

# **WEKO abrede-im-speditionsbereich-2012-12-10 vom 10. Dezember 2012**

WEKO, 2012-12-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_abrede-im-speditionsbereich-2012-12-10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_abrede-im-speditionsbereich-2012-12-10)

FR: WEKO abrede-im-speditionsbereich-2012-12-10 du 10 décembre 2012

IT: WEKO abrede-im-speditionsbereich-2012-12-10 del 10 dicembre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 44**

Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 19

zwar keine Speditionsdienstleistungen, bietet jedoch seinen Mitglieder diverse kostenpflichtige Leistungen an. So können zahlreiche Drucksachen bei Spedlogswiss bezogen werden, etwa Formulare (z.B. Air Waybill), Leitfäden (z.B. Leitfaden Luftfrachtspedition) oder Bücher (z.B. „Geschichte der Spedition“).<sup>45</sup> Weiter bietet Spedlogswiss Aus- und Weiterbildungen an, etwa in der Form kostenpflichtiger Kurse und Seminare (z.B. Vorbereitungskurs für die eidg. Berufsprüfung als Zolldeklarant/in).<sup>46</sup> Schliesslich bietet Spedlogswiss auch IT-Dienstleistungen an: „Mit dem Produkt DATACENTER stellt SPEDLOGSWISS seinen Mitgliedern eine kostenpflichtige IT-Plattform zur Verfügung, welche den elektronischen Datenaustausch zwischen Spediteur und Kunde ermöglicht.“<sup>47</sup> Dabei können nicht nur Spediteure und Mitglieder von Spedlogswiss diese IT-Plattform nutzen, sondern auch Verlager (d.h. Kunden der Spediteure). Damit ist erstellt, dass Spedlogswiss Güter und Dienstleistungen anbietet und als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren ist. B.2 Vorbehaltene Vorschriften 67. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).<sup>68</sup> In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen 69. 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, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). B.3.1 Wettbewerbsabrede B.3.1.1 Grundlagen 70. Als Wettbewerbsabreden gelten 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).<sup>71</sup> Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein

bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

#### **E. 45**

Vgl. [www.spedlogswiss.ch](http://www.spedlogswiss.ch) > Dienstleistungen > Produkte und Preise (11.06.2012).

#### **E. 46**

Vgl. [www.spedlogswiss.ch](http://www.spedlogswiss.ch) > Bildung (11.06.2012).

#### **E. 47**

[www.spedlogswiss.ch](http://www.spedlogswiss.ch) > Datacenter (11.06.2012).

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 20

72. Zu beachten ist dabei, dass gemäss dem gesetzlichen Wortlaut sowie der Praxis des Bundesgerichts und der WEKO nicht nur Vereinbarungen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten.<sup>48</sup> Die abgestimmte Verhaltensweise muss vom blossen Parallelverhalten abgegrenzt werden, welches nicht unter das Kartellgesetz fällt. Ein solches liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Demgegenüber ist für eine abgestimmte Verhaltensweise ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vorausgesetzt. „Die Wettbewerbsteilnehmer müssen bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.“<sup>49</sup> B.3.1.2 Gesamtabrede 73. Im vorliegenden Fall verhält es sich so (wie nachfolgend unter Rz 76 ff. detailliert nachgewiesen wird), dass sich das Verhalten der international tätigen Spediteure nicht darauf beschränkt hat, sich bezüglich einer einzigen Gebühr oder eines einzigen Zuschlags zu koordinieren, sondern dass sich ein eigentliches Verhaltensmuster entwickelt hat bzw. ein Konsens unter den Spediteuren bestand, dass beim Auftreten von neuen gemeinsamen exogenen Kostenfaktoren für die Luftfrachtspedition der Umgang mit diesen und gegebenenfalls deren Weitergabe an den Kunden koordiniert werden sollte. Im Bereich der Gebühren und Zuschläge ist als Prinzip die Zusammenarbeit teilweise an die Stelle des Wettbewerbs getreten. 74. Grundsätzlich wäre es möglich, bezüglich jeder einzelnen Gebühr und jedes einzelnen Zuschlages zu klären, ob diese jeweils für sich alleine Gegenstand einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sind. Wie allerdings bereits der EuGH ausgeführt hat, wäre es „gekünstelt“, ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.<sup>50</sup> In der europäischen Praxis und Rechtsprechung werden regelmässig die innerhalb komplexer Organisationen zu dem gleichen Zweck getroffenen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen als „einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlungen“ qualifiziert.<sup>51</sup> Aber auch der schweizerischen Pra-

#### **E. 48**

Vgl. BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) Buchpreisbindung; vgl. auch ausführlich RPW 2010/4, 736 Rz 175 ff., Baubeschläge sowie RPW 2010/4, 659 f. Rz 96 ff., Hors- Liste.

#### **E. 49**

BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) Buchpreisbindung.

## E. 50

Abbildung 47 3. „Gardening Club“ / New Export System-Gebühr (NES-Gebühr) 180. In Grossbritannien (UK) kam es zu Treffen zwischen den Wettbewerbern im Rahmen des sog. „Gardening Club“ (auch „Heathrow Garden Club“). Dieser bezeichnet die organisierten Treffen von Mitarbeitern der wichtigsten Spediteure (u.a. [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin] und [Luftfrachtspediteurin]). Nicht vertreten war offenbar [Luftfrachtspediteurin]). Im Rahmen der Treffen wurden verschiedenste geschäftsbezogene Themen im Bereich Luftfracht besprochen: Kontakte mit Luftfahrtgesellschaften, Geschäftsverlauf, Personalwesen und die Einführung und Anwendung neuer Gebühren und Zuschläge. Der Gardening Club war von Oktober 2002 bis mindestens am 26. November 2004 aktiv. 181. Die Mitglieder des „Gardening Clubs“ waren sich bewusst, dass ihre Gespräche problematisch sein könnten. Im E-Mail-Verkehr wurden deshalb Codewörter für die besprochenen Zuschläge verwendet (so steht beispielsweise „Asparagus“ für die NES-Gebühr). 182. Im Rahmen des „Gardening Clubs“ wurde einerseits die Höhe der AAMS-Gebühr in UK (vgl. zur AAMS-Gebühr oben Rz 79 ff.) und andererseits die New Export System-Gebühr festgesetzt. 183. Beim „New Export System“ (NES) handelt es sich um eine in den Jahren 2002 und 2003 eingeführte, staatlich verordnete Deklarationspflicht für alle Exporte in Länder außerhalb der EU (und somit auch in die Schweiz). Die Spediteure wurden verpflichtet, die Exporte ihrer Kunden den britischen Zollbehörden (HM Revenue & Customs) vor dem Export elektronisch anzumelden. Im Rahmen des „Gardening Club“ wurde im Jahr 2002 eine NES-Gebühr von GBP 25 (für Kunden ohne Spezialvereinbarung) bzw. GBP 14–16 (für Kunden mit Spezialvereinbarung) festgesetzt. 184. Zur Illustration dient folgendes E-Mail vom 10. Oktober 2002 von [Name], [Luftfrachtspediteurin]:

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 51

Abbildung 48 4. Zwischenergebnis betreffend ausländische Gebühren 185. Die im Ausland festgesetzten Gebühren PSS, CAF und NES-Gebühr haben sich auch in der Schweiz ausgewirkt, da sie Schweizer Kunden mit Exporten aus den betroffenen Regionen (z.B. aus Hong-Kong bezüglich der PSS) nach Möglichkeit verrechnet wurden. Diese drei exemplarischen Gebühren zeigen auf, dass es sich um ein globales Verhaltensmuster der international tätigen Spediteure handelte, sich bei neuen Kostenelementen über die Weiterverrechnung an die Kunden zu koordinieren. Dabei wurde das jeweils für die Koordination am besten geeignete Instrument gewählt, zumeist multilaterale Kontakte in Form von Treffen und umfangreicher E-Mail-Austausch. Die Koordination erfolgte aber auch im Rahmen ausländischer Verbandsorganisationen. Je nach Land mag zwar der Kreis der beteiligten Spediteure grösser oder kleiner gewesen sein, die international tätigen Spediteure waren aber regelmässig involviert, wenn auch in unterschiedlichem und im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht restlos geklärtem Ausmass. 186. Die Beispiele zeigen weiter auf, dass sich die Spediteure bewusst waren, dass ihre Verhaltensweisen vermutlich unzulässig waren, weshalb sie entsprechende Gegenmassnahmen ergriffen haben (z.B. die Codewörter in England oder die Kommunikation über ein speziell dafür eingerichtetes E-Mail-Konto in Shanghai). 187. Schliesslich fällt auf, dass auch bei den vorgenannten ausländischen Gebühren auf eine gleichzeitige und einheitliche Kommunikation der Spediteure gegenüber der Kundschaft geachtet wurde, um die

Akzeptanz der Gebühren zu erhöhen. B.3.1.3.6 Ergebnis: Vorliegen einer Gesamtabrede 188. Aus der obigen, detaillierten Darstellung des Verhaltens der grossen, international tätigen Luftfrachtspediteure hinsichtlich mehrerer, exemplarisch ausgewählter Gebühren (AAMS-Gebühr, SCF, SFA, E-dec-Gebühr, Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr, PSS, CAF, NES-Gebühr) erschliesst sich ein generelles Verhaltensmuster. Regelmässig wenn diese Unternehmen mit neuen, gemeinsamen Kostenfaktoren konfrontiert wurden, haben sie sich hinsichtlich der Reaktion auf diese Kosten koordiniert. Der minimale Konsens bestand darin, gemeinsam zu erörtern, wie bezüglich solcher Kostenfaktoren vorzugehen sei und gegebenenfalls ob und in welcher Höhe sie auf die Kunden abzuwälzen seien. Teilweise wurde versucht, durch gemeinsames Auftreten gegenüber den für die neuen Kosten verantwortlichen Unternehmen (z.B. den Airlines oder den Handlingagenten) die Kosten zu vermeiden. In allen dargestellten Fällen wurde aber letztendlich eine neue, einheitliche Gebühr geschaffen, um diese Kosten an die Kunden weiter zu verrechnen. Zumindest in den dargestellten Fällen herrschte ein Grundkonsens darüber, dass die betreffenden Kosten nicht bei der Branche verbleiben durften, und daher auch, dass hinsichtlich der Weiterbelastung dieser Kosten kein

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 52

Wettbewerb zwischen den Spediteuren entstehen sollte. In den meisten Fällen wurde nicht nur die Schaffung einer neuen Gebühr beschlossen, sondern gleichzeitig auch deren Höhe festgelegt. Schliesslich wurde darauf geachtet, dass eine gemeinsame Kommunikation gegenüber den Kunden sichergestellt werden konnte, sei dies durch eine Instrumentalisierung der Branchenverbände und die Herausgabe von Empfehlungen und Zirkularen, sei dies durch das gemeinsame Verfassen von Kundenbriefen. Ziel der gemeinsamen Kommunikation war es, die Akzeptanz der Kunden für diese Gebühren zu erhöhen und dafür zu sorgen, dass diese als objektiv notwendige Weiterleitung von Kosten und nicht als individuelle Preis-erhöhung empfunden werden (und deren Bezahlung dementsprechend weniger in Frage gestellt wird). 189. Die obige Darstellung hat auch aufgezeigt, dass erstens nicht immer alle Untersuchungsadressaten gleichermassen in die Koordination der einzelnen Gebühren involviert waren und dass die Umsetzung der Gebühren unterschiedlich konsequent erfolgt ist, zuweilen haben einzelne Unternehmen einzelne Gebühren auch gar nicht umgesetzt. Zweitens waren auf lokaler Ebene teilweise auch weitere Unternehmen beteiligt, welche im vorliegenden Verfahren nicht Untersuchungsadressaten sind, und es wäre wohl teilweise möglich, bezüglich einzelner Gebühren eine eigene Wettbewerbsabrede zu bejahen. Entsprechend den einleitenden Erwägungen zur Gesamtabrede (vgl. oben Rz 73 ff.) führen diese Elemente nicht dazu, dass das Vorliegen einer übergeordneten Gesamtabrede in Frage gestellt werden müsste. Die weltweite Verbreitung des Verhaltensmusters, die Auswahl der jeweils passenden Koordinationsinstrumente, die Existenz des FFI zur Wahrung der Interessen der grossen international tätigen Spediteure, die zahlreichen Kontakte auf allen Stufen zwischen diesen und der Umstand, dass jedenfalls bei den dargestellten Gebühren jeweils eine Mehrheit der 5 grossen international tätigen Luftfrachtspediteure Agility (GeoLogistics), Deutsche Bahn (BAX/Schenker), Deutsche Post (DHL), Kühne+Nagel und Panalpina involviert waren, lassen den Schluss zu, dass zwischen diesen Parteien eine Gesamtabrede bestand. Inhalt dieser Gesamtabrede war, dass die Weiterbelastung von neuen Kostenfaktoren an die Kunden erörtert und gegebenenfalls koordiniert werden muss. Ob im Bereich der Luftfrachtspedition nebst den oben dargestellten Gebühren und Zuschlägen weitere

