesichts der kartellrechtlichen Freistellung der Allianz und angesichts der vorinstanzlichen Praxis, wonach bei "Nicht- Z. \_\_\_\_\_ -"Mitgliedern", wie C. \_\_\_\_\_, grundsätzlich keine Zurechnung erfolge (vgl. 1,206), seien die gegenüber C. \_\_\_\_\_ erhobenen kartellrechtlichen Vorwürfe von vornherein unhaltbar (2[...],6,28-46,53-55,96,198 f.,219 f.,270-273,311, 355-359; 4[...],400-404,410-413). Gegenstandspunkt der Vorinstanz Sie erachtet die den Beschwerdeführerinnen gewährten Freistellungen der EU-Kommission beziehungsweise [...Behörde in Drittstaat...] als nicht beachtlich. Eine Immunitätserklärung [...Behörde in Drittstaat...] binde schweizerische Wettbewerbsbehörden nicht, zumal dies weder im [...LVA mit Drittstaat...] noch in Art. 58 und 59 KG vorgesehen sei. Die Allianz [...] -C. \_\_\_\_\_ sei im Lichte der [...Behörde in Drittstaat...] -Verfügung einzig nach [...] -Recht erlaubt gewesen. Zwar sehe Art. 8 Abs. 3 LVA (mit dem Wortlaut: "Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen [a] Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder [b] Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten") eine Art. 101 Abs. 3 AEUV entsprechende Möglichkeit der "Nichtanwendbarerklärung" vor. Angesichts der Zuständigkeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörden für Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern, müsste aber eine für die Schweiz bindende, in Anwendung von Art. 8 Abs. 3 LVA erfolgte Nichtanwendbarerklärung vorliegen. Dies sei hier nicht der Fall, weshalb die Allianz keine Immunität genieße. Insofern liege der behauptete Widerspruch (2[...],198) nicht vor (1,872,1105, 1,1105 f.,1112 f.; 4[...],11). Dass die Beschwerdeführerin 3 im sanktionsrelevanten Zeitraum dem Z. \_\_\_\_\_ nicht mehr als Gesellschafterin angehörte, hält die Vorinstanz für die Frage der Zurechenbarkeit als unerheblich. Eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung könne von einem internen Mitarbeiter oder auch einem Generalverkaufsagenten ausgehen. Letzterer vertrete das betreffende Unternehmen, egal, ob er exklusiv oder nicht-exklusiv tätig sei. Zudem habe die Beschwerdeführerin 3 aufgrund ihrer früheren "Mitgliedschaft" Kenntnis gehabt vom im Z. \_\_\_\_\_ -Netzwerk implementierten Informationsaustausch (1,884,1137,1129; 5[...],11). Würdigung hinsichtlich der Frage der Allianz-Freistellungen Der rechtlichen Analyse der Vorinstanz zu den beiden Allianz-Freistellungen ist zuzustimmen, weshalb auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden kann (1,872,1105, 1,1105 f.,1112 f.). Der Gesetzgeber hat im KG keine dem europäischen Wettbewerbsrecht entsprechende Freistellungsermächtigung vorgesehen, weshalb, entgegen dem was die Beschwerdeführerinnen anzunehmen scheinen, dieser Umstand die Vorinstanz nicht

verpflichtet, ausländische Freistellungs- und Immunitätsentscheide im eigenen Zuständigkeitsbereich als massgebend zu betrachten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (2[...], 198 ff., 270 ff.) ist es nicht widersprüchlich, dass die Vorinstanz, während sie europäisches Recht (LVA) anwendet, die Freistellung der Allianz zwischen C.\_\_\_\_\_ und [...] durch die Europäische Kommission nicht berücksichtigt. Zwar sind Freistellungen in Art. 8 Abs. 3 LVA vorgesehen, doch müssen sie durch die zuständigen Behörden erfolgen. Vorliegend hat die nach Art. 11 Abs. 2 LVA einzig sachzuständige Vorinstanz, der Allianz [...] - C.\_\_\_\_\_ keine kartellrechtlich immunisierende Erklärung für die fraglichen Strecken erteilt, weshalb die fragliche Allianz einer kartellgesetzlichen Überprüfung durch die Vorinstanz zugänglich bleibt. Würdigung hinsichtlich der Nicht-Gesellschaftereigenschaft Die Beschwerdeführerin 3 war, wie sie auch einräumt, von [...] 2000 bis [...] 2002 Z.\_\_\_\_\_ -Gesellschafterin (1,205; act. 1:1,36,40; 2[...],50,102, 219, vgl. 2[...],64, wonach dies bereits im April geschehen sein soll). Darauf folgend wurde sie bis Dezember 2006, wenn auch ausserhalb des Z.\_\_\_\_\_, von einem Generalverkaufsagenten, die [...], vertreten (1,203; 2[...],50,102). Indessen wird deren Tätigkeit im sanktionierten Zeitraum (als unabhängiger GVA) den Beschwerdeführerinnen gerade nicht zum Vorwurf gemacht, was diese zu übersehen scheinen (2[...],220). Deshalb ist auf die Rüge zu unabhängigen Agenten (2[...],219 f. zu 1,1136 f.) nicht weiter einzugehen. Wie die Beschwerdeführerinnen indessen zutreffend festhalten (2[...],272; 4[...],411), hat ihnen die Vorinstanz auch nicht den rein bilateralen Austausch mit [...] (innerhalb der freigestellten Allianz) vorgeworfen. Sie hat vielmehr aufzuzeigen versucht, dass sich die Beschwerdeführerin 3 auf dem Weg des Austauschs mit [...] indirekt auch am kartellrechtlich unzulässigen, multilateralen Informationsaustausch innerhalb des Z.\_\_\_\_\_ (und ausserhalb der Allianz) beteiligt hatte (1,874,880,1322,1839). Insofern ist hier, im Unterschied zu vergleichbaren Fällen, nicht eine allfällige Zurechnung von Handlungen eines im Z.\_\_\_\_\_ als Vertreter wirkenden Generalverkaufsagenten strittig. Zur damit zusammenhängenden Rüge, die Beschwerdeführerin 3 habe nach dem Z.\_\_\_\_\_ -Austritt nichts von wettbewerbswidrigen Aktivitäten des Z.\_\_\_\_\_ gewusst und bei den rein bilateralen Kontakten mit [...] überhaupt nie am Marktinformationssystem für Treibstoffzuschläge teilgenommen, ist nachfolgend bei der Diskussion der strittigen Wettbewerbsabrede einzugehen.

### **E. 11.3**

Parteistandpunkte zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede Zu prüfen bleibt somit, ob sich der vorstehend dargestellte Informationsaustausch und die damit jeweiligen bezweckte und bewirkte Koordination der Höhe der entsprechenden Treibstoffzuschläge als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (ausgelegt im Lichte von Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU) charakterisieren lassen.

#### **E. 11.3.1**

Nach Ansicht der Vorinstanz liegen bei Treibstoffzuschlägen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, welche die Einführung, Änderungen und Beträge von Treibstoffzuschlägen umfassen (1,1377). Die Vorinstanz legt dar, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] hätten von Januar 2000 bis Februar 2006 innerhalb und ausserhalb des Z.\_\_\_\_\_ mit regelmässig Informationen zu Treibstoffzuschlägen ausgetauscht, um die Einführung und Änderungen dieser Zuschläge, den Zeitpunkt und die Beträge zu besprechen (1,1321 f.,1324). C.\_\_\_\_\_ sei zwar per [...] 2002 aus dem Z.\_\_\_\_\_ ausgetreten, doch habe C.\_\_\_\_\_ deswegen von den Kontakten im Rahmen

des Z.\_\_\_\_\_ gewusst. Nach dem Austritt habe C.\_\_\_\_\_ Kontakt zu den anderen Luftverkehrsunternehmen aufrechterhalten und sich auch über die Z.\_\_\_\_\_ -"Mitgliedschaft" hinaus an den Kontakten beteiligt (1,1322). Da Zuschläge Tarifbestandteil seien (vgl. 1,940 f.), betreffe der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable "Preis" (1,1330). Für die am Verfahren beteiligten Z.\_\_\_\_\_ -"Mitglieder" weise bereits ihre "Mitgliedschaft" die Beteiligung an den Kontakten nach (1,1322). Im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ sei systematisch ein geordneter Informationsaustausch erfolgt, indem dieser für seine "Mitglieder" Informationen über Treibstoffzuschläge gesammelt und verbreitet habe (1,1325). Eine in einem "weltweiten" Kontext erfolgte Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken) zwischen diesen Unternehmen liege vor (1,1328 f.). Die Protokolle der Z.\_\_\_\_\_ -Treffen seien spätestens ab Oktober 2001 für alle "Mitglieder" über die Internetseite [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) zugänglich gewesen (vgl. 1,827). C.\_\_\_\_\_ habe damit bis zum Ausscheiden aus dem Z.\_\_\_\_\_ im Jahr 2002 Kenntnis von den Vorgängen im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ gehabt, auch wenn C.\_\_\_\_\_ nicht an den einzelnen Treffen teilgenommen hatte. Aufgrund der früheren "Mitgliedschaft" sei den Beschwerdeführerinnen das System des Informationsaustausches im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ bekannt gewesen (1,1141). Ferner habe C.\_\_\_\_\_ Kontakte zum Z.\_\_\_\_\_ aufrechterhalten (1,874), und zwar insbesondere zur Allianzpartnerin [...] in Bezug auf Treibstoffzuschläge (1, 871 f.,880,1112 f.). Mit dem Informationsaustausch sei eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Änderungen in den Treibstoffzuschlägen erfolgt. Selbst wenn eine geplante Änderung bereits öffentlich angekündigt gewesen sei, habe der Informationsaustausch eine gegenseitige Absicherung der künftigen Handlung erlaubt, weil die tatsächliche Änderung und deren Ankündigung nicht im gleichen Zeitpunkt stattgefunden hätten (vgl. 5[...],8, wonach die Teilnahme von C.\_\_\_\_\_ am Informationsaustausch die Erwartungsbildung und -haltung der anderen Luftverkehrsunternehmen beeinflusst und vereinfacht habe). Den Luftverkehrsunternehmen sei genügend Zeit geblieben, sich vor der tatsächlichen Änderung gegenseitig abzusichern: " Les transporteurs aériens avaient l'habitude de vérifier entre eux, par voie principalement d'appels téléphoniques (ou e-mails) de confort, ce que les uns et les autres comptaient faire en pratique, afin de s'assurer quatre ou cinq jours à l'avance de la réalité de la mise en oeuvre d'une augmentation (ou d'une réduction) de la fuel surcharge. " (1,1333 mit Verweis auf act. 1:E5,56 betr. Selbstanzeige von [...]). Durch den Informationsaustausch seien die Luftverkehrsunternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber gelangt und hätten dadurch das Risiko reduziert, das sich sonst im wirtschaftlichen Handeln wegen der Unkenntnis über das Verhalten der Wettbewerber ergebe (1,1341). Nach Ansicht der Vorinstanz gingen die Luftverkehrsunternehmen bei der Einführung, dem Betrag und der Methode sowie beim Zeitpunkt und beim Betrag von Änderungen von Treibstoffzuschlägen nicht individuell, sondern koordiniert vor. Deshalb hätten die Kontakte eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt (1,1334).

### **E. 11.3.2**

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, in der Planung oder Ausführung des angeblichen Kartells irgendeine Rolle gespielt zu haben, weder direkt noch indirekt, weder aktiv noch passiv. C.\_\_\_\_\_ habe ihre Politik der Treibstoffzuschläge mit ihrer Allianzpartnerin, [...], koordiniert und sei grundsätzlich immer den Entscheiden von [...] gefolgt, wenn bei Treibstoffpreiserhöhungen auch Erhöhungen der Treibstoffzuschläge nötig geworden seien. Bei unterschiedlicher Betroffenheit der Unternehmen aufgrund der Marktumstände, sei sie [...] nicht gefolgt. Die Kommunikation mit [...] zu Treibstoffzuschlägen sei immer nur

bilateral, nie multilateral (d. h. nie mit Z.\_\_\_\_\_-Gesellschaftern im Rahmen des beanstandeten Informationsaustauschs) erfolgt. Die F.\_\_\_\_\_-Allianz habe indessen nicht die bilaterale Allianz mit [...] ersetzt, weshalb C.\_\_\_\_\_ ihre generelle Zuschlagspolitik nie mit ihren F.\_\_\_\_\_-Allianz-Partnerinnen koordiniert habe (2[...],29 f.,46,48). Des Weiteren betonen die Beschwerdeführerinnen, dass sie über die multilateralen Kontakte von [...] mit den anderen Luftverkehrsunternehmen nicht informiert gewesen seien und nach dem Austritt aus dem Z.\_\_\_\_\_ auch nicht entsprechende Kontakte unterhalten hätten. Auch erlaubten weder die bilateralen Kontakte mit [...] noch das frühere Mitwirken im Z.\_\_\_\_\_ als Gesellschafterin bis [...] 2002 den Schluss, C.\_\_\_\_\_ habe Kenntnis von kartellwidrigen Aktivitäten des Z.\_\_\_\_\_ gehabt (2[...],6,52,237, 240 ff.,268).

## **E. 11.4**

Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede)

### **E. 11.4.1**

Die Beschwerdeführerinnen räumen ein, dass C.\_\_\_\_\_ ihre Politik zu den Treibstoffzuschlägen mit ihrer Allianzpartnerin, [...], koordinierte und dabei grundsätzlich immer den Entscheidungen ihrer Allianzpartnerin folgte. Wie die Beschwerdeführerinnen wissen mussten, erfolgten gewisse Kontakte mit ihrer Allianzpartnerin im Kontext eines - im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ (als einfache Gesellschaft) - institutionalisierten Austausches von Preisinformationen. Dieser Austausch stellt eine eigentliche Vereinbarung (Abrede) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, auch wenn zu Treibstoffzuschlägen nicht jeweils konkrete Preisniveaus - vertraglich - "vereinbart" wurden. Denn durch die Teilnahme daran reduzierten beziehungsweise beseitigten die Beteiligten ihre Geschäftsrisiken im wirtschaftlichen Handeln, wie die Vorinstanz treffend erkannt hat (vgl. 1,1332; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363). Die mit ihrer Allianzpartnerin [...] erfolgten fraglichen Kontaktnahmen erlaubten es der Beschwerdeführerin 3, ihre Treibstoffzuschlagspolitik entsprechend anzupassen. Angesichts der vorangehenden Sachverhaltsschilderungen liegt die allerdings widerlegbare Vermutung (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 m.H.; a.M. Reinert, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 17-22, 26, 29, 93 ff.) nahe, dass die Beschwerdeführerin 3 ihre Treibstoffzuschläge zumindest vereinzelt effektiv aufgrund des Informationsaustauschs angepasst haben dürfte. Insoweit ist hinsichtlich der Beschwerdeführerin 3 von einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen, ohne dass im Rahmen des institutionalisierten Marktinformationsverfahrens den einzelnen Fluggesellschaften jeweils nachzuweisen wäre, dass sie die in der Schweiz verrechneten Treibstoffzuschläge gestützt auf den fraglichen Informationsaustausch tatsächlich auch entsprechend geändert hätten (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4 ff., wonach Wirkungen nicht weiter zu untersuchen sind, soweit Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 KG betroffen sind). Dass sich die Beschwerdeführerin 3 vom Informationsaustausch mit ihrer Allianzpartnerin distanziert hätte, soweit dieser die im Z.\_\_\_\_\_ diskutierten Anpassungen von Treibstoffzuschlägen betraf, wird nicht geltend gemacht und ist auch aus den Akten nicht ersichtlich.

### **E. 11.4.2**

Die Rüge, wonach die Vorinstanz die bilateralen Kontakte mit der Allianzpartnerin mit den von [...] multilateral geführten Kontakten in unzulässiger Weise vermische, um auf diesem Weg eine vermeintliche Teilnahme von C.\_\_\_\_\_ am fraglichen Kartell behaupten zu können (2[...],83,202,203,210-212,235,251,306,339), trifft nicht zu. Die Vorinstanz hat den

Beschwerdeführerinnen nie ihren rein bilateralen Austausch mit [...] (innerhalb der freigestellten Allianz) vorgeworfen. Vielmehr hat sie aufzuzeigen versucht, dass sich die Beschwerdeführerinnen über ihren bilateralen Austausch mit [...], wenn auch indirekt und ungeachtet ihres Ausscheidens aus dem Z. \_\_\_\_\_ im Jahre 2002, am kartellrechtlich unzulässigen, multilateralen Informationsaustausch innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ (und ausserhalb der Allianz) beteiligt hatten (1,874,880,1322,1839). Hierzu ist jedoch im Sinne der zutreffenden Ausführungen der Beschwerdeführerinnen (2[...],50 ff.,201) festzuhalten, dass gewisse auch an C. \_\_\_\_\_ - als Allianzpartnerin - adressierte rein interne [...] -E-Mails (vom 26. April 2004 [pièce 66, act. 1:770,39 Rz.134], vom 17. Mai 2004 [pièce 68, act. 1:770,39 Rz.134], vom 1. November 2004 [pièce 69, act. 1:770,39 Rz. 135], vom 22. August 2005 [pièce 70, act. 1:770,39 Rz. 136]) nicht in einer Weise abgefasst sind, dass daraus geschlossen werden könnte, die Beschwerdeführerin 3 hätte gewusst, dass der bilaterale Verkehr im Rahmen eines kartellrechtlich problematischen multilateralen Informationsaustausches erfolgte und sich C. \_\_\_\_\_ beim Austausch von Informationen zu Treibstoffzuschlägen wissentlich kartellrechtlich problematisch verhielt, wie die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen etwas undifferenziert unterstellt (1,1692). Daher vermögen gewisse im Rahmen der bilateralen Allianz erfolgte Kontakte für sich allein nicht als hinreichenden Beweis gelten, dass C. \_\_\_\_\_ bereits gestützt darauf von der Existenz des fraglichen Kartells wusste, wie zu Recht bemängelt wird (2[...],212 zu 1,1211). Hingegen erlauben - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen (2[...],77,79 zu 1,282,288 [E. 11.2.1/14]; 2[...],80,247-250 zu 1,306 [E. 11.2.4/1]; 2[...],81,252 f. zu 1,312 [E. 11.2.6/1]; 2[...],82,255-257 zu 1,340,346 [E. 11.2.8/1, 11.2.8/2]) - einige, wenn auch wenige, von der Vorinstanz erwähnte Vorkommnisse (vgl. E. 11.2.1/14, 11.2.4/1, 11.2.6/1, 11.2.8/1, 11.2.8/2) den Schluss, dass angesichts der telefonischen Kontakte mit Herrn Y. \_\_\_\_\_ und insbesondere angesichts von deren Inhalten (Warnungen an C. \_\_\_\_\_, "Auf Kurs bringen" von C. \_\_\_\_\_) den Beschwerdeführerinnen klar sein musste, dass die Kontakte mit Herrn Y. \_\_\_\_\_ im viel grösseren Rahmen eines multilateralen Informationsaustausches standen. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar ausführt (1,884), erscheint es angesichts des oben geschilderten Sachverhalts (vgl. E. 11.2.1/14, 11.2.4/1, E. 11.2.6/1, E. 11.2.8/1, E. 11.2.8/2) als unwahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin 3 als ehemalige Z. \_\_\_\_\_ -Gesellschafterin vom implementierten Netzwerk für den Informationsaustausch für Treibstoffzuschläge keinerlei Ahnung gehabt hätte. In diesem Zusammenhang nicht glaubhaft erscheinen die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Erklärungen ihrer Allianzpartnerin vom 14. Februar 2013 (act. 2[...]:2), wonach [...Allianzpartnerin...] keine Beweise gefunden habe, dass Herr Y. \_\_\_\_\_ die nicht freigestellten, multilateralen Kontakte mit Mitarbeitern seiner Allianzpartner, C. \_\_\_\_\_ und [...], geteilt hätte (2[...],106 ff.,244 zu 1,872; act. 2[...]:2: "Second there is no evidence that Mr. Y. \_\_\_\_\_ disclosed his non-exempted contacts with other carriers when he communicated with employees of [...] exempted alliance partners, C. \_\_\_\_\_ and [...]"; sowie 2[...],204 ff.,244; act. 1:755, act. 2[...]:2: "First, Mr. Y. \_\_\_\_\_ perceived conversations with these carriers to be very different from those he had with other carriers in terms of their compatibility with the competition rules. He perceived his conversations with counterparts at C. \_\_\_\_\_ and [...] as exempted communications, a perception that was no doubt shared by his counterparts"). Anzumerken ist indessen, dass die von der Vorinstanz beispielhaft erwähnten Protokolle der beiden Z. \_\_\_\_\_ -Treffen vom [...] 2002 und vom [...] 2003 (vgl. 1,1326 mit Verweis auf act. 1:D3,116 sowie act. 1:12a,279) im vorliegenden Fall für die rechtliche Beurteilung unerheblich sind, da die

Treffen zu einem nicht urteilserheblichen Zeitpunkt stattfanden. Dies gilt ebenfalls sowohl für die in der Ziffer 1331 der angefochtenen Verfügung beispielhaft erwähnte interne E-Mail von [...] für einen angeblich wettbewerbswidrig erfolgten Informationsaustausch im Dezember 1999 (act. 1:A32:80) als auch für den in der Ziffer 1332 erwähnten Informationsaustausch vom September 2000.

### **E. 11.4.3**

Nicht stichhaltig ist des Weiteren der Einwand, wonach der Austausch bereits veröffentlichter Informationen ohne wettbewerbsrelevanten Einfluss gewesen sei (2[...],67-83,233,262, 281). Wie bereits erwähnt (E. 10.2.1), beruht eine Verhaltensabstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Dabei ist das Medium des Informationsaustausches unerheblich. Beim Informationsaustausch handelt es sich um Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen, wie beispielsweise hier Preise oder Preisbestandteile. Entsprechende Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 m.H.; EuG T-324/17 Rz. 363). Wie die Vorinstanz zu Recht darlegt (1,880, 1334), beeinflusste und vereinfachte die Teilnahme von C. \_\_\_\_\_ am Informationsaustausch die Erwartungsbildung und -haltung der anderen Luftverkehrsunternehmen, und die erwähnten Kontakte waren zumindest geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung bei der Einführung und betragslichen Änderungen von Treibstoffzuschlägen zu bezwecken, wenn nicht gar zu bewirken. Diesbezüglich illustrieren die in der Erwägung 11.2 im Einzelnen aufgezeigten Abläufe des Informationsaustausches die von der Vorinstanz beanstandete Kollusion hinlänglich. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (vgl.1,1171,1333), erfolgte mit dem Informationsaustausch eine gegenseitige Bestätigung von Änderungen in den Treibstoffzuschlägen, was auch bei bereits öffentlich angekündigten geplanten Änderungen eine gegenseitige Absicherung hinsichtlich des künftigen Handelns erlaubte.

### **E. 11.4.4**

Somit geht die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen an einer Abrede (d. h. abgestimmten Verhaltensweise) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt waren, wenn auch in wesentlich geringerem Umfang als von der Vorinstanz angenommen (vgl. nachfolgend E. 13.2.3). Einzuräumen ist hier indessen die Schwierigkeit, den unter den Luftfahrtunternehmen erfolgten Informationsaustausch rechtlich entweder als Vereinbarung (i.e.S.) oder als abgestimmte Verhaltensweise zu erfassen, wie auch die Praxis der EU-Kommission in den parallel zur vorinstanzlichen Untersuchung beurteilten Verfahren zum "Luftfrachtkartell" in der EU zeigt (vgl. den Beschluss AT.39258 vom 17. März 2017 bzw. den vom EuG aufgehobenen Beschluss AT.39258 vom 9. November 2010, beide zitiert in E. 8.4.2). Ähnlich wie die Vorinstanz, welche im Rahmen ihrer Einzelprüfung (1,1321-1382) auf eine unzweideutige rechtliche Einordnung verzichtet (1,1377,1847), begnügt sich die EU Kommission damit, den von ihr im Einzelnen dargestellten Informationsaustausch als "komplex" ("complex infringement") und unter Art. 101 AEUV fallend zu bezeichnen, ohne weiter zu differenzieren ("and/or"), ob entweder eine Vereinbarung (i.e.S.) oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt (Rz. 860 f. des Kommissionsbeschlusses AT.39258 vom 17. März 2017 bzw. [genau gleich

lautend] Rz. 855 f. des Kommissionsbeschlusses AT.39258 vom 9. November 2010): "The Commission considers, in accordance with the case-law referred to in this Section, that the body of evidence as a whole proves the existence of the overall scheme described in recitals (846)-(859) that qualifies as an agreement and/or concerted practice between undertakings within the meaning of Article 101 of the TFEU. The air cargo service providers concerned coordinated their behaviour to remove uncertainty between them in relation to various elements of price in the airfreight sector. The repeated contacts, often of a bilateral nature but also including multilateral meetings, over a significant period of time and covering the aspects described in Sections 4.1 to 4.5 bear the hallmark elements of a complex infringement. Based on the elements set out in recitals (846) to (859), the different elements of behaviour of the addressees in this Decision can be considered to form part of an overall scheme to coordinate the pricing behaviour for airfreight services. The Commission considers that the behaviour of the undertakings concerned constitutes a complex infringement consisting of various actions which can be either classified as an agreement or concerted practice, within which the competitors knowingly substituted practical cooperation between them for the risks of competition. Furthermore, in the absence of proof to the contrary, the Commission considers, based on the judgment of the Court of Justice in Hüls (Case C-199/92 P Hüls, ECLI:EU:C:1999:358, paragraphs 161-162) that the participating undertakings in such concertation have taken account of the information exchanged with competitors in determining their own conduct on the market, in particular as the concertation occurred regularly. The Commission therefore considers that the complex of arrangements in this case as described in Section 4 of this Decision presents all the characteristics of an agreement and/or a concerted practice within the meaning of Article 101 of the TFEU."

## **E. 12**

Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

### **E. 12.1**

Standpunkt der Verfahrensbeteiligten

#### **E. 12.1.1**

Nach Ansicht der Vorinstanz stellt der erfolgte Informationsaustausch unter den Beteiligten Luftfrachtunternehmen eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar, d. h. über "Elemente", die den "Preis für Luftfrachtleistungen" betreffen (1,1400), da gemäss BGE 129 II 18 (E. 6.5.5) eine Preisabrede auch bei einer Fixierung von bloss einzelnen Komponenten oder Elementen der Preisbildung vorliegen könne (1,1389-1400). Die in Frage stehende Wettbewerbsabrede habe unter den am Verfahren beteiligten Parteien im Zeitraum 2000 bis Februar 2006 auf den relevanten Flugstreckenmärkten den Preiswettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 KG beseitigt (vgl. 1,1637).

#### **E. 12.1.2**

Die Beschwerdeführerinnen haben sich zu dieser Fragestellung nicht geäußert.

### **E. 12.2**

Vorliegen von Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG Art. 49a Abs. 1 KG schreibt unter anderem die Sanktionierung von Unternehmen vor, welche an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt sind. Die für die Belastung mit einer Kartellsanktion vorausgesetzte Unzulässigkeit der Abreden ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143

II 297 E. 9.4.2). Nach 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. Unzulässig sind demnach einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen. Andererseits sind nach Art. 5 Abs. 1 KG auch Abreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist in diesem Fall ausgeschlossen (Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 362 ff.). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch über die gesetzlichen Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ergeben (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1; 143 II 297 E. 4.1; Krauskopf/Schaller, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 279). Laut Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 KG) vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Gemäss BGE 143 II 297 (E. 5.1.6) handelt es sich beim Kriterium der Erheblichkeit nach dem historischen, systematischen wie auch dem teleologischen Auslegungselement um eine Bagatellklausel und schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung erfüllen die besonders schädlichen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.6; vgl. auch E. 5.2.5, wonach die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Abreden die Erheblichkeitsschwelle "in der Regel" erreichen; BGE 147 II 72 E. 6.5). Dabei stellt Art. 4 Abs. 1 KG als eine für den ganzen Erlass verbindliche Legaldefinition auch für Art. 5 Abs. 1 KG klar, dass auch der potenzielle Wettbewerb geschützt werden soll. Entsprechend genügt es, wenn Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, dass die Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6). Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung wird mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abrede-Typen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, "das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist" (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2). Bei horizontalen und vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG handelt es sich somit in der Regel allein aufgrund ihres Gegenstandes um erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist für diese Folgerung nicht erforderlich (Zirlick/Bangerter, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 147 ff., insb. Art. 5 Rz. 152, wonach der Grad der Umsetzungshandlungen wie auch die schädlichen Auswirkungen einer Abrede im Rahmen der Bemessung der konkreten Sanktion nach Art. 49a KG zu berücksichtigen sind). Im Übrigen erfüllen solche Abreden das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG gemäss Bundesgericht ohne Bezug auf einen Markt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5). Eine Einzelfallbeurteilung erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG, wo beurteilt werden kann, ob die Abrede gesamtwirtschaftlich positive Wirkungen hat oder doch hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dient (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.2, 5.4.2, 5.5, 7.1 m.H.; Zirlick/Bangerter, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 140-152). Auch wenn jeweilen bezüglich der Treibstoffzuschläge (als Preiselement) nicht konkrete Preisniveaus - vertraglich -

"vereinbart" wurden, verminderte der systematische Austausch und die Weiterverbreitung der diesbezüglichen Preisdaten unter den Gesellschaftern die strategische Ungewissheit, wie die Vorinstanz zu Recht zu bedenken gibt (vgl. 1,1332; vgl. auch Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363). Dies erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollusionsergebnisses stark. Dass es sich dabei um wettbewerbssensible Informationen handelte, mussten den Gesellschaftern bzw. den an der Abrede (im Sinne von abgestimmte Verhaltensweise) mitbeteiligten Beschwerdeführerinnen klar sein (vgl. Reinert, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 138, 651); dies wird nicht zuletzt aufgrund des von der Vorinstanz erwähnten E-Mails vom 9. Oktober 2003 des Z. \_\_\_\_\_ ersichtlich, wonach [...] darauf hingewiesen habe, dass es in der Branche schon lange keine "heile" Welt mehr gebe, ein Tarif-Wettbewerb oder "Krieg" der Airlines herrsche und der Z. \_\_\_\_\_ nicht dafür da sei, "um Raten zu besprechen" (1,660 mit Verweis auf act. 1:A51:CH731). Die den Beschwerdeführerinnen rechtsgenügend nachgewiesene abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu den Treibstoffzuschlägen stellt daher ein besonders schädlicher horizontaler Abrede-Sachverhalt nach Art. 5 Abs. 3 KG dar (a.M. Reinert, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 180 ff.). Ferner ist hier das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der erwähnten höchstrichterlichen Ausführungen allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstandes erfüllt, ohne Bezug auf einen Markt und auch ohne, dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Abrede vorgenommen werden müsste. Ihre Schädlichkeit bewahren solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.3.1; 143 II 297 E. 9.4.4). Die fragliche Abrede ist zweifelsohne auch hinreichend geeignet, um die Erheblichkeit zur potenziellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegte abgestimmte Verhaltensweise die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG ausnahmsweise nicht erreichen würde, wie fälschlicherweise geltend gemacht wird. Von einem Bagatellfall kann nicht gesprochen werden. Die für die Bejahung der Erheblichkeit hinreichende Eignung der fraglichen Abrede zur potenziellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist hier ebenfalls zweifelsohne gegeben. Ein Bagatellfall liegt nicht vor. Soweit, wie in Erwägung 11.4 erwähnt, von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen ist, ist nichts ersichtlich, das die Vermutung widerlegen würde, dass die effektive Abstimmung gestützt auf den Informationsaustausch, also dadurch kausal verursacht, erfolgt wäre. Die Beschwerdeführerinnen haben somit hinsichtlich der Treibstoffzuschläge mitzuverantworten, dass der Preiswettbewerb im sanktionierten Zeitraum unter Beförderern verfälscht wurde.

## **E. 12.3**

Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen

### **E. 12.3.1**

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, 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 (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer 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 genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein. Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe gegeben ist (BGE 147 II 72 E. 7.2 m.H.; Krauskopf/Schaller, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 301,305; Zirlick/ Bangerter, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 244 ff.).

### **E. 12.3.2**

Die Wettbewerbsbehörde ist ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu forschen. Aufgrund der nach Art. 13 VwVG bestehenden Mitwirkungspflichten, die sich insbesondere auf Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörde und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (BGE 143 II 425 E. 5.1 m.H.), obliegt es den Beschwerdeführerinnen, die Aspekte darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, welche zur Rechtfertigung herangezogen werden sollten (vgl. BVGer B-7633/2009 Rz. 570).

### **E. 12.3.3**

Die Beschwerdeführerinnen machten vor der Vorinstanz keine Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG geltend (vgl. 1,1628 ff.). Vor Bundesverwaltungsgericht verweisen sie hierzu einzig auf die Immunitätserklärung [...Behörde in Drittstaat...] (2[...],363 f.), ohne die Effizienzrechtfertigung in Bezug auf ihre spezifische Situation im Kontext der hiezulande vorherrschenden Verhältnisse im Einzelnen konkret zu begründen. Die Vorinstanz hat sich hierzu nicht vernehmen lassen.

### **E. 12.3.4**

Da der zu Treibstoffzuschlägen erfolgte Informationsaustausch nicht ausschliesslich nur unter "kartellrechtlich freigestellten" Allianz-Partnern stattfand, sondern, dass sich über die Allianz hinaus alle von der Vorinstanz ins Recht gefassten Luftfrachtunternehmen im Z.\_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen austauschten, vermag auch das Argument der Beschwerdeführerinnen (2[...],363 f.), ihre Allianzkontakte seien angesichts der erfolgten Freistellung vom Kartellverbot durch die vom [...Behörde in Drittstaat...] gewährten antitrust immunity unbedenklich gewesen, am Ergebnis nichts zu ändern.

## **E. 13**

Sanktion (Art. 49a KG)

### **E. 13.1**

Bemessungsgrundsätze und vorinstanzliche Sanktionsbemessung

#### **E. 13.1.1**

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 8.2; 143 II 297 E. 9.2). In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens präzisiert. Demnach geht die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag aus, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil 2C\_63/2016 E. 6.2). Wirkt ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mit, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses der Sanktion und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen einer Reduktion der Sanktion (teilweiser Sanktionserlasse) aufgeführt sind. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG reduziert die Vorinstanz die Sanktion, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Die Reduktion beträgt bis zu 50 % des nach den Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrages kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu. In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1 m.H.).

### **E. 13.1.2**

Die Vorinstanz bemass die Sanktion in mehreren Schritten: (1) Zuerst berechnete sie den Basisbetrag. (2) Diesen passte sie an die Dauer des Verstosses an, bevor sie (3) erschwerende und mildernde Umstände sowie (4) eine allfällige Bonusmeldung berücksichtigte (1,1699 ff.). Vorab erachtete die Vorinstanz - angesichts der besonderen Umstände - für die Maximalsanktion die letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise als massgebend (1,1710). Für die Beschwerdeführerinnen ermittelte die Vorinstanz als Ausgangspunkt einen Umsatz von Fr. [...] (mit Maximalsanktion [10 %] Fr. [...]). In einer allgemein gehaltenen Erwägung hielt die Vorinstanz fest: "Insgesamt ist der vorliegende Wettbewerbsverstoss als gravierend zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich unter gebührender Berücksichtigung der Umstände den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von 8 % anzusetzen" (1,1720). Gestützt auf den massgeblichen Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...] ermittelte die Vorinstanz für die Beschwerdeführerinnen den Basisbetrag (8 %) von Fr. [...] (1,1722). Zur Frage der Berücksichtigung der Schwere des Verstosses erläutert die Vorinstanz, nicht alle Luftverkehrsunternehmen seien im gleichen Umfang "an der Abrede" beteiligt gewesen.

Deshalb stelle sich die Frage, ob das Ausmass der individuellen Beteiligung eine Komponente der Art und Schwere sei oder als erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt werden müsse. Die Frage sei bloss theoretischer Natur, weil das Ausmass der individuellen Beteiligung so oder anders die gleiche Berücksichtigung finde. Aber selbst bei einer Individualisierung liege in Bezug auf alle Parteien ein schwerwiegender Verstoss vor. Entscheidend sei, dass sich die Sanktion, wie hier, angesichts aller Faktoren als verhältnismässig erweise. Deshalb ergäbe sich das gleiche Ergebnis, wenn das Ausmass der individuellen Beteiligung im Rahmen des Basisbeitrages Eingang fände. Vorliegend erfolge die Berücksichtigung des Ausmasses der individuellen Beteiligung im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände; dies nicht zuletzt, um unnötige Änderungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats zu vermeiden. Doch könne in anderen Fällen eine andere Vorgehensweise angezeigt sein (1,1721). Angesichts der ermittelten Dauer "des Verstosses" von 20 Monaten (April 2004 - November 2005) erachtete die Vorinstanz eine Erhöhung des Basisbetrages um 10 % als angemessen (1,1723 f.). Unter dem Titel mildernde Umstände wurde den Beschwerdeführerinnen eine Reduktion des Sanktionsbetrages um 10 % zugestanden, weil jene die Wettbewerbsbeschränkung vor Eröffnung des vorinstanzlichen Verfahrens beendet hatten (1,1733). Die Vorinstanz erläutert ferner, die KG-Sanktionsverordnung zähle die mildernden Umstände nicht abschliessend auf. Obwohl "eine Wettbewerbsabrede über den Preis" bestehe, umfasse sie mehrere Elemente: Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen. Auch wenn "nur eine einzige Wettbewerbsabrede" vorliege, sei die Beteiligung an den einzelnen Elementen der Abrede bei der Sanktionierung zu berücksichtigen. Hier hätten sich nicht alle Luftverkehrsunternehmen an allen "Abredeelementen" beteiligt, was zu berücksichtigen sei. Diese Vorgehensweise trage dem unterschiedlichen Ausmass der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der Abrede Rechnung. Unter diesem Titel gestand die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen eine zusätzliche Reduktion um 10 % zu (1,1736) und kam zu folgendem Zwischenergebnis (1,1789/Tab.45): [...] Da den Beschwerdeführerinnen keine Sanktionsreduktion für die erbrachte Kooperation zugestanden wurde, errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. [...] (1,1814): [...]

## **E. 13.2**

Rügen der Beschwerdeführerinnen und deren rechtliche Würdigung Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen schliesst, sofern zu Unrecht ein Kartellverstoss bejaht wird, bereits die eingetretene Verjährung und die erfolgte Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine Sanktionierung aus (2[...],4,157-190,381). Ferner rügten die Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren, der unverhältnismässig hoch angesetzte Basisbetrag von 8 % dürfe 5 % nicht überschreiten, zumal die Komplexität einer Abrede als Faktor nicht erschwerend wirke und das Element der fortdauernden Abrede bereits in der Dauer enthalten sei (act. 1:770,330 zu 1,1762).

### **E. 13.2.1**

Verjährung des staatlichen Sanktionsanspruchs? Im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 (Rz. 1660-1731) hat das Bundesverwaltungsgericht - in Analogie zur obligationenrechtlichen Verjährungsregelung (Rz. 1710 ff.) - erklärt, dass die "Untersuchungsverjährung" nach Ablauf von zehn Jahren seit ihrem Beginn eintritt und bei Einleitung einer Untersuchung nach Art. 27 KG unterbrochen wird (Rz. 1722; a.M. Marcel

Niggli/Christof Riedo, BSK KG, a.a.O., vor Art. 49a-53 Rz. 163-171 f.; a.M. Tagmann/Zirlick, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 239a). Demgegenüber beginnt der Lauf der ebenfalls zehn Jahre betragenden Vollzugsverjährung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheids (Rz. 1728). Es liegen keine Gründe vor, die es rechtfertigen würden, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Selbst wenn im Sinne der Beschwerdeführerinnen der Beginn der Verjährungsfrist auf November 2005 festgesetzt würde (2[...],186), war im Lichte des Urteils B-831/2011 (Rz. 1660-1731) und der darin festgehaltenen zehnjährigen Verjährungsfristen der eingeforderte strittige Sanktionsbetrag zum Zeitpunkt des Erlasses der vorinstanzlichen Sanktionsverfügung am 2. Dezember 2013 noch nicht verjährt; auch während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vermag der strittige Sanktionsanspruch nicht zu verjähren. Auf die die Verjährung betreffenden Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist unter diesen Umständen nicht weiter einzugehen.

### **E. 13.2.2**

Keine Sanktion wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes? Die Beschwerdeführerinnen rügen, die überlange Dauer der Untersuchung von sieben Jahren und zehn Monaten verletze das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot. Aus unverständlichen Gründen seien zwischen 2008 und 2012 keine Untersuchungshandlungen erfolgt. Ein allfälliges Abwarten von Entscheidungen der EU-Kommission in den entsprechenden Fällen sei keine Rechtfertigung (2[...],187 ff.). Dem hält die Vorinstanz entgegen, unter Würdigung aller Umstände sei hier in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht von einer übermässigen Verfahrensdauer auszugehen, welche eine Sanktionsreduktion oder Verfahrenseinstellung rechtfertigen würde. Das Verfahren habe wegen der unvergleichbaren Komplexität, des Sachverhaltsumfangs und der vielen heiklen Rechtsfragen so lange gedauert. Neben dem KG seien zahlreiche Staatsverträge zu berücksichtigen gewesen. Insbesondere sei die Erarbeitung des Sachverhalts sehr aufwändig gewesen. Die über 7'500 Seiten umfassenden Selbstanzeigen seien umfangreich gewesen. Als Pilotfall sei es der erste Fall mit Hausdurchsuchungen und Selbstanzeigen gewesen. Bereits diesbezüglich hätten sich viele neue Fragen gestellt. Die besondere Komplexität und der Umfang des Verfahrens widerspiegeln sich im Zeitbedarf der einzelnen Parteien für ihre Stellungnahmen. Entgegen der üblichen Frist von einem oder maximal zwei Monaten hätten die Parteien bis zu fünf Monate für eine Stellungnahme benötigt. Des Weiteren seien ungleich mehr Parteien involviert gewesen. Daher könne selbst die nach dem Bundesverwaltungsgericht gerade noch zulässige Höchstdauer von viereinhalb Jahren, die vom Bundesgericht relativiert worden sei, nicht herangezogen werden (1,120,164). Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Für straf- und zivilrechtliche Verfahren ist dieser Anspruch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auf die "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen" Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.2; Art. 6 Abs. 1 EMRK: "Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage [...] in einem fairen Verfahren, [...] innerhalb angemessener Frist verhandelt wird"). Bei der Anwendung der EMRK-Garantien auf andere als Kernbereiche des Strafrechts, wo die zeitlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung wegen des Schuldvorwurfs am strengsten sind, können sachgerechte Anpassungen vorgenommen werden (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1479 m.w.H). Weder der EGMR noch das Bundesgericht definieren feste Fristen, welche der Beurteilung der Angemessenheit der Dauer von Verfahren zugrunde gelegt werden

könnten. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob sich unter den konkreten Umständen die jeweilige Verfahrensdauer rechtfertigen lässt (vgl. Urteil des EGMR 42836/12 vom 9. Juli 2015 [El Khoury/Deutschland] Ziff. 82). Daher kann im Einzelfall selbst eine unüblich lange Verfahrensdauer angemessen sein (Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 47; vgl. das Urteil B-2977/2007 E. 7.5.4, wonach Verfahrensdauern von über zehn Jahren grundsätzlich nicht mehr als angemessen bewertet werden können). Für die Beurteilung der Dauer von Verfahren sind folgende Gesichtspunkte massgeblich (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1646 m.H. auf die EGMR-Rechtsprechung): 1. Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen, wobei komplexe Wirtschaftsfälle angesichts der Anzahl an Betroffenen, der Verarbeitung umfangreicher Geschäftsunterlagen, der Einholung von Zeugenaussagen und Gutachten einen erhöhten Aufwand erfordern; 2. die Sachgerechtigkeit des behördlichen bzw. gerichtlichen Vorgehens einschliesslich von Art und Umfang der durchzuführenden Untersuchungshandlungen sowie der objektiven Dringlichkeit der Angelegenheit. Insbesondere können längere, nicht gerechtfertigte Perioden der Untätigkeit zur Unangemessenheit führen, selbst wenn die Dauer als solche nicht unverhältnismässig gewesen wäre; 3. das Verhalten der Partei, z.B. bei Anträgen, welche den Verfahrensgang fördern oder verzögern; 4. die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere des (Schuld-)Vorwurfs sowie ihrer finanziellen und sonstigen Interessen. In Grundsatzfragen kann als weiterer Punkt bei der Verfahrensführung das Bedürfnis nach Koordination mit anderen Verfahren berücksichtigt werden (vgl. Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 46). Auch kann z.B. ein befristeter personeller behördlicher Engpass eine Verlängerung des Verfahrens rechtfertigen, nicht aber chronische Überlastung der Behörde und/oder strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. Urteil des EGMR 35632/13 vom 13. Januar 2015 [Hoholm/Slowakei] Ziff. 49; vgl. BGE 130 I 312 E. 5.2). Ab einer bestimmten Dauer kann im Einzelfall allein aufgrund der insgesamt abgelaufenen Zeit eine Beurteilung vorgenommen werden, ohne dass es einer detaillierten Analyse der Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. Urteil des EGMR, 53339/09 vom 2. Dezember 2014 [Siermi sky/Polen] Ziff. 66). Doch bestehen auch hierfür keine vorgegebenen festen Fristen (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1647). Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind wegen ihres strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakters (BGE 143 II 297 E. 9.1) grundsätzlich beförderlich zu behandeln. Das heisst, je weniger komplex ein Verfahren oder je bedeutender es für die Parteien ist, desto schneller muss es abgeschlossen werden (vgl. z.B. BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4, je m.H.). Zu berücksichtigen ist aber, dass Kartellrechtsverfahren nicht selten umfangreiche und komplexe Sachverhalte betreffen, die den Rechtsanwender hinsichtlich der geforderten Abklärungstiefe vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen stellen können (Urteil B-831/2011 Rz. 1651). So bedarf es einer Durchdringung und Abgrenzung von Märkten sowie vielfach einer Einarbeitung in die Besonderheiten des Sachgebiets in technischer wie auch ökonomischer Hinsicht. Soweit Marktverhältnisse abzuklären sind, müssen weitere Wirtschaftsteilnehmer einbezogen werden. Die Wettbewerbsbehörden sind oftmals gezwungen, in mehreren Etappen durch eine alternierende Befragung von Wirtschaftsteilnehmern den Sachverhalt aufzubereiten und viele Informationen zu verarbeiten, auch wenn sich oft nur ein geringer Teil als entscheidend erweisen mag. In rechtlicher Hinsicht sehen sich die Wettbewerbsbehörden häufig vor neue und schwierige Rechtsfragen gestellt, was eine gewissenhafte Fallbearbeitung bedingt. Im vorliegenden Fall eröffnete die Vorinstanz die

Untersuchung am 13. Februar 2006 (1,52 ff.), sandte den Parteien am 8. November 2012 ihren Antrag zu einer Sanktionsverfügung (act. 1:651) zur Stellungnahme zu und schloss die Untersuchung am 2. Dezember 2013 mit einer gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen gerichteten Sanktionsverfügung ab. Somit dauerte die vorinstanzliche Untersuchung insgesamt rund 94 Monate (7 Jahre und 9,5 Monate). Diese fast achtjährige Untersuchungsdauer stellt in der Verfahrensführung der Vorinstanz zweifellos ein Novum dar, wenn als Vergleichsmassstab bisherige Sanktionsverfahren mit einer durchschnittlich deutlich kürzeren Prozessdauer beigezogen werden (vgl. z.B. die Untersuchungen "Six Group", RPW 2011/1, 96, ca. 46 Monate [vgl. hierzu das Urteil B-831/2011 Rz. 1652]; "Speditionsbereich", RPW 2013 142, ca. 62 Monate; "Vertrieb von Musik", RPW 2012 820, ca. 13 Monate; "Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau", RPW 2012 270, ca. 30 Monate; "Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen", RPW 2012 615, ca. 17 Monate; "ASCOPA", RPW 2011 529, ca. 35 Monate; "Elektroinstallationsbetriebe Bern", RPW 2009 196, ca. 17 Monate; "Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren", RPW 2010 717, ca. 39 Monate). Die Kritik, dass die Verfahrenslänge hier - angesichts der verfahrensbeschleunigenden Bonusmeldungen - nicht im Rahmen vergleichbarer Verfahren lag, ist nicht von der Hand zu weisen. Dass die Vorinstanz in ihrer - bis anhin umfangreichsten, 412-seitigen Verfügung (mit 1828 Fussnoten) sich mitunter nicht auf den entscheidewesentlichen Sachverhalt beschränkte, kann ebenfalls nicht bestritten werden. Es trifft auch zu, wie die Beschwerdeführerinnen bemängeln (2[...],95,99,100,113,192,294), dass es nicht immer möglich ist, die zahlreichen Sachverhaltsvorhaltungen, auf welche die Verfügung Bezug nimmt, sowie Einzelheiten und Hintergründe dazu verlässlich einzuordnen. Auch hätte das Verfahren mit mehreren zehntausend Seiten Akten (vgl. in den vorinstanzlichen Akten die Aktenstücke act. 1-1029; act. A1-80; act. B1-28; act. C1-57; act. D1-27; act. E1-23 und act. F1-16) unter Umständen etwas weniger aufwändig gehalten werden können, was auch die Arbeit des Bundesverwaltungsgerichts erleichtert hätte. Es trifft ebenfalls zu, dass im vorliegenden Fall die Dauer von rund vier Jahren und vier Monaten überschritten wurde, die das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-2977/2007 (E. 7.5.5) im damals zu beurteilenden Fall als an der äusseren Grenze zulässiger Prozessdauer, die sich aber "durch die Komplexität des Verfahrens und die vielen verfahrensleitenden Massnahmen gerade noch rechtfertigen" lasse, anzusiedeln betrachtete (vgl. hierzu das Urteil 2C\_484/2010 E. 11). Trotz all dieser Umstände darf aber nicht übersehen werden, dass die Vorinstanz ab Anfang 2006 nicht nur ein Verfahren gegen einen Unternehmenskomplex (wie im Fall "Publigroupe", vgl. Urteile B-2977/2007 bzw. 2C\_484/2010), sondern ein hochkomplexes Pilotverfahren gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen (mit je spezifischen Eigenheiten) zu bewältigen hatte. Gestützt auf Selbstanzeigen mussten erstmalig umfassende Hausdurchsuchungen durchgeführt und im Nachgang neben sechs Selbstanzeigen auch umfangreiches Beweismaterial gesichtet werden. Gleichzeitig war in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen EU-Behörden die staatsvertraglich vorgesehene Kompetenzabgrenzung zu diskutieren. Für die Vorinstanz stellten sich auch erstmals heikle Fragen zur gleichzeitigen Anwendbarkeit von schweizerischem Sanktionsrecht und dem LVA CH-EU. Dies machte zahlreiche Abklärungen bei Bundesbehörden zu luftfahrtrechtlichen Fragestellungen (BAZL) und staats- und völkerrechtlichen Fragen (EDA-Integrationsbüro) nötig (vgl. die in den Vorakten befindlichen act. 1:84/95-100/102/214/215/ 217-221/225/301-306). Dass die Vorinstanz den ersten drei Selbstanzeigern attestiert, massgebend zum Verfahrenserfolg beigetragen zu haben, vermag daran nichts zu ändern (1,1802: "Beide Selbstanzeigen [sc.

von {...} und {...}] hätten in erheblichem Masse zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen"; vgl. 1,1800,1802). Wie sich der erstinstanzlichen Prozessgeschichte entnehmen lässt, waren im vorliegenden Fall auch lange Zeit die Beurteilungszuständigkeiten sowie Grundsatzfragen zur Tragweite und Anwendbarkeit des KG unklar. Es ist daher auch verständlich, dass die Vorinstanz ihr Augenmerk erst nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 9. November 2010, der [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] wegen deren Preiskartells mit Geldbussen von insgesamt EUR 799 Millionen belegte, vollends auf die fünf als rechtserheblich ausgewählten Flugstrecken (zwischen der Schweiz und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik [bis 30. April 2004], Pakistan und Vietnam) richtete, für welche sie zuständig war. Zusammenfassend muss die Dauer dieses rechtlich wie auch sachverhaltlich äusserst komplexen Kartellsanktionsverfahrens in der Tat als lang qualifiziert werden. Im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist aber dennoch nicht von einer Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerinnen auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer auszugehen. Im Urteil 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 i.S. Les Editions Flammarion SA hielt das Bundesgericht in E. 12.6 mit Verweis auf BGE 130 I 312 E. 5.2 nämlich fest: "Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié". Im vorliegende Verfahren haben die Beschwerdeführerinnen weder vor der Vorinstanz noch vor Bundesverwaltungsgericht, wo sie sich zum Stand des Verfahrens informiert haben (vgl. Aktennotizen vom 16. Oktober 2014 bzw. vom 7. Dezember 2018) Beanstandungen zur Verfahrensdauer angebracht bzw. die Vorinstanz oder das Bundesverwaltungsgericht zu einer raschen Behandlung der Angelegenheit aufgefordert. Das passive Verhalten der Beschwerdeführerinnen steht somit sowohl einem gänzlichen Erlass der Sanktion sowie auch einer Reduktion derselben entgegen (Urteil 2C\_44/2020 E. 12.6.3). Dass der EuG mit Urteil vom 16. Dezember 2015 den vorhin erwähnten Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 9. November 2010 (zitiert in E. 8.4.2) wegen schweren Begründungsmängeln aufhob (d. h. wegen klaren Widersprüchen zwischen "verfügendem Teil" [Dispositiv] und Begründung, vgl. hierzu die Urteile vom 16. Dezember 2015 in den Verfahren T-39/11 [...]; T-40/11 [...]; T-38/11 [...]; T-67/11 [...]; T-56/11 [...]; T-43/11 [...]; T-46/11 [...]; T-36/11 [...]; T-48/11 [...]; hierzu Rother/Rieger, EuG-Urteil Luftfracht-Kartell, NZKart 3/2016 sowie Urteil des EuGH C-122/16 P vom 14. November 2017) beziehungsweise mit Urteilen vom 16. Dezember 2015 für nichtig erklärte (vgl. T-62/11 [...]; T-28/11 [...] sowie T-9/11 [...]; vgl. zum Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 9. November 2010 ABl. 2014/C 371/9; Medienmitteilung IP/10/1487, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_10\\_1487](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_10_1487)), obschon in der EU das Luftfrachtkartell am 9. November 2010 in viel kürzerer Zeit mit Kommissionsbeschluss erledigt worden war, vermag daran nichts zu ändern. Diese Niederlage vor dem EuG hat die EU Kommission im Übrigen fünfzehn Monate später am 17. März 2017 veranlasst, in gleicher Sache und unter Berücksichtigung der Einwände des EuG die vormals ausgesprochenen Bussen von insgesamt EUR 799 Millionen erneut zu bestätigen (zitiert in E. 8.4.2). Zu diesem in der Folge wiederum angefochtenen Beschluss erliess der EuG am 30. März 2022 diverse Urteile (Verfahren T-350/17 [...]; T-344/17 [...]; T-343/17 [...]; T-342/17 [...]; T-341/17 [...]; T-340/17 [...]; T-337/17, T-338/17 [...]; T-334/17 [...]; T-326/17 [...]; T-325/17 [...]; T-324/17 [...] und T-323/17 [...]; vgl. die entsprechende Pressemitteilung des EuG vom 30. März 2022 [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-03/cp22005\\_3de.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-03/cp22005_3de.pdf)).

### **E. 13.2.3**

Unverhältnismässiger Basisprozentsatz von 8 %? Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist der Prozentsatz des Basisbetrages von 8 % unverhältnismässig und deshalb auf höchstens 5 % zu reduzieren (2[...],381; act. 1:770,330). Der für die Sanktionsberechnung heranzuziehende massgebliche Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...] (vgl. 1,1722) ist unbestritten und kann ohne Weiteres den folgenden Überlegungen zu Grunde gelegt werden. Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% der massgeblichen Umsätze beträgt. Unter Schwere ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotenzial. Auch sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoß in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (Urteil 2C\_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil B-8386/2015 E. 10.4.1 m.H.). Bei schweren Verstößen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3). Im vorliegenden Fall ist von einer Teilnahme an lediglich einer Abrede zu einem Preisbestandteil auszugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wäre eine allfällige Verletzung von mehreren Tatbeständen durch mehrere voneinander getrennte Handlungsweisen nicht im Basisbetrag, sondern als Erschwerungsgrund zu behandeln (Urteil B-8386/2015 E. 10.4.4, 10.4.6 m.H.). Sind für die Bemessung des Basisbetrags der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten zu berücksichtigen, ist angesichts der hier vorliegenden Umstände zu veranschlagen, dass der Preiswettbewerb nicht in Bezug auf den überwiegenden Teil des Frachtpreises (d. h. die Summe aller die Frachtkosten ausmachenden Preiselemente, wie Frachtraten und Einzelzuschläge) beeinträchtigt war. Darüber hinaus spricht auch der Umstand zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen, dass sie nur passiv - über ihre vereinzelt nachgewiesenen Kontakte mit ihrem Allianzpartner - und zwar nachweisbar nur sehr vereinzelt im wettbewerbswidrigen Informationsaustausch involviert waren (vgl. E. 11.2.1/14, 11.2.4/1, 11.2.6/1, 11.2.8/1, 11.2.8/2; 11.4.2). Auch beteiligten sich die Beschwerdeführerinnen nie aktiv per E-Mail, weder selbst noch über ihren Generalverkaufsagenten (vgl. E. 11.2.10 a.E.), in irgendeiner Form am Informationsaustausch. Damit erweist sich das den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene Verhalten als bedeutend weniger schwerwiegend als von der Vorinstanz angenommen. Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher eine Korrektur des für den Basisbetrag angenommenen Prozentsatzes angezeigt, weshalb dieser antragsgemäss von 8 % auf 5 % des relevanten Umsatzes zu reduzieren ist.

### **E. 13.2.4**

Erhöhungsgrund: Dauer des Verstosses Die Erhöhung des Basisbetrages um 10 % wegen der ermittelten Dauer "des Verstosses" wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht bestritten und ist daher den folgenden Berechnungen zugrunde zu legen.

### **E. 13.2.5**

Weitere erschwerende oder mildernde Umstände? Das Ausmass der individuellen Tatbeteiligung ist als Komponente allfälliger erschwerender oder mildernder Umstände zu

betrachten (Urteil B-8386/2015 E. 10.4.4). Die Beschwerdeführerinnen haben im sanktionierbaren Zeitraum auf dem relevanten Markt lediglich an einer Abrede (Treibstoffzuschläge, vgl. E. 11) teilgenommen, weshalb, im Unterschied zu anderen Fällen, von einer Erhöhung des Sanktionsbetrages um 10 % abzusehen ist. Im Sinne der Vorinstanz (1,1733) ist den Beschwerdeführerinnen unter dem Titel "mildernde Umstände" eine Reduktion des Sanktionsbetrages um 10 % zu gewähren, da die Wettbewerbsbeschränkung vor Eröffnung des vorinstanzlichen Verfahrens beendet worden war (vgl. Art. 6 Abs. 1 SVKG). Eine weitere Reduktion ist im Lichte der in E. 13.2.3 gemachten Überlegungen nicht angezeigt.

### **E. 13.3**

Ergebnis: Sanktionsreduktion Im Lichte der obigen Darlegungen ist der vorinstanzlich verfügte Sanktionsbetrag von Fr. [...] auf Fr. [...] herabzusetzen: Massgeblicher Umsatz Fr. [...] Basisbetrag Fr. [...] Basisbetrag nach Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (5 % MU) Fr. [...] Erhöhung wegen Dauer des Verstosses (10 %) Fr. [...] Reduktion wegen vorzeitiger Beendigung (-10 %) Fr. [...] Total der Sanktion Fr. [...]

### **E. 13.4**

Haftungsverhältnisse Strittig ist des Weiteren, ob neben der Beschwerdeführerin 3 auch die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 als Verfügungsadressatinnen herangezogen werden dürfen.

#### **E. 13.4.1**

Auf die Rüge, die Beschwerdeführerin 3 [...] habe sich unabhängig von ihren Muttergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 1 und 2) verhalten, weshalb diese zu Unrecht als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet worden seien (2[...],371; act. 1:770,5), antwortet die Vorinstanz, die Konzernzugehörigkeit von C.\_\_\_\_\_ zur A.\_\_\_\_\_ -Gruppe sei unbestritten. Zwar sei C.\_\_\_\_\_ im Jahr 2001 auch eine rechtlich eigenständige Gesellschaft innerhalb der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe gewesen. Allerdings fokussiere C.\_\_\_\_\_ im Rahmen der "Core A.\_\_\_\_\_ "-Strategie seit dem Jahr [...] exklusiv auf sogenannte "belly freight"-Transporte. Bei solchen Transporten sei C.\_\_\_\_\_ auf die Passagierflugzeuge von B.\_\_\_\_\_ angewiesen. Dadurch übe die A.\_\_\_\_\_ -Gruppe zumindest ab dem Jahr [...] effektiv Kontrolle über C.\_\_\_\_\_ aus. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sich die Frage der "Verfügungsadressatschaft" nach den Umständen im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung richte. Anzumerken sei, dass sich C.\_\_\_\_\_ widersprüchlich verhalte, wenn sie einerseits geltend mache, C.\_\_\_\_\_ sei innerhalb der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe unabhängig und sich andererseits auf eine Allianzvereinbarung zwischen der Muttergesellschaft der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe und [...] berufe (1,150).

#### **E. 13.4.2**

Dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 angesichts des Konzernverhältnisses als materielle Verfügungsadressatinnen und die Beschwerdeführerin 2 als formelle Verfügungsadressatin ins Recht fasste, lässt sich nicht beanstanden: Das Bundesverwaltungsgericht hat im Lichte der Rechtsprechung auch jüngst festgehalten, dass aus Gründen der Prozessökonomie auch einzelne Gruppengesellschaften als Repräsentanten des Konzerns Verfügungsadressaten einer kartellrechtlichen Verfügung sein können. Mit Blick auf die Auswahl der massgeblichen Konzerngesellschaften steht den Wettbewerbsbehörden ein pflichtgemäss auszuübender Ermessensspielraum zu. Dabei ist es regelmässig sachgerecht, neben den fehlbaren Gruppengesellschaften die Konzernobergesellschaft als Verfügungsadressatin heranzuziehen (Urteil B-831/2011 Rz.

122 ff. m.H.). Denn die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürfen nicht überzogen werden (vgl. Urteil B-807/2012 E. 11.4.2 mit Verweis auf das Urteil 2C\_484/2010 E. 3.4). Hinsichtlich der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 von dieser Rechtsprechung abzuweichen, besteht kein Anlass. Gründe hierfür sind - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (2[...],373) - nicht ersichtlich.

## **E. 14**

Dispositiv Ziffer 1: angeordnetes Verbot von Preisabsprachen

### **E. 14.1**

Während die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung der gesamten Verfügung, was auch die Dispositiv Ziffer 1 umfasst, beantragen (2[...],381,IV/3), hält die Vorinstanz an ihrer Verfügung vollumfänglich fest (3[...],11; 5[...],3). Die Dispositiv Ziffer 1 lautet wie folgt: "Den Parteien [...] wird untersagt, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist oder im Rahmen einer Allianz erfolgt, für

B-761/2014 Seite 107 die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliegt."

### **E. 14.2**

Nach Ansicht der Vorinstanz muss das Dispositiv nicht die gesamte Begründung wiederholen. Die Dispositiv Ziffer 1 verbiete nur diejenigen Verhaltensweisen, die im Rahmen der Begründung als Tatbestandselemente des festgestellten Kartellrechtsverstosses herangezogen werden. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen liessen sich ohne Weiteres durch ein Unterlassen der wettbewerbsbeschränkenden Handlungen beseitigen. Andere Massnahmen seien nicht angezeigt. Daher müsse den Parteien verboten werden, sich konzernextern zu Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies nicht ausdrücklich in Luftverkehrsabkommen erlaubt sei. Widerhandlungen gegen das anzuordnende Verbot könnten mit Verwaltungs- und Strafsanktionen belegt werden. Da sich die Sanktionierbarkeit klar aus dem Gesetz ergebe, dürfe auf eine entsprechende lediglich deklaratorische, nicht konstitutiv wirkende Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden (1,1640 ff.). Die Dispositiv Ziffer 1 sei weder zu unbestimmt noch zu restriktiv. Sie halte konkret fest, dass es den Parteien verboten sei, sich gegenseitig zu Luftfrachtdienstleistungen über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen (3[...],23 f.). So gesehen gehe die Dispositiv Ziffer 1 nicht über die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen hinaus und könne als deklaratorische bezeichnet werden, da sich diese Ziffer im Rahmen des Verbots von Art. 8 LVA EU-CH bewege und alle Formen von Preisabsprachen erfasse.

#### **E. 14.3.1**

Die Dispositiv Ziffer 1 stützt sich auf Art. 30 Abs. 1 KG (mit der Marginalie "Entscheid"), wonach die Wettbewerbskommission "auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die

zu treffenden Massnahmen" entscheidet. Die von der Wettbewerbskommission im Einzelfall zu treffenden Massnahmen müssen den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, insbesondere im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Urteile des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4 ff. i.S. Implenia; 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2 i.S. Dargaud [Suisse] SA; 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7 i.S. Les

B-761/2014 Seite 108 Editions Flammarion SA; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, 5.4.2 i.S. Implenia, je m.w.H.). Nach der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung sind solche Massnahmen nicht nur dann zulässig, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung im Verfügungszeitpunkt noch besteht und beseitigt werden muss. Vielmehr dürfen sie auch neben einer direkten Sanktion getroffen werden, wenn sie zukunftsgerichtet – zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes – darauf abzielen, einer hinreichend konkretisierten Wiederholungsgefahr entgegenzuwirken (vgl. Urteil 2C\_782/2021 E. 4.3.3 f., 4.4, insb. 5.7, wo aufgrund der in den E. 5.3, 5.4.4 und 5.5.2 dargelegten Verhältnisse eine "ausreichende" Wiederholungsgefahr bejaht wird). In diesem Sinne hielt auch bereits das mit der gleichen Sache befasste Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5161/2019 fest, dass es einer "drohenden" erneuten Kartellrechtsverletzung bedarf (E. 4.3.3) beziehungsweise dass durch die Massnahmen aufgrund der konkreten Fallumstände zukunftsgerichtet ein erneuter Verstoß gegen Wettbewerbsrecht verhindert werden soll (E. 4.5 i.V.m. E. 5.4.2). Im damals konkret zu beurteilenden Fall war die Beschwerdeführerin bereits mehrmals an verschiedenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.3 sowie Urteil B-5161/2019 E. 5.4.2). Das Bundesgericht erwog deshalb, dass angesichts der "Vielzahl von kartellrechtlichen Verfahren (...) ohne Weiteres ein gewisses Risiko angenommen werden" dürfe, dass diese sich auch "in Zukunft wieder kartellrechtswidrig" verhalten werde (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.3). Das Bundesgericht geht somit – wie vor ihm auch schon das Bundesverwaltungsgericht – offensichtlich nicht davon aus, dass eine "negative Prognose" allein schon aufgrund einer rein abstrakten Wiederholungsgefahr zu stellen ist, wie sie zweifellos immer gegeben sein dürfte, wenn nur der in Frage stehende Kartellrechtsverstoß betrachtet wird. Die Annahme der "ausreichende Wiederholungsgefahr" gründet vielmehr auf verschiedenen, in den Urteilen erwähnten Indizien (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.7 i.V.m. E. 4.4, 5.3, 5.4.4, 5.5.2 und 5.6; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.4.2, 5.4.2).

### **E. 14.3.2**

Die Tatsache, dass die sanktionierten Luftfahrtunternehmen das ihnen vorgeworfene Verhalten bereits rund acht Jahre vor Erlass der angefochtenen Sanktionsverfügung aufgegeben haben, spricht somit hier nicht grundsätzlich gegen die Zulässigkeit einer zukunftsgerichteten, präven-

B-761/2014 Seite 109 tiven Massnahme; dürfen doch solche Massnahmen auch bei "eingestellten und direkt sanktionierbaren Tatbeständen" erlassen werden, um die Wiederholung einer festgestellten Wettbewerbsbeschränkung bei ausreichender Wiederholungsgefahr zu verhindern (Urteil 2C\_782/2021 E. 4.3.3 f., 4.4, 5.7; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.4.2, 5.4.2). Für das Bundesverwaltungsgericht sind jedoch – anders als im vorangehend dargelegten, unlängst ergangenen Präjudiz des Bundesgerichts – keine Indizien ersichtlich, die hier auf eine negative Prognose schliessen liessen. Auch die Vorinstanz führt weder in der angefochtenen Verfügung noch im Schriftenwechsel vor

Bundesverwaltungsgericht aus, inwiefern im vorliegenden Fall ein sachlich begründetes Risiko eines erneuten kartell- gesetzlichen Verstosses, somit eine ausreichende Wiederholungsgefahr vorliegen könnte. Die angefochtene Verfügung weist lediglich darauf hin, die "vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen" liessen sich "(...) ohne Weiteres durch ein Unterlassen der die Wettbewerbsbeschränkung be- gründenden Handlungen beseitigen", weshalb den Parteien ein Verbot auf- zuerlegen sei (1,1643). Eine Massnahme, wie sie die Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung festhält (und die nach Ansicht der Vorinstanz "rein deklarato- risch" ist, vgl. E. 14.2), erweist sich unter diesen Umständen nicht als er- forderlich. Das Vorgehen der Vorinstanz muss deshalb als unverhältnis- mässig bezeichnet werden. Es verletzt Art. 5 Abs. 2 BV. Die Beschwerde ist insofern begründet und die Dispositiv Ziffer 1 ist, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerinnen bezieht, aufzuheben.

## **E. 15**

Verletzung des rechtlichen Gehörs?

### **E. 15.1**

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen eine schwere Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (2[...],85-113; 4[...], 399-408): Zu Unrecht sei ihnen die Einsicht in die Korrespondenz der Vorinstanz mit der EU-Kommission verweigert worden (2[...],89 mit Verweis auf act. 1:84,102,227,246). Das Bundesverwaltungsgericht müsse beurteilen, ob diese für den Entscheid erheblich sei.

B-761/2014 Seite 110 Ferner sei die angefochtene Sanktionsverfügung völlig ungenügend be- gründet, insbesondere fehle eine nachvollziehbare Individualisierung der Vorwürfe. So seien ihre Rügen nicht im Detail geprüft worden und die Vor- instanz begnüge sich mit komplizierten und verwirrenden Verweisen auf andere Ziffern ihrer Verfügung, die gar nicht zur individuellen Situation der Beschwerdeführerinnen passten. Die Vorinstanz bediene sich einer letzt- lich kaum verständlichen juristischen Argumentation, was die Beschwerde- führerinnen dazu zwingt, die zahlreichen Verweise zu durchsuchen, um herauszufinden, welche Vorwürfe genau überhaupt auf sie zutreffen könn- ten. Mangels klarer Darstellung der erhobenen Vorwürfe, verletzte die Vorinstanz ihre elementare Pflicht, die angefochtene Verfügung so zu be- gründen, dass die Vorwürfe überhaupt verstanden werden könnten.

### **E. 15.2**

Nach Ansicht der Vorinstanz ist die angefochtene Verfügung genü- gend individualisiert begründet (3[...],10; 5[...],10): Die Argumente der Par- teien stimmten im Wesentlichen oftmals überein, weshalb mit Verweisun- gen gearbeitet worden sei, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden (wie z.B. im Falle der für [...] und C.\_\_\_\_\_ gleichlautenden Antwort, wo- nach beide hierzulande über einen Generalverkaufsagenten vertreten ge- wesen seien).

### **E. 15.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und wird für das Verwaltungsverfahren in den Art. 26 ff. VwVG konkretisiert. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift (BGE 143 V 71 E. 4.1). Dieser Gehörsanspruch ist formeller Natur. Dessen

Verletzung führt somit grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, unabhängig davon, ob die Gehörsverletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant war (vgl. statt vieler BGE 144 I 11 E. 5.3; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 Rz. 106 ff.). Nach ständiger Rechtsprechung kann unter bestimmten Umständen allerdings eine Heilung der Gehörsverletzung durch die Beschwerdeinstanz erfolgen, wenn diese im Vergleich zur Vorinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, sodass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Verwaltung ist zudem selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Ge-

B-761/2014 Seite 111 hörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2, m.H.). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (B-807/2012 E. 5.1 m.H.).

#### **E. 15.4**

Die Frage, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen die Einsicht in die Korrespondenz mit der EU-Kommission (act. 1:84,102,227,246) zu Unrecht verweigert hat, kann offenbleiben. Entgegen deren Befürchtungen erweist sich diese – rein auf rechtliche Zuständigkeitsfragen beschränkte – Korrespondenz (vgl. vorstehende E. 4 f.) für das vorliegende Urteil nicht als entscheidungswesentlich. Die Frage einer allfälligen Offenlegung stellt sich daher nicht. Zur zweiten Rüge ist einzuräumen, dass die in der angefochtenen Verfügung zahlreich verwendeten Querverweise die Analyse der angefochtenen Verfügung etwas erschweren. Soweit die Beschwerdeführerinnen im Ergebnis aber die vorinstanzlichen Erwägungen im Wesentlichen wegen "fehlender Individualisation und Sachbezug des Vorwurfs" und "unverständlichen Gedankengängen" für unbegründet halten, betrifft diese Kritik letztlich die materielle Würdigung der Beweislage, welche die Vorinstanz angesichts der von ihr für sachrelevant erklärten Umstände vorgenommen hat. Diesbezüglich werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz auch konkrete Widersprüche in der Argumentationslogik und faktenwidrige Annahmen vor und begründen dies materiell eingehend (2[...],95-111; 4[...], 399-408). Die sorgfältig verfassten Eingaben der Beschwerdeführerinnen zeigen, dass sich die Beschwerdeführerinnen ein klares Bild vom sachverhaltlichen wie auch rechtlichen Standpunkt der Vorinstanz machen konnten, so dass die vermeintlichen Begründungsmängel jedenfalls einer wirksamen Verteidigung nicht entgegenstanden. Inwiefern hier eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen könnte, welche zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen müsste, weil sie vor Bundesverwaltungsgericht keiner Heilung zugänglich wäre, ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht.

B-761/2014 Seite 112

#### **E. 16**

Verfahrenskostenliquidation vor der Vorinstanz

##### **E. 16.1**

Mit ihrem Antrag auf Aufhebung der ganzen Verfügung stellen die Beschwerdeführerinnen auch implizit die Rechtmässigkeit der auferlegten Verfahrenskosten in Frage (2[...],381), was von Amtes wegen zu prüfen ist.

### **E. 16.2**

Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Verursacher eines Verwaltungs- verfahrens gebührenpflichtig, wenn dessen Verhalten Anstoss zu behördli- chen Ermittlungen gebe (1,1818,1829-1837). Praxisgemäss würden grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher gelten und darum die Kosten zu gleichen Teilen tragen müs- sen. Davon sei nur abzuweichen, wenn das Ergebnis stossend wäre, was hier nicht der Fall sei. Eine Untersuchung sei gebührenpflichtig, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erwiesen sei, aber auch wenn sich Parteien unterziehen würden. Dies werde beispielsweise angenom- men, wenn beanstandetes Verhalten aufgegeben und das Verfahren des- halb als gegenstandslos eingestellt werde. Die Gebührenpflicht entfalle nur, wenn sich bei verfahrensverursachenden Unternehmen die anfängli- chen Anhaltspunkte nicht erhärten würden und deswegen das Verfahren eingestellt werde. Der Zeitaufwand belaufe sich auf insgesamt 6'567 Stunden und werde ge- stützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den gesetzlichen Stundenansätzen berechnet. Die vorzunehmende Teil- einstellung habe keine Auswirkung auf die Verfahrenskosten von gesamt- haft Fr. 1'313'630.– (inkl. Auslagen von Fr. 9'740.–). Abziehen seien die reduzierten Verfahrensgebühren von Fr. 57'987.– für [...]; dieses Unterneh- men habe keine Bemerkungen zum Sekretariats-Antrag gemacht, die Sanktionshöhe nicht beanstandet und auf eine mündliche Anhörung ver- zichtet. Der Restbetrag von Fr. 1'255'643.– sei anteilmässig von den ver- bliebenen dreizehn Adressatinnen im Umfang von je Fr. 96'588.– zu tragen (unter solidarischer Haftung).

### **E. 16.3.1**

Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verur- sacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbs- kommission oder des Sekretariats veranlasst. Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b und

B-761/2014 Seite 113 c GebV-KG sind nicht gebührenpflichtig Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhalts- punkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bezie- hungsweise sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV, SR 172.041.1]).

### **E. 16.3.2**

Im Grundsatz gilt das Verursacherprinzip. Danach ist nicht jede Per- son, welche ein Verfahren auslöst, kostenpflichtig. Das Verursacherprinzip verlangt aber, dass eine Tätigkeit unmittelbar von der gebührenpflichtigen Person verursacht beziehungsweise veranlasst worden ist. In Bezug auf Untersuchungen gemäss Art. 27 KG sind das z.B. diejenigen Unterneh- men, die mutmasslich am Wettbewerbsverstoss beteiligt waren und

damit einen Anfangsverdacht ausgelöst haben (DAVID BRUCH/TOBIAS JAAG, DIKE-KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 33; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 4 ff.). Das Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip relativiert (vgl. Art. 3 Abs. 2 GebV-KG), indem nur diejenige Person gebührenpflichtig wird, die in einem von ihr verursachten Verfahren gegen die Wettbewerbsbehörden unterliegt. Massgebend für die Gebührenpflicht ist also das Ergebnis des verursachten beziehungsweise veranlassten Verfahrens (BRUCH/JAAG, DIKE-KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 34; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 11).

### **E. 16.3.3**

Die Selbstanzeigerinnen haben mit ihren Selbstanzeigen das Untersuchungsverfahren, wie die Vorinstanz zugesteht, ganz wesentlich unterstützt. In der vorinstanzlichen Untersuchung bestanden zwar Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, welche sich nur teilweise erhärten liessen. Doch konnte den Beschwerdeführerinnen lediglich in einem Punkt (Treibstoffzuschläge) ein sanktionierbarer Verstoss gegen das KG nachgewiesen werden. Wie bereits vorangehend erwähnt, ist nicht auszuschliessen, dass das Untersuchungsverfahren unter Umständen mit einem etwas weniger grossen Aufwand hätte betrieben werden können, was auch die Arbeit der Rechtsmittelbehörde erleichtert hätte.

B-761/2014 Seite 114 Eine diesbezügliche nachträgliche "detaillierte" Aufschlüsselung der Verfahrenskosten ist indessen kaum praktikabel. Daher gebieten es nicht zuletzt auch verfahrensökonomische Gründe, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten um 30 % zu reduzieren. Somit ist die ursprüngliche Gebühr von Fr. 1'303'890.– um 30 % auf Fr. 912'723.– zu kürzen, was neu Verfahrenskosten von Fr. 922'463.– ergibt (= Gebühr von Fr. 912'723.– + Auslagen von Fr. 9'740.–). Davon sind die von [...] (Fr. 96'588.–), [...] (Fr. 96'588.–), [...] (Fr. 96'588.–), [...] (Fr. 57'987.–) und [...] (Fr. 96'588.–) insgesamt – bereits rechtskräftig – geleisteten Fr. 444'339.– abzuziehen, was neu für die vor Bundesverwaltungsgericht beschwerdeführenden Parteien (Rest-)Verfahrenskosten von Fr. 478'124.– ergibt. Diese Summe ist durch die neun beschwerdeführenden Unternehmensgruppen zu teilen. Für die Beschwerdeführerinnen ergibt dies neu zu tragende Verfahrenskosten von Fr. 53'125.–, unter solidarischer Haftung für Fr. 318'750.–. Letzteres entspricht der Gesamtsumme der noch verbleibenden Verfahrenskosten nach Abzug des auf die vor Bundesverwaltungsgericht obsiegenden Parteien fallenden und daher von der Vorinstanz zu Unrecht geforderten Betrages.

### **E. 17**

Zusammenfassung Im Lichte aller bisher gemachten Erwägungen erweist sich die Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden kann, als teilweise begründet; sie ist insoweit gutzuheissen: Dispositiv Ziffer 1 ist aufzuheben, Dispositiv Ziffer 2 zu korrigieren und entsprechend den vorstehenden Urteilsbegründungen neu zu fassen. Ebenfalls neu zu fassen ist die Dispositiv Ziffer 4. Die zu sprechenden Verfahrenskosten sind zu reduzieren. Soweit weitergehend, ist die Beschwerde indessen abzuweisen.

### **E. 18**

Nebenfolgen

### **E. 18.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Bei diesem Verfahrensausgang sind die Beschwerdeführerinnen teilweise obsiegende Parteien, Verfahrenskosten sind ihnen daher in ermässigtem

B-761/2014 Seite 115 Umfang, aufzuerlegen, soweit auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist beziehungsweise soweit sie unterliegen. In Anbetracht aller relevanten Umstände werden diese auf Fr. [...] festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. [...] verrechnet, weshalb den Beschwerdeführerinnen der Restbetrag von Fr. [...] nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

### **E. 18.2.1**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom

### **E. 18.2.2**

Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung – in dieser Streitsache mit einem beträchtlichen finanziellen Streitwert – ist den Beschwerdeführerinnen, da sie teilweise obsiegen, eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht ein gewisses Ermessen zu. Das Honorar berechnet sich mithin einzig nach dem Aufwand und nicht nach dem Streitwert. Eine summenmässig bestimmte feste Obergrenze besteht nicht (Urteile des Bundesgerichts 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte] E. 8.3.1). Indessen umfasst die Parteientschädigung nur die notwendigen Kosten (Urteil 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 E. 8.3.4).

B-761/2014 Seite 116

### **E. 18.2.3**

Mit Kostennote vom 14. Juni 2018 machen die Beschwerdeführerinnen einen Aufwand von insgesamt Fr. 120'714.50 geltend, der Auslagen (Fr. 8'400.50) beinhaltet. Zur Begründung ihrer detaillierten Kostennote machen die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin diverse Aufwandspositionen geltend ("analyse de la décision et préparation d'une stratégie et des arguments de recours ; recherches juridiques en lien avec la préparation du recours ; préparation d'une traduction en anglais de la décision pour le client, avec l'aide de confrères anglophones ; rédaction et dépôt du recours et préparation d'un chargé de pièces ; analyse de la réponse de la Commission de la concurrence ; rédaction et dépôt d'une réplique ; analyse de la duplique de la Commission de la concurrence ; échange de correspondance avec le Tribunal administratif fédéral", "81,2 heures d'associé à CHF 400.–, soit CHF 32'480.–; 145,4 heures de collaborateur senior à CHF 300.–, soit CHF 43'620.–; 138,8 heures de collaborateurs junior à CHF 230.–, soit

CHF 31'924.-; 21,45 heures de stagiaires à CHF 200.-, soit CHF 4'290.-" bzw. für die Auslagen: " Frais de traduction en anglais de la décision du 2 décembre 2013 de la Commission de la concurrence dans l'affaire 81.21-0014 (accords dans le domaine du fret aérien), pour les besoins du client, soit CHF 3'908.-; frais de photocopie de documents, frais de port et de téléphone, soit CHF 4'492.50"). Die in der Kostennote nachvollziehbar aufgelisteten Aufwendungen lassen sich im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerinnen angesichts der Komplexität der Streitsache und im Vergleich zu ähnlich gelagerten Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht beanstanden. Wie der Kostennote korrekt zu entnehmen ist, umfasst die Parteientschädigung keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE. Denn hier hat angesichts der gewillkürten Vertretung die Partei ihren Sitz im Ausland (vgl. Art. 8 Abs. 1 MWSTG zum Empfängerortsprinzip, wonach an einen ausländischen Empfänger erbrachte Dienstleistungen nicht der MWST als Inlandsteuer [Art. 10 ff. MWSTG] unterliegen). Somit ist den Beschwerdeführerinnen zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung im beantragten, jedoch im Rahmen ihres teilweisen Obsiegens in reduziertem Umfang, d. h. insgesamt ausmachend Fr. 60'000.-, zuzusprechen. Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

B-761/2014 Seite 117

## **E. 21**

Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3).

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