

# **BVGer B-787/2014 vom 16. November 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-787\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-787_2014)

FR: TAF B-787/2014 du 16 novembre 2022

IT: TAF B-787/2014 del 16 novembre 2022

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden

## **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).

##### **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**

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). In der angefochtenen Verfügung wird den Beschwerdeführerinnen verboten, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes über Preise, Preislemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen und entsprechende Informationen auszutauschen (Dispositiv Ziffer 1). Zudem wird sie

B-787/2014 Seite 12 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. Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist insoweit auf die Beschwerde einzutreten.

##### **E. 1.1.3**



Zollabfertigungszuschläge für die USA sowie über die Nicht-Kommissionierung dieser Zuschläge abgesprochen oder ihr Verhalten entsprechend abgestimmt. Im Rahmen eines Netzwerkes, insbesondere unter dem Dach des Z.\_\_\_\_\_, hätten sie in zahlreichen Kontakten ihr Preisverhalten für die Bereitstellung von Luftfrachtleistungen koordiniert. Dies werde durch zahlreiche Selbstanzeigen, E-Mails, Sitzungsprotokolle, Notizen, Medienmitteilungen, Informationsschreiben (etc.) belegt.

B-787/2014 Seite 14 Diese Zuwiderhandlungen seien als "einzige und fortdauernde Zuwiderhandlungen" im Sinne der EU-Rechtsprechung aufzufassen. Sie bezweckten, im Bereich Luftfracht den Wettbewerb schweizweit und im europäischen Wirtschaftsraum zu verhindern und einzuschränken, und seien auch geeignet gewesen, den Handel "Schweiz – EU" zu beeinträchtigen.

### **E. 2.2**

Widerspruch zum Kommissionsentscheid (Beschwerdeführerinnen) Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, an irgendwelchen Kartellrechtsverstössen beteiligt gewesen zu sein. Sie seien in keinem der weltweit durchgeführten Kartellverfahren sanktioniert worden, weshalb sich die Vorinstanz in einen auffallenden Gegensatz zur EU Kommission und [...Be- hörde in Drittstaat...] stelle: Beide Behörden hätten gegen dasselbe weltweite Kartell auf Grundlage von Informationen derselben Gruppe von Selbstanzeigern ermittelt und keine Beteiligung von B.\_\_\_\_\_ am weltweiten Luftfrachtkartell festgestellt, im Unterschied zu den ebenfalls von der Vorinstanz gebüssten Fluggesellschaften, wie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hat ihnen die Vorinstanz trotz vorhandener Beweise gegen die geständigen Kartellteilnehmer keinen Kartellrechtsverstoss nachweisen können. Die angefochtene Verfügung zeige ein deutliches Muster regelmässiger Treffen und Kommunikationen im In- und Ausland auf, an denen jeder der geständigen Kartellteilnehmer beteiligt gewesen sei und die jeden Aspekt der Luftfrachtzuschläge umfasse. Dies stehe im Kontrast zu vereinzelt Indizien, die sporadisch mit Bezug zu B.\_\_\_\_\_ angeführt würden. Dies deute bereits darauf hin, dass B.\_\_\_\_\_ nie am fraglichen Kartell beteiligt gewesen sei. Insbesondere lege die Vorinstanz das Konzept der "Gesamtabrede" ("single and continuous infringement") falsch aus. Es reiche nicht aus, B.\_\_\_\_\_ eine Kenntnis bezüglich des übergeordneten Kartells einfach zu unterstellen. Vielmehr müsse die Vorinstanz nach europäischem und schweizerischem Recht diese Kenntnis im Hinblick auf jeden Beteiligten nachweisen, was in Bezug auf B.\_\_\_\_\_ nicht gelungen sei.

### **E. 2.3**

Gleichzeitige Anwendung von Abkommen und Gesetz (Vorinstanz) Aus Sicht der Vorinstanz ist auf den vorliegenden Sachverhalt sowohl das Luftverkehrsabkommen als auch das Kartellgesetz (KG, SR 251) anwendbar. Mit dem LVA CH-EU übernehme die Schweiz alle

B-787/2014 Seite 15 wettbewerbsrechtlichen Luftfahrt-Vorschriften der EU. Die hier zu beurteilende Abrede habe weltweite Geltung gehabt, sofern eine 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 insbesondere auch im bilateralen Abkommen vom 15. Juni 1995 zwischen der Schweiz und den USA über den Luftverkehr (AS 1997, 1076, LVA CH- USA) keine kartellgesetzausschliessenden Freiräume für zulässige Tarif- absprachen. 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), 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 LVA CH-US (Beschwerdeführerinnen) Die Beschwerdeführerinnen halten einzig das LVA CH-USA für anwendbar. Dieses erlaube keine staatlichen Interventionen bei Absprachen zu Strecken in die USA. Insofern sei die Vorinstanz nicht ermächtigt, B. \_\_\_\_\_ auf Grundlage des LVA CH-US zu sanktionieren. Aber auch im Rahmen des LVA CH-EU und des KG käme eine Sanktion nicht in Frage.

#### **E. 3**

Auslegung des Luftverkehrsabkommens Schweiz – EU

##### **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

B-787/2014 Seite 16 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 beste- hende relevante EU-Recht auf die Schweiz ausgedehnt. Die Schweiz über- nimmt 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 Ab- kommen 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). 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 wider, 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.

B-787/2014 Seite 17

### **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.

B-787/2014 Seite 18 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 [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. 17-4); 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).

B-787/2014 Seite 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: 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.

B-787/2014 Seite 20 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). Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten, wäre die Vorinstanz 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

B-787/2014 Seite 21 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.). 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, insbesondere 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.).

B-787/2014 Seite 22 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 Auslands-sachverhalte 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.;

B-787/2014 Seite 23 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). 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

B-787/2014 Seite 24 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 vom 30. März 2022 T-324/17 Rz. 44, 248).

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 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.

B-787/2014 Seite 25 Die Vorinstanz durfte sich 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. 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

B-787/2014 Seite 26 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). 5.1.2 Dem entgegen die Beschwerdeführerinnen, anzuwenden sei einzig das LVA CH-USA, welches wettbewerbsrechtliche Interventionen zu Strecken zwischen der Schweiz und den USA ausschliesse. Aber auch im Rahmen des LVA CH-EU und des KG käme eine Sanktionierung nicht in Frage (2[...],21-23,385-402). 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 hier einzig das LVA CH-EU anwendbar ist. 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

B-787/2014 Seite 27 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. 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. 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 *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" gleichbedeu-

B-787/2014 Seite 28 tend 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 VVK 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. 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

B-787/2014 Seite 29 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, 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

B-787/2014 Seite 30 (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. 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 B-787/2014 Seite 31 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. Schliesst das LVA CH-EU eine Anwendung des KG nicht prinzipiell aus, ist, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen (2[...],21-23,385-402), nachfolgend zu prüfen, ob ein solcher Ausschluss in den vertraglichen Regelungen des LVA CH-USA (AS 1997 1076) vorgesehen ist. Spezialvertraglich erlaubte Tarifkoordination gemäss LVA CH-USA?

## **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). Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten, wäre die Vorinstanz 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, insbesondere 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 vom 30. März 2022 T-324/17 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. Die Vorinstanz durfte sich 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**

Dem entgegen die Beschwerdeführerinnen, anzuwenden sei einzig das LVA CH-USA, welches wettbewerbsrechtliche Interventionen zu Strecken zwischen der Schweiz und den USA ausschliesse. Aber auch im Rahmen des LVA CH-EU und des KG käme eine Sanktionierung nicht in Frage (2[...],21-23,385-402).

## **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 hier einzig das LVA CH-EU anwendbar ist. 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, vorbehältlich 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. Schliesst das LVA CH-EU eine Anwendung des KG nicht prinzipiell aus, ist, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen (2[...],21-23,385-402), nachfolgend zu prüfen, ob ein solcher Ausschluss in den vertraglichen Regelungen des LVA CH-USA (AS 1997 1076) vorgesehen ist.

## **E. 6**

Juni 1990) als Ausdruck gewohnheitsrechtlicher Standards abzustellen (1,971-980), insbesondere auf die Art. 31 VRK ("Allgemeine Auslegungsregel"), Art. 32 VRK ("Ergänzende Auslegungsmittel") und Art. 26 VRK ("Pacta sunt servanda"), auch wenn die EU nicht Partei dieser Konvention ist (vgl. BGE 146 II 150 E. 5.3.1; Urteil des BGER 2C\_534/2019 vom 4. Februar 2020 [nicht in BGE 146 II 145 publizierte] E. 3.2.5, je m.w.H., je auch zum Folgenden). Ausgangspunkt der Auslegung ist gemäss Art. 31 Abs. 1 VRK der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung. Der Text der Vertragsbestimmung ist aus sich selbst heraus gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung zu interpretieren. Diese gewöhnliche Bedeutung ist nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs und des Ziels und Zwecks des Vertrags zu bestimmen. Art. 31 Abs. 1 VRK bestimmt bei der Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungselemente eine Reihenfolge, ohne dabei eine feste Rangordnung unter diesen festzulegen (BGE 146 II 150 E. 5.3.2, auch zum Folgenden). Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben stellt die teleologische Auslegung den *effet utile* des Vertrags sicher. Letzterer kommt mittelbar in Art. 17 LVA CH-EU zum Ausdruck, wonach die Vertragsparteien zur Erfüllung der sich aus diesem Abkommen ergebenden Verpflichtungen alle geeigneten Massnahmen treffen und sich aller Massnahmen enthalten, die die Erreichung der mit diesem Abkommen verfolgten Ziele gefährden. Vorbereitende Arbeiten ("*travaux préparatoires*") und die Umstände des Vertragsabschlusses könnten aufgrund von Art. 32 VRK nur ausnahmsweise herangezogen werden.

### **E. 6.1**

Verhältnis Kartellgesetz zu LVA CH mit Drittstaaten Nach Art. 3 Abs. 1 KG entfällt die Anwendung des KG beziehungsweise 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 einzelne 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 behörd-

B-787/2014 Seite 32 licher Genehmigung, vgl. 1,946), so wird damit im betreffenden Luftverkehrsverhältnis staatsvertraglich Preiswettbewerb ausgeschlossen und insoweit 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 f.) und mit den Beschwerdeführerinnen (2[...],387 ff.) ist daher davon auszugehen, dass alle bilateralen Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Staaten, soweit sie eine streckenbezogene, wettbewerbsausschliessende Tarifkoordination erlauben, dem KG vorgehen und dessen Anwendung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ausschliessen.

## **E. 6.2**

Sanktionsausschluss infolge erlaubter Tarifkoordination (LVA CH-US)?

### **E. 6.2.1**

Standpunkte der Verfahrensbeteiligten zur Auslegung Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen erlaubt das LVA CH-USA bei wettbewerbsbeschränkenden Preisabsprachen keine staatlichen Eingriffe (2[...],385-402; 4[...],65-67; 6[...],37). Solche seien nur in drei eng definierten Fällen vorgesehen: (a) bei diskriminierenden Preisen oder Praktiken, (b) bei exzessiver oder unzulässiger Preisgestaltung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen oder (c) bei Preisen unter Marktniveau als Ergebnis von staatlicher oder anderer Förderung. Diese Kategorien spiegelten unilaterales Verhalten wider, nicht aber multilaterale Preisvereinbarungen. Der Vertragswortlaut sei eng auszulegen. Das Abkommen bezwecke zu verhindern, dass ein Land Fluggesellschaften des anderen Landes bevorzuge oder bei der Erbringung internationaler Luftfrachtdienste benachteilige (z.B. durch Auferlegung von Kapazitätsbeschränkungen oder von ungünstigen Vorschriften). Luftverkehrsunternehmen dürften gemäss Abkommen die Preise für den Luftverkehr "auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen" festlegen, was auch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen umfasse. Die Vorinstanz hält dem entgegen, das LVA CH-USA erlaube keine Koordination von Tarifen zwischen Unternehmen (1,943 ff.,1054 ff; 3[...],18). Zentraler Grundgedanke des Abkommens sei, dass Unternehmen miteinander

B-787/2014 Seite 33 in Wettbewerb treten. Die Präambel zum Abkommen statuiere die Förderung "ein auf dem wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Luftverkehrsunternehmen beruhendes internationales Luftverkehrssystem mit möglichst geringen staatlichen Eingriffen und Regelungen". Das LVA CH-USA wolle einzelne Unternehmen ermutigen, konkurrenzfähige Preise einzuführen. Deshalb seien Preisabreden mit den wettbewerbsorientierten Zielen des LVA CH-USA unvereinbar. Die Vertragsstaaten hätten wohl kaum Eingriffe gegen wettbewerbsrechtlich bedenkliche Preisabreden ausschliessen wollen. Zwar sehe das Abkommen eine Interventionsmöglichkeit bei wettbewerblich unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vor. Die bedeute aber nicht, dass bei Preisabsprachen staatliche Interventionen unzulässig wären.

### **E. 6.2.2**

Auslegung nach Wortlaut und in vertragssystematischer Betrachtung Wie die Beschwerdeführerinnen einräumen, befasst sich im LVA CH-USA nur Art. 12 (unter der Marginalie "Preisgestaltung") mit den Modalitäten der Preisbildung im Luftverkehr auf den vom Abkommen umfassten Strecken. Er hat folgenden Wortlaut: "1. Jede Partei lässt zu, dass die Preise für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen festgelegt werden. Eingriffe seitens der Parteien beschränken sich auf (a) die Verhinderung von unbilligen Diskriminierungspreisen oder -praktiken; (b) den Schutz der Konsumenten vor unangemessen hohen oder restriktiven Preisen infolge Missbrauchs einer

marktbeherrschenden Stellung; und (c) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden. 2. Jede Partei kann verlangen, dass die Preise, die von den Unternehmen der andern Partei von oder nach ihrem Gebiet erhoben werden, ihren Luftfahrtbehörden bekanntgegeben oder unterbreitet werden. Die Bekanntgabe oder das Unterbreiten durch die Unternehmen der beiden Parteien darf nicht mehr als 30 Tage vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens verlangt werden. In besonderen Fällen kann die Bekanntgabe oder das Unterbreiten in einem kürzeren Zeitraum als dem normalerweise dafür vorgesehenen erfolgen. Preise können jederzeit nach der Unterbreitung oder Bekanntgabe erhoben werden, sofern sie nicht von beiden Parteien abgelehnt werden. Keine Partei verlangt die Bekanntgabe oder das Unterbreiten von Preisen durch die Unternehmen der andern Partei, die Charterer der Öffentlichkeit belasten,

B-787/2014 Seite 34 ausgenommen für den Fall der Informationsbeschaffung auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung. 3. Keine Partei unternimmt einseitige Schritte, um die Einführung oder Beibehaltung eines Preises zu verhindern, der a) von einem Unternehmen jeder Partei für den internationalen Luftverkehr zwischen den Gebieten der Parteien erhoben wird oder der zur Belastung vorgeschlagen wird oder b) von einem Unternehmen einer Partei für den internationalen Luftverkehr zwischen dem Gebiet der andern Partei und jedem beliebigen andern Land erhoben wird oder zur Belastung vorgeschlagen wird, einschliesslich in beiden Fällen Beförderungen gestützt auf "interline"- oder "intra-line"-Absprachen. Wenn eine Partei glaubt, dass ein Preis nicht in Übereinstimmung mit den in Absatz 1 dieses Artikels festgeschriebenen Erwägungen übereinstimmt, kann sie Verhandlungen verlangen und der andern Partei die Gründe für ihre Ablehnung innerhalb von sieben Tagen seit Erhalt der Eingabe mitteilen. Solche Verhandlungen finden spätestens 30 Tage nach Erhalt des Begehrens statt, und die Parteien arbeiten zusammen, um die erforderlichen Informationen für eine vernünftige Lösung der hängigen Frage sicherzustellen. Können sich die Parteien hinsichtlich eines Preises, der abgelehnt wurde, nicht einigen, bemüht sich jede Partei nach besten Kräften, diese Einigung umzusetzen. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, wird der Preis angewendet oder bleibt in Kraft. 4. Unbeachtet der Absätze 1 bis 3 hiervor hat jedes bezeichnete Unternehmen das Recht, jeden im Markt angebotenen Preis ebenfalls anzubieten." Für die hier interessierende Frage, ob das Abkommen wettbewerbsbeschränkende Tarifvereinbarungen zwischen Gesellschaften erlaubt, ist offensichtlich nur die Auslegung von Art. 12 Abs. 1 LVA CH-USA von Bedeutung, befassen sich doch die Abs. 3 und 4 dieses Artikels einzig mit den Bedingungen, unter welchen ein Staat in die unternehmerische Preisgestaltung der Luftfahrtunternehmen des jeweils anderen Staates eingreifen darf. Dies ist unstrittig. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht festhalten, steht es nach dem klaren Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 LVA CH-USA den Luftfahrtunternehmen frei, ihre Preise für den Luftverkehr "auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen" festzulegen. Eine staatliche Intervention ist nur in drei in Art. 12 Abs. 1 ausdrücklich aufgeführten Fällen (unter Einhaltung der in den Abs. 2 und 3 aufgezählten Modalitäten) vorgesehen. Alle drei beziehen sich auf die unilaterale Preisgestaltung eines Unternehmens.

B-787/2014 Seite 35 Wie auch die Marginale "Fairer Wettbewerb" von Art. 11 LVA CH-USA zum Ausdruck bringt, soll damit verhindert werden, dass ein Land Fluggesellschaften des jeweils anderen Landes bevorzugt oder bei der Erbringung internationaler Luftfrachtdienste benachteiligt, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht einräumen. Dass

Art. 11 LVA CH-USA bei einer zweiseitigen (multilateralen) Preisvereinbarung eine staatliche Intervention zum Schutze des Wettbewerbs als Institution ausschliessen würde, ist indessen nicht ersichtlich. Anders als – gemäss den Beschwerdeführerinnen ähnlichen Luftverkehrsabkommen – hält das LVA CH-USA die Zulässigkeit von Tarifkoordinationen auch nicht ausdrücklich fest. Siehe dazu etwa die nachfolgend aufgeführten Beispiele (vgl. Anhang F der angefochtenen Verfügung, S. 404-412, z.B. insbesondere die jeweiligen Abs. 2 der unten zitierten LVA mit Drittstaaten):

B-787/2014 Seite 36 Auch aus einem wortlautgestützten systematischen Vergleich mit anderen Luftverkehrsabkommen lässt sich daher nicht darauf schliessen, dass die Schweiz und die USA wettbewerbsbeschränkende Preisabsprachen dulden müssten.

### **E. 6.2.3**

Vertragszielorientierte Auslegung Wird schliesslich die Präambel des LVA CH-USA betrachtet "Die Regierung der Schweiz und die Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika (in der Folge «die Parteien» genannt); vom Wunsche geleitet, ein auf dem wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Luftverkehrsunternehmen beruhendes internationales Luftverkehrssystem mit möglichst geringen staatlichen Eingriffen und Regelungen zu fördern; vom Wunsche geleitet, die Ausweitung der im internationalen Luftverkehr bestehenden Möglichkeiten zu erleichtern; vom Wunsche geleitet, den Unternehmen zu ermöglichen, Reisenden und Frachtbeförderern eine Vielzahl von Auswahldiensten zu den niedrigsten Preisen anzubieten, die keine überrissenen oder diskriminierenden Tarife sind und keine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellen und bestrebt, einzelne Unternehmen zu ermutigen, innovative und konkurrenzfähige Preise zu entwickeln und einzuführen; (...)." ist auch im Rahmen einer vertragszielorientierten Auslegung mit der Vorinstanz (3[...],18) davon auszugehen, dass der zentrale Grundgedanke des Abkommens dem "Wettbewerb" gewidmet ist und somit eine Intervention bei Preisabsprachen nicht ausgeschlossen wird. Dafür spricht auch, dass das LVA CH-USA am 15. Juni 1995 abgeschlossen wurde und am 27. September 1996 in Kraft trat (AS 1997 1076), also im selben Zeitraum als das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (in Kraft am 1. Juli 1996) den ersten Paradigmenwandel im Schweizerischen Kartellrecht einläutete (vgl. WALTER A. STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts, Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren, in: Stoffel Walter A./Zäch Roger [Hrsg.], Die Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 1-21). Dass Art. 8 Ziff. 7 Bst. a LVA CH-USA ausdrücklich Marketingvereinbarungen zwischen Fluggesellschaften z.B. zu "code-sharing" und anderen Zusammenarbeitvereinbarungen vorsieht, vermag entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen daran nichts zu ändern; werden doch nach dieser B-787/2014 Seite 37 Norm (unter der Marginalie "Wirtschaftliche Möglichkeiten") nicht preisbezogene Marketingvereinbarungen zugelassen. Wettbewerbsbeschränkende Tarifvereinbarungen werden nicht angesprochen.

### **E. 6.2.4**

Fazit: Keine vorbehaltenen Vorschriften im LVA CH-USA Weder aus dem Wortlaut, noch dem Sinn oder dem Vertragszweck des LVA-USA ergibt sich etwas, woraus sich auf die Zulässigkeit von Tarifabsprachen zu Strecken in die USA schliessen liesse. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerinnen sind daher unbegründet.

## 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 ebenso wie der Austausch über die zu verweigernde Kommissionierung; beides erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollisionsergebnisses stark (vgl. 1,1332 sowie Urteil des EuG vom 30. März 2022 T-324/17 Rz. 363). Dass es sich dabei um wettbewerbssensible Informationen handelte, mussten den Gesellschaftern 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 nachgewiesenen Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu den Treibstoffzuschlägen und der Verweigerung von Kommissionen stellen daher beide besonders schädliche horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dar (a.M. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 180 ff.). In beiden Fällen liegt das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der erwähnten höchstrichterlichen Ausführungen allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstandes vor, 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.

B-787/2014 Seite 120 Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegte Abrede 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, allenfalls – zumindest teilweise – von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen wäre, ist auch 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 in beiden Fällen mitzuverantworten, dass der Preiswettbewerb unter Beförderern verfälscht wurde. 13.3 Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen 13.3.1 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. Rechtfertigt 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

B-787/2014 Seite 121 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.). 13.3.2 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. Urteil B-7633/2009 Rz. 570). 13.3.3 Ob sich die vorgeworfenen Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht erörtert, da sie die kartellrechtlichen Vorwürfe vollumfänglich bestreiten (2[...],26-346,464). Allfällige Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG sind für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich. Da insbesondere der Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen nicht ausschliesslich nur unter "kartellrechtlich freigestellten" Allianz-Partnern stattfand, sondern, dass sich über die Allianz [...] -B. \_\_\_\_\_ alle von der Vorinstanz ins Recht gefassten Luftfrachtunternehmen im Z. \_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen austauschten, vermag auch das Argument der Beschwerdeführerinnen (2[...],30,95,192,232-235), ihre Kontakte mit [...] seien wegen der Allianz bzw. angesichts der erfolgten Freistellung vom Kartellverbot durch [...] Behörde in Drittstaat... gewählten antitrust immunity unbedenklich gewesen, am Ergebnis nichts zu ändern.

## **E. 7.2**

Im vorliegenden Verfahren erstreckt sich der Streitgegenstand angesichts der Anträge der Beschwerdeführerinnen, soweit darauf einzutreten ist (E. 1.1.3), 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 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

B-787/2014 Seite 39 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. Die Beschwerdeführerinnen erklären, sie würden die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung zu Sicherheitszuschlägen, Kriegsrisikozuschlägen und der angeblich vorgefallenen Gesamtabrede anfechten (2[...], 214, 244). Soweit dies als eigentlicher Antrag gemeint sein sollte, wäre darauf nicht einzugehen. Grundsätzlich betreffen die besagten und für die strittige Sanktionierung nur sehr beschränkt herangezogenen Verhaltensweisen bloss Begründungselemente, die im Verfügungsdispositiv keinerlei konkreten Niederschlag gefunden haben und deshalb nicht anfechtbar sind (BGE 145 II 259 E. 2.5.3; Urteil des BGer 2C\_524/2018 vom 8.5.2018 E. 2.5.3 m.H.).

## **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,

B-787/2014 Seite 40 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 kontinuierliche 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

B-787/2014 Seite 41 diese Preiselemente betrafen 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 "einzigste 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 welchen 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).

## **E. 8.2**

Entgegnung der Beschwerdeführerinnen (2[...],262-282,336-346) Die Beschwerdeführerinnen bestreiten eine Beteiligung an einem globalen oder lokalen Kartell. Allfällige Kontakte innerhalb der Branchenorganisation Z.\_\_\_\_\_ würden in keiner Weise eine Beteiligung an einem globalen Kartell belegen. Die Vorinstanz wende das Konzept der "Gesamtabrede" ("single and continuous infringement") falsch an. Dies setze nach europäischer Rechtsprechung voraus, dass das Unternehmen gewusst habe oder hätte wissen müssen, dass es mit Teilnahme an der Vereinbarung dem übergeordneten Kartell beitrete. Die Vorinstanz weise nicht nach, dass B.\_\_\_\_\_ von der weltweiten Kooperation gewusst habe. Ein solcher Nachweis sei aber nötig, um B.\_\_\_\_\_ für die angebliche Teilnahme am weltweiten Luftfrachtkartell verantwortlich machen zu können. Daher hätte die Vorinstanz, die sich nur auf lokale Kontakte beziehe, beweisen müssen,

B-787/2014 Seite 42 dass B.\_\_\_\_\_ gewusst habe, dass das lokale Kartell der Umsetzung eines weltweiten Kartells gedient habe. Dies sei aber nicht geschehen. Die Entscheidungen der EU Kommission und [...Behörde in Drittstaat...], B.\_\_\_\_\_ nicht anzuklagen, sowie die Stellungnahmen der Selbstzeuger zeigten, dass B.\_\_\_\_\_ nicht am weltweiten Luftfrachtkartell teilgenommen habe. Die Vorinstanz übersehe Belege, die zeigten, dass B.\_\_\_\_\_s Verhalten wesentlich von demjenigen geständiger Kartellmitglieder abgewichen sei. Erstens behaupte die Vorinstanz nicht, B.\_\_\_\_\_ sei an Kernaspekten des Kartells, der Koordinierung von Frachtraten und Zollabfertigungszuschlägen, beteiligt gewesen. Zweitens anerkenne die Vorinstanz sogar, dass B.\_\_\_\_\_s Hauptsitz, der allein Preisentscheidungen treffe, nicht in illegale Kontakte involviert gewesen sei. Dies stehe im starken Kontrast zum Verhalten der geständigen Kartellmitglieder, die das Kartell auf oberster Führungsebene der jeweiligen Hauptsitze organisiert hätten.

### **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 Sachverhaltselemente erörtert, die ausserhalb der Beurteilungskompetenz der Vorinstanz liegen, ebenso Kontakte, die sich als zulässig erwiesen oder Zeiträume vor Einführung direkter Sanktionen betreffen.

B-787/2014 Seite 43 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 – wie auch die Beschwerdeführerinnen rügen – 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

B-787/2014 Seite 44 Sachverhalt zu (AUER/BINDER, DIKE-Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 2 f.). Entscheiderheblich sind Tatsachen nur dann, wenn sie die tatbestandlichen 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

B-787/2014 Seite 45 Gesamtplans, mit dem ein gemeinsames Ziel verfolgt wird; (2) vorsätzlicher 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 Begründungsmängel von Entscheidungen der Europäischen Kommission – Das Urteil des EuG zum Luftfracht-Kartell, NZKart 3/2016, S. 116 m.w.H.]; MEINRAD 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 Utilitarism"?, E. C. L. R. 2008, S. 546 ff.; HENRIQUE 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



Damit erübrigt sich eine Diskussion der Ausführungen der Beschwerdeführerinnen (2[...],213-235).

#### **E. 8.4.5**

Laut den Feststellungen der Vorinstanz sollen die Beschwerdeführerinnen zwischen Januar 2003 und April 2003 an angeblichen Preisabreden zu Kriegsrisikozuschlägen beteiligt gewesen sein (vgl. Tab. 25 in 1,1679). Die Vorinstanz erörtert hierzu, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] hätten im Jahr 2003 nach dem Irak-Krieg kurz Kriegsrisikozuschläge eingeführt (1,558-584,1176-1180,1202,1206 f., B-787/2014 Seite 48 1290 f.,1335-1342,1378,1392,1400,1414,1679,1680,1839,1844,1848). Dies betrifft einen Zeitraum vor der Einführung direkter Sanktionen auf den 1. April 2004. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten eine Beteiligung an den behaupteten Absprachen zu Kriegsrisikozuschlägen, da sie solche nachweislich nie erhoben hätten (2[...],16,236). Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht rügen (2[...],236), wird in der Verfügung nicht behauptet, dass sich B.\_\_\_\_\_ an Kommunikationen im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen beteiligt hätte. Im entsprechenden Abschnitt (1,558-583) wird B.\_\_\_\_\_ kein einziges Mal zu den Kriegsrisikozuschlägen erwähnt. Entgegen den Beschwerdeführerinnen (2[...],214,244) sind die entsprechenden Feststellungen keiner Anfechtung zugänglich (vgl. E. 7.2). Dass im Widerspruch zu den Ziffern 924, 1675 f. und 1787 der angefochtenen Verfügung, wonach allfällige Abreden zu Kriegsrisikozuschlägen vor dem 1. April 2004 nicht sanktionierbar seien, in der Ziffer 1844 die Kriegsrisikozuschläge für die Sanktionierung erwähnt werden, vermag daran nichts zu ändern. Daher brauchen die Erörterungen der Beschwerdeführerinnen hierzu (2[...],236-244) nicht weiter geprüft zu werden. Dies gilt mangels Entscheidungsrelevanz auch für die Frage, ob im Rahmen der Untersuchung der Kriegsrisikozuschläge der Anspruch von B.\_\_\_\_\_ auf rechtliches Gehör verletzt worden sei (2[...],23,373-384). Ebenfalls nicht zu prüfen ist, ob im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt worden sei (2[...],371 a.E.).

#### **E. 8.4.6**

Abreden zu Zollabfertigungszuschlägen für die USA wirft die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen nicht vor (vgl. Tabelle 43 in 1,1735 und Tabelle 25 in 1,1679 sowie 1,618,1343; 2[...],28,451). Dass die Vorinstanz im Widerspruch dazu in den Ziffern 1839 und 1844 auch den Beschwerdeführerinnen fälschlicherweise Abreden zu Zollabfertigungszuschlägen vorwirft, ist als redaktionelles Versehen zu werten und bleibt unbeachtlich.

#### **E. 8.4.7**

Des Weiteren unerheblich sind die Erwägungen zur angeblichen Teilnahme gewisser Unternehmen an Preisabreden zu Frachtraten (1,619-716,1351-1362). Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen (2[...],28,451), bestätigt selbst die Vorinstanz, dass B.\_\_\_\_\_ an solchen Abreden nicht beteiligt gewesen sei (vgl. Tab. 25 in 1,1679 sowie 1,716,1351). Im Widerspruch dazu erwähnt die Vorinstanz in den Ziffern 1839 und 1844 fälschlicherweise Frachtraten wieder als Abredegegenstand, was ebenfalls unbeachtlich ist.

B-787/2014 Seite 49

#### **E. 8.4.8**

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) sowie die den Beschwerdeführerinnen zur Last gelegten angeblichen Abreden gegenüber den Spediteuren gegenüber verweigerten – Kommissionierung von Zuschlägen (1,717-754,1363-1370), soweit der massgebliche Sanktionszeitraum und die fraglichen fünf Strecken betroffen sind. Beweisrecht 9.1 Grundsätze 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). 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**

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). 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 10. September 2014 E. 4.3 m.H.). Im Kartellverwaltungsverfahren sind auch Auskünfte und Urkunden von Selbstanzeigern als Beweismittel beizuziehen (Urteil B-807/2012 E. 8.4.2).

#### **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 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 Marktbeherrschung 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 erbringen, 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 wettbewerbssensitive 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 (2[...],64), müssten im Sinne eines Überzeugungsbeweises entsprechende 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 relevante Strecke Schweiz-USA und in Bezug auf die Treibstoffzuschläge und die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen an einer Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen war. 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 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 Abreden 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 aus den Selbstanzeigen stammenden Behauptungen kritisch zu prüfen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen stützen sich die Feststellungen gegen B.\_\_\_\_\_ auf ein paar vage und unbestätigte Verweise durch einen einzigen Selbstanzeiger, welcher jedoch B.\_\_\_\_\_ in seiner Selbstanzeige nicht zu den Kartellteilnehmern zähle. Trotz starker Anreize für die zahlreichen Selbstanzeiger, Beweise zu liefern, und angesichts des Umfangs an Beweisen gegen die geständigen Kartellteilnehmer, sei der Mangel an Beweisen gegen B.\_\_\_\_\_ besonders augenfällig (2[...],30).

#### **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 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 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 Autonomie-

B-787/2014 Seite 56 freiheit 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):

B-787/2014 Seite 57 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/Kommission, 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."

B-787/2014 Seite 58 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 normalen 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 unmittelbaren oder mittelbaren Information der Konkurrenten annimmt. Indessen dürfte für die Annahme einer Verhaltensabstimmung dann Raum sein, wenn die Konkurrenten mit entsprechenden Ankündigungen "nachziehen", um ebenfalls den Beteiligten die nötige Gewissheit über ihr bevorstehendes 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 Beurteilung eines Informationsaustauschs grundsätzlich belanglos. Schon eine einzige Kontaktnahme kann es den beteiligten Unternehmen ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen und so eine praktische Zusammenarbeit

B-787/2014 Seite 59 zu erreichen, die an die Stelle des Wettbewerbs und die mit ihm verbundenen 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 tatsächlichen Koordination teilgenommen zu haben. Folgt auf einen Informationsaustausch Parallelverhalten, erlaubt dies nach der Praxis der Unionsorgane 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; Urteil B-552/2015 E. 4.5.1). Dem Kollusionsvorwurf kann der Informationsadressat entgehen, wenn er nachweist, dass bei der Kontaktnahme kein Informationsaustausch stattgefunden hat, indem beispielsweise aufgezeigt wird, dass keine relevanten Informationen übermittelt oder, soweit angeboten, nicht entgegengenommen wurden (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 173).

### **E. 10.2.3**

Die für den Abstimmungstatbestand erforderliche praktische Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen kann insbesondere darin bestehen, dass Sitzungen durchgeführt werden, an denen wettbewerbsrelevante Informationen zwischen den beteiligten Wettbewerbern ausgetauscht 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 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 teilge-

B-787/2014 Seite 60 nommen" 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). 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.).

B-787/2014 Seite 61

### **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 Informationen zu erhöhter Transparenz über Preise beitragen; die Marktgegenseite kann dadurch in die Lage versetzt werden, besser informierte Marktentscheide 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.

B-787/2014 Seite 62 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 haben (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

B-787/2014 Seite 63 habe IATA ihren Preisindex nie veröffentlicht, da ihn verschiedene Bundesbehörden nicht genehmigt hätten, wie z.B. [...Behörde in Drittstaat...] (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).

B-787/2014 Seite 64 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 [...] Mai 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). [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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

B-787/2014 Seite 65 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 (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 halten dem entgegen, sie seien weder lokal noch global am sanktionierten Luftfrachtkartell beteiligt gewesen. Die EU Kommission und [...]Behörde in Drittstaat... hätten gestützt auf Informationen derselben Selbstanzeiger gegen das weltweite Kartell ermittelt und festgestellt, dass B. \_\_\_\_\_ daran nicht beteiligt gewesen sei. Die Vorinstanz habe Beweismittel zu Lasten von B. \_\_\_\_\_ ausgelegt und solche, die eine Nichtbeteiligung am Kartell zeigten, nicht berücksichtigt. Um die angebliche Verantwortlichkeit von B. \_\_\_\_\_ aufzuzeigen, stütze sich die Vorinstanz fast ausschliesslich auf Indizien im Zusammenhang mit der Teilnahme von B. \_\_\_\_\_ im Z. \_\_\_\_\_. Doch bedeute die blossе "Mitgliedschaft" im Z. \_\_\_\_\_ nicht gleichzeitig eine Beteiligung am Kartell. Vielmehr habe der Z. \_\_\_\_\_ viele



damit gemeinsam die Pläne hinsichtlich einer bevorstehenden Erhöhung von Treibstoffzuschlägen in Erfahrung gebracht werden können. In dieser E-Mail werden die adressierten Luftfahrtunternehmen aufgefordert, ihren Namen, den Betrag, das Einführungsdatum und alle anderen Konditionen zu nennen wie auch zu sagen, ob sie auf eine Erhöhung verzichten wollen (act. 1:A32,9/Beilage 22, vgl. auch act. 1:A47,182, nachfolgend zur Veranschaulichung abgebildet):

B-787/2014 Seite 68 o (3) Dem Z. \_\_\_\_\_ antworteten unter anderem [...] (act. 1:A31,3, 1:A32,10):

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). Die Beschwerdeführerinnen gaben am 28. April 2004 ihre Erhöhung des Treibstoffzuschlags um [...] per 12. Mai 2004 bekannt (act. 2[...]:16). o (4) In einer E-Mail vom 28. April 2004 (12.14 Uhr) lud der Z. \_\_\_\_\_ die im Z. \_\_\_\_\_-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).

B-787/2014 Seite 69 o (5) Einer weiteren internen E-Mail von [...] vom 29. April 2004 (13.42 Uhr) lässt sich die Information zu dem von Konkurrenten (d. h. von [...] sowie [...], [...], [...], [...], [...] und [...]) beobachtigten Verhalten entnehmen, auch wenn der darin noch mit CHF 0,30 angegebene Treibstoffzuschlag in den definitiven Kundenbriefen entsprechend einem weiteren Informationsaustausch auf CHF 0,31 festgelegt wurde (act. 1:A47:308; 1:A45,20; 1:A47:309). Ein Ausschnitt aus act. 1:A47:308 möge der Veranschaulichung dienen:

o (6) Hierzu führt eine [...]-interne E-Mail vom 30. April 2004 (14.12 Uhr) ein "harmonisch[es]" Treffen des Z. \_\_\_\_\_-Vorstands an, wobei 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-787/2014 Seite 70

[...Legende...] o (7) 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-787/2014 Seite 71

o (8) 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 (9) 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 (10) 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 werden, und entschuldigte sich dafür. Per 1. Juni 2004 erhöhte [...]

B-787/2014 Seite 72 diese Zuschläge entsprechend ihrer E-Mail an die Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter auf CHF 0,31 (act. 1:A32:29; 1:A47:315/317). o (11) 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 (12) 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 (13) 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). [...], [...], B. \_\_\_\_\_ und [...] seien "in der Zwischenzeit auch auf Kurs gebracht" worden (act. 1:A41:28):

B-787/2014 Seite 73

o (14) [...] informierte in der Folge am 27. Mai 2004 die Kunden wie folgt (Auszug aus act. 1:A47,200):

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 B. \_\_\_\_\_, [...], [...] und [...] im Juni 2004 die Treibstoffzuschläge erhöhen würden, teilten die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und

B-787/2014 Seite 74 [...] ihre Pläne mit (vgl. unten: act. 1:A47,233 sowie z.B. die Antwort von B. \_\_\_\_\_ act. 1:A47,232):

Dieser Austausch unter den Luftfahrtunternehmen fand als Informationsbasis Verwertung, 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-787/2014 Seite 75 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 [...] 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). 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):

B-787/2014 Seite 76 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 R. \_\_\_\_\_, vgl. act. 1:A47,278 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, vgl. insbesondere zu [...] act. 1:A47,285):

B-787/2014 Seite 77 B. \_\_\_\_\_ antwortet den Gesellschaftern des Z. \_\_\_\_\_ am 24. September 2004: "No news on the [...B. \_\_\_\_\_...] front yet" (act. 1:D9,94):

In der Folge wurde nach weiteren Rückmeldungen ein Übersichtsblatt mit den entsprechenden Treibstoffzuschlagsänderungen und den jeweiligen Stichtagen an alle Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter verschickt (vgl. act. 1:A47:348-352). o (5) Am 11. Oktober 2004 teilte [...] dem Z. \_\_\_\_\_ eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge mit (act. 1:A47,302, 310). Diese Information leitete der Z. \_\_\_\_\_ an B. \_\_\_\_\_, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] weiter und bat alle, wiederum das individuelle Vorgehen bekannt zu geben, damit dies allen Speditionen mitgeteilt werden könne (vgl. act. 1:A47,325):

B-787/2014 Seite 78 B. \_\_\_\_\_ antwortete gleichentags: "No news from [...B. \_\_\_\_\_...] so far" (act. 1:D9,82):

o (6) [...], [...], [...], [...], [...] und [...] informierten den Z. \_\_\_\_\_ und seine 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-787/2014 Seite 79

B. \_\_\_\_\_ gab am 18. Oktober 2004 eine Anhebung ihres Treibstoffzuschlages um denselben Betrag bekannt (Erhöhung auf [...] 0.44 CHF/kg) (act. 2[...]:31): [...] 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 [...] sowie [...], [...], [...] und [...] 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:A47:373; 1:A45,26; 1:A48:385):

B-787/2014 Seite 80 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). Der Z. \_\_\_\_\_ erklärte mit E-Mail vom 25. November 2004, [...] werde dem "national carrier" folgen und bat um Rückmeldung der anderen Gesellschaften (act. 1:A48:388/390-396; 1:A45,26; insb. act. 1:A48,56):

Die Beschwerdeführerinnen, die am 18. Oktober 2004 eine Erhöhung ihres Treibstoffzuschlages auf [...] 0.44 CHF/kg, wirksam ab 1. November 2004 [...] bekannt gegeben hatten (2[...]:31+32), antworteten auf diese E-Mail nicht. 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-787/2014 Seite 81

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 [...] 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):

B-787/2014 Seite 82

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). Auch [...] teilte am 9. März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge per 21. März 2005 mit, nachdem die meisten europäischen Luftverkehrsunternehmen bereits anfangs 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). (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.):

B-787/2014 Seite 83

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 den Z.\_\_\_\_\_, 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-787/2014 Seite 84 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 die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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):

Die Beschwerdeführerinnen antworteten gleichentags mit E-Mail und gaben ihre Erhöhungen wie folgt bekannt (act. 1:A32,55):

B-787/2014 Seite 85 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):

o (6) Am 26. August 2005 teilten [...], [...], [...], [...], [...], [...] sowie [...] ihr Vorgehen (Betrag/Stichtag) mit (vgl. z.B. für [...] act. 1:A48,243):

B-787/2014 Seite 86 o (7) Am 30. August 2005 wurden eine Übersicht der Rückmeldungen den Luftfahrtunternehmen zugestellt (act. 1:A48,245):

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 die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], und teilte diesen mit, dass [...] ebenfalls die Treibstoffzuschläge erhöhen werde. Gleichzeitig wurden die Gesellschafter um ein "Feedback" gebeten (act. 1:A48,294, 1:D3,85):

B-787/2014 Seite 87 o (2) Neben den Beschwerdeführerinnen antworteten auch [...], [...], [...], [...], [...] 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, zu B.\_\_\_\_\_ act. 1:A48,310):

o (3) Am 12. Oktober 2005 wurden eine Übersicht der Rückmeldungen den am Informationsaustausch beteiligten Luftfahrtunternehmen zugestellt (act. 1:A48,311):

o (4) Am 18. Oktober 2005 teilte der Z.\_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern, d. h. den Beschwerdeführerinnen sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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-787/2014 Seite 88

11.2.8 November 2005 (Treibstoffpreis-Rückgang, Stufen 11+10) o (1) Im November 2005 fanden zwischen [...], [...], [...], [...], [...] und [...] Kontakte betreffend eine Reduktion der Treibstoffzuschläge statt (act. 1:A48:508 f.). 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 B.\_\_\_\_\_ 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). Gleichtags 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 hatte [...] eine weitere Serie von Telefonaten mit [...], [...] und [...] geführt. Am 28. November 2005 sei die Reduktion der Treibstoffzuschläge gefolgt und [...] habe Kontakt mit [...] (act. 1:A40,14).

B-787/2014 Seite 89 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 B.\_\_\_\_\_ sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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 [...] (act. 1:A49,69 bzw. act. 1:A49:523/525/530-531). o (5) In einem internen Dokument von [...], das auf eine E-Mail 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 haben (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. [...Behörde in Drittstaat...] (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 [...] Mai 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). [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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 (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 halten dem entgegen, sie seien weder lokal noch global am sanktionierten Luftfrachtkartell beteiligt gewesen. Die EU Kommission und [...Behörde in Drittstaat...] hätten gestützt auf Informationen derselben Selbstanzeiger gegen das weltweite Kartell ermittelt und festgestellt, dass B. \_\_\_\_\_ daran nicht beteiligt gewesen sei. Die Vorinstanz habe Beweismittel zu Lasten von B. \_\_\_\_\_ ausgelegt und solche, die eine Nichtbeteiligung am Kartell zeigten, nicht berücksichtigt. Um die angebliche Verantwortlichkeit von B. \_\_\_\_\_ aufzuzeigen, stütze sich die Vorinstanz fast ausschliesslich auf Indizien im Zusammenhang mit der Teilnahme von B. \_\_\_\_\_ im Z. \_\_\_\_\_. Doch bedeute die bloss "Mitgliedschaft" im Z. \_\_\_\_\_ nicht gleichzeitig eine Beteiligung am Kartell. Vielmehr habe der Z. \_\_\_\_\_ viele legitime Zielen verfolgt, wie die Versorgung der "Mitglieder" mit nützlichen Informationen über das Frachtgeschäft, Flughafenlogistik, Sicherheit und sicherheitsrechtliche Regelungen. In vielen Fällen stütze sich die Vorinstanz allein auf die Tatsache der "Z. \_\_\_\_\_-Mitgliedschaft" von B. \_\_\_\_\_, um daraus die Teilnahme von B. \_\_\_\_\_ am Kartell oder eine entsprechende Kenntnis hierüber abzuleiten. Angesichts der legitimen Ziele des Z. \_\_\_\_\_ sei dieser nicht mit dem globalen Luftfrachtkartell gleichzusetzen. Kein angeführtes Beweismittel vermöge (einzeln oder mit anderen) die Teilnahme von B. \_\_\_\_\_ an einem lokalen Kartell zu belegen oder Rückschlüsse zu erlauben, dass B. \_\_\_\_\_ nicht unabhängig von den geständigen Kartellteilnehmern gehandelt habe. Stattdessen zeigten die Beweismittel bestenfalls, dass B. \_\_\_\_\_ "Mitglied" des Z. \_\_\_\_\_ gewesen sei, was für sich allein keine Haftung begründe. In diesem Sinne habe die Vorinstanz auch nicht alle Z. \_\_\_\_\_-"Mitglieder" belangt. Während des betreffenden Zeitraums habe B. \_\_\_\_\_ lediglich zwei Angestellte in ihrem Schweizer Büro gehabt. Beide hätten keine Kenntnis vom Kartell gehabt, an dem andere Z. \_\_\_\_\_-"Mitglieder" beteiligt gewesen seien. Die Verfügung enthalte keinen Hinweis, der diese Aussagen infrage stellen würde.

### **E. 11.2**

Würdigung der Beweislage durch das Bundesverwaltungsgericht Das Bundesverwaltungsgericht kann sich auf eine Erörterung der Kontakte beschränken, soweit sie sich zeitlich innerhalb des sanktionsrelevanten Zeitraums (d. h. ab 1. April 2004 bis in den Februar 2006, vgl. 1,1679/ Tab. 25) abgespielt und sich auf die hier zu diskutierenden Drittlandstrecken ausgewirkt haben. Insofern ist auf eine Darstellung und Würdigung der in den Ziffern 218-273,372-482,485-498 der angefochtenen Verfügung ausführlich geschilderten Vorkommnisse (vgl. act. 1:A5:5-20; 1:A31,5 f.; 1:A32:79 ff.; 1:A37:94-110; 1:A40,3-8; 1:A41:17-24,116-117, 122 ff.,130; 1:A45,6-18; 1:A46:195/229 f./ 242; 1:A47:255-297; 1:A52:C-0025; 1:A57; 1:B4,4-12; 1:B5:4-19; 1:B11,2-4; 1:B13,4; 1:B46:227; 1:C20,1654; 1:C12,7; 1:C16,11; 1:C 48,208, 1:D3:3-5.1.b; 1:D9:A 1:E5,17-63;



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 (8) 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 (9) 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 (10) 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 (11) 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 (12) 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 (13) 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). [...], [...], B. \_\_\_\_\_ und [...] seien "in der Zwischenzeit auch auf Kurs gebracht" worden (act. 1:A41:28): o (14) [...] informierte in der Folge am 27. Mai 2004 die Kunden wie folgt (Auszug aus act. 1:A47,200):

### **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 B. \_\_\_\_\_, [...], [...] und [...] im Juni 2004 die Treibstoffzuschläge erhöhen würden, teilten die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihre Pläne mit (vgl. unten: act. 1:A47,233 sowie z.B. die Antwort von B. \_\_\_\_\_ act. 1:A47,232): Dieser Austausch unter den Luftfahrtunternehmen fand als Informationsbasis Verwertung, 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 [...] 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 R.\_\_\_\_\_, vgl. act. 1:A47,278 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, vgl. insbesondere zu [...] act. 1:A47,285): B.\_\_\_\_\_ antwortet den Gesellschaftern des Z.\_\_\_\_\_ am 24. September 2004: "No news on the [...B.\_\_\_\_\_...] front yet" (act. 1:D9,94): In der Folge wurde nach weiteren Rückmeldungen ein Übersichtsblatt mit den entsprechenden Treibstoffzuschlagsänderungen und den jeweiligen Stichtagen an alle Z.\_\_\_\_\_-Gesellschafter verschickt (vgl. act. 1:A47:348-352). o (5) Am 11. Oktober 2004 teilte [...] dem Z.\_\_\_\_\_ eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge mit (act. 1:A47,302, 310). Diese Information leitete der Z.\_\_\_\_\_ an B.\_\_\_\_\_, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] weiter und bat alle, wiederum das individuelle Vorgehen bekannt zu geben, damit dies allen Speditionen mitgeteilt werden könne (vgl. act. 1:A47,325): B.\_\_\_\_\_ antwortete gleichentags: "No news from [...B.\_\_\_\_\_...] so far" (act. 1:D9,82): o (6) [...], [...], [...], [...] und [...] informierten den Z.\_\_\_\_\_ und seine 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.\_\_\_\_\_ gab am 18. Oktober 2004 eine Anhebung ihres Treibstoffzuschlages um denselben Betrag bekannt (Erhöhung auf [...] 0.44 CHF/kg) (act. 2[...]:31): [...]

#### **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 [...] sowie [...], [...], [...] und [...] 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:A47:373; 1:A45,26; 1:A48:385): 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). Der Z.\_\_\_\_\_ erklärte mit E-Mail vom 25. November 2004, [...] werde dem "national carrier" folgen und bat um Rückmeldung der anderen Gesellschaften (act. 1:A48:388/390-396; 1:A45,26; insb. act. 1:A48,56): Die Beschwerdeführerinnen, die am 18. Oktober 2004 eine Erhöhung ihres Treibstoffzuschlages auf [...] 0.44 CHF/kg, wirksam ab 1. November 2004 [...] bekannt gegeben hatten (2[...]:31+32), antworteten auf diese E-Mail nicht.

#### **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 [...] 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). Auch [...] teilte am 9. März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge per 21. März 2005 mit, nachdem die meisten europäischen Luftverkehrsunternehmen bereits anfangs 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). (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 den Z. \_\_\_\_\_, 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 die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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): Die Beschwerdeführerinnen antworteten gleichentags mit E-Mail und gaben ihre Erhöhungen wie folgt bekannt (act. 1:A32,55): 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 26. August 2005 teilten [...], [...], [...], [...], [...] sowie [...] ihr Vorgehen (Betrag/Stichtag) mit (vgl. z.B. für [...] act. 1:A48,243): o (7) Am 30. August 2005 wurden eine Übersicht der Rückmeldungen den Luftfahrtunternehmen zugestellt (act. 1:A48,245):

### **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 die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], und teilte diesen mit, dass [...] ebenfalls die Treibstoffzuschläge erhöhen werde. Gleichzeitig wurden die Gesellschafter um ein "Feedback" gebeten (act. 1:A48,294, 1:D3,85): o (2) Neben den Beschwerdeführerinnen antworteten auch [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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, zu B.\_\_\_\_\_ act. 1:A48,310): o (3) Am 12. Oktober 2005 wurden eine Übersicht der Rückmeldungen den am Informationsaustausch beteiligten Luftfahrtunternehmen zugestellt (act. 1:A48,311): o (4) Am 18. Oktober 2005 teilte der Z.\_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern, d. h. den Beschwerdeführerinnen sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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 [...] Kontakte betreffend eine Reduktion der Treibstoffzuschläge statt (act. 1:A48:508 f.). 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 B.\_\_\_\_\_ 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). Gleichtags 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). Gleichtags hatte [...] eine weitere Serie von Telefonaten mit [...], [...] und [...] geführt. Am 28. November 2005 sei die Reduktion der Treibstoffzuschläge gefolgt und [...] habe Kontakt mit [...] (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 B.\_\_\_\_\_ sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] 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 [...] (act. 1:A49,69 bzw. act. 1:A49:523/525/530-531). o (5) In einem internen Dokument von [...], das auf eine E-Mail vom 14. November 2005 folgt, findet sich eine Liste mit Änderungen der Indexstufen von gewissen Luftverkehrsunternehmen, einschliesslich einer Bewegung von [...] auf Stufe 11 mit Wirkung ab dem 18. November 2005 (act. 1:B5:20 bzw. act. 1:B5,157 f.). Am 24. November 2005 versandte [...] intern eine E-Mail, die "a very recent [...] internal memo" und Informationen über die Strategie von B.\_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen enthielt (act. 1:B12:3; 1:B14:6). o (6) 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 (7) Auf diese Information antwortete [...] am 30. November 2005, sie werde es [...] gleichtun. Gleichtags informierte [...] mit dem Betreff "FSC [Fuel Surcharge] THERE IT GOES AGAIN" und schickte diese E-Mail an die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Unter anderem bestätigten [...], [...], [...] und [...] eine Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge (act. 1:D3:3:5.1.b FSC E-Mails).

### **E. 11.2.9**

Dezember 2005 (Stufe 9) o (1) Angesichts eines tieferen Treibstoffindexes beschloss [...], die Treibstoffzuschläge per 5. Dezember 2005 zu senken, was den Kunden ab dem 22. November 2005 und dem Z.\_\_\_\_\_ am 24. November 2005 mitgeteilt wurde (act. 1:A49,95; 1:A49,106). Der Z.\_\_\_\_\_ leitete diese Information am 28. November 2005 an seine Gesellschafter weiter mit dem Hinweis, dass [...] [...] folgen würde (act. 1:A32,78): o (2) Darauf antworteten neben [...] auch [...], [...], [...], [...] und [...] (act. 1:A49:540 ff., 1:B4,6 ff., vgl. act. 1:A32,82):

### **E. 11.2.10**

Februar 2006 o (1) Wie die Vorinstanz für die Zeit vom Februar 2006 hervorhebt, hatte [...] Kenntnisse über die Erhöhung von Treibstoffzuschlägen auf Stufe 10 von B.\_\_\_\_\_, [...] und [...]: "[...B.\_\_\_\_\_...] and [...] have also announced L10 [Stufe 10] and [...] are showing 1 week, it is anticipated that they will announce next week" (act. 1:B5:13 bzw. act. 1:B5,45). o (2) Anfang Februar 2006 beschloss [...] die Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge (act. 1:A49:543). Am 6. Februar 2006 erkundigte sich [...] bei [...], [...], [...] und [...], ob es schon Informationen zur Erhöhung der Treibstoffzuschläge gäbe, worauf [...] antwortete, dass sie an diesem Tag mit einer Erhöhung "rausgehen" würden (act. 1:A32:66 f.). o (3) [...] kommunizierte die Erhöhung intern und extern am 6. Februar 2006, unter anderem auch dem Z.\_\_\_\_\_, der sofort die Beschwerdeführerinnen, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] in Kenntnis setzte, dass [...], [...], [...] und [...] ihre Treibstoffzuschläge erhöhen würden, verbunden mit der Bitte "please let me know your plans" (act. 1:A32,95): o (4) Neben den Beschwerdeführerinnen antworteten auch [...], [...] und [...] (act. 1:A32:68/69/70-74; vgl. act. 1:A32,98 zur Antwort von B.\_\_\_\_\_):

### **E. 11.2.11**

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 B.\_\_\_\_\_ beteiligt gewesen wäre und die sich routenspezifisch auf die Treibstoffzuschläge beziehen, werden von der Vorinstanz nicht erwähnt, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht anmerken (2[...],35).

### **E. 11.2.12**

Schlussfolgerung Die geschilderten Ereignisse ergeben sich aus zahlreichen E-Mails, diversen Selbstanzeigen und Antworten von Luftfahrtunternehmen. Angesichts der erfolgten Informationsflüsse im Rahmen des vom Z.\_\_\_\_\_ und den betroffenen Unternehmen spezifisch für Treibstoffzuschläge eingerichteten Marktinformationssystems kann der vorinstanzlichen Einschätzung, die Beschwerdeführerinnen hätten sich, handelnd durch ihre Angestellten, Frau Q.\_\_\_\_\_ und Herrn M.\_\_\_\_\_, zwischen April 2004 und Februar 2006 an diesem, auf die Festsetzung der Höhe der jeweiligen Treibstoffzuschläge gerichteten Informationsaustausch in unterschiedlicher Form (aktiv und passiv) beteiligt, gefolgt werden. Dass davon die in die Beurteilungszuständigkeit der Vorinstanz fallende Strecke "Zürich - [...Stadt in Drittland...]" nicht betroffen gewesen wären, wird zu Recht nicht behauptet. In diesem Zusammenhang bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht die Faktizität der geschilderten Ereignisse, sondern deren rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz. Allen Gesellschaftern des Z.\_\_\_\_\_, insbesondere auch B.\_\_\_\_\_, waren im Nachgang zu den diversen, oben geschilderten "Informationsrunden" die Protokolle der Z.\_\_\_\_\_ -Treffen (etc.) über die Internetseite [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) grundsätzlich zugänglich. Zu Recht stellen die Beschwerdeführerinnen den vorinstanzlichen Vorwurf (1,503) nicht in Abrede, dass auch sie als Gesellschafterinnen des Z.\_\_\_\_\_ wussten, dass dessen Protokolle ab Oktober 2001 für alle Gesellschafter unter [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) einsehbar waren (vgl. 2[...],98 f.).

### **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, die Beschwerdeführerinnen hätten von Januar 2000 bis Februar 2006 innerhalb und ausserhalb des Z.\_\_\_\_\_ mit [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], B.\_\_\_\_\_, [...], [...] und [...] regelmässig Informationen zu Treibstoffzuschlägen ausgetauscht, um die Einführung und Änderungen dieser Zuschläge, den Zeitpunkt und die Beträge zu besprechen (1,1321,1324). Da Zuschläge Tarifbestandteil seien (vgl. 1,940 f.), betreffe der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable "Preis" (1,1330). Die Beschwerdeführerinnen sowie die obgenannten Unternehmen hätten sich an den Kontakten beteiligt; für die am Verfahren beteiligten Z.\_\_\_\_\_ -"Mitglieder" weise bereits ihre "Mitgliedschaft" die Beteiligung an den Kontakten nach (vgl. 1,503). 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.). 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. 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**

Dieser Einschätzung widersprechen die Beschwerdeführerinnen: Die Beweismittel zeigten klar, dass B.\_\_\_\_\_ nicht Mitglied eines Kartells gewesen sei. Insbesondere räume die Vorinstanz ein, dass (a) das "Headquarter" von B.\_\_\_\_\_ in [...Stadt in Drittland...], wo alle Preisgestaltungsentscheide getroffen worden seien, nicht am Kartell beteiligt gewesen sei - einem Kartell, das, wie von den Selbstanzeigern behauptet und von der Europäischen Kommission festgestellt, durch die "Headquarters" der tatsächlich am Kartell beteiligten Unternehmen gesteuert worden sei; (b) es bedeutende Unterschiede zwischen der Preisgestaltung von B.\_\_\_\_\_ und den Teilnehmern des Kartells gegeben habe; (c) sowohl die Europäische Kommission als auch [...Behörde in Drittstaat...] denselben Sachverhalt - bezüglich der Märkte, in denen B.\_\_\_\_\_ am stärksten aktiv sei - untersucht und festgestellt hätten, dass B.\_\_\_\_\_ nicht an dem einzigen, integrierten und globalen Kartell beteiligt gewesen sei; und (d) kein Selbstanzeiger B.\_\_\_\_\_ als Kartellmitglied identifiziert habe. Insofern sei B.\_\_\_\_\_ weder global noch lokal Mitglied des Kartells gewesen. Insbesondere reicht nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ihre blosser "Mitgliedschaft" im Z.\_\_\_\_\_ nicht aus, um auf eine Beteiligung am Luftfrachtkartell zu schliessen. Die in der Schweiz beschäftigten zwei Angestellten bestätigten denn auch, dass sie vom Kartell keine Kenntnis gehabt hätten. Die Verfügung enthalte nichts, das diese Aussagen infrage stellen würde. So seien "Mitglieder" des Z.\_\_\_\_\_ zweimal durch eine dieser Angestellten, Frau Q.\_\_\_\_\_, wegen unangemessener Diskussionen über Zuschläge und Preise gerügt worden. Die Verfügung enthalte keinen einzigen Hinweis darauf, dass weitere Angestellte von B.\_\_\_\_\_ an den Kontakten zwischen den geständigen Kartellteilnehmern beteiligt oder über diese informiert gewesen seien. Insbesondere fehlten Hinweise darauf, dass irgendjemand am Hauptsitz von B.\_\_\_\_\_ irgendwie beteiligt gewesen sei. Es widerspreche jeglicher Logik, dass B.\_\_\_\_\_ unter diesen Umständen über ihre Angestellten in der Schweiz am Kartell beteiligt gewesen sei. Daher erstaune es nicht, dass der Treibstoffzuschlag von B.\_\_\_\_\_ erheblich von den durch die Kartellteilnehmer festgesetzten Zuschlägen abweiche. Verwende ein Kartellmitglied, wie hier B.\_\_\_\_\_, andere als die vom Kartell vereinbarten Preise, führe dies häufig zu Vergeltungsmassnahmen des Kartells, um die Preisgestaltung des ausscherenden Mitglieds auf Linie zu bringen. In den Selbstanzeigen fänden sich keine Hinweise darauf, dass ein geständiges Kartellmitglied oder sonst jemand Anstoss an den Zuschlagsraten von

B.\_\_\_\_\_ genommen hätte. Das Fehlen solcher Hinweise lasse sich nicht mit der Behauptung vereinbaren, B.\_\_\_\_\_ sei Mitglied des weltweiten Luftfrachtkartells gewesen, nachdem sich die tatsächlichen "Mitglieder" im Wesentlichen an die Absprachen gehalten hätten. Das beobachtete Verhalten dieser "Mitglieder" zur abweichenden Preisgestaltung von B.\_\_\_\_\_ sei aber genau das, was zu erwarten wäre, wenn sich B.\_\_\_\_\_ nicht am weltweiten Luftfrachtkartell beteiligt hätte.

#### **E. 11.4**

Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede)

##### **E. 11.4.1**

Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung war insbesondere der langjährige, regelmässig innerhalb des Z.\_\_\_\_\_ durchgeführte Informationsaustausch unter Luftfahrtunternehmen zum Wettbewerbsparameter "Preis" bei Treibstoffzuschlägen für Flüge aus der Schweiz. Dies stellen die Beschwerdeführerinnen zu Recht auch nicht grundsätzlich in Abrede. Im Rahmen der Subsumption der Ereignisse unter Art. 4 Abs. 1 KG erwähnt die Vorinstanz beispielhaft die Protokolle von zwei Z.\_\_\_\_\_ -Treffen vom [...] Januar 2002 beziehungsweise am [...] April 2003 (vgl. 1,1326 mit Verweis auf act. 1:D3,116 sowie 1:12a,279). Diese fanden indessen zu einem im vorliegenden Fall nicht urteilerheblichen Zeitpunkt statt. Auch 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) betrifft eine hier nicht relevante Zeitspanne. Dies gilt ebenso für den in der Ziffer 1332 erwähnten Informationsaustausch vom September 2000. Festzuhalten ist auch, dass nicht jede von der Vorinstanz aufgeführte E-Mail zwischen den fraglichen Luftfahrtunternehmen für sich alleine betrachtet bereits als Beweis einer wettbewerbswidrigen Koordination gelten kann, wie beispielsweise etwa die in der angefochtenen Verfügung (1,294) erfolgte Beschreibung interner Entscheidabläufe und Entscheidkompetenzen im Rahmen des von den Luftfahrtunternehmen aufgestellten Marktinformationssystems. Auch mag teilweise die räumliche Tragweite des von der Vorinstanz aufgezeigten regen Informationsaustauschs zu den Treibstoffzuschlägen unklar sein. Wie die Vorinstanz jedoch korrekt festgehalten hat, pflegte die Beschwerdeführerin 2 innerhalb des Z.\_\_\_\_\_ mit [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] bis Februar 2006 einen regelmässigen Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen, um die Einführung und Änderungen dieser Zuschläge, den Zeitpunkt wie auch die Beträge zu besprechen (vgl. 1,1321,1324). Beim Z.\_\_\_\_\_ handelt es sich um eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR (vgl. unter A.b), welche gemäss Statuten (act. 1:1,9) unter anderem "been given the mandate by [...] through their decision of [...] meeting held on [...] 1994, to discuss air cargo matters on their behalf." Gemäss den Statuten werden der Zweck und das Ziel des Z.\_\_\_\_\_ insbesondere darin gesehen, dass die Gesellschafter, das heisst die beteiligten Luftfahrtunternehmen, luftfrachtbezogene Probleme gemeinsam angehen bzw. lösen: "To anticipate, prevent and if necessary, solve air cargo related problems, that have a general relevance to members of the partnership" (act. 1:1,9). Der Wortlaut der Statuten allein lässt daher noch nicht zwingend auf eine Vereinbarung schliessen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2 m.H.). Da der Z.\_\_\_\_\_ als Rechtsgemeinschaft und nicht als juristische Person organisiert ist, wurde das Zusammenwirken der Gesellschafter auch nicht von formellen Gesellschaftsbeschlüssen begleitet. Die unter der Erwägung 11.2.1 ff. aufgezählten und

teilweise auch abgebildeten Kontaktnahmen im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ zeigen jedoch, dass sich die fraglichen Unternehmen, die Gesellschafter des Z. \_\_\_\_\_, über Informationen ihrer Wettbewerber generell austauschen wollten und dies, wenn Anlass dazu bestand, jeweils auch taten, um so über die geplanten oder bereits vollzogenen Schritte der Konkurrenz informiert zu sein. Die Gesellschafter bzw. deren Vertreter trafen sich nicht nur informell, vielmehr organisierten sie den Informationsaustausch im Z. \_\_\_\_\_, in dessen Rahmen hier interessierend auch Informationen zu Treibstoffzuschlägen (und wie sich zeigen wird, ebenso zur Nichtkommissionierung von Zuschlägen; vgl. E. 12) systematisch gesammelt und verbreitet wurden (vgl. 1,1325). Auch wenn jeweils nicht konkrete Preisniveaus - vertraglich - "vereinbart" wurden, reduzierten oder beseitigten die Gesellschafter durch ihre Teilnahme am Informationsaustausch ihre Geschäftsrisiken im wirtschaftlichen Handeln, wie die Vorinstanz zu Recht zu bedenken gibt (vgl. 1,1332; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363). In diesem Zusammenhang vermag das von den Beschwerdeführerinnen angeführte Argument, wonach der Austausch bereits veröffentlichter Informationen ohne wettbewerbsrelevanten Einfluss gewesen sei (2[...],133 zu E. 11.2.1/3; 2[...],134 f. zu E. 11.2.1/4-12; 2[...],168-170 zu E. 11.2.2/1 (act. 2[...]:41+42)), nicht zu überzeugen. 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 (vgl. 1,1334), waren die erwähnten Kontakte 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. Die diesbezüglichen Rügen (vgl. beispielsweise 2[...],55 zu E. 11.2.1/1; 2[...],168-170 zu E. 11.2.2/1; 2[...],178-180 zu E. 11.2.7/1-3; 2[...],148-150 zu E. 11.2.7/4; 2[...],89 zu E. 11.2.8/1+2; 2[...],151-153 zu E. 11.2.8/3; 2[...],181-184 zu E. 11.2.10/3+4) gehen deshalb ins Leere. Zwar mag es zutreffen, dass die Beschwerdeführerinnen in gewissen der in E. 11.2 geschilderten Informations- und Fragerunden des Z. \_\_\_\_\_ nicht per E-Mail antworteten, wie sie geltend machen, obschon sie immer im Empfängerkreis der E-Mails aufgeführt waren und daher auch von den Marktdiskussionen wussten beziehungsweise wissen mussten (vgl. 2[...],56 zu E. 11.2.1/1; 2[...],132 zu E. 11.2.1/2 1,278; 2[...],134 f. zu E. 11.2.1/4-12; 2[...],139-141 zu E. 11.2.4/2; 2[...],139-141 zu E. 11.2.4/2; 2[...],142 f. zu E. 11.2.5/1-3 1,310 [act. 1:A48:407]; 2[...],144 f. zu E. 11.2.6/2+3 [act. 1:A48:421 f.; 1:A48:433]; 2[...],146 f. zu E. 11.2.6/5-7 [act. 1:A48:482-486, act. 1:D3:5.1.bFSCE-Mails]; 2[...],148-150 zu E. 11.2.7/4 [act. 1:A48:501-505]; 2[...],151-153 zu E. 11.2.8/3 [act.1:A49:518-520]; 2[...],156 zu E.

11.2.9/1+2 [act. 1:A49:534-539; act. 1:A32:56-59]). Doch antworteten die Beschwerdeführerinnen, wie in E. 11.2.2/1, E. 11.2.6/4, E. 11.2.7/1-3, E. 11.2.10/3+4 gezeigt, auch etliche Male im Rahmen des vom Z.\_\_\_\_\_ aufgezogenen Marktinformationssystems zeitnah (vgl. 2[...],168-170 zu E. 11.2.2/1 [act. 2[...]:41+42]; 2[...],174-177 zu E. 11.2.6/4; 2[...],178-180 zu E. 11.2.7/1-3 [act. 2[...]:44+45]; 2[...],181-184 zu E. 11.2.10/3+4 [act. 2[...]:46+47]).

#### **E. 11.4.2**

Dass sich die Beschwerdeführerinnen von der einfachen Gesellschaft oder vom Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen distanziert (bzw. den Austausch beendet) hätten, wird nicht geltend gemacht und ist auch aus den Akten nicht ersichtlich. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen einwenden, geht an der Sache vorbei: Ihrer Ansicht nach setzt das Erfordernis, sich von einem Kartell distanzieren zu müssen, ein gewisses positives Verhalten oder einen Ausdruck von Gegenseitigkeit voraus. Dadurch müsste B.\_\_\_\_\_ den Kartellmitgliedern den Anschein vermittelt haben, dass auf eine bestimmte Verhaltensweise B.\_\_\_\_\_s vertraut werden könnte oder dass hinsichtlich dieses Verhaltens eine gegenseitige Zusicherung vorläge. Nur dann dürfe von B.\_\_\_\_\_ verlangt werden, sich davon zu distanzieren (4[...],49). Der blosser Erhalt von nicht angeforderten E-Mails sei untauglich, ein Erfordernis, sich von solchen Kommunikationen zu distanzieren, auszulösen. Diesfalls könne nicht gefolgert werden, der Empfänger, der solche E-Mails erhalten, aber nicht beantwortet habe, habe den Kartellmitgliedern irgendeinen Anschein gesetzt. Ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass B.\_\_\_\_\_ durch ihr rein passives Verhalten gegenüber den Kartellbeteiligten keinen Anschein gesetzt habe, sei die Tatsache, dass B.\_\_\_\_\_s Zuschläge deutlich von denen der Kartellteilnehmer abgewichen seien (4[...],53). B.\_\_\_\_\_s lokale Mitarbeiter hätten niemals die erhaltenen Informationen an den Hauptsitz von B.\_\_\_\_\_ in [...Drittstaat...] gemeldet. Daher überrasche es nicht, dass B.\_\_\_\_\_s Gestaltung der Zuschläge deutlich von der der Kartellmitglieder abgewichen sei. Der Erhalt der unaufgeforderten Informationen habe B.\_\_\_\_\_s Verhalten daher eindeutig nicht beeinflusst (4[...],54). Vielmehr sei erwiesen, dass die an gewissen Kommunikationen beteiligten Angestellten von B.\_\_\_\_\_ in Fällen, in denen sie vermuteten, dass der Inhalt einer Diskussion unangemessen sei, sich auch tatsächlich von solchen Kommunikationen zu distanzieren versucht hätten. So habe Frau Q.\_\_\_\_\_ in zwei Fällen festgestellt, dass bestimmte Diskussionen innerhalb des Z.\_\_\_\_\_ unzulässig seien, und dies den Beteiligten mitgeteilt (2[...],12,329 f.). Dem ist mit der Vorinstanz zu entgegnen, dass den Beschwerdeführerinnen der Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_ bekannt gewesen war (vgl. z.B. für viele act. 1:A47,228). Trotzdem unterliessen sie es, sich davon zu distanzieren. Abgesehen von den zeitnah übermittelten Antworten auf Anfragen des Z.\_\_\_\_\_ (vgl. E. 11.2.2/1, E. 11.2.6/4, E. 11.2.7/1-3, E. 11.2.10/3+4), lässt sich die aktive Teilnahme am Informationsaustausch insbesondere auch an den oben in den Erwägungen E. 11.2.3/2-4 (mit der Antwort von Q.\_\_\_\_\_ auf eine E-Mail des Z.\_\_\_\_\_: "No news on the [...B.\_\_\_\_\_...] front yet" [act. 1:D9:FSC,94]) sowie E. 11.2.3/5+6 (mit der Antwort von Q.\_\_\_\_\_ auf eine E-Mail des Z.\_\_\_\_\_ "No news from [...B.\_\_\_\_\_...] so far" [act. 1:D9,82]) ablesen. Die hierzu abgegebene Erklärung, diese Antworten entsprächen der Praxis von B.\_\_\_\_\_, dem Z.\_\_\_\_\_ ausschliesslich solche Informationen weiterzuleiten, die bereits öffentlich bekannt gemacht worden seien (2[...],136-138 zu E. 11.2.3/2-4 und 2[...],171-173 zu E. 11.2.3/5+6), vermag nicht zu überzeugen. Aufgrund der Umstände, insbesondere aller vorangehenden Informationsaustausch-Runden musste der besagten

Mitarbeiterin klar gewesen sein, dass die Fragerunden nicht nur bereits veröffentlichte Daten zum Gegenstand hatten, sondern vorab der Meinungsbildung hinsichtlich der Preistrends von Treibstoffzuschlägen dienten. Jedenfalls eine - nach aussen hin klar und mit genereller Gültigkeit kommunizierte - Distanzierung vom Informationsaustausch zur Frage der Treibstoffzuschläge machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend. Die von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Distanzierung betrifft im Übrigen Frachtraten (vgl. 4[...],55 sowie 2[...],328 zu 1,660), welche hier nicht zur Diskussion stehen (E. 8.4.7), und keinen Schluss hinsichtlich des Informationsaustauschs zu Treibstoffzuschlägen erlauben.

#### **E. 11.4.3**

Im Ergebnis geht daher die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen an einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt waren. Aufgrund aller Umstände, insbesondere der Tatsache, dass der Austausch von Informationen und deren Verbreitung institutionalisiert im Rahmen einer einfachen Gesellschaft stattfand, ist dabei nicht primär von einer abgestimmten Verhaltensweise, sondern von einer bezüglich des systematischen Informationsaustauschs getroffenen Vereinbarung auszugehen. Unter diesen Umständen ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (2[...],64,132 f.) von der Vorinstanz nicht zu verlangen, dass sie für jede Fluggesellschaft nachweisen müsste, dass diese die in der Schweiz verrechneten Treibstoffzuschläge gestützt auf den Informationsaustausch innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ tatsächlich auch entsprechend geändert hätten (vgl. auch 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, vgl. hierzu E. 13.2). Wie bereits erwähnt dürfen bei Abreden die Anforderungen an den Beweis nicht zu hoch gestellt werden (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4 m.H.). Ob es sich bei der Zustimmung der Gesellschafter zum Informationsaustausch beziehungsweise zur Verbreitung von Informationen im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ - was zu vermuten ist - um eine Gesamtabrede ("single and continuous infringement", vgl. E. 8.4 f.) zwar nicht mit weltweiter, wohl aber mit Wirkung auf die in die Zuständigkeit der Schweiz fallenden Linien handelt, kann offenbleiben. Dass der Informationsaustausch unter Umständen - wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen - auf Wunsch oder Anregung der Spediteure erfolgt war, um diesen eine "konsolidierte Liste" zur Verfügung zu stellen (2[...],115,325), vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern.

#### **E. 11.4.4**

Im Übrigen wäre der innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ erfolgte Informationsaustausch auch bei einer weniger strengen Betrachtungsweise zu beanstanden. 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 Beschwerdeführerinnen ihre nicht bestrittenen Zuschläge zumindest vereinzelt effektiv aufgrund des Informationsaustauschs angepasst haben dürften. Insoweit läge eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Die Schwierigkeit, den unter den Luftfahrtunternehmen erfolgten Informationsaustausch rechtlich entweder als Vereinbarung (i.e.S.) oder als abgestimmte Verhaltensweise zu erfassen, zeigt im Übrigen auch die Praxis der EU-Kommission in den parallel zur vorinstanzlichen Untersuchung beurteilten Verfahren zum "Luftfrachtkartell" in der EU (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**

Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen

### **E. 12.1**

Beweislage und deren Würdigung durch die Verfahrensbeteiligten Die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz basiert auf dem nachfolgend darzustellenden Sachverhalt. Damit die Entstehungsgeschichte der zu würdigenden Problematik besser verstanden werden kann, wird hier ausnahmsweise auch kurz auf Vorkommnisse im Jahre 2003, also in einem Jahr vor der sanktionsrelevanten Zeitspanne, eingegangen. Gemäss Vorinstanz werden die Treibstoffzuschläge bei den Kunden von den Speditionsunternehmen erhoben, die diese Zuschläge für die Luftverkehrsunternehmen einziehen. Die Speditionsunternehmen hätten daher die Forderung nach einer Kommissionierung erhoben, weshalb die Speditionsverbände regelmässig das Gespräch mit Luftfrachtverbänden und den Luftverkehrsunternehmen gesucht hätten. Nach Angaben von [...] und [...] hätten sich die Luftfrachtunternehmen zur Frage der Zuschlagskommissionierung kontaktiert. Alle seien sich einig gewesen, keine Kommissionierung von Zuschlägen zuzulassen. Nach Angaben von [...] hätten sich [...], [...] und [...] gegenseitig die Weigerung, den Speditionen eine Kommission auf die Treibstoffzuschläge zu zahlen, bestätigt. Eine Rolle hätten dabei

auch die in den Jahren 2000 bis 2005 mehrmals jährlich erfolgten Treffen des Z.\_\_\_\_\_ gespielt. In deren Rahmen hätten sich die Luftverkehrsunternehmen gegenseitig versichert, den Speditionsunternehmen keine Kommissionierung zuzugestehen. Zwar hätten an den Z.\_\_\_\_\_ Treffen nicht immer die gleichen Unternehmen teilgenommen. Doch seien die Protokolle dieser Treffen spätestens ab Oktober 2001 für alle Z.\_\_\_\_\_-"Mitglieder" über die Internetseite "www.[...].ch/minutes.htm" zugänglich gewesen. Es sei daher davon auszugehen, dass sämtliche Z.\_\_\_\_\_-"Mitglieder" Kenntnis von den Protokollen der Z.\_\_\_\_\_ -Treffen hatten, ungeachtet ihrer Teilnahme an den Z.\_\_\_\_\_ -Treffen (1,717 f. mit Verweis auf act. 1:A45,41; 1:A49:589; 1:A40,6; 1:C16,14/ 21; 1:E5,58; 1:C46,4; 1:D3, Anh. 2; vgl. auch 1,751). Die Kontakte zur Verweigerung der Kommissionierung von Zuschlägen hätten ab November 2003 bis Februar 2006 weltweit stattgefunden. An den weltweiten Kontakten beteiligt gewesen seien [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] (alle acht je von November 2003 bis Juli 2005), [...], [...] (alle drei von November 2003 bis Februar 2006), [...] (von Mai 2005 bis Oktober 2005) und [...] im Juli 2005 (1,747,752,1363 f.).

#### **E. 12.1.1**

Jahr 2003 o (1) Wegen eines Briefes des Berufsverbandes der international tätigen Speditions- und Logistikunternehmen [...] zur Kommissionierung von Zuschlägen habe [...] im November 2003 um eine Vorstandssitzung des Z.\_\_\_\_\_ gebeten; im Vorstand seien Vertreter der Luftverkehrsunternehmen [...], [...], [...], [...] und [...] gewesen. [...] habe mitgeteilt, dass sie keinerlei Druck erhalten hätte, Zuschläge zu kommissionieren. Der Z.\_\_\_\_\_ habe seinem Vorstand zwei Entwürfe für Antwortbriefe an L.\_\_\_\_\_ geschickt. Ein Brief habe die Zurückweisung der Forderung nach einer Kommissionierung von Zuschlägen thematisiert. Der andere Brief enthalte den Dank des Z.\_\_\_\_\_ für einen Hinweis auf individuelle Boni, die einige Luftverkehrsunternehmen Mitarbeitern von Speditionen für Frachtbuchungen offerieren würden (1,719 mit Verweis auf act. 1:A45,42; 1:A49:591 f.). o (2) Gemäss [...] habe damals in [...Land in der EU...] auch der [...] Speditionsverband W.\_\_\_\_\_ eine entsprechende Forderung erhoben, was zu einem E-Mail-Kontakt zwischen [...] und [...] habe (1,720 mit Verweis auf act. 1:A45,42; 1:A49:593). o (3) Nach Angaben von [...] habe [...] im Rahmen des Board of Airline Representatives [...Drittstaat...] (BAR [...Drittstaat...]) die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen aufgebracht. Gemäss [...] sollten "Mitglieder" aufgefordert werden, "to stand together". E-Mails, die auf eine Sitzung von Luftverkehrsunternehmen am 20. Mai 2003 gefolgt seien, zeigten, dass das BAR [...Drittstaat...] ein Gesuch der Agenten, eine Provision von 5 % zu erhalten, im Namen aller Fluggesellschaften (ausser [...]) abgelehnt und dadurch einen Streik der Agenten ausgelöst habe. Die Angelegenheit sei an die IATA weitergeleitet worden (1,721 mit Verweis auf act. 1:B23,53).

#### **E. 12.1.2**

Mai 2004 Gemäss [...] hätten sich im Mai 2004 [...], [...], [...], [...] und [...] Cargo im Anschluss an eine andere Veranstaltung in der "[...] Bar" in New York City getroffen und über die Kommissionierung von Zuschlägen diskutiert (1,722 mit Verweis auf act. 1:A40,24).

#### **E. 12.1.3**

März 2005 o (1) Im Rahmen des [...] Board of Airline Representatives (BAR [...Land in der EU...]) sei am 30. März 2005 per E-Mail die Aufforderung an die "Mitglieder" gekommen,

die sich im Anhang befindende Antwort auf die Forderung des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_, Kommissionen auf Treibstoffzuschlägen zu erhalten, zu verwenden, sie aber nicht exakt zu kopieren. Diese E-Mail sei an [...], [...], [...], [...] und [...] adressiert worden (1,723 mit Verweis auf act. 1:C16,14; 1:C20:1669). o (2) Nach Angaben von [...] hätten sich die Vertreter mehrerer Luftfrachtunternehmen während einer IATA-Konferenz am 11./12. März 2005 in [...Stadt in der EU...] in der Eingangshalle des Hotels versammelt. Ein Vertreter von [...] hätte die Feststellung getroffen, dass sich [...] weigere, den Speditionen eine Provision auf Treibstoffzuschlägen zu bezahlen, und dass das Gleiche auch von den anderen Luftfrachtunternehmen erwartet werde (mit etwa den Worten: "Wir zahlen keine Provisionen auf Zuschläge und ich hoffe, Sie ziehen da alle mit uns am selben Strang"; 1,724 mit Verweis auf act. 1:F3,237).

#### **E. 12.1.4**

Januar-Juli 2005 o (1) R.\_\_\_\_ (als Ressort für Luftfracht der [...] Spediteur-Vereinigung) und zwei Speditionsunternehmen ([...] und [...]) hätten den Vorstand des Z.\_\_\_\_ - [...], [...], [...] und [...] - mit E-Mail vom 13. Januar 2005 über einen "Vermerk" des X.\_\_\_\_ der [...] als weltweit operierende Gewerbeorganisation der Spedition mit dem Zweck, die Brancheninteressen weltweit zu fördern und zu schützen) informiert. In diesem Vermerk des X.\_\_\_\_ werde einleitend festgehalten, zahlreiche Verbände hätten sich an [...] gewandt, da sich die Fluggesellschaften weigerten, für die Erhebung und die Abwicklung der Zuschläge eine Entschädigung zu bezahlen. Doch könne dieses Thema - laut X.\_\_\_\_ - nicht in multilateralen Foren wie dem [...] (IATA/[...] Consultative Council) erörtert werden, da die Vergütung von Dienstleistungen nur bilateral zwischen den betroffenen Parteien vereinbart werden könne. Deshalb sei es Fluggesellschaften verboten, gemeinsam über die Höhe des Treibstoffzuschlages zu entscheiden. [...] / X.\_\_\_\_ könne deshalb nur empfehlen, dass Speditionsunternehmen betreffend Vergütungsanspruch das Luftverkehrsunternehmen kontaktieren sollten, für das sie in den einzelnen Ländern die Dienstleistung erbrächten. Der R.\_\_\_\_ sei der Meinung gewesen, diese Thematik zunächst mit ausgewählten Luftverkehrsunternehmen zu diskutieren. o (2) Am 14. Januar 2005 sei bei [...] intern die Anweisung erfolgt, im Falle einer Besprechung mit dem R.\_\_\_\_ kein Präjudiz zu schaffen. Zu diesem Zweck seien die Argumente aufgelistet worden, welche aus Sicht der Luftverkehrsunternehmen gegen eine Kommissionierung sprächen. [...] habe am 17. Januar 2005 [...], [...], [...], [...] und [...] angeschrieben ("Hallo Freunde"), dass, wie schon besprochen, die angesprochenen Luftverkehrsunternehmen ihre eigenen Stellungnahmen fabrizierten. Das Thema sei gemäss interner E-Mail von [...] vom 1. März 2005 auch "inoffiziell" am Meeting in [...Stadt in der EU...] besprochen worden. Allerdings sei unklar, wann dieses Treffen stattgefunden und wer daran teilgenommen habe (1,726 mit Verweis auf act. 1:A49:595/597 f.). o (3) In der Folge sei das geplante Treffen zwischen dem R.\_\_\_\_ und ausgewählten Luftverkehrsunternehmen bis auf Weiteres verschoben worden (1,727 mit Verweis auf act. 1:A49:597). o (4) Am 4. April 2005 habe gemäss [...] ein Kontakt zwischen ihr und [...] stattgefunden. Dieser Kontakt habe die Antwort auf die Forderung der Agenten behandelt, eine Kommission auf Zuschlägen zu erheben (1,728 mit Verweis auf act. 1:C16,15; 1:C20:1674-1678). o (5) [...] habe am 8. April 2005 eine E-Mail an [...] gesandt, die im Anhang Hinweise eines Anwaltes des BAR in [...Land in der EU...] enthalte zur Forderung des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_ nach einer Kommission auf Treibstoffzuschlägen (1,729 mit Verweis auf act. 1:C20:1679-1683). o (6) In einer E-Mail vom 19. Mai 2005 sei bei [...] ein aus kartellrechtlichen Gründen streng vertraulicher Hinweis erfolgt: "Strictly

CONFIDENTIAL especially for anti trust reasons. On 12 May following carriers decided to meet at [...]: [...], [...], [...], [...], [...] and [...] (more than [...] of the market). We all confirmed that we will not accept any FS/SS [fuel surcharge/security surcharge] rémunération. [...] could not join the meeting, but is of the same opinion." Weiter habe die E-Mail festgehalten, dass die Speditionsverbände verschiedener Länder ähnliche Vorstösse mit dem gleichen Ziel versucht hätten, irgendwo eine Schwachstelle auszumachen, weshalb wirklich empfohlen worden sei "that we act in a common strong way". Die E-Mail habe mit dem Hinweis geendet: "IT GOES WITHOUT SAYING THAT CARRIERS MEETINGS HAVE TO BE TREATED IN A VERY CONFIDENTIAL WAY. WE ARE NOT ALLOWED TO WRITE IN THE NAME OF A CARRIER GROUP/ASSOCIATION AND TO STATE OFFICIALLY THAT ALL CARRIERS HAVE REPLIED WITH A 'NO'." (1,730 mit Verweis auf act. 1:A49:600). o (7) [...] habe die interne Weisung herausgegeben, die Entwicklung der Kommissionierung von Zuschlägen genau und sorgfältig zu beobachten und an allen dazu stattfindenden lokalen BAR-Treffen teilzunehmen. Bei [...] sei man überzeugt gewesen, dass bei der Frage zur Kommissionierung von Zuschlägen eine Politikänderung nur denkbar sei, wenn eines der führenden europäischen Luftfrachtunternehmen ([...], [...], [...]) oder ein nationaler Fluglinienverband eine andere Lösung finden würde (1,731 mit Verweis auf act. 1:A49:601). o (8) Am 30. Mai 2005 habe der Verband [...] Speditions- und Logistikunternehmen, L. \_\_\_\_\_, ein Schreiben an verschiedene Luftverkehrsunternehmen gesandt und darin auf Zuschlägen Kommissionen gefordert. Diese sollten die Speditionen für Verwaltungsausgaben entschädigen. Deshalb habe der Z. \_\_\_\_\_ am 6. Juni 2005 alle "Mitglieder" ([...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], B. \_\_\_\_\_, [...], [...], [...], [...], [...] und [...]) für den 17. Juni 2005 zu einer informellen Besprechung dieser Thematik eingeladen. [...] sei per E-Mail der Ansicht gewesen, dass der Z. \_\_\_\_\_ im Namen seiner "Mitglieder" antworten sollte, nachdem mit L. \_\_\_\_\_ auch der Verband gehandelt hatte, und habe dazu einen Textvorschlag gesandt. [...] habe sich mit dem Vorschlag von [...] einverstanden erklärt. Im Übrigen seien laut letzter Nachricht aus [...Land in der EU...] alle Luftverkehrsunternehmen geschlossen gegen eine Kommissionierung, weshalb sie den [...] Speditionsverband W. \_\_\_\_\_ entsprechend informiert hätten. Im Anschluss daran sei in einer E-Mail-Kette vom 6. Juni 2005 noch mehr Zustimmung von Seiten der "Mitglieder" zum Vorschlag von [...] gekommen. Der Verteiler der E-Mail-Kette enthalte u.a. folgende Luftverkehrsunternehmen: [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], B. \_\_\_\_\_, [...], [...], [...], [...], [...] und [...] (1,732 mit Verweis auf act. 1:12. f./10.c; 1:E16,5; 1:E17:2; 1:C45, Teil II, 20; 1:C46:81; 1:A49:605/608; 1:A37:123 f.): o (9) Mit E-Mail vom 13. Juni 2005 habe sich der Z. \_\_\_\_\_ bei den "Mitgliedern" und weiteren Luftverkehrsunternehmen ([...], [...], [...], [...], [...], [...], B. \_\_\_\_\_, [...], [...], [...], [...], [...] und [...]) für die ermutigenden und starken Antworten bedankt. Mit dieser E-Mail habe der Z. \_\_\_\_\_ auch einen Entwurf für ein Antwortschreiben des Z. \_\_\_\_\_ an L. \_\_\_\_\_ gesandt. Dieser Entwurf habe ausdrücklich Bezug auf die entsprechende IATA-Resolution genommen. [...] habe L. \_\_\_\_\_ individuell geantwortet, weil [...] der Ansicht gewesen sei, dass jedes Luftverkehrsunternehmen individuell antworten sollte, wobei die jeweilige Antwort identisch sein könne (1,733 mit Verweis auf act. 1:A49:608): o (10) Am 14. Juni 2005 habe der Z. \_\_\_\_\_ gegenüber L. \_\_\_\_\_ im Namen seiner Mitglieder geantwortet, dass die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen gemäss IATA-Resolution einzeln zwischen den Unternehmen verhandelt werden müsse. L. \_\_\_\_\_ als Verband könne nicht multilateral als Plattform in Verbindung mit kommerziellen Geschäftstätigkeiten verwendet werden (1,734 mit Verweis auf act. 1:A37:125; 1:E16,5;

1:E17:3; 1:C45,Teil II,20; 1:C46:82). o (11) In einer E-Mail vom 15. Juni 2005 habe [...] den Luftverkehrsunternehmen [...] und [...] einen Vorschlag unterbreitet, wie man auf die Forderung nach Kommissionen antworten könnte (1,735 mit Verweis auf act. 1:C20:1684). o (12) Am 4. Juli 2005 habe [...] den Z. \_\_\_\_\_ um den unterschriebenen Brief des Z. \_\_\_\_\_ an L. \_\_\_\_\_ in Sachen "Remuneration for fuel/security surcharges" gebeten. In der E-Mail-Kette zu dieser Bitte habe [...] [...] geschrieben "Können wir uns rasch mal sehen?" (1,736 mit Verweis auf act. 1:A49:610). o (13) Am 5. Juli 2005 habe gemäss [...] am Flughafen von [...Stadt in der EU...] ein Treffen aller dort tätigen Luftfrachtunternehmen im Rahmen der "[...]" mit den folgenden Teilnehmern stattgefunden: [...], [...], [...], [...], [...] sowie fünf weitere Vertreter von Luftverkehrsunternehmen ohne Angabe der von ihnen vertretenen Luftverkehrsunternehmen. Zu diesem Treffen schreibe [...] in einer internen E-Mail vom 5. Juli 2005 (Betreffzeile: "commission fuel surcharge and security surcharge": "tdy we had a meeting on this subject with all a/l [Luftverkehrsunternehmen] operating at [...Stadt in der EU...], and it was a general opinion that we should not pay any comm. on surcharges." Die E-Mail besage zudem, dass die Teilnehmer der Ansicht seien, die Zahlung von Provisionen auf Treibstoffzuschlägen sei aufgrund einer IATA-Resolution untersagt (1,737 mit Verweis auf act. 1:F3:238; 1:F4:37). o (14) [...] und [...] hätten in einem E-Mail-Kontakt vom 15. Juli 2005 die Kommissionierung von Zuschlägen erörtert. [...] habe [...] kontaktiert wegen eines diesbezüglichen Schreibens von "[...]" an [...]. [...] habe [...] geschrieben: "Are you getting the same type of mails/communiqués from customers? We're working on our official policy statement now. This is absolutely nuts given that Fuel is topping out over Usd 60.00/barrel." [...] habe auf ihre unveränderte Position hingewiesen, dass sie keine Kommissionen zahlen werde und falls ein Kunde 5 % der Zuschläge als Kommissionen abziehen würde, dann würde [...] über ein sofortiges Ende der Zusammenarbeit nachdenken (1,738 mit Verweis auf act. 1:A40,11; 1:A41:41). o (15) In einer internen E-Mail vom 14. Juli 2005 habe [...] von einem Treffen am Vortag zwischen den Luftverkehrsunternehmen [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] berichtet, anlässlich welchem die Situation in [...Land in der EU...] hinsichtlich der Kommission der Agenten erörtert worden sei: "Regardless the individual way every carrier will adopt to reject the invoices that we'll receive from the agents [...] everyone reconfirmed the FIRM intention not to accept any negotiation in granting this commission" (1,739 mit Verweis auf act. 1:C20:1673). o (16) An einem Treffen im Juli 2005 in [...Land in der EU...] der [...] hätten die Luftverkehrsunternehmen nach Angaben von [...] unter anderem die Beschwerden des [...] Speditionsverbandes W. \_\_\_\_\_ besprochen. Diesbezüglich hätten sie vereinbart, eine Kommissionierung der Zuschläge zu verhindern. In Zusammenhang mit einer E-Mail von [...] vom 8. Juli 2005 habe [...] auf Anfrage von [...] bestätigt, dass [...] keine Kommissionen an Speditionen zahlen würde (1,740 mit Verweis auf act. 1:A40,15; 1:A41:FSC I 3 sowie 1,376 mit Verweis auf act. 1:A40,14). o (17) Gemäss [...] und [...] hätten im Juni 2005 und im Juli 2005 Treffen mit [...] stattgefunden. An diesen Treffen hätten sich die Luftverkehrsunternehmen das Prinzip zur Aufrechterhaltung der "contacts de confort" vergegenwärtigt. Ebenfalls hätten [...], [...] und [...] einander bestätigt, (recte: keine) Kommission auf Treibstoffzuschlägen an die Speditionsunternehmen zu bezahlen (in 1,741 fälschlicherweise mit der gegenteiligen Aussage, die aber gemäss act. 1:E5,58 klar ist: "... lors de ces réunions [...] et [...], mais également [...], ont confirmé leur refus de payer aux transitaires une commission sur la fuel surcharge"). o (18) Nach Angaben von [...] hätten sich am 26. Juli 2005 [...] und [...] getroffen und kurz die Forderung der Speditionen auf

Zahlung von Provisionen auf Treibstoffzuschlägen angesprochen. Beide hätten ihre Absicht bekundet, keinerlei Provisionen auf Treibstoffzuschlägen an Speditionen zu zahlen (1,742 mit Verweis auf act. 1:F3,105-111).

#### **E. 12.1.5**

Oktober 2005 Am 12. Oktober 2005 hätten sich [...] und [...] nach übereinstimmenden Angaben im Schlosshotel [...] getroffen. Sie hätten u.a. die Weigerung der Luftverkehrsunternehmen besprochen, den Speditionen Kommissionen auf die Zuschläge zu bezahlen. Beide hätten nochmals ihre Auffassung bekräftigt, dass derartige Provisionszahlungen unterbleiben sollten (1,743 mit Verweis auf act. 1:F3:91).

#### **E. 12.1.6**

Jahr 2006 o (1) [...] habe in einer internen E-Mail vom 10. Januar 2006 ausgeführt: "I have spoken with [...] and [...]". Dort stehe auch: "next week [...] management returns from leave and I will find out what their intention is" (1,744 mit Verweis auf act. 1:C16,15; 1:C20:1686). o (2) Nach Angaben von [...] sei ca. am 6. Februar 2006 ein telefonischer Kontakt zwischen [...] und [...] erfolgt. Eines der Themen sei die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen gewesen. [...] habe [...] mitgeteilt, dass es "nicht die Strategie von [...] sei, Kommissionen auf Zuschlägen zu zahlen, unter Einbezug auf die IATA Richtlinien und die CASS (Cargo Account Settlement Systems)-'revenue collection procedures'" (1,745 mit Verweis auf act. 1:B4,9).

#### **E. 12.1.7**

Kontakte auf Stufe Hauptquartier Am 6. Juni 2005 hätten sich [...], [...] und [...] getroffen. Das Treffen habe den Namen "[...]" getragen - ein Deckname für regelmässige Zusammenkünfte der Verkaufs- beziehungsweise Marketinggeschäftsführer verschiedener Luftverkehrsunternehmen. [...], [...] und [...] hätten die neusten Entwicklungen in der Industrie unter Einbezug der Raten und Zuschläge sowie ihr gemeinsames Interesse an einem Stopp des Preiszerfalls besprochen. Es habe Einigkeit bestanden, dass die Kosten zu hoch wären und man diese deshalb überwälzen sollte. Zudem sei man sich einig gewesen, die Politik bei den Zuschlägen einheitlich anzuwenden und weiterhin auf Zuschlägen keine Kommissionen zuzulassen. Schliesslich hätten sich die drei Luftverkehrsunternehmen darüber geeinigt, dass man potenzielle Märkte für eine Zusammenarbeit feststellen sollte und zudem ein weiteres Treffen nötig wäre, um über Ideen zu diskutieren, wie der Ertragszerfall gestoppt werden könne. Jede Partei sollte "ihre Ratenerhöhung sowohl durch Informationen in den Medien, als auch mittels Briefen an die Kunden beweisen". Dies sei allerdings so nie umgesetzt worden. Vielmehr hätten sich die Luftverkehrsunternehmen geeinigt, dass sie öffentlich zu ihrer Ratenerhöhung stehen sollten, indem sie auf ihrem jeweiligen Heimmarkt eine Pressemitteilung veröffentlichten (1,774 mit Verweis auf act. 1:A41:HQ17).

#### **E. 12.1.8**

Beweisergebnis und rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz Die Vorinstanz erachtet es angesichts dieser Abfolge von Ereignissen als erwiesen, dass die Beschwerdeführerinnen mit anderen Luftfahrtunternehmen, vorab im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_, zusammenwirkten, um der mehrfach erhobenen Forderung von Speditionen nach einer Kommissionierung von Zuschlägen entgegenzutreten und diese abzulehnen. Nach Ansicht der Vorinstanz liegen bei der Kommissionierung von Zuschlägen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, an denen auch die Beschwerdeführerinnen beteiligt gewesen seien (1,1381 f.).

Die fraglichen Luftverkehrsunternehmen hätten ihr Verhalten zur Frage der Zuschlagskommissionierung - im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens - koordiniert (1,1367). In persönlichen und telefonischen Kontakten sowie per E-Mail hätten sie Informationen zur Frage der Kommissionierung von Zuschlägen gegenüber den Speditionsunternehmen ausgetauscht. Gemäss Definition nach ECAC-Abkommen fielen unter den Begriff "Tarif" einzelne Preiselemente und Bedingungen für die Berechnung der Preise. Die Kommissionierung von Zuschlägen sei ein Tarifbestandteil (1,940 f.), weshalb der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable "Preis" betreffe (1,1368). Der Z.\_\_\_\_\_ habe einen geordneten Informationsaustausch ermöglicht, indem er für seine "Mitglieder" Informationen über die Kommissionierung von Zuschlägen gesammelt und verbreitet habe. Durch den Informationsaustausch seien die Unternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber gelangt. Im Z.\_\_\_\_\_ -Rahmen hätten sich die Unternehmen gegenseitig versichert, an die Speditionsunternehmen, welche für sie die Zuschläge erheben und einziehen, keine Kommissionen zu bezahlen. Dadurch hätten sie das Risiko im wirtschaftlichen Handeln reduziert (1,1365 ff.). Mit den Kontakten hätten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt (1,1370).

#### **E. 12.1.9**

Entgegnung der Beschwerdeführerinnen Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz die erforderlichen Kriterien falsch angewendet. Sie habe fälschlicherweise den passiven Empfang von E-Mails mit grossem Empfängerkreis als ausreichend für den Nachweis einer Beteiligung an einer illegalen Koordinierung der fraglichen Kommissionierung angesehen. Dass B.\_\_\_\_\_ in einigen E-Mails mit grossem Empfängerkreis in Kopie gesetzt worden sei, lasse sich nicht mit der Teilnahme an einem Treffen vergleichen. Die Vorinstanz habe keine Beweise dafür vorgelegt, dass B.\_\_\_\_\_ an mündlichen Absprachen über die Kommissionierung von Zuschlägen beteiligt gewesen sei. Sie habe nicht festgestellt, dass irgendein Angestellter von B.\_\_\_\_\_ jemals die fraglichen E-Mails gelesen oder gewusst habe, dass es sich um unangebrachte Korrespondenz gehandelt habe. Sie habe auch nicht festgestellt, dass B.\_\_\_\_\_ diese spärlichen Informationen berücksichtigt habe, als B.\_\_\_\_\_ ihre seit 1999 bestehende, öffentlich kommunizierte, einseitig festgelegte Praxis, keine Kommissionen zu zahlen, fortgeführt habe (2[...],245-248,299-319).

#### **E. 12.2**

Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede) Der vom kartellrechtlichen Vereinbarungsbegriff erfasste, gemeinsam "verabredete Plan" kann sich nicht nur auf eine Einschränkung des jeweiligen Geschäftsverhaltens durch Festsetzung eines gegenseitigen Vorgehens im Markt, sondern auch auf ein Absehen davon beziehen (vgl. Paschke, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 93 m.H.). Dies wird zu Recht nicht bestritten. Wie die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht erkannt hat (vgl. 1,1381), wäre daher vom kartellrechtlichen Abredebegriff nach Art. 4 KG auch eine Vereinbarung zwischen Luftfahrtunternehmen erfasst, in ihren jeweiligen individuellen Vertragsverhältnissen mit Spediteuren, letzteren einen bestimmten Preis nicht zu bezahlen. Dies entspricht auch der Rechtsauffassung der EU-Kommission (vgl. den Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 17. März 2017, Rz. 846,856 sowie den vom EuG aufgehobenen Beschluss AT.39258 vom 9. November 2010, Rz. 839,853, beide zitiert in E. 8.4.2, vgl. auch die Zusammenfassung des Kommissionsbeschlusses vom 9. November 2010 in der Sache C.39258 - Luftfracht, ABl. C-371/11 vom 18. Oktober 2014, Ziff. 11, vgl. hierzu auch die Zusammenfassung des

Beschlusses der Kommission vom 17. März 2017 in der Sache AT.39258 - Luftfracht, ABl. C-188/14 vom 14. Juni 2017, Ziff. 12). Die Vorinstanz stützt sich in der angefochtenen Verfügung - wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht kritisieren (2[...],245-248,299-319) - an verschiedenen Stellen (Ziff. 718,722,728 f.,731,735-744 sowie 774) auf zahlreiche Ereignisse und entsprechende Beweismittel (wie z.B. die Selbstanzeigen von [...] [vgl. act. 1:E5,58], von [...] [vgl. act. 1:A40,6-3.1.3, act. 1:A40,11/15/24; act. 1:A40,11; 1:A41:41; act. 1:A41:FSC I 3; act. 1:A41:HQ17 act. 1:A49:601,610], von [...] [vgl. act. 1:C16,15; act. 1:C20:1673-1678/1686; act. 1:C20:1679-1684] sowie von [...] [vgl. act. 1:F3:91; act. 1:F3,105-111; act. 1:F3:238; 1:F4:37]), die keinerlei Bezug zu den Beschwerdeführerinnen und ihrem Marktverhalten aufweisen. Sie sind daher für die nachfolgenden Überlegungen von vornherein unerheblich. Wie bei den Treibstoffzuschlägen ist auch hier auf einzelne von der Vorinstanz erwähnte Kontakte nicht weiter einzugehen, weil sie entweder nicht in den sanktionsrelevanten Zeitraum (d. h. die Sachverhaltsdarstellung in 1,719-721) oder nicht in den Zuständigkeitsbereich der Vorinstanz (d. h. die Sachverhaltsdarstellung in 1,721,722 f.,726-729,731,738,740,742) fallen. Dies betrifft insbesondere den in der angefochtenen Verfügung breit erwähnten, die - [...] Vertragsrecht unterstehenden - Forderungen des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_ (namens ihrer Mitglieder) und die Zusammenarbeit von [...] mit dem [...] Branchenverband [...]BAR (und dessen vertragsrechtliche Begutachtung) Sachverhaltskomplex (1,720,723,729,732) der aufgrund seines reinen EU-Bezugs ausserhalb des hier zu diskutierenden relevanten Marktes liegt. Auf Grund der Akten kann auch nicht als erstellt gelten, dass die Beschwerdeführerinnen an einem von der Vorinstanz gestützt auf die Selbstanzeige von [...] (act. 1:F3,237) ohne weitere Details grob erwähnten Informationsaustausch in [...Stadt in der EU...] teilnahmen. Demgemäss hätten während einer IATA-Konferenz vom 11./12. März 2005 in [...Stadt in der EU...] "Vertreter mehrerer Luftfrachtunternehmen" in einer Hoteleingangshalle von einem [...] -Vertreter erfahren, dass [...] den Speditionen keine Provision auf Treibstoffzuschlägen bezahle und dies auch von allen erwarte. Nicht weiter einzugehen ist auch auf das von der Vorinstanz erwähnte interne E-Mail von [...] vom 1. März 2005 (act. 1:A49:595/597 f.), wonach an einem Meeting in [...Stadt in der EU...] "inoffiziell" besprochen worden sei, das gegenüber dem Z.\_\_\_\_\_ Anfang 2005 zur Kommissionierungsfrage geäusserte Anliegen des R.\_\_\_\_\_ zunächst mit ausgewählten Luftverkehrsunternehmen zu diskutieren. Diesbezüglich räumt die Vorinstanz selbst ein, dass sie nicht festzustellen vermochte, wann dieses Treffen stattfand und wer überhaupt daran teilnahm. Aus den Akten geht jedoch hervor, dass L.\_\_\_\_\_, [...], am 30. Mai 2005 verschiedene Luftverkehrsunternehmen anschrieb, um Zuschläge für Kommissionen zu fordern, und dass der Z.\_\_\_\_\_ am 6. Juni 2005 alle Gesellschafter ([...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], B.\_\_\_\_\_, [...], [...], [...], [...], [...], [...]) und [...] für den 17. Juni 2005 zu einer informellen Besprechung zu dieser Thematik einlud und daraufhin eine E-Mail-Kette vom 6. Juni 2005 folgte, in welcher auch die Beschwerdeführerinnen eingeschlossen waren (vgl. act. 1:E16,5; 1:E17:2; 1:C45,Teil II,20; 1:C46:81; 1:A49:605/608; 1:A37:123 f.). Im Zentrum der Betrachtung steht somit auch bei der "Kommissionierungsfrage" der hiezulande erfolgte Informationsaustausch zwischen diversen Luftfahrtunternehmen vorab im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_: Der in der Erwägung 12.1.4 geschilderte und von den Beschwerdeführerinnen auch nicht in Abrede gestellte Ablauf der Ereignisse belegt den erfolgten Informationsaustausch zur strittigen Frage der Kommissionierung von Zuschlägen und der Verweigerung einer solchen hinreichend. Auch hier wird eine - nach aussen hin klar kommunizierte - generelle Distanzierung vom Meinungs austausch von den

Beschwerdeführerinnen nicht geltend gemacht und ist (insbesondere im Zusammenhang mit der vom Z.\_\_\_\_\_ am 6. Juni 2005 auch an die Beschwerdeführerin 2 versandten E-Mail (vgl. E. 12.1.4) aus den Akten nicht ersichtlich. Wie bei Treibstoffzuschlägen und aus denselben Gründen ist somit auch in Bezug auf die Verweigerung der Kommissionierung auf eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG primär in Gestalt einer Vereinbarung zu schliessen. Ins Leere geht daher die Rüge, B.\_\_\_\_\_ habe unabhängig von ihren Konkurrenten und Geschäftspartnern eine eigene Geschäftspolitik zur Kommissionierung von Zuschlägen an Spediteure verfolgt und mit weltweiter Geltung die unilaterale Haltung eingenommen, keine solchen Kommissionen zu bezahlen (2[...],246,304.).

## **E. 13**

Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

### **E. 13.1**

Standpunkt der Verfahrensbeteiligten

#### **E. 13.1.1**

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. 13.1.2**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG in beiden Fällen nicht gegeben, weil weder direkte noch indirekten Absprachen zu spezifischen Preisfestsetzungen nachgewiesen worden seien (2[...],320-335).

## **E. 13.2**

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 (vgl. E. 13.3). 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 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 Ungewissheit ebenso wie der Austausch über die zu verweigernde Kommissionierung; beides erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollusionsergebnisses stark (vgl. 1,1332 sowie Urteil des EuG vom 30. März 2022 T-324/17 Rz. 363). Dass es sich dabei um wettbewerbssensible Informationen handelte, mussten den Gesellschaftern 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 nachgewiesenen Abreden

im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu den Treibstoffzuschlägen und der Verweigerung von Kommissionen stellen daher beide besonders schädliche horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dar (a.M. Reinert, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 180 ff.). In beiden Fällen liegt das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der erwähnten höchstrichterlichen Ausführungen allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstandes vor, 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 Abrede 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, allenfalls - zumindest teilweise - von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen wäre, ist auch 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 in beiden Fällen mitzuverantworten, dass der Preiswettbewerb unter Beförderern verfälscht wurde.

### **E. 13.3**

Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen

#### **E. 13.3.1**

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. 13.3.2**

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. Urteil B-7633/2009 Rz. 570).

### **E. 13.3.3**

Ob sich die vorgeworfenen Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht erörtert, da sie die kartellrechtlichen Vorwürfe vollumfänglich bestreiten (2[...],26-346,464). Allfällige Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG sind für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich. Da insbesondere der Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen nicht ausschliesslich nur unter "kartellrechtlich freigestellten" Allianz-Partnern stattfand, sondern, dass sich über die Allianz [...] -B. \_\_\_\_\_ alle von der Vorinstanz ins Recht gefassten Luftfrachtunternehmen im Z. \_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen austauschten, vermag auch das Argument der Beschwerdeführerinnen (2[...],30,95,192,232-235), ihre Kontakte mit [...] seien wegen der Allianz bzw. angesichts der erfolgten Freistellung vom Kartellverbot durch [...Behörde in Drittstaat...] gewährten antitrust immunity unbedenklich gewesen, am Ergebnis nichts zu ändern.

### **E. 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. 14.1**

Bemessungsgrundsätze und vorinstanzliche Sanktionsbemessung

#### **E. 14.1.1**

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

B-787/2014 Seite 122 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.).

B-787/2014 Seite 123

#### **E. 14.1.2**

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 (1,1712 ff.). Vorab erachtete die Vorinstanz – angesichts der besonderen Umstände – für die Maximalsanktion die letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise als massgebend (1,1705). Für die Beschwerdeführerinnen ermittelte die Vorinstanz einen für die Sanktionsberechnung massgebenden 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 Umsatz (auf der relevanten Strecke) 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 23 Monaten (April 2004 bis Februar 2006) erachtete die Vorinstanz eine Erhöhung des Basisbeitrages um 10 % als angemessen (1,1723 f.).

B-787/2014 Seite 124 Unter dem Titel mildernde Umstände gestand die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen eine Reduktion des Sanktionsbetrages um 5 % zu. (1,1736). Die Vorinstanz erläutert, 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. In dieser Hinsicht deckt sich die Vorgehensweise im Ergebnis auch mit der entsprechenden europäischen Rechtsprechung (1,1735) 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. 14.2**

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[...],403-412,413-421). Da die Vorinstanz den Grundbetrag entgegen ihrer eigenen Praxis falsch festgesetzt, mildernde Umstände und das strenge Compliance-Programm nicht berücksichtigt habe, müsse der Sanktionsbetrag zumindest erheblich reduziert werden (2[...], 370-372,422-457).

B-787/2014 Seite 125

### **E. 14.2.1**

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 den 13. Februar 2006 festgesetzt würde (2[...],406), 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. 14.2.2**

Keine Sanktion wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes? Die Beschwerdeführerinnen rügen, die überlange Dauer der Untersuchung von sieben Jahren und zehn Monaten verletze das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot. Dies lasse sich nicht mit den durchgeführten Hausdurchsuchungen und eingereichten Selbstanzeigen rechtfertigen, da diese im Jahr 2006 erfolgt seien und alle anspruchsvollen Abklärungen zeitnah hätten durchgeführt werden können. Die Untersuchung habe dreimal so lange gedauert wie ein durchschnittliches Verfahren. Die EU-Kommission habe das zahlreichere Flugstrecken umfassende Parallelverfahren bereits nach vier Jahren und neun Monaten erledigt. Das Sekretariat sei während mehr als zwei Jahren inaktiv gewesen. Angesichts der sechs Selbstanzeigen und den umfangreichen Belegen hätte die Sachverhaltsermittlung rasch durchgeführt werden können. Zudem sei die Untersuchung weder sehr komplex noch umfangreich gewesen, da die B.\_\_\_\_\_ vorgeworfene Teilnahme am Kartell hauptsächlich mit deren "Mitgliedschaft" beim Z.\_\_\_\_\_ begründet worden sei und von den fünf betroffenen Flugrouten

B-787/2014 Seite 126 [...] jene zwischen der Schweiz und [...] bedeutsam gewesen sei (2[...],413-421). 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. 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])

B-787/2014 Seite 127 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. auch 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-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- rens gang 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

B-787/2014 Seite 128 Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. Ur- teil 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 be- förderlich 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-

B-787/2014 Seite 129 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 entscheidungswesentlichen Sachverhalt beschränkte, kann ebenfalls nicht bestritten werden. Es trifft auch zu, 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 auch 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.

B-787/2014 Seite 130 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 attestiere, massgebend zum Verfahrenserfolg beigetragen zu haben, vermag daran nichts zu ändern (1,1802: "Beide Selbstanzeigen [sc. von der Beschwerdeführerin 2 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 26. März 2015, 16. Oktober 2015, 18. Juli 2015, 10. Oktober 2017, 12. und 15. Oktober 2021 sowie 7. Juni 2022) Beanstandungen zur Verfahrensdauer angebracht

B-787/2014 Seite 131 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

### **E. 14.2.3**

Unverhältnismässiger Basisprozentsatz von 8 %? Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist der Prozentsatz des Basisbetrages von 8 % angesichts der vorinstanzlichen Praxis unverhältnismässig und deshalb zu reduzieren (2[...],439-446).

B-787/2014 Seite 132 Der für die Sanktionsberechnung heranzuziehende massgebliche Umsatz (auf der relevanten Strecke) 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 Abreden zu verschiedenen Preisbestandteilen auszugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine allfällige Verletzung von mehreren Tatbeständen durch mehrere voneinander getrennten 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 zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen der Umstand, dass sie, wie zu Recht geltend gemacht wird, überwiegend nur passiv im wettbewerbswidrigen Informationsaustausch involviert waren (vgl. E. 11.4.1).

B-787/2014 Seite 133 Damit erweist sich das den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene Verhalten als etwas weniger schwerwiegend als von der Vorinstanz angenommen. Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher eine Korrektur des für den Basisbetrag angenommenen Prozentsatzes angezeigt, weshalb dieser von 8 % auf 6 % des relevanten Umsatzes zu reduzieren ist.

### **E. 14.2.4**

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. 14.2.5**

Rechtsungleiche Sanktionsbemessung? Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe ihr Ermessen für die Sanktionsbemessung ungleich angewendet und damit eine Rechtsverletzung begangen. In der Verfügung würden zahlreiche, nicht "gebüsste" Fluggesellschaften genannt, deren Verhalten demjenigen entspreche, das B. \_\_\_\_\_ zur Last gelegt werde. Besonders stossend sei, dass B. \_\_\_\_\_ von allen angeklagten Fluggesellschaften die zweithöchste Busse erhalten habe, obschon stichhaltige Beweise fehlten und B. \_\_\_\_\_ im schweizerischen Frachtmarkt nur eine untergeordnete Rolle gespielt habe. Dies stehe in keinem Verhältnis zum Grad der angeblichen Beteiligung von B. \_\_\_\_\_, insbesondere mit Blick auf zahlreiche Fluggesellschaften, die sich ähnlich wie B. \_\_\_\_\_ verhalten hätten, ohne "angeklagt" worden zu sein (2[...],17,23,347-372). Die Frage, ob die Vorinstanz auf Grund der festgestellten Vorkommnisse auch andere Fluggesellschaften hätte ins Recht nehmen müssen bzw. zu Unrecht nicht oder allenfalls zu tief sanktionierte, muss hier offenbleiben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird ausnahmsweise ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (BGE 139 II 49 E. 7.1; 136 I 65 E. 5.6; Urteile 4A\_136/2019 vom 15. Juli 2019 E. 3.3; 4A\_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3; 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3).

B-787/2014 Seite 134 Inwiefern diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben wären, legen die Beschwerdeführerinnen nicht konkret dar. Da sich auch aus den Akten nichts ergibt, woraus sich auf ein entsprechendes Vorgehen der Vorinstanz schliessen liesse, ist auf den geltend gemachten Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht nicht weiter einzugehen.

### **E. 14.2.6**

Weitere erschwerende oder mildernde Umstände? Die nachgewiesene Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an zwei Abreden (Treibstoffzuschläge und Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen, vgl. E. 11 f.) im sanktionierbaren Zeitraum auf dem relevanten Markt ist als erschwerender Umstand zu werten, was zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrages um 10 % führt. Mildernde Umstände sind im vorliegenden Fall – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen – nicht zu erkennen und im Lichte der in E. 14.2.3 gemachten Überlegungen nicht angezeigt.

### **E. 14.2.7**

Berücksichtigung des Antitrust Compliance-Programms? Nicht zu folgen ist den Beschwerdeführerinnen, soweit sie unter dem Titel "mildernde Umstände" infolge Antitrust Compliance-Programm eine weitere Reduktion der Sanktion um mindestens 10% beantragen. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, B. \_\_\_\_\_ habe das gesamte Verkaufs- und Managementpersonal verpflichtet, alle fünf Jahre ein umfangreiches persönliches Trainingsprogramm in Geschäftsethik, Sicherheit und Compliance abzuschliessen. Jede Trainingssession beinhalte eine Durchsicht der Gesetze und Regulationen, die unter anderem das Wettbewerbsrecht betreffen. Die schriftlichen Dokumente und die Trainingssessionen würden die Angestellten auch darin unterrichten, wie die Vorgaben des Wettbewerbsrechts einzuhalten seien. Zusätzlich seien die Angestellten verpflichtet, ein jährliches Compliance-Zertifikat zu erwerben, welches das Studium von Gesetzen und Regulationen beinhalte, unter anderem auch zum internationale

Wettbewerbsrecht. Schliesslich seien die Angestellten verpflichtet, jegliches Wissen über ein Fehlverhalten mitzuteilen (auch bei möglichen Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht). Ihr Compliance-Trainingsprogramm sei geeignet und offensichtlich wirksam gewesen, Verstösse gegen das schweizerische oder sonstige ausländische Wettbewerbsrechte zu vermeiden. Dies zeigt sich darin, dass die lokalen Angestellten von B.\_\_\_\_\_ Annäherungsversuche von Mitgliedern des Kartells zurückgewiesen habe (2[...],451-456).

B-787/2014 Seite 135 Die Vorinstanz hält dem entgegen, es seien hohe Anforderungen an ein Compliance-Programm zu stellen. Diesen genüge B.\_\_\_\_\_ nicht. Insbesondere sei nicht ersichtlich, ob B.\_\_\_\_\_s Compliance-Programm auch die schweizerische Wettbewerbsordnung erfasst habe. Selbst wenn die Angestellten tatsächlich verpflichtet gewesen wären, jegliches Wissen über ein Fehlverhalten mitzuteilen, sei dies hier nicht erfolgt. Gerade im Zusammenhang mit möglichen Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht habe B.\_\_\_\_\_ eingeräumt, dass die lokalen Mitarbeiter keine solchen Informationen an das Hauptquartier weitergegeben hätten (3[...],19). Wie die Vorinstanz zu Recht betont, sind an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines Compliance-Programms praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen. Das betroffene Unternehmen hat entsprechende Bemühungen überzeugend darzulegen, zumal die fraglichen Umstände in seiner Sphäre liegen (Urteil B-807/2012 E. 11.2.4). Eine allfällige Sanktionsminderung aufgrund der geltend gemachten Compliance-Bemühungen von B.\_\_\_\_\_ kommt hier aus den von der Vorinstanz erwähnten Gründen nicht in Frage. Auch sind in Bezug auf Treibstoffzuschläge entgegen den Beschwerdeführerinnen keine Distanzierungsversuche erfolgt (vgl. E. 11.4.2).

### **E. 14.3**

Ergebnis: Sanktionsreduktion Im Lichte der obigen Darlegungen ist der vorinstanzlich verfügte Sanktionsbetrag von Fr. [...] auf Fr. [...] herabzusetzen: Massgeblicher Umsatz Fr. [...] Basisbetrag (alt) Fr. [...] Basisbetrag nach Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (6 % MU)

Fr. [...] Erhöhung wegen Dauer des Verstosses (+10 %) Fr. [...] Erhöhung wegen erschwerender Umstände (+10 %) Fr. [...]

B-787/2014 Seite 136 Total der Sanktion Fr. [...]

### **E. 15**

Dispositiv Ziffer 1: angeordnetes Verbot von Preisabsprachen

#### **E. 15.1**

Die Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung 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 die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliegt." Die Beschwerdeführerinnen gehen in ihrer Beschwerde nicht näher ein auf das von ihnen – im Rahmen ihres Antrags auf Aufhebung der gesamten Verfügung – mitumfasste Begehren auf Aufhebung der Dispositiv Ziffer 1. Die sich hier stellende Frage ist grundsätzlicher Natur und in diesem Verfahren zu klären.

## **E. 15.2**

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. Wiederhandlungen 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.).

B-787/2014 Seite 137 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 deklaratorisch bezeichnet werden, da sich diese Ziffer im Rahmen des Verbots von Art. 8 LVA EU-CH bewege und alle Formen von Preisabsprachen erfasse.

### **E. 15.3.1**

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. Implenja; 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 Editions Flammarion SA; Urteil des BVer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, 5.4.2 i.S. Implenja, 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).

B-787/2014 Seite 138 Im damals konkret zu beurteilenden Fall war die Beschwerdeführerin bereits mehrmals an verschiedenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.3; 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. 15.3.2**

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, präventiven 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 kartellgesetzlichen 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 begründenden Handlungen beseitigen", weshalb den Parteien ein Verbot aufzuerlegen sei (1,1643).

B-787/2014 Seite 139 Eine Massnahme, wie sie die Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung festhält (und die nach Ansicht der Vorinstanz "rein deklaratorisch" ist, vgl. E. 15.2), erweist sich unter diesen Umständen nicht als erforderlich. Das Vorgehen der Vorinstanz muss deshalb als unverhältnismässig 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. 16**

Verfahrenskostenliquidation vor der Vorinstanz

### **E. 16.1**

Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Verursacher eines Verwaltungsverfahrens gebührenpflichtig, wenn dessen Verhalten Anstoss zu behördlichen 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 müssen. 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 angenommen, wenn beanstandetes Verhalten aufgegeben und das Verfahren deshalb als gegenstandslos eingestellt werde. Die Gebührenpflicht entfalle nur, wenn sich bei verfahrensverursachenden Unternehmen die anfänglichen Anhaltspunkte nicht erhärten würden und deswegen das Verfahren eingestellt werde. Der Zeitaufwand belaufe sich auf insgesamt 6'567 Stunden und werde gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den gesetzlichen Stundenansätzen berechnet. Die vorzunehmende Teileinstellung habe keine Auswirkung auf die Verfahrenskosten von gesamthaft Fr. 1'313'630.– (inkl. Auslagen von Fr. 9'740.–). Abzuziehen seien die reduzierten Verfahrensgebühren von Fr. 57'987.– für [...]; dieses Unternehmen habe keine Bemerkungen zum Sekretariats-Antrag gemacht, die Sanktionshöhe nicht beanstandet und auf eine mündliche Anhörung verzichtet. Der Restbetrag von Fr. 1'255'643.– sei anteilmässig von den verbliebenen dreizehn Adressatinnen im Umfang von je Fr. 96'588.– zu tragen (unter solidarischer Haftung).

B-787/2014 Seite 140

## **E. 16.2**

Die Beschwerdeführerinnen halten den Betrag der auferlegten Verfahrenskosten für unverhältnismässig. Diese seien vielmehr vollumfänglich von der Eidgenossenschaft zu tragen oder zumindest erheblich zu reduzieren: Erstens hätten die Verfahrenskosten nicht zu gleichen Teilen auf alle Verfügungsadressaten aufgeteilt werden sollen. Dies verstosse gegen das Verursacherprinzip. Auch unter der Annahme, dass die Anschuldigungen ausreichend nachgewiesen werden könnten, sei der von B.\_\_\_\_\_ zu übernehmende Kostenanteil aufgrund des höchst geringen Tatbeitrags von B.\_\_\_\_\_, der passiven Rolle von B.\_\_\_\_\_ und des Mangels an Verschulden erheblich zu reduzieren. Zweitens stelle die überlange Verfahrensdauer, die weder von B.\_\_\_\_\_ noch von den anderen Verfügungsadressaten verschuldet worden sei, einen zureichenden Grund dafür dar, von der vorinstanzlichen Praxis abzuweichen.

### **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 verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG sind nicht gebührenpflichtig Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben beziehungsweise 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 Person, 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 Unternehmen, 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.,

B-787/2014 Seite 141 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 zwei Punkten (Treibstoffzuschläge und verweigerten Zuschlagskommissionierung) 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. 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 neue 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.

B-787/2014 Seite 142

### **E. 17**

Zusammenfassung

#### **E. 17.1**

Im Lichte aller bisher gemachten Erwägungen erweist sich die Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden kann, als teilweise begründet und ist insoweit gutzuheissen: Dispositiv Ziffer 1 ist aufzuheben, Dispositiv Ziffer 2 zu korrigieren und entsprechend den vorstehenden Urteilserwägungen 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. 17.2**

Die als "Verfahrensanträge" gestellten Begehren der Beschwerdeführerinnen beziehen sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens. Soweit damit die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist dies vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen: Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

### **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 Partei, Verfahrenskosten sind ihr daher nur in ermässigtem Umfang, aufzuerlegen, soweit auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist beziehungsweise soweit sie unterliegt. 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.

B-787/2014 Seite 143

#### **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 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).

#### **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 um zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit

eine Partei- entschädigung 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). Da die Beschwerdeführerinnen für ihre Rechtsvertretung keine Kostennote einreichen liessen, ist die Entschädigung auf Grund der Akten und nach freiem gerichtlichen Ermessen zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). So- weit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auf- erlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auf- erlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

B-787/2014 Seite 144 Die um zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung wird hier in Anbetracht aller relevanten Umstände und unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache ermessensweise auf Fr. 27'000.– festge- legt. Die Parteientschädigung umfasst im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE keinen Mehrwertsteuerzuschlag, da die vertretene Partei ihren Sitz im Ausland hat (vgl. Art. 8 Abs. 1 MWSTG zum Empfängerortsprinzip, wo- nach an einen ausländischen Empfänger erbrachte Dienstleistungen nicht der MWST als Inlandsteuer [Art. 10 ff. MWSTG] unterliegen). Diese Partei- entschädigung hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). (Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite)

B-787/2014 Seite 145

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