Gebühren, Zuschläge oder sonstige exogene Kostenfaktoren Gegenstand von Preisabreden zwischen den Parteien wa- ren, kann vorliegend offen bleiben. Zudem gilt es an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung über das Vorliegen einer Gesamtabrede aus Sicht der schweizerischen Be- hörde, unter Beurteilung der sich in der Schweiz auswirkenden Sachverhaltselemente und auf der Grundlage des schweizerischen Rechts erfolgt ist. Dies bedeutet, dass das vorlie- gende Ergebnis nur Gültigkeit bezüglich der Schweiz beanspruchen kann. 190. Im Rahmen der Stellungnahmen und Hearings haben diverse Parteien das Vorliegen der dargelegten Gesamtabrede bestritten und argumentiert, wenn schon müsste für die Ge- bühren AAMS, PSS, NES und CAF von vier voneinander unabhängigen Gesamtabreden ausgegangen werden. So hat namentlich die Deutsche Bahn vorgebracht, die Kriterien zur Annahme einer Gesamtabrede seien nicht erfüllt: Es habe kein gemeinsames Ziel bzw. kein Gesamtplan vorgelegen, es habe keine verbundenen, sich ergänzenden Handlungen gege- ben, und es habe an einem gegenseitigen Bewusstsein und Teilnahme durch stillschweigen- de Teilnahme gefehlt.<sup>71</sup> Die WEKO hat diese Vorbringen der Parteien geprüft, ist aber zum Ergebnis gelangt, dass aus Darstellung des Sachverhalts im Rahmen dieser Verfügung her- vorgeht (namentlich aus den Rz 79 ff.), dass die nach schweizerischem Recht massgeben- den Kriterien zur Annahme der Gesamtabrede – wie sie oben definiert wurde (vgl. Rz 188) – erfüllt sind. Aufgrund des Vorliegens einer einvernehmlichen Regelung sowie des in den Stellungnahmen geäusserten Wunsches der Parteien das Vorliegen der Gesamtabrede nicht zu ausführlich zu begründen, verzichtet die WEKO darauf, die Vorbringen der Parteien an dieser Stelle eingehender zu widerlegen.

71 Vgl. Stellungnahme der Deutschen Bahn vom 12. November 2012, S. 5 ff.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 53

B.3.1.4 Gesamtabrede ist eine Wettbewerbsabrede 191. Die nachgewiesene Gesamtabrede kann als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden,<sup>72</sup> d.h., es liegt a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Gesamtabrede be- teiligten Unternehmen vor und b) mit der Gesamtabrede wird eine Wettbewerbsbeschrän- kung bezweckt oder bewirkt. Beide Tatbestandselemente können bejaht werden, da sich die Unternehmen hinsichtlich aller dargestellten Gebühren koordiniert haben, mit dem Ziel der Sicherstellung der Weiterbelastung von diesen neuen Kostenfaktoren. Zudem konnte nicht nur das „Bezwecken“ einer Wettbewerbsbeschränkung belegt werden, sondern auch das „Bewirken“, da alle dargestellten Gebühren – wenn auch unterschiedlich konsequent – am Markt eingeführt und den Kunden belastet wurden (vgl. eingehend unten Rz 221 und Rz 237). B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 192. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede 193. Für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstat- bestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponen- ten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten

auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.<sup>73</sup> Eine Preisabrede liegt mit anderen Worten nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten (Preisbestandteile) oder Elemente der Preisbildung fixiert werden.<sup>74</sup> Als Preisabrede gilt weiter auch die Fixierung einer bestimmten Bandbreite. Auch bei Nichtvorliegen von identischen Preisen kann diese Art der Abrede gegenüber einer Wettbewerbssituation zu einem erhöhten Preisniveau führen.<sup>75</sup> 194. Gemäss der Praxis der WEKO ist weiter von einer Preisabrede auszugehen, wenn sich Unternehmen in Bezug auf Höhe und Umsetzungszeitpunkt von bevorstehenden Preiserhöhungen koordinieren. Eine solche Verhaltenskoordination bezweckt die Ausschaltung der mit einer einseitigen Preiserhöhung verbundenen Risiken, insbesondere des Risikos, Marktanteile zu verlieren.

72 Wenn nachfolgend im Rahmen dieser Verfügung von einer „Abrede“ gesprochen wird, ist stets die in diesem Abschnitt definierte Gesamtabrede gemeint. 73 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 567. 74 Vgl. BGE 129 II 18, 31 ff. E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742 E. 6.5.5) Buchpreisbindung. 75 Vgl. RPW 2010/4, 755 Rz 348 f., Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, m.w.H.; RPW 2001/4, 699 Rz 22, Privatärztetarife im Kanton Zürich.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 54

teile zu verlieren. Der Austausch von Preisinformationen ermöglicht es den Beteiligten, ihr eigenes Verhalten auf dem Markt den Informationen entsprechend anzupassen.<sup>76</sup> 195. Im vorliegenden Fall betrifft die Gesamtabrede die Koordination neuer exogener Kostenfaktoren und gegebenenfalls deren Weiterleitung an die Kunden in der Form von Gebühren und Zuschlägen. Diese Gebühren und Zuschläge stellen Preisbestandteile dar, so dass eine Preisabrede vorliegt, die sich jedenfalls in den oben dargestellten Fällen ausgewirkt hat. 196. Bei den Untersuchungsadressaten handelt es sich mit Ausnahme von Spedlogswiss um Luftfrachtspediteure, welche tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen, d.h. als aktuelle Konkurrenten auf derselben Marktstufe tätig sind. Es kann daher eine horizontale Preisabrede zwischen den international tätigen Luftfrachtspediteuren bejaht werden. Keine horizontale Preisabrede abgeschlossen hat hingegen Spedlogswiss, da der Verband gar keine Speditionsdienstleistungen auf dem Markt anbietet (vgl. oben Rz 49). 197. Damit greift die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG für die Gesamtabrede der internationalen Luftfrachtspediteure. B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 198. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Gesamtabrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen) besteht. B.3.2.2.1 Aussenwettbewerb 199. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Daran anschliessend ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h. ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können. 1. Relevanter Markt a. Sachlich relevanter Markt 200. Der

sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU77, der hier analog anzuwenden ist).

201. Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen ent-

76 Vgl. RPW 2010/4, 755 Rz 348 f., Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren ; WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, 48 Rz 258 m. w. H. (abrufbar auf der Website der WEKO unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Aktuell > Letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen [17.08.2012]); vgl. auch MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, 150 ff. 77 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 55

halten (so z.B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW (Land), Flugzeug (Luft) oder Schiff (Wasser) erfolgen. Der Spediteur ist meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien (z.B. Reedereien oder Fluggesellschaften) ein.<sup>78</sup> 202. Als direkte Marktgegenseite der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen sind Personen oder Unternehmen zu bezeichnen, welche Waren oder Güter versenden wollen (nachfolgend auch als Kunden oder Verloader bezeichnet). Typischerweise wird in der schweizerischen und der europäischen Praxis für den Transport von Gütern zwischen „Sendung“ (Güter bis 50 kg) und „Fracht“ (Güter über 50 kg) unterschieden.<sup>79</sup> Eine solche Unterscheidung rechtfertigt sich durch die Tatsache, dass die Abwicklung des Transports von Gütern unter 50 kg – im Gegensatz zu jener von Gütern über 50 kg – keine besonderen maschinellen Hilfsmittel benötigt. Da ein Spediteur die Transportleistung „nur“ organisiert, jedoch nicht selber durchführt, ist diese Unterscheidung vorliegend nicht von Belang. Die Europäische Kommission hat hierzu ebenfalls festgehalten: „[...] a clear distinction based on a certain (minimum) weight for consignments shipped did not exist for freight forwarding. Freight forwarders can and do accept small shipments”.<sup>80</sup> 203. Bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Bereich „Spedition“ erscheint es mangels Schweizer Präjudizien sinnvoll, sich an der reichhaltigen Praxis der Europäischen Kommission zu orientieren.<sup>81</sup> Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, folgende Abgrenzungen vorzunehmen: (a) zwischen binnenländischen und grenzüberschreitenden und (b) zwischen Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition. (i) Abgrenzung von binnenländischer und grenzüberschreitender Spedition 204. Die unterschiedlichen Anforderungen an die Organisation des Versands von Waren und Gütern innerhalb eines Landes und im grenzüberschreitenden Bereich führt dazu, dass Unternehmen sich meistens auf eine der genannten Speditionsarten – binnenländisch oder grenzüberschreitend – konzentrieren.<sup>82</sup> Für einen Kunden, welcher Waren oder Güter im Inland versenden möchte, stellt daher ein Spediteur, welcher im grenzüberschreitenden Bereich tätig ist, keine Alternative dar und umgekehrt. 205. Eine weitere Aufteilung der „grenzüberschreitenden Spedition“ (u.a. nach einzelnen Destinationen) ist nicht angebracht, da ein Spediteur im grenzüberschreitenden Bereich generell alle Destinationen bedient oder zumindest bedienen könnte.

„Grenzüberschreitende Spedition“ umfasst damit den Versand von Gütern aus einem Land in ein beliebiges anderes Land.<sup>83</sup>

78 Vgl. auch schon oben Rz 3 ff.; vgl. weiter <http://de.wikipedia.org/wiki/Spedition> (25.04.2012) sowie KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) Deutsche Post/Air Express International, Rz 8. 79 RPW 1999/1, 129 Rz 15, Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG; KOMM, Entscheid vom 23.02.1999 (COMP/M.1347) Deutsche Post/Securicor, Rz 14. 80 KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) Deutsche Post/Air Express International, Rz 10. 81 Vgl. u.a. KOMM, Entscheid vom 24.11.2005 (COMP/M.3971) Deutsche Post/Excel, Rz 9 ff.; KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) Deutsche Post/Air Express International, Rz 8 ff. Die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben sich bisher noch nicht zu Speditionsmärkten geäußert. Im Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post – Danzas (RPW 1999/1, 129 ff. Rz 13 ff.) wurden Transport- und Logistikmärkte analysiert. 82 Vgl. KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) Deutsche Post/Air Express International, Rz 9. 83 Vgl. Fn 82.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 56

(ii) Abgrenzung von Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition 206. Ein starker Hinweis dafür, dass eine Unterteilung in Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Speditionsmärkte sachgerecht ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Speditionunternehmen und die Speditionsverbände in der Regel selber diese Transportarten unterscheiden und auch entsprechend organisiert und strukturiert sind. 207. Des Weiteren unterscheiden sich Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Speditionsdienstleistungen für den Kunden stark bezüglich verschiedener Faktoren – u.a. Geschwindigkeit und Tarifstruktur. Gemäss einer Logistikmarktstudie aus dem Jahr 2012 bietet die Luftfracht v.a. die Vorteile der Schnelligkeit, der Sicherheit und der Hohen Pünktlichkeit. Auf der anderen Seite werden die relativ hohen Transportkosten als Nachteil der Luftfracht gegenüber Wasser- oder Landfracht hervorgehoben.<sup>84</sup> Von da her werden Luftfracht-Speditionsdienstleistungen v.a. dann in Anspruch genommen, wenn Schnelligkeit und Pünktlichkeit von Bedeutung sind. Ein Ausweichen auf Seefracht- oder Landfracht-Spedition ist in diesen Fällen meist nicht möglich. Es ist daher ein eigener sachlich relevanter Markt für den Bereich Luftfracht-Spedition abzugrenzen.<sup>85</sup> (iii) Weitere Abgrenzungen 208. In einem frühen Entscheid zur Abgrenzung von Speditionsmärkten (Deutsche Post/Air Express International<sup>86</sup>) hat die Europäische Kommission eine Unterteilung der Speditionsmärkte in „Express“ und „Standard“ vorgenommen. In einem späteren Entscheid (Deutsche Post/Excel<sup>87</sup>) ist die Kommission jedoch auf diese Abgrenzung zurückgekommen und hat festgehalten, dass sie eine solche Segmentierung innerhalb der internationalen Luftfrachtspedition nicht mehr für angebracht hält: Obwohl auch in der Luftfrachtspedition nach wie vor unterschiedliche Angebote bezüglich Geschwindigkeit existierten, würden diese nicht als Teil eines eigenen Produktmarktes gesehen. Dieser Auffassung kann zugestimmt werden, so dass zumindest für den Bereich der internationalen Luftfrachtspedition keine Abgrenzung nach Zustellgeschwindigkeit vorzunehmen ist. 209. Eine detaillierte Segmentierung nach Art der Waren und Güter – z.B. eine separate Abgrenzung von Märkten für verderbliche Waren, für Luxusgüter etc. – scheint vorliegend nicht sachgerecht, da ein Spediteur grundsätzlich in der Lage ist, den Transport sämtlicher Waren zu organisieren. Auch die EU-Kommission hat von einer solchen Segmentierung abgesehen.<sup>88</sup> 210. Aufgrund des Untersuchungsabschlusses durch

eine einvernehmliche Regelung kann auf eine zusätzliche Analyse des Marktes (beispielsweise mittels SSNIP-Test<sup>89</sup> bzw. umfangreicher Befragungen) verzichtet werden, insbesondere da sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass die dargelegte Marktabgrenzung für den vorliegenden Fall unzureichend wäre. Wie in Rz 76 ff. gezeigt, beziehen sich die untersuchten Verhaltensweisen auf den Be-

84 Vgl. Logistikmarkt 2012 – Das umfassende Nachschlagewerk für Logistik und Supply Chain Management, 93, GS1 Schweiz; vgl. weiter HANS-HELMUT GRANDJOT, Leitfaden Luftfracht, München 2002, 125 sowie JOACHIM EHRENTAL, JOERG S HOFSTETTER, WOLFGANG STÖLZLE, Die St. Galler Luftfracht-Studie – Luftfracht als Wettbewerbsfaktor des Wirtschaftsstandortes Schweiz, 2010, 24 sowie Fn 82. 85 Auf die Abgrenzung zwischen Bodenfracht- und Seefracht-Spedition wird nicht weiter eingegangen, da diese Bereiche nicht Gegenstand der vorliegenden Verfügung sind. 86 Vgl. Fn 82. 87 KOMM, Entscheid vom 24.11.2005 (COMP/M.3971) Deutsche Post/Exel, Rz 12 ff. 88 KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) Deutsche Post/Air Express International, Rz 10. 89 MOTTA (Fn 76), 102 ff.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 57

reich internationale Luftfrachtspedition. Gestützt darauf ist für die weitere Analyse vom sachlich relevanten Markt für internationale Luftfrachtspedition auszugehen. b. Räumlich relevanter Markt 211. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist). 212. Auch zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes kann die Praxis der Europäischen Kommission herangezogen werden. So hat diese im Entscheid Deutsche Post/Air Express International<sup>90</sup> die geographische Dimension des relevanten Marktes als national angedacht, jedoch darauf hingewiesen, dass eine Ausdehnung auf eine Dimension grösser als national (z.B. europaweit) denkbar wäre. Für eine nationale Abgrenzung spricht gemäss EU-Kommission die Tatsache, dass Kunden Spedition als nationale Dienstleistung wahrnehmen und sich daher in erster Linie an nationale Gesellschaften wenden. Ebenfalls hätten internationale Unternehmen meist lokale Niederlassungen in einem Land und es existierten Preisunterschiede zwischen den Ländern. 213. In verschiedenen nachfolgenden Entscheiden hat sich die Kommission teilweise dahingehend geäussert, dass der Trend zur Internationalisierung in der Speditionsbranche soweit fortgeschritten sei, dass es gerechtfertigt scheine, den geographisch relevanten Markt EWR-weit abzugrenzen.<sup>91</sup> Im Gegensatz dazu steht ein jüngerer Entscheid (Norbert Dentressangle/Laxey Logistics<sup>92</sup>), in welchem festgehalten wird: „Nevertheless, the market investigation conducted in the present case did not indicate clearly that the geographic dimension of the market was broader than national.“<sup>93</sup> Eine definitive räumliche Marktabgrenzung wurde schliesslich in keinem Entscheid vorgenommen. 214. In casu scheint es sinnvoll, im Sinne einer Arbeitshypothese von nationalen Märkten auszugehen, da die Kundennähe in der Speditionsbranche ein wichtiger Faktor ist und die meisten der grossen, international tätigen Spediteure eigene nationale Niederlassungen in verschiedenen Ländern (so auch in der Schweiz) haben.<sup>94</sup> Eine endgültige Marktabgrenzung ist aber nicht erforderlich, da auch bei einer internationalen Marktabgrenzung nur die Auswirkungen in der Schweiz für die Beurteilung nach Schweizer Kartellrecht massgebend wären. 215. Nachfolgend wird geprüft, inwiefern die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden. 2.

Aktueller Wettbewerb 216. Sämtliche an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen sind (und waren im relevanten Zeitraum) im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig. Unternehmen, welche im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig sind, werden nachfolgend auch als Luftfrachtspediteure bezeichnet. Tabelle 1 gibt Auskunft über die Anteile am relevanten Markt der an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtspediteure für die Jahre 2000–2007.

90 KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) Deutsche Post/Air Express International, Rz 13 ff. 91 Vgl. u.a. KOMM, Entscheid vom 24.11.2005 (COMP/M.3971) Deutsche Post/Exel, Rz 25 ff. 92 Vgl. KOMM, Entscheid vom 21.03.2011 (COMP/M.6059) Norbert Dentressangle/Laxey Logistics, Rz 20 ff. 93 KOMM, Entscheid vom 21.03.2011 (COMP/M.6059) Norbert Dentressangle/Laxey Logistics, Rz 22. 94 Vgl. Logistikmarktstudie (Fn 84), 156.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 58

Tabelle 1: Marktanteile der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Deutsche Post	[10–15] %	[10–15] %	[10–15] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %	[20–25] %	[20–25] %
Deutsche Bahn	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[5–10] %	[5–10] %	[5–10] %	[5–10] %
Kühne + Nagel	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[5–10] %	[5–10] %
Panalpina	[10–15] %	[10–15] %	[10–15] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %
Agility	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[5–10] %	[0–5] %
Total	24.86 %	32.76 %	35.97 %	38.91 %	46.61 %	49.89 %	56.97 %	56.12 %

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats.<sup>95</sup> 217. Tabelle 1 verdeutlicht, dass die an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtspediteure ihre Marktanteile kontinuierlich ausbauen (oder zumindest stabil halten) konnten. Ab dem Jahr 2005 vereinten sie rund 50 % oder mehr des relevanten Marktes auf sich. Es handelt sich um die fünf grössten Unternehmen im relevanten Markt. Dies wird durch die Antworten auf den am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen bestätigt, da diese fünf Unternehmen am häufigsten als „grösste Wettbewerber“ im Markt für internationale Luftfrachtspedition genannt wurden.<sup>96</sup> Bei sämtlichen an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen handelt es sich zudem um weltweit tätige Grosskonzerne (vgl. oben Rz 7 ff.). 218. Die aggregierten Marktanteile der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition („Andere“) können der nachfolgenden Tabelle 2 entnommen werden: Tabelle 2: Aggregierte Marktanteile der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Andere	75.14 %	67.24 %	64.03 %	61.09 %	53.39 %			

### E. 50.11

% 43.03 % 43.88 %

219. Bei den nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen handelt es sich vorwiegend um kleinere bis mittlere Luftfrachtspediteure. Dies zeigt sich an der relativ grossen Anzahl von Luftfrachtspediteuren im relevanten Markt: So kann davon ausgegangen werden, dass zwischen 2000 und 2007 etwa 86 bis 107 Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig waren.<sup>97</sup> Da diese Unternehmen gemeinsam ab dem Jahr 2005 nur noch rund 50 % oder weniger des relevanten Marktes auf sich vereinten, ist ersichtlich, dass es sich dabei grösstenteils um Luftfrachtspediteure mit geringen

Marktanteilen handeln muss.

95 Berechnungsgrundlage bildeten die Daten der International Air Transport Association (IATA) über die per Luftfracht zwischen der Schweiz und dem Ausland transportierten Waren- und Gütermengen. Diese wurden zu den aggregierten Daten des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL) in Relation gesetzt. Die berechneten Marktanteile korrespondieren gut mit den Einschätzungen der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen über ihre eigenen sowie die Marktanteile ihrer Konkurrenten. 96 Dem Sekretariat wurden mehr als 250 Fragebogen zurückgesendet. Eine detaillierte Aufzählung aller Aktenstücke macht keinen Sinn. 97 Diese Zahlen beruhen auf einer Berechnung anhand der Mitgliederzahlen des Verbandes Spedlogswiss. Spedlogswiss geht davon aus, dass im relevanten Zeitraum rund 40 % aller Mitglieder im Bereich Luftfrachtspedition tätig waren. Da Spedlogswiss ausserdem rund 95 % der Schweizerischen Speditionsunternehmen vertritt ([www.spedlogswiss.ch](http://www.spedlogswiss.ch)), entspricht die Anzahl der Luftfrachtspediteure im Verband in etwa der Anzahl der Luftfrachtspediteure im relevanten Markt.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 59

Aus den Antworten zu den am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen geht ausserdem hervor, dass neben den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen folgende als „grosse Konkurrenten“ im relevanten Markt wahrgenommen wurden: Fracht AG Internationale Transporte, Lamprecht Transport AG und Ritschard SA. Diese Unternehmen wiesen – gemäss Schätzungen der befragten Unternehmen – jeweils einen Marktanteil von rund 5 % auf.<sup>98</sup> 220. Trotz der relativ grossen Anzahl von Unternehmen, welche nicht an der Gesamtabrede beteiligt waren, ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass diese eine disziplinierende Wirkung auf die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ausgeübt haben. Dafür können folgende Gründe genannt werden: • Die Wirkung der Gesamtabrede wurde durch den Versand von Empfehlungen an sämtliche Spedlogswiss-Mitglieder in Bezug auf die einzelnen Gebühren und Zuschläge stark ausgeweitet. Spedlogswiss vertritt (und vertrat im relevanten Zeitraum) gemäss eigenen Angaben mehr als 95 % der Speditionsbranche.<sup>99</sup> Es kann also davon ausgegangen werden, dass die Gesamtabrede aufgrund der zahlreichen Empfehlungen von Spedlogswiss zur Überwälzung von Kosten durch Gebühren und Zuschläge auf die Kunden faktisch Auswirkungen auf beinahe sämtliche Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition gezeitigt hat (vgl. Rz 221). • Aus Tabelle 1 und Rz 217 geht hervor, dass die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen im relevanten Zeitraum zu den Grossen im Markt für internationale Luftfrachtspedition gehörten und spätestens ab dem Jahr 2005 einen beträchtlichen Teil des Marktes auf sich vereinen konnten. Gleichzeitig handelt es sich bei den nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen um kleinere bis mittlere Luftfrachtspediteure (Rz 219). Es ist nicht davon auszugehen, dass vereinzelte kleinere und mittlere Unternehmen eine disziplinierende Wirkung auf die grossen und weltweit tätigen (an der Gesamtabrede beteiligten) Konzerne ausüben vermochten. • Die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen waren grösstenteils in der Lage, ihre Marktanteile über die Zeit deutlich auszubauen (so konnte Kühne + Nagel den Marktanteil vervierfachen, Panalpina fast verdreifachen und die Deutsche Post verdoppeln). Auch absolut gesehen konnten die besagten Speditionsunternehmen wachsen. Diese Tatsachen sind weitere starke Indizien dafür, dass die nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen keine disziplinierende Wirkung auf die Abrededepartner ausüben vermochten. 221. Neben der Analyse der Marktanteile bildet vorliegend auch die Reaktion der nicht an der Gesamtabrede beteiligten

Unternehmen auf die Empfehlungen von Spedlogswiss bezüglich einzelner Gebühren und Zuschläge einen Anhaltspunkt für die Intensität des Aussenwettbewerbers. Konkret stellt sich die Frage nach dem Einhaltung- und Umsetzungsgrad der entsprechenden Empfehlungen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden kann, ist es ausreichend, die Auswirkungen exemplarisch anhand einzelner Gebühren aufzuzeigen.<sup>100</sup> 222. Nachfolgend werden die Antworten der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen bezüglich der AAMS-Gebühr, SCF, SFA, E-Dec-Gebühr sowie der Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr (ESA-Gebühr) in einer Tabelle zusammengefasst. Dabei wird unterschied-

98 Da die Schätzungen auf sehr wenigen Antworten beruhen und in den Fragebogen Marktanteile tendenziell überschätzt wurden, kann davon ausgegangen werden, dass die erwähnten 5 % eine obere Schranke für die tatsächlichen Marktanteile der betreffenden Unternehmen darstellt. 99 Vgl. [www.spedlogswiss.ch](http://www.spedlogswiss.ch) > Organisation & Mitgliedschaft (20.08.2012). 100 Die Auswertung erfolgt anhand der Antworten auf die am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 60

den, ob die Unternehmen die Gebühren generell in Rechnung gestellt haben („Stellen Sie die Gebühr Ihren Kunden in Rechnung?“) und, wenn ja, ob sie sich auch an die von Spedlogswiss empfohlene Höhe gehalten haben („Halten Sie sich an die Empfehlung von Spedlogswiss“). Es ist zu bemerken, dass jeweils nicht alle Unternehmen alle Fragen beantwortet haben.<sup>101</sup> Tabelle 3: Antworten der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen Gebühr „Stellen Sie die Gebühr Ihren Kunden in Rechnung?“ „Halten Sie sich an die Empfehlung von Spedlogswiss?“

Ja	Nein	AAMS-Gebühr	60	32	13	41	SCF	30	67	11	15	SFA	56	44	17	31
E-Dec-Gebühr	62	32	24	31	ESA-Gebühr	58	39	25	27							

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats.  
223. Es ist nicht auszuschliessen, dass verschiedene Spediteure strategisch geantwortet haben und die in Tabelle 3 aufgezeigten Zahlen eher als untere Schranken bezüglich Umsetzung und Einhaltung anzusehen sind. So geht der Verband Spedlogswiss z.B. bei der SCF gemäss eigenen Aussagen von einer vollständigen Umsetzung aus (vgl. Rz 246). Bezüglich der E-Dec-Gebühr wurde gar eine eigene Erhebungen zur Einhaltung und Umsetzung durchgeführt. Die dort erhobenen Zahlen unterscheiden sich deutlich von jenen der Wettbewerbsbehörden: Gegenüber Spedlogswiss hatten beinahe 80 % der grösseren Spediteure angegeben, diese Gebühr zu verlangen. 65 % der Antwortenden gab dabei eine hohe Erfolgsquote von 60–100 % bei der Durchsetzung gegenüber den Kunden an.<sup>102</sup> 224. Schliesslich gilt es anzumerken, dass verschiedene Unternehmen, welche die Frage „Halten Sie sich dabei an die Empfehlungen von Spedlogswiss?“ mit „ja“ beantwortet haben, einschränkend bemerkten, dass es aufgrund der Marktsituation nicht immer möglich war, Gebühren oder Zuschläge wie empfohlen umzusetzen. Dies bedeutet, dass gewisse Unternehmen die entsprechende Empfehlung von Spedlogswiss zwar prinzipiell befolgt haben, jedoch nicht in der Lage waren, die die Gebühr vollumfänglich bei allen Kunden umzusetzen. 225. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zahlreiche der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen die abgesprochene Gebühren oder Zuschläge ebenfalls eingeführt und im Markt durchgesetzt haben. Bezüglich der Einhaltung der empfohlenen Höhe hat sich ein weniger klares Bild ergeben. Die Gesamtabrede hat daher auf dem Weg der Empfehlungen Auswirkungen auf nicht an der Gesamtabrede beteiligte Unternehmen gezeitigt und damit den aktuellen Aussenwettbewerb abgeschwächt, ihn

jedoch nicht beseitigt. 226. In ihrer Stellungnahme macht Agility geltend, sie müsste aufgrund ihrer Bedeutung auf dem schweizerischen Markt (geringe Marktanteile) eher zu denjenigen Unternehmen gezählt

101 Die Wettbewerbsbehörden gehen aufgrund der Antworten in den Fragebogen davon aus, dass zum Zeitpunkt der Befragung rund 108 Luftfrachtspediteure Mitglied von Spedlogswiss waren. 102 Vgl. Zirkular 713/2006 vom 31. August 2006. Welche der beiden Befragungen tatsächlich die Realität besser widerspiegelt, kann aufgrund des Umstandes, dass im vorliegenden Verfahren die Gesamtabrede und nicht die einzelnen Gebühren beurteilt wird, sowie aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung offen bleiben.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 61

werden, welche als nicht an der Gesamtabrede beteiligt qualifiziert werden, zumal Agility erst im Jahr 2006 mit der Übernahme der Cronat Transport Holding AG und der Marke Natural substantiell auf dem Schweizer Markt tätig geworden sei.<sup>103</sup> Agility verkennt dabei, dass ihre Beteiligung an der Gesamtabrede nicht abhängig von ihrem Marktanteil bzw. ihrer Tätigkeit in der Schweiz ist. Die Beteiligung an der Gesamtabrede ergibt sich vielmehr aus der Sachverhaltsanalyse, namentlich auch den Handlungen von Agility auf internationaler Ebene. Für die von Agility in der Stellungnahme genannten Konkurrenten Lamprecht Transport AG oder die Fracht AG Internationale Transporte ist dies nicht der Fall. So hatten diese beiden Unternehmen im Gegensatz zu Agility keinen Einsitz im FFI/FFE. Vor diesem Hintergrund spielt es keine Rolle, dass das Verhaltensmuster bei der Umsetzung zwischen an der Gesamtabrede beteiligten und nicht beteiligten Unternehmen sehr ähnlich war. Aus dem Umstand, dass im vorliegenden Verfahren nicht auch weitere Verstösse gegen das Kartellgesetz (z.B. rein nationale Abreden bezüglich einer einzelnen Gebühr) untersucht werden, kann die Agility nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der durch Agility formulierte Vorwurf der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist daher zurückzuweisen. 3. Potenzieller Wettbewerb 227. Als potenzielle Konkurrenten gelten Unternehmen, welche sich zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht im Markt befinden, die aber innerhalb nützlicher Frist (in der Regel innerhalb von zwei Jahren) in den Markt treten können und dabei nennenswerte Kosten und Risiken in Kauf nehmen. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist daher zu prüfen, ob und wie viele Marktzutritte hinreichend wahrscheinlich sind.<sup>104</sup> In diesem Zusammenhang prüfen die Wettbewerbsbehörden die Existenz von Marktzutrittsschranken, das Ausmass an effektiven Markteintritten in der Vergangenheit sowie die von den Befragten erwartenden zukünftigen Markteintritte<sup>105</sup> und schliesslich mögliche disziplinierende Wirkungen von Unternehmen im gleichen sachlichen, jedoch unterschiedlichen räumlichen Markt (z.B. von Unternehmen ausserhalb der Schweiz).<sup>106</sup> a. Marktzutrittsschranken 228. Marktzutrittsschranken können struktureller, administrativer oder strategischer Natur sein. Während strukturelle und administrative Marktzutrittsschranken (meist) nicht von den Unternehmen beeinflusst werden können, entstehen strategische Zutrittsschranken durch das gewollte Verhalten von sich bereits im Markt befindlichen Unternehmen. 229. Markteintritte in die Speditionsbranche scheinen in der Schweiz ohne grössere Probleme und damit ohne nennenswerte strukturelle oder administrative Zutrittsschranken möglich zu sein. So hebt der Verband Spedlogswiss explizit hervor, dass die administrativen An-

<sup>103</sup> Allerdings war Natural vor der Übernahme ein für Agility tätiger Agent, wie Agility selber in ihrer Selbstanzeige vom 3. Juli 2008 (S. 2) angibt (25-0010). Es sei an dieser Stelle

auch noch erwähnt, dass sich Agility in der eigenen Selbstanzeige ebenfalls die Handlungen sämtlicher Tochtergesellschaften zugerechnet hat und nicht danach unterschieden hat, ob eine Handlung durch Agility, Geo-Logistics, Natural oder eine andere Konzerngesellschaft erfolgt ist. Zudem ist beispielsweise GeoLogistics bereits seit dem Jahr 1999 im schweizerischen Handelsregister eingetragen. 104 WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, 52 Rz 285 (abrufbar auf der Website der WEKO unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Aktuell > Letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen [17.08.2012]). 105 Da die untersuchten Verhaltensweisen in den Zeitraum 2000–2007 fallen, kann anhand der tatsächlich erfolgten Marktzutritte die „tatsächliche“ potentielle Konkurrenz im relevanten Zeitraum erfasst werden. Eine Befragung über erwartete künftige Marktzutritte erübrigt sich hingegen. 106 RPW 2010/4, 745 Rz 260, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren; Verfügung vom 10. Mai 2010 betreffend 22-0378: Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, 53 Rz 290, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 62

forderungen im Vergleich zum Ausland gering sind.<sup>107</sup> Da ein Spediteur in der Regel nicht Besitzer von Transportmitteln ist, sondern Kapazitäten bei den entsprechenden Transportunternehmen einkauft (vgl. Rz 201), sind auch keine grossen Markteintrittsinvestitionen notwendig. 230. Hinweise auf strategische Marktzutrittsschranken haben sich den Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht ergeben. Die nachfolgend aufgezeigten effektiven Marktzutrittszahlen untermauern die Befunde eines Marktes mit relativ geringen Marktzutrittsschranken. b. Marktzutritte 231. Zahlen des Branchenverbands Spedlogswiss zeigen, dass im Zeitraum 2000 bis 2008 durchschnittlich 16 Neumitglieder pro Jahr in den Verband aufgenommen wurden, wobei die konkrete Anzahl zwischen 9 (im Jahr 2004) und 23 (im Jahr 2005) variiert. Geht man davon aus, dass unter den Neumitgliedern etwa der gleiche Anteil an Luftfrachtspediteuren anzutreffen ist wie im Verband insgesamt und dass Spedlogswiss mehr 95 % aller Speditionsunternehmen vertritt (und im relevanten Zeitraum vertreten hat), so berechnet sich die Anzahl der Neueintritte in den Markt für internationale Luftfrachtspedition auf rund sechs bis sieben Unternehmen pro Jahr. 232. Trotz der nicht unwesentlichen Anzahl von Marktzutritten (und der damit verbundenen nicht unwesentlichen potenziellen Konkurrenz) kann davon ausgegangen werden, dass eine disziplinierende Wirkung auf die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ausgeblieben ist: Erstens sind – wie bereits in Rz 217 erwähnt – die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen zu den Grossen im Markt für internationale Luftfrachtspedition zu zählen. Es ist äusserst unwahrscheinlich, dass kleine, neu in den Markt eingetretene Unternehmen in der Lage waren, die an der Gesamtabrede beteiligten (grossen und starken) Unternehmen hinreichend zu disziplinieren. Zweitens ist davon auszugehen, dass Unternehmen, welche in den Markt für internationale Luftfrachtspedition eingetreten waren, in den allermeisten Fällen auch Mitglieder von Spedlogswiss wurden und die entsprechenden Empfehlungen bezüglich Gebühren und Zuschläge erhalten haben. Entsprechend der Situation bei der aktuellen Konkurrenz haben die Empfehlungen auch die mögliche disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz eingeschränkt. c. Disziplinierende Wirkung ausländischer Unternehmen 233. Bezüglich einer möglichen disziplinierenden Wirkung von ausländischen Unternehmen auf die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen gilt es zunächst anzumerken, dass bereits im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung davon ausgegangen wurde, dass Schweizer

Kunden eher nicht auf ausländische Luftfrachtspediteure ausweichen und daher tendenziell von einem nationalen Markt auszugehen ist (vgl. Rz 211 ff.). Vor diesem Hintergrund scheint eine disziplinierende Wirkung von ausländischen Unternehmen eher unwahrscheinlich. 234. Des Weiteren hat sich – wie beispielsweise bezüglich AAMS oder PSS aufgezeigt – die Gesamtabrede auch in ausländischen Märkten dadurch manifestiert, dass die dort anfallenden Kosten im Rahmen von gemeinsamen Gebühren und Zuschlägen den Kunden überwälzt wurden. So ist es fraglich, ob bestimmte Gebühren wie AAMS oder PSS durch ein Ausweichen auf Luftfrachtspediteure im Ausland hätten vermieden werden können. Allenfalls hätten gewisse schweizspezifische Gebühren (z.B. SFA) vermieden werden können, aller-

107 „Ein für unsere Branche bedeutsamer Erfolgsfaktor für den Standort Schweiz stellt die Tatsache dar, dass es für das Betreiben eines Speditionsunternehmens keiner Lizenzierung bedarf. Eine Firma, die sich in diesem Markt betätigen möchte, braucht somit lediglich eine nach Schweizer Recht abgewickelte Firmengründung und kann dann sogleich kommerziell aktiv werden.“

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 63

dings hätte der Kunde damit rechnen müssen, dass ihm dafür andere lokale Gebühren belastet würden. Eine disziplinierende Wirkung auf in der Schweiz an der Gesamtabrede beteiligte Unternehmen durch ausländische Luftfrachtspediteure ist daher unwahrscheinlich. 4. Fazit zum Aussenwettbewerb 235. Im relevanten Markt bestand im relevanten Zeitraum ein gewisser Aussenwettbewerb. Der Aussenwettbewerb wurde jedoch durch den Versand der Empfehlungen von Spedlogswiss an nicht an der Gesamtabrede beteiligte Luftfrachtspediteure eingeschränkt. B.3.2.2.2 Innenwettbewerb 236.

Funktionierender Innenwettbewerb besteht dann, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht. 108 1. Umsetzung der Gesamtabrede 237. Bezüglich der Einhaltung und Umsetzung der Gesamtabrede unter den beteiligten Unternehmen hat sich den Wettbewerbsbehörden ein differenziertes Bild ergeben: Obwohl sich sämtliche an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen über den Grundsatz der Koordination bezüglich exogener Kostenfaktoren einig waren und dementsprechend jedenfalls in den dargestellten Fällen die Höhe von Gebühren und Zuschlägen vereinbart haben, haben nicht immer sämtliche Abredepartner diese vollständig beim Kunden durchgesetzt. Wiederum kann das Gesamtbild exemplarisch anhand von einzelnen Gebühren untermauert werden. 109 •

AAMS-Gebühr: Betreffend die AAMS-Gebühr haben [3 Luftfrachtspediteurinnen] angegeben, diese ihren Kunden (generell) verrechnet zu haben. [2 Luftfrachtspediteurinnen] haben angemerkt, dass sie diese Gebühr nur „teilweise“ (z.B. in 60 % der Fälle) verrechnet haben. Betreffend die Einhaltung hat keines der zuvor genannten Unternehmen eine vollständige Durchsetzung bei den Kunden bejaht: Während sich [1 Luftfrachtspediteurin] gemäss eigenen Angaben nie daran gehalten hat, bemerkten die [3 Luftfrachtspediteurinnen], dass sie die Empfehlung auch bei den Kunden, denen die AAMS-Gebühr verrechnet wurde, nur teilweise eingehalten haben. Konkret schrieb z.B. [Luftfrachtspediteurin]: „[Luftfrachtspediteurin] hat die Empfehlung von Spedlogswiss – wenn dies der Markt zuliesse – weitgehend umgesetzt. Ja nach Kunde werden jedoch zum Teil unterschiedliche AMS Gebühren (von CHF [...] bis [...]) belastet.“ Die [Luftfrachtspediteurin] hat angemerkt, dass „sie verschiedenen Kunden Rabatte [auf die

AAMS] gewährt“. [Luftfrachtspediteurin] hat darauf hingewiesen, dass ihre Tochtergesellschaft [Name] nur eine reduzierte AAMS-Gebühr von [...] pro Sendung erhoben hat. • SFA, SCF, E-Dec-Gebühr, Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr: Das wenig konkrete Antwortschema, welches sich für die AAMS-Gebühr ergeben hat, konnte für sämtliche Gebühren beobachtet werden. Keine einzige dieser Gebühren wurde – gemäss eigenen Angaben – von allen an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen vollständig umgesetzt.

108 BGE 129 II 18, 35 E. 8.1 (= RPW 2002/4, 744 f. E. 8.1) Buchpreisbindung. 109 Wiederum bilden die Antworten auf die am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen die Grundlage für die Auswertung.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 64

2. Wettbewerbsparameter und Restwettbewerb 238. Anlässlich der Beurteilung einer horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist und es trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität der Beratung etc.) zu einem – allenfalls erheblich beeinträchtigten – (Rest- oder Teil-) Wettbewerb kommt.<sup>110</sup> 239. Anzeichen dafür, dass es zu signifikantem Wettbewerb auf anderen Parametern als auf dem Preis gekommen wäre, haben sich nicht ergeben. Neben dem Preis ist es für einen Kunden wichtig, dass seine Sendung innerhalb des von ihm festgelegten Zeitrahmens unversehrt beim Empfänger ankommt. Unternehmen, welche dieses „Qualitätsniveau“ (fristgerechte Lieferung und Unversehrtheit der Ware) nicht erreichen, werden schnell vom Markt verdrängt. Vor diesem Hintergrund vollbringen die sich im Markt befindlichen Luftfrachtspediteure eine homogene Dienstleistung mit wenig Spielraum für Differenzierung, womit der Wettbewerb grossmehrheitlich auf dem Parameter Preis stattfindet. 240. Schliesslich stellt sich die Frage, wie stark der Preiswettbewerb durch die Gesamtabrede (und die damit verbundenen Empfehlungen) eingeschränkt wurde, da ausschliesslich Preisbestandteile (einzelne Gebühren und Zuschläge) und nicht Total- oder Basispreise<sup>111</sup> Gegenstand der Absprache waren. Unter diesen Umständen wäre es denkbar, dass (Rest-) Wettbewerb „auf dem nicht abgesprochenen Teil des Preises“ (auf dem Basispreis sowie auf allfälligen Gebühren und Zuschlägen, deren Höhe nicht koordiniert war) die Auswirkungen der vorliegenden Gesamtabrede erheblich abgeschwächt oder gänzlich eliminiert hätte: So könnte es für ein Unternehmen rentabel sein, die abgesprochenen Gebühren und Zuschläge wie vereinbart (wie empfohlen) dem Kunden zu belasten, diesem jedoch Preisnachlässe in Form eines tieferen Basispreises (welcher nicht Gegenstand der Gesamtabrede war) zu gewähren.<sup>112</sup> 241. Ein solches Verhalten könnte für ein Unternehmen rentabel sein, weil es ihm einerseits erlaubt, die Abrede einzuhalten und damit allfälligen Sanktionen durch andere Unternehmen zu entgehen, andererseits jedoch durch die Reduktion des Basispreises (und damit des Totalpreises) Marktanteile gewonnen und der Gewinn gesteigert werden könnte.<sup>113</sup> Folglich könnte es trotz einer vollständigen Einhaltung der Abrede über Preisbestandteile zu einer Preisdynamik wie im Bertrand-Modell<sup>114</sup> kommen, was vorliegend bedeuten würde, dass sich die Unternehmen solange im Basispreis unterbieten, bis sich der Totalpreis auf „Wettbewerbsniveau“ einpendelt. Da der Kunde aufgrund dieses (Rest-) Wettbewerbs schliesslich

110 BGE 129 II 18, 37 f. E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747 E. 8.3.4) Buchpreisbindung. 111 Unter „Totalpreis“ wird vorliegend derjenige Preis verstanden, den ein Kunde dem Spediteur insgesamt bezahlen muss. Unter „Basispreis“ wird der Totalpreis abzüglich sämtlicher Gebühren und Zuschläge verstanden. Der Basispreis kann also als eine Art „Nettopreis“ verstanden werden. Die Wettbewerbsbehörden haben für eine Abrede über Basis- oder Totalpreise nicht nur keine Hinweise gefunden, sondern gehen auch davon aus, dass eine solche Abrede aufgrund der komplexen und sehr volatilen Preisstruktur in der Speditionsbranche kaum zu überwachen und damit kaum aufrecht zu halten wäre (vgl. Rz 248 f.). Hingegen scheint eine Abrede über die Verrechnung von bestimmten Gebühren und Zuschlägen sehr wohl überwachbar. 112 Spielraum für „Preisnachlässe“ besteht insbesondere dann, wenn die abgesprochenen Gebühren oder Zuschläge höher veranschlagt werden als die Kosten, welche damit gedeckt werden sollen (vgl. dazu Rz 113, 147 und 155). Andererseits besteht für Unternehmen, welche Gewinne erwirtschaften immer die Möglichkeit, Kosten nicht vollumfänglich an die Kunden weiterzugeben und auf einen Teil ihrer Marge zu verzichten. Dies kommt in der Praxis regelmässig vor (vgl. Rz 252 und Fn 127). 113 Wobei davon ausgegangen wird, dass für den Kunden die Höhe des Totalpreises wichtig ist und nicht, wie sich dieser schlussendlich zusammensetzt. 114 JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge 1998, 211 ff.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 65

den gleichen Preis zu bezahlen hätte wie unter Wettbewerbsbedingungen, wäre das Ausmass an (Rest-) Wettbewerb ausreichend, um die Auswirkungen der Abrede im Markt zu eliminieren. 242. In casu scheint die zuvor beschriebene Dynamik unwahrscheinlich, da das Ziel der Gesamtabrede und der damit verbundenen Empfehlungen zunächst darin bestand, die Akzeptanz von neuen Gebühren und Zuschlägen im Markt sicherzustellen. Diese Akzeptanz sollte durch ein branchenumfassendes und einheitliches Vorgehen sämtlicher Spediteure und mittels entsprechender Kommunikation erreicht werden (vgl. Rz 188). War eine Gebühr (ein Zuschlag) einmal akzeptiert, hat sich für die Unternehmen der Wettbewerbsdruck (und damit der Druck für alternative Preissenkungen – Senkung des Basispreises) generell abgeschwächt, was der Branche durchaus bewusst war. Nachfolgend wird dieser Mechanismus zunächst anhand von konkreten Aussagen und Dokumenten belegt. Theoretische Überlegungen und eine Einbettung in die ökonomische Literatur folgen ab Rz 248. 243. Konkret konnte bereits gezeigt werden, dass bei der Einführung einer neuen Gebühr (eines neuen Zuschlags) jeweils Wert auf ein branchenumfassendes, einheitliches Vorgehen gelegt wurde. So konnte z.B. mit Hilfe der Zirkulare, welche vor der Einführung einer neuen Gebühr (eines neuen Zuschlags) an die Mitglieder von Spedlogswiss versendet wurden (vgl. u.a. Rz 103, 154 und 163), insbesondere Name, Höhe sowie Einführungsdatum einer Gebühr (eines Zuschlags) branchenweit aufeinander abgestimmt werden. 244. Dass auch Wert auf eine einheitliche und konsistente – und damit gegenüber dem Kunden widerspruchsfreie und glaubhafte – Kommunikation gelegt wurde, womit schliesslich die Akzeptanz gesteigert werden konnte, zeigen exemplarisch folgende Beispiele: In den Zirkularen betreffend die Einführung der SFA und SCF wurden neben dem Namen, dem Einführungsdatum und der Höhe zusätzlich eine Reihe von Begründungen und Argumenten für die entsprechende Gebühr aufgeführt, mit dem expliziten Hinweis, diese auch für die externe Kommunikation zu verwenden. •  
Bezüglich SCF:

Abbildung 49

• Bezüglich der SFA:

Abbildung 50 • Im Zusammenhang mit der Einführung der E-Dec-Gebühr wurde vom Verband ein Musterbrief verfasst, welcher von den Luftfrachtspediteuren direkt an die Kundschaft weitergeleitet werden sollte:

Abbildung 51 245. Dass die Unternehmen die Aufforderungen des Verbandes berücksichtigt und entsprechend kommuniziert haben, zeigen verschiedene Beispiele. So hat z.B. [Luftfrachtspediteurin] im April 2007 im Zusammenhang mit der Einführung der SFA eine Zusammenfassung des Schreibens von Spedlogswiss im Internet veröffentlicht und explizit auf das Zirkular von Spedlogswiss verwiesen: „Weitere Informationen zur Security Fee Agent (SFA) entnehmen Sie bitte dem beigelegten offiziellen Schreiben von Spedlogswiss: [...]“. Analog hat [eine Luftfrachtspediteurin] in ihrem Newsletter vom März 2007 informiert: „Aufgrund der erhöhten Sicherheitsanforderungen und der damit verbundenen Mehrkosten erheben die Handling Agenten neu eine Sicherheitsgebühr (Security Fee Agent). Details dazu entnehmen Sie bitte beiliegendem Zirkular des Spedlogswiss.“ 246. Der Branche war bewusst, dass mittels dieses Vorgehens und entsprechender Kommunikation eine bessere Akzeptanz von Gebühren (Zuschlägen) und damit eine generelle Abschwächung des Wettbewerbs erreicht werden konnte: „Wie an der letzten Sitzung des Fachausschusses vom 25.10.05 erwähnt, hat der Fachbereich Air die Einführung der ‚Surcharge Collection Fee‘ (SCF) per 1.11.05 im Markt eingeführt. Die Akzeptanz ist gut. Allerdings haben zu Beginn leider noch nicht alle Regionen die SCF eingeführt. Nach Gesprächen aus den Reihen des Vorstands mit den betroffenen Regionen hat sich das Bild nun aber vereinheitlicht, indem die Luftfrachtspediteure in der Schweiz die SCF verlangen.“ „Die Preisspirale nach unten wird zur Todesspirale. In einer Phase, wo derartig hohe Kostensteigerungen akzeptiert werden müssen, die Preise zu belassen oder gar zu senken, ist nicht nur dumm, sondern auch äusserst gefährlich. Die Geschäftsleitungen sind aufgefordert ihre Verkaufs- und Speditionsabteilungen entsprechend zu instruieren und zu schulen und ihre Kunden bereits jetzt auf zu erwartende Preissteigerungen auf den 1.

Januar 2005 vorzubereiten („wir bitten Sie, für Ihre Budget 2005 eine durchschnittliche Erhöhung der Transportkosten von ca. X bis Y % einzurechnen“). „Die Akzeptanz [der SFA] im Markt von Deinen Mitgliedern [die Mitglieder des Swiss Shippers‘ Council 115] war fantastisch weil es gut begründet war und auch den Tatsachen entspricht.“ „Die Akzeptanz der Ende 2005 eingeführten SCF im Markt ist gut, denn sie konnte sauber und nachvollziehbar begründet werden.“ 116 247. Schliesslich bestätigt die folgende Aussage von Herrn [Name] (damaliger Vizepräsident und Mitglied des Vorstandes von Spedlogswiss), dass die Umsetzung der Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr (exemplarisch für andere Gebühren und Zuschläge) den Unternehmen „marktunübliche“ Gewinne ermöglicht hat: „Nebst grosser administrativer Hilfe, guter Schulung und einem klaren Konzept, haben ein paar sehr geschickte Köpfe die Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr von CHF 10.-- erfunden. Diese Gebühr hat sich bis jetzt, also 11 ½ Jahre lang erstaunlich gut gehalten. Das ist rekordverdächtig! Ein kleines Rechenbeispiel: Unsere Branche fertigt mehr als 5 Mio. Einfuhren pro Jahr ab. Nehmen wir an, dass auf Grund von Lieferkonditionen nur die Hälfte aller Sendungen mit diesen CHF 10.-- belastet werden

können. Das macht 2,5 Mio. x 10 = CHF 25 Mio. Das mal 11 ½ - das gibt eine Zahl, da komme ich nicht mehr mit dem Rechnen mit. Für diesen Betrag müsste sogar Herr Ospel mehrere Jahre arbeiten. Jedem von uns sind auf diesem Weg Hunderttausende, wenn nicht Millionen in die Kassen geflossen. Wenn das keine notwendige und gute Erfindung war!“<sup>117</sup> 248. Der in Rz 188 und 242 beschriebene Mechanismus, wonach durch ein einheitliches Auftreten und glaubhafte Kommunikation die Akzeptanz von Gebühren erhöht und damit der Wettbewerb generell abgeschwächt werden kann, lässt sich auch mit ökonomischer Theorie untermauern: Zunächst ist festzuhalten, dass in casu im relevanten Markt eine gewisse Preisintransparenz herrscht, da es für die Marktgegenseite nicht so einfach möglich ist, über die aktuellen Preise eines Spediteurs im Bilde zu sein und Preise zu vergleichen. Insbesondere werden keine aktuellen und öffentlich zugänglichen Preislisten oder Preisvergleichsmöglichkeiten bereitgestellt. 118 Preisvergleiche sind somit nur über das Einholen von konkreten Offerten möglich. Die damit verbundenen Kosten für verlorene Zeit, für Telefonanrufe etc. werden in der ökonomischen Literatur gemeinhin als Suchkosten bezeichnet: „Search costs in these studies consist of consumers opportunity cost of time in searching for lower prices (so-called shoe-leather costs), plus other costs associated with obtaining price quotes from competing firms (such as the incremental cost of the postage stamps or phone calls used in acquiring price information from firms)“.<sup>119</sup> 249. Da die Preise im vorliegend Markt auch sehr volatil sind, bilden Erfahrungswerte nur eine ungefähre Orientierungshilfe bezüglich der aktuellen Preise. Die erwähnte Volatilität resultiert einerseits aus der Volatilität der Preisbestandteile sowie aus der Volatilität des Basispreises<sup>120</sup> selber. Konkret können z.B. die Treibstoffzuschläge erwähnt werden, welche einen bedeutenden Teil des Preises ausmachen und relativ starken Schwankungen ausge-

115 Vgl. Fn 70. 116 Vgl. oben Abbildung 24. 117 Auszug Rede 86. ordentliche GV; vgl. auch schon oben Abbildung 43. 118 Dass keine aktuellen Preislisten bereitgestellt werden liegt u.a. daran, dass die Preise in der Luftfracht-Spedition sehr volatil sind und sich kurzfristig ändern (vgl. Rz 249). 119 MICHAEL BAYE/JOHN MORGAN/PATRICK SCHOLTEN, Information, Search and Price Dispersion, in: Handbook in Economics and Information Systems Volume 1, Hendershott (Hrsg.), Amsterdam 2006, Chapter 6. 120 Vgl. Fn 111.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 68

setzt sind. Auch der Basispreis hängt stark von sich verändernden temporären oder auftragsspezifischen Bedingungen ab (z.B. von der vorhandenen Kapazität des Spediteurs oder des Frachtführers, von der Dringlichkeit der Sendung, von der Destination sowie der genauen Transportroute etc.), so dass auch dieser Teil des Preises volatil und unberechenbar ist. Schliesslich werden Preise je nach Auftrag auf Basis des Gesamtgewichts oder auf Basis des Volumens einer Sendung berechnet. 250. Die ökonomische Literatur zeigt in verschiedenen Beiträgen, wie Wettbewerb unter den zuvor beschriebenen Bedingungen funktioniert.<sup>121</sup> In diesen Beiträgen wird gezeigt, dass sich die Agenten (im vorliegenden Fall die Kunden der Luftfrachtspediteure) optimalerweise einer sogenannten „Reservationspreis-Regel“ bedienen<sup>122</sup>, d.h., sie kaufen ein Gut oder eine Dienstleistung nur dann, wenn der aktuell beobachtete Preis kleiner oder gleich dem Reservationspreis ist. Andernfalls (wenn der aktuell beobachtete Preis höher als der Reservationspreis ist), nehmen sie die Suchkosten (vgl. Rz 248) in Kauf und machen sich auf die Suche nach einem preisgünstigeren Angebot.<sup>123</sup> 251. Kann die Marktgegenseite in einem solchen

Umfeld davon überzeugt werden, dass die Einführung einer Gebühr oder eines Zuschlags objektiv notwendig ist und in Zukunft zu entsprechenden branchenweiten Preiserhöhungen führt – was mit einheitlichem Vorgehen und glaubhafter Kommunikation erreicht werden kann (vgl. Rz 244) – so lohnt es sich für diese nicht, Suchkosten aufzubringen, da sie sowieso nicht damit rechnet, die Gebühren (Zuschläge) und die damit verbundene Preiserhöhung bei einem Konkurrenten umgehen zu können.<sup>124</sup> Vielmehr findet sich die Marktgegenseite (wenn auch ungern) mit der Einführung einer neuen Gebühr oder eines Zuschlags ab und akzeptiert zwangsläufig die damit verbundene Preiserhöhung (d.h. sie passt den Reservationspreis an). Gegeben dieses Verhalten ist es für ein Unternehmen optimal, den Totalpreis gemäss der von der Marktgegenseite akzeptierten Höhe anzuheben und keinen „Preisnachlass“ auf dem Basispreis (vgl. Rz 240 f.) zu gewähren.<sup>125</sup> Für die Marktgegenseite bestätigt sich auf diese Weise gleichzeitig ihre ur-

121 Die entsprechenden Modelle werden als Suchkostenmodelle bezeichnet. Einen guten Überblick geben u.a. BAYE/MORGAN/SCHOLTEN (Fn 119); BRIAN P. MCCALL /JOHN J. MCCALL, *The Economics of Search*, New York 2008. 122 Theoretische Beiträge: vgl. u. a. MORRIS DEGROOT, *Optimal Statistical Decisions*, New York 1970; STEVEN A. LIPPMAN/JOHN MCCALL, *The Economics of Job Search: A Survey*, in: *Economic Inquiry* 14, 1976, 347-368. Der Ausdruck „Reservationspreis-Regel“ ist aus folgendem Artikel übernommen: MICHAEL ROTHSCILD, *Searching for the Lowest Price When the Distribution of Prices Is Unknown*, in: *Journal of Political Economy* 82 (4), 1974, 689-711. Empirische Beiträge: vgl. u.a. JOHN PRATT/DAVID WISE/RICHARD ZECKHAUSER, *Price Differences in Almost Competitive Markets*, in: *The Quarterly Journal of Economics* 93 (2), 1979, 189-211; JEFFREY R. BROWN/AUSTAN GOOLSBEE *Does the Internet Make Markets More Competitive? Evidence from the Life Insurance Industry*, in: *Journal of Political Economy* 110 (3), 2002, 481-507; FABIO ANCARANI/VENKATESH SHANKAR, *Price Levels and Price Dispersion Within and Across Multiple Retailer Types: Further Evidence and Extensions*, in: *Journal of the Academy of Marketing Science* 32 (2), 2004, 176-187. 123 Vgl. HAL R. VARIAN, *Intermediate Economics – A Modern Approach*, New York 2003. 124 Vgl. u.a. ROLAND BENABOU/ROBERT GERTNER, *Search with Learning from Prices: Does Increased Inflationary Uncertainty Lead to Higher Markups?*, in: *Review of Economic Studies* 60 (1), 1993, 69- 94; MATTHEW LEWIS/HOWARD MARVEL, *When Do Consumers Search?*, in: *Journal of Industrial Economics* 59 (3), 2011, 457-483; LUIS CABRAL/ARTHUR FISHMAN, *Business as Usual: A Consumer Search Theory of Sticky Prices and Asymmetric Price Adjustment*, in: *International Journal of Industrial Organization* 30, 2012, 371-376. 125 Ein „Preisnachlass“ auf dem Basispreis lohnt sich nur, wenn mit einem solchen genügend zusätzliche Nachfrage generiert werden kann. Da die Marktgegenseite jedoch gar nicht erst nach günstigeren Angeboten sucht, kann mittels einer Preissenkung keine (oder nur wenig) zusätzliche Nachfrage generiert werden. Ein „Preisnachlass“ lohnt sich – im Gegensatz zu einem Umfeld mit vollständig informierten Agenten (vgl. Rz 240 f.) – nicht. Zu erwähnen ist, dass unter diesen Umständen keine Über-

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 69

sprüngliche Erwartung über die angekündigten Preiserhöhungen (über die Einführung einer neuen Gebühr, eines neuen Zuschlags).<sup>126</sup> 252. Die schädliche Wirkung des zuvor beschriebenen Mechanismus lässt sich bei den oben beispielhaft dargestellten Gebühren und Zuschlägen anhand eines Vergleichs mit einer Situation ohne einheitliches Vorgehen

und Kommunikation (also ohne Abrede) verdeutlichen: In diesem Fall wäre davon auszugehen, dass nicht sämtliche Spediteure die betreffenden Gebühren oder Zuschläge im gleichen Ausmass erhoben hätten, selbst wenn diesen reale exogene Kostenentwicklungen zugrunde gelegen hätten. Die empirische Literatur bezüglich der Weitergabe von Kostenveränderungen zeigt nämlich, dass Kostenschocks (positive und negative) typischerweise nicht sofort oder in vollem Umfang an die Kunden weitergegeben werden.<sup>127</sup> Konkret wäre also zu erwarten gewesen, dass zumindest einige Unternehmen die Kosten nicht, nur teilweise und mit einer zeitlichen Verzögerung an die Kunden weiterbelas- tet hätten. Es versteht sich von selbst, dass diese ungleiche Kostenweitergabe (Preissteige- rung) in jenen Fällen ausgeprägter ausgefallen wäre, in welchen hinter einer Gebühr (hinter einem Zuschlag) keine Eins-zu-Eins Kostenentwicklung gestanden hat (vgl. dazu Rz 113, 147 und 155). Des Weiteren wären diese Gebühren oder Zuschläge nicht unter einem ein- heitlichen Namen und zum gleichen Zeitpunkt eingeführt worden. Unter diesen Vorausset- zungen hätte die Marktgegenseite Preiserhöhungen (neue Gebühren und Zuschläge) nicht als branchenumfassend – sondern als individuelle Preispolitik – wahrgenommen und diese nicht so einfach in die Reservationspreisbildung einfließen lassen. Mit anderen Worten hätte sich die Marktgegenseite nicht so einfach mit einer neuen Gebühr oder einem neuen Zu- schlag und der damit verbundenen Preiserhöhung abgefunden und sich auf die Suche nach günstigeren Angeboten gemacht.<sup>128</sup> Dieses Suchverhalten hätte diejenigen Unternehmen, welche eine hohe Kostenweitergabe an den Kunden beschlossen hätten, dazu gezwungen, auf die weniger ausgeprägte Kostenweitergaben der Konkurrenz zu reagieren: „The amount of search that consumers undertake affects the amount of information they possess, which in turn affects the pricing decision of retailers. In particular, when consumers are well informed, competition among retailers is heightened, resulting in lower retail margins.”<sup>129</sup> Insofern wäre unter Wettbewerbsbedingungen (ohne Abrede) eine Preisdynamik zu erwarten gewesen, welche (im Vergleich zu jener mit Abrede) tendenziell zu tieferen Preisen geführt hätte. <sup>253</sup> Schliesslich soll auch auf die dynamischen Ineffizienzen der vorliegenden Absprache hingewiesen werden. Grundsätzlich werden unter dynamischen Ineffizienzen v.a. der Verlust an Innovations- sowie an Kostensenkungsanreizen verstanden, welche – neben dem eigent- lichen Wohlfahrtsverlust durch die Preissteigerung – zu zusätzlichen Verlusten der sozialen Wohlfahrt führen.<sup>130</sup> In der ökonomischen Literatur geht man generell, aber besonders im Kontext unvollständig informierter Agenten und Suchkosten davon aus, dass Preise von den Unternehmen weniger konsequent gesenkt als erhöht werden.<sup>131</sup> Von daher ist vorliegend

wachung der Abrede und kein Sanktionsmechanismus für allfällige Verstösse gegen die Abrede benö- tigt wird, da sich Preissenkungen, wie erwähnt, sowieso nicht lohnen. <sup>126</sup> Lubensky beschreibt in einem Diskussionspapier (DMITRY LUBENSKY, A Model of Recommended Retail Prices, Working Paper, University of Michigan, 2011) einen ähnlichen Mechanismus für vertikale Preisempfehlungen. <sup>127</sup> Vgl. u.a. JAMES M. MACDONALD/DANIEL AARONSON, How Firms Construct Price Changes: Evidence from Restaurant Responses to Increased Minimum Wages, in: American Journal of Agricultural Eco- nomics 88, 292-307; PETER KLENOW/OLEKSIY KRYVTSOV, State-dependent or Time-dependent Pricing: Does it Matter for Recent U.S. Inflation?, in: Quarterly Journal of Economics 123, 2008, 863-904. <sup>128</sup> Vgl. Fn 124. <sup>129</sup> MATTHEW LEWIS/HOWARD MARVEL, When Do Consumers Search?, in: Journal of Industrial Econom- ics 59 (3), 2011, 457-483. <sup>130</sup> MOTTA (Fn 76), 55 ff. und 137 ff. <sup>131</sup> Vgl.

CABRAL/FISHMAN (Fn 124), SAM PELTZMAN, Prices Rise Faster than they Fall, in: Journal of Political Economy 108, 2000, 466-502.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 70

davon auszugehen, dass einmal durchgesetzte Preiserhöhungen über einen besonders langen Zeitraum Bestand haben können und damit auch zu beträchtlichen dynamischen Verzerrungen führen. 3. Stellung der Marktgegenseite 254. Im Rahmen der Marktabgrenzung konnten Personen bzw. Unternehmen, welche Waren versenden wollen, als direkte Marktgegenseite identifiziert werden (vgl. Rz 202). In der Regel meldet sich die Marktgegenseite (ein Kunde) beim Spediteur und gibt diesem die zentralen Koordinaten seiner Sendung (z.B. Destination, Zeitraum etc.) an. Der Spediteur überprüft anschliessend seine Möglichkeiten und Kapazitäten und macht dem Kunden eine individuelle Offerte, welche dieser annehmen oder ablehnen kann (vgl. auch Rz 248). 255. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite kann angemerkt werden, dass einzelne Personen oder kleinere Unternehmen, welche gelegentlich (unregelmässig) von Speditionsdienstleistungen Gebrauch machen, wohl kaum in einer Position sind oder waren, Preise oder Gebühren anzufechten. Hingegen könnten grössere und finanzstarke Unternehmen, welche regelmässig Speditionsdienstleistungen in Anspruch nehmen, grundsätzlich im Besitz einer gewissen Verhandlungsmacht gegenüber einem Spediteur sein. Hinweise in diese Richtung werden durch Aussagen von an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen untermauert, wonach gewisse Gebühren oder Zuschläge bei Grosskunden nur teilweise durchgesetzt werden konnten.<sup>132</sup> Zu bemerken ist jedoch, dass diese mögliche „countervailing power“<sup>133</sup> im vorliegenden Umfeld von unvollständig informierten Agenten und Suchkosten durch die Abrede insofern geschwächt wurde, als dass man den grossen und potentiell starken Kunden als geeinter Block entgegentreten und so die Marktunvollkommenheiten besser zu den eigenen Gunsten ausnützen konnte. Dies hat sich bei den oben dargestellten Gebühren und Zuschlägen darin niedergeschlagen, dass selbst die für die Speditoren wichtigen und grossen (also starken) Kunden nicht in der Lage waren, alle diese Gebühren oder Zuschläge zu umgehen. 4. Fazit zum Innenwettbewerb 256. Aufgrund dessen, dass die Gesamtabrede keine direkte Fixierung der Totalpreise zur Folge hatte, und aufgrund der unvollständigen Umsetzung der Gesamtabrede unter den Abredepartnern kann davon ausgegangen werden, dass im relevanten Markt im relevanten Zeitraum ein gewisser Innenwettbewerb bestand. Jedoch kann festgehalten werden, dass die Wettbewerbsabrede den wichtigsten Wettbewerbsparameter (nämlich den Preis) betroffen hat und der Umstand, dass die Gesamtabrede „nur“ Preisbestandteile betroffen hat, keine Intensivierung des Innenwettbewerbs bewirkt hat. B.3.2.2.3 Zwischenergebnis 257. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im massgebenden Zeitraum im relevanten Markt ein gewisser Aussenwettbewerb geherrscht hat. Ausserdem bestehen Anzeichen dafür, dass ebenfalls ein gewisser Wettbewerb unter den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) geherrscht hat. Die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerten Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann daher in casu sowohl aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs als auch aufgrund des vorhandenen Innenwettbewerbs umgestossen werden. Jedoch kann nachfolgend gezeigt werden, dass die vorliegende Gesamtabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat (erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG).

132 Vgl. Fn 96. 133 Vgl. MOTTA (Fn 76), 117 ff.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 71

B.3.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 258. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.<sup>134</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>135</sup>

B.3.2.3.1 Qualitatives Element 259. In ihrer jüngeren Praxis haben die Wettbewerbsbehörden darauf hingewiesen, dass beim Vorliegen von sogenannten Hardcore-Kartellen das qualitative Element der Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich als gravierend zu bewerten ist, auch wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen werden kann.<sup>136</sup> Als Hardcore-Kartelle gelten solche, welche die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllen. <sup>260.</sup> Begründet wird diese Praxis mit dem Argument, dass die in Art. 5 Abs. 3 KG explizit genannten Absprachen unbestritten ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb aufweisen. In casu liegen die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor, weshalb in Anlehnung an die jüngste Praxis von einer aus kartellrechtlicher Sicht qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgegangen werden kann. <sup>261.</sup> Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass „lediglich“ Preisbestandteile Gegenstand der Gesamtabrede waren. Wie unter Rz 240 ff. dargelegt, konnte sie im betroffenen Markt trotzdem schädliche Auswirkungen entfalten. Dies insbesondere darum, weil die Spediteure die vorherrschenden Marktunvollkommenheiten durch ein koordiniertes Vorgehen zu ihren Gunsten ausnützen konnten.

B.3.2.3.2 Quantitatives Element 262. Üblicherweise wird das quantitative Element der Erheblichkeit anhand derselben Kriterien wie die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG geprüft;<sup>137</sup> d.h. anhand der vorhandenen aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie allenfalls der Stellung der Marktgegenseite.<sup>138</sup> Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt, oder (nur)

<sup>134</sup> Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek), Ziffer 12.1. Auch wenn die Vertikalbekanntmachung vorliegend – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede gemäss Ziffer 1 VertBek – nicht direkt anwendbar ist, so kann sie bei horizontalen Wettbewerbsabreden immerhin als Orientierungshilfe dienen (siehe dazu auch die Verfügung vom 14. November 2011 betreffend 32-0221: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>, Rz 175); WEKO, Verfügung vom 16. Juli 2012, Vertrieb von Musik (IFPI), Fn 14, Publikation voraussichtlich in RPW 2012/3. <sup>135</sup> Verfügung vom 14. November 2011 betreffend 32-0221: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, 56 Rz 175, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>. <sup>136</sup> RPW 2010/4, 751 Rz 315 f., Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren; WEKO, Verfügung vom 16. Juli 2012, Vertrieb von Musik (IFPI), Rz 101, Publikation voraussichtlich in RPW 2012/3. <sup>137</sup> Verfügung vom 28. November 2011 betreffend 22-0396: Nikon, 118 Rz 494, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>. <sup>138</sup> RPW 2005/2, 263 Rz 73, Swico/Sens.

erheblich beeinträchtigt. Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse bei einer Situation, in der (hypothetisch) Wettbewerb besteht.<sup>139</sup> 263. Im Text wurde bereits im Zusammenhang mit der Unzulässigkeitsvermutung ausführlich über den aktuellen und potentiellen Wettbewerb, die Stellung der Marktgegenseite sowie über die Auswirkungen der Gesamtabrede diskutiert (vgl. insbesondere Rz 225, 237 sowie 240 ff.). Daraus resultierend kann das Ausmass an aktueller und potentieller Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite nicht als ausreichend bezeichnet werden, um die Auswirkungen der Gesamtabrede in genügendem Mass einzuschränken: 264. Wie in der Analyse der aktuellen Konkurrenz bereits dargelegt (vgl. Rz 216 ff.), waren im relevanten Zeitraum neben den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen zwischen 86 und 107 kleinere und mittlere Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig. Diese Unternehmen vereinten gemeinsam zunächst (deutlich) mehr als 50 % des Marktes auf sich, verloren jedoch kontinuierlich Marktanteile und hatten ab dem Jahr 2005 gemeinsam 50 % oder weniger Anteil am relevanten Markt. Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass die Abrede auch Auswirkungen auf die nicht an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtspediteure gezeitigt hat. 265. Wie in der Analyse der potenziellen Konkurrenz (vgl. Rz 227 ff.) bereits dargelegt, können die Marktzutrittsschranken in die Speditionsmärkte als gering angesehen werden, was im Zeitraum 2000–2008 jährlich zu mehreren Markteintritten geführt hat. Da jedoch davon auszugehen ist, dass neu in den Markt eingetretene Unternehmen auch dem Verband Spedlogswiss beigetreten waren, hat die Gesamtabrede durch den Versand der Empfehlungen auch auf neu in den Markt eintretende Unternehmen Auswirkungen gezeitigt. 266. Schliesslich konnte gezeigt werden, dass die Stellung der Marktgegenseite aufgrund der Gesamtabrede abgeschwächt werden konnte. Dies äusserte sich darin, dass selbst grosse und potentiell starke Kunden nicht in der Lage waren, alle dargestellten Gebühren und Zuschläge vollumfänglich zu umgehen (vgl. Rz 254 f.). 267. Horizontalen Wettbewerbsabreden kommt ein hohes Schädigungspotenzial für den Wettbewerb zu. Daher sind an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen.<sup>140</sup> Diese minimalen Anforderungen werden im vorliegenden Fall deutlich übertroffen. Eine genauere Quantifizierung kann insbesondere auch aufgrund des Vorliegens einer einvernehmlichen Regelung ausbleiben. B.3.2.3.3 Zwischenergebnis 268. Im Rahmen der Gesamtwürdigung kann die Abrede über Gebühren und Zuschläge im Markt für internationale Luftfrachtspedition als eine den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigende Abrede bezeichnet werden. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob die besagte Gesamtabrede allenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. B.3.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 269. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (i) notwendig sind, 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 (ii)

<sup>139</sup> Vgl. Fn 137. <sup>140</sup> RPW 2010/4, 752 Rz 319, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren.

den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.<sup>141</sup> 270. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche im Interesse der Beteiligten, das Verfahren zu vereinfachen und zu verkürzen, mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden kann, haben die Parteien darauf verzichtet, Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG vorzubringen. Unabhängig davon ist es nicht ersichtlich, dass die vorliegende Abrede durch einen der in Rz 269 abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden könnte. 271. Die vorliegende Preisabrede kann daher nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. B.3.4 Ergebnis 272. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei der vorliegenden Gesamtabrede um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (Preisabrede) handelt. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann zwar umgestossen werden, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). B.4 Einvernehmliche Regelung und Sanktionierung 273. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Als Massnahmen in diesem Sinn sind nicht nur Anordnungen von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen, sondern auch monetäre Sanktionen. 274. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung. 275. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat mit allen Parteien eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben Rz 42 ff.), welche nachfolgend (B.4.1.) wiedergegeben wird. Gleichzeitig ist die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren (B.4.2.). B.4.1 Einvernehmliche Regelung (EVR) 276. Die mit den Spediteuren geschlossene EVR lautet – ergänzt mit dem jeweiligen Namen der Unternehmung – wie folgt: Vorbemerkungen a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0362 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Weko) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. b) Mit der Unterzeichnung dieser einvernehmlichen Regelung werden alle in den Eröffnungsschreiben vom 9. Oktober 2007 und vom 10. Juli 2008 erwähnten Verdachtselemente sowie alle anderen Verdachtselemente und Tatsachen, die vom Sekretariat im

141 Vgl. Art. 5 Abs. 2 KG.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 74

Rahmen der Untersuchung 22-0362 beurteilt wurden, gegenüber allen Verfahrensparteien einvernehmlich und abschliessend geregelt. c) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a wird auf eine ausführliche Entscheidungsgründung verzichtet, indem die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung reduziert werden kann. Das Sekretariat beschränkt sich für den Nachweis der Preisabrede auf den Markt für Luftfrachtspedition und darin auf einzelne exemplarische Gebühren (AAMS [Air Automated Manifest System], PSS [Peak Season Surcharge], NES [New Export System], CAF [Currency Adjustment Factor] sowie die schweizspezifischen Gebühren SFA [Security Fee Agent], SCF [Surcharge Collection Fee], E-Dec und

Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr). d) Der Wille und die Bereitschaft von [Agility, Deutsche Bahn, Kühne und Nagel, Panalpi- na] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretari- at als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen der Sankti- onsbemessung Rechnung zu tragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beantragt das Sekretariat bei der Weko eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...]142. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der Wettbewerbskommission. Sie erfolgt definitiv in der Verfügung der Wettbewerbs- kommission, die das Verfahren zum Abschluss bringt.143 e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der Wettbewerbskommission nicht geneh- migt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die SVKG durch die Wettbewerbskommission festgelegt. f) Obwohl der Abschluss dieser EVR seitens von [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] fest, dass sich im Falle einer Ge- nehmigung dieser EVR durch die Wettbewerbskommission und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d)144 sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt. g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 22-0362 gehen die Verfahrenskosten (Vorabklä- rung und Untersuchung) anteilmässig zu Lasten der Parteien und damit von [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina]. Vereinbarungen 1) [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, mit Konkurrenten keine Abreden darüber zu treffen, in welcher Form und Höhe Gebühren und Zuschläge den eigenen Kunden zu belasten sind. 2) [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, im Rahmen von Spedlogswiss nicht an der Erarbeitung von Empfehlungen zur Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren an die Kunden mitzuarbeiten noch an entsprechenden Diskussionen teilzunehmen.

142 Die individuellen Bandbreiten sind wie folgt: Agility [CHF [...]–[...] Mio.], Deutsche Bahn [CHF [...]– [...] Mio.], Kühne + Nagel [CHF [...]–[...] Mio.] und Panalpina [CHF [...]–[...] Mio.]. 143 Abweichende Formulierung von lit. d in der EVR mit der Deutschen Post als erste Selbstanzeigerin: „d) Das Sekretariat beantragt bei der Weko den vollständigen Sanktionserlass für die Deutsche Post.“ 144 Abweichende Formulierung in der EVR mit der Deutschen Post: „bei vollständigem Sanktionser- lass“.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 75

277. Nachfolgend finden sich die abweichenden Vereinbarungen mit Spedlogswiss. Auf eine Wiedergabe der Vorbemerkungen wird verzichtet, da der Wortlaut grundsätzlich identisch ist mit dem oben aufgeführten Wortlaut der Vorbemerkungen der EVR mit den Spediteuren, es fehlen einzig die Passagen zum Sanktionsrahmen, da Spedlogswiss im vorliegenden Fall nicht direkt sanktioniert werden kann.145 Die mit Spedlogswiss getroffenen Vereinbarungen lauten wie folgt: Vereinbarungen 1) Spedlogswiss verpflichtet sich in seiner Eigenschaft als nationaler Branchenverband dafür zu sorgen, dass in den von Spedlogswiss einberufenen und begleiteten Sitzungen seiner sämtlichen Gremien und Ausschüsse keine Abreden darüber getroffen werden, in welcher Form und Höhe die Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren (u.a. Gebühren und Zu- schläge) an die Kunden erfolgen soll. a. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt). b. „Dafür zu sorgen“ bedeutet nicht, dass

Spedlogswiss eine Garantenstellung für seine Mitglieder zukommt, sondern (1) dass der Vertreter von Spedlogswiss die Mitglieder warnt, wenn diese eine Abrede beabsichtigen oder treffen und (2) im Falle, dass trotzdem eine Abrede getroffen wird, die Wettbewerbsbehörden über diesen Sachverhalt informiert. 2) Spedlogswiss verpflichtet sich, keine Empfehlungen betreffend die Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren zu erstellen und zu verbreiten. a. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt). b. Die Verbreitung kartellrechtlich unbedenklicher Empfehlungen anderer Verbände bleibt erlaubt. B.4.2 Sanktionierung B.4.2.1 Einleitung 278. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 % 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. 279. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der SVKG<sup>146</sup> aufgeführt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>147</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>148</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den

145 Konkret fehlt die ganze lit. d sowie den Hinweis auf den Sanktionsrahmen in lit. f. (bzw. lit. e in der ab lit. d abweichenden Nummerierung der EVR mit Spedlogswiss). 146 Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5). 147 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 148 Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14, sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 76

konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>149</sup> 280. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 5 Abs. 3 KG ist damit eine direkte Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. In zwei aktuellen Leitentscheiden hat sich das Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der Zulässigkeit der kartellgesetzlichen Sanktionierung im Lichte der EMRK befasst und dabei Folgendes festgestellt:<sup>150</sup> • Die in Art. 49a Abs. 1 KG als „Betrag“ bezeichnete Sanktion kommt einer „strafrechtlichen Anklage“ gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat. • Der in Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK formulierte Anspruch auf ein EMRK-konformes Gericht ist gewährleistet, wenn in einem Verfahrensgang ein Gericht entscheidet, welches mit voller Kognition ausgestattet ist. Im kartellrechtlichen Verfahren wird den Anforderungen dieser Bestimmung rechtsgenügend entsprochen, weil das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ausübt. 281. Es lässt sich daher festhalten, dass Art. 6 EMRK einer direkten Sanktionierung gemäss Art. 49a KG nicht entgegen steht. 282. Im vorliegenden Fall haben die Parteien gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossen, so dass eine Sanktion in Anwendung von Art. 49a KG festzusetzen ist. B.4.2.2 Zeitlicher Geltungsbereich der Sanktionierung 283. Unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG unterliegen erst seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003

per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann folglich nur insofern direkt sanktioniert werden, als sie nach dem 1. April 2004 den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat. Demgegenüber können die Wirkungen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede für die Zeit vor dem 1. April 2004 nicht direkt sanktioniert werden.<sup>151</sup> 284. Gemäss der „Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003“ entfällt eine Sanktionierung zudem dann, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG (d.h. bis zum 1. April 2005) gemeldet oder aufgelöst wurde.<sup>152</sup> 285. Im vorliegenden Fall hat die unzulässige Wettbewerbsabrede bereits vor dem 1. April 2004 begonnen (was beispielsweise anhand der exemplarischen und bis ins Jahr 2002 zurückgehende Gebühr NES illustriert werden kann [vgl. oben Rz 180 ff.]) und hat bis zur Untersuchungseröffnung im Jahr 2007 angedauert. Da die Wettbewerbsabrede nicht während der Übergangsfrist bis zum 1. April 2005 aufgelöst wurde, sondern bis ins Jahr 2007 ange-dauert hat, ist sie für die Zeit vom 1. April 2004 bis Oktober 2007 direkt sanktionierbar. B.4.2.3 Vorwerfbarkeit 286. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG noch ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach

149 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 150 Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 263 ff. E. 4 und 5, Swisscom Terminierungspreise und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 356 ff. E. 8.1, Publigroupe. 151 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022, 2048.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 77

Art. 54 f. KG um Verwaltungsanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.<sup>152</sup> Doch bereits die frühere Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hatte diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzubetrachten seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.<sup>153</sup> 287. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.<sup>154</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.<sup>155</sup> 288. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.<sup>156</sup> Die diesbezügliche Praxis der WEKO wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO hatte Publigroupe vorgeworfen, es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden.<sup>157</sup> 289. Vorwerfbarkeit liegt demnach schon dann vor, wenn dem Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung bzw. im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden kann.<sup>158</sup> Das Kartellgesetz darf für Unternehmen (als dessen Adressaten)

allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden.<sup>159</sup> Zur Vermeidung von Organisationsmängeln müssen Unternehmen daher generell alles Erforderliche und Zumutbare vorkehren, um ein kartellrechtskonformes Verhalten sicherzustellen.<sup>160</sup> Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, etwa wenn die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>161</sup> 290. Im vorliegenden Fall kann die Vorwerfbarkeit bejaht werden, zumal aus den Beweismitteln hervorgeht, dass bei allen Untersuchungsadressatinnen Mitarbeiter mit Organstellung und selbst Personen aus der Geschäftsleitung mit Vertretern der anderen Untersuchungsadressaten kommuniziert haben, mit dem Vorsatz, das Vorgehen bezüglich der Weitergabe exogener Kostenfaktoren an die Kundschaft zu koordinieren.

152 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022, 2034. 153 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe. 154 RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 155 Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO. 156 Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/Terminals DCC. 157 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe. 158 Statt anderer etwa RPW 2011/1, 189 Rz 557, SIX/Terminals DCC. 159 Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 285; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PubLG; SR 170.512). 160 In dem Sinn bereits RPW 2009/3, 212 Rz 106, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 161 Vgl. RPW 2011/1, 189 Rz 557 m.w.H., SIX/Terminals mit DCC.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 78

B.4.2.4 Bemessung 291. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes.<sup>162</sup> 292. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

B.4.2.4.1 Maximalsanktion 293. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>163</sup> finden analoge Anwendung. Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.<sup>164</sup> 294. Die in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsätze der Untersuchungsadressaten gehen aus folgender Übersicht hervor: Tabelle 4:

Konzernumsätze der Untersuchungsadressaten in CHF Unternehmen 2009 2010 2011 Total  
Agility [100–200] Mio. [100–200] Mio. [100–200] Mio. [500–600] Mio. Deutsche Bahn  
[100–200] Mio. [100–200] Mio. [100–200] Mio. [400–500] Mio. Deutsche Post [500–600]  
Mio. [500–600] Mio. [500–600] Mio. [1‘500–1‘700] Mio. Kühne + Nagel [100–200] Mio.

[200–300] Mio. [200–300] Mio. [500–600] Mio. Panalpina [200–300] Mio. [300–400] Mio. [300–400] Mio. [800–900] Mio.

295. Aufgrund der in der obigen Tabelle gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten folgende Maximalsanktionen: Tabelle 5:

Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF Unternehmen Maximalsanktion Agility [50–60] Mio. Deutsche Bahn [40–50] Mio. Deutsche Post [150–170] Mio. Kühne + Nagel [50–60] Mio. Panalpina [80–90] Mio.

162 Vgl. RPW 2011/1, 191 Rz 567, SIX/Terminals mit DCC; SHK-REINERT (Fn 148), Art. 49a N 10; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 49a N 48; TAGMANN (Fn 159), 229. 163 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 164 Vgl. RPW 2011/1, 191 Rz 570, SIX/Terminals mit DCC; RPW 2009/3, 121, Rz 113, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 79

B.4.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung 296. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. 1. Basisbetrag 297. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 298. Als relevanter Markt wurde vorliegend der Markt für internationale Luftfrachtspedition definiert. Es handelt sich dabei um einen Dienstleistungsmarkt. Grundsätzlich unterscheiden VKU und SVKG zwischen der Umsatzberechnungsmethode bei Dienstleistungen und der Methode bei Waren nicht: Als Grundlage für den Umsatz gelten nach Art. 4 Abs. 1 VKU die Erlöse, die die beteiligten Unternehmen mit Waren oder Leistungen in ihrem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich erzielt haben. Für eine spezielle Berechnung von Umsätzen im Dienstleistungssektor kennen VKU und SVKG keine ausdrückliche Regelung. Nach der Praxis der WEKO kann allerdings wegen der Komplexität im Dienstleistungssektor eine Anpassung der Berechnung des Umsatzes an die besonderen Umstände in bestimmten Fällen notwendig sein. Besondere Umstände bestehen bspw. bei der Erbringung von Dienstleistungen über Dritte. So kann beispielsweise bei einem als Vermittler auftretenden Dienstleistungsunternehmen der Gesamtbetrag der bezogenen Provisionen der einzige Umsatz sein.<sup>165</sup> Im Fall „Publigroupe“ hat die WEKO zur Berechnung des Umsatzes auf dem relevanten Markt auf den Kommissionsertrag (Bruttomarge) abgestellt.<sup>166</sup> 299. Im Bereich der Spedition werden Transportdienstleistungen primär über Dritte erbracht. Ein Spediteur verfügt nicht über die notwendige Transportinfrastruktur und muss diese Leistung bei externen Anbietern, vor allem bei Frachtführern, einkaufen. Der Spediteur tritt auf den relevanten Märkten lediglich als Vermittler auf und verrechnet den Kunden für die von ihm erbrachten verschiedenen Speditionsdienstleistungen eine Gebühr bzw. Kommission. Der Umsatz der Spediteure enthält daher nebst der eigenen Kommission wesentliche Kosten und Gebühren, die von den Spediteuren vollumfänglich und in demselben Umfang den Kunden weiterverrechnet werden, wie sie den Spediteuren für in Anspruch

genommene Leistungen in Rechnung gestellt wurden (sogenannte „Durchlaufposten“). Mit anderen Worten enthält der Bruttoumsatz der Spediteure auch diese Durchlaufposten, die insbesondere Transportkosten der Frachtführer umfassen. Für die Bestimmung des relevanten Umsatzes wurden daher diese Durchlaufposten vom Bruttoumsatz abgezogen, so dass auf den tatsächlichen Eigenleistungsumsatz der Spediteure abgestellt wird.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> Vgl. RPW 2007/2, 235 Rz 325, Publigroupe, unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Heute findet sich eine entsprechende Bestimmung in Rz 159 der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, der sich Folgendes entnehmen lässt: „In bestimmten Gewerbebranchen (wie Pauschalreisen und Werbung) können die Dienstleistungen über Vermittler erbracht werden. Selbst wenn der Vermittler dem Endkunden den gesamten Betrag in Rechnung stellt, besteht der Umsatz des als Vermittler auftretenden Unternehmens einzig und allein aus der Höhe seiner Provision.“ <sup>166</sup> Vgl. RPW 2007/2, 235 f. Rz 326, Publigroupe. <sup>167</sup> So wird denn auch in den Geschäftsberichten von Speditionsunternehmen ebenfalls auf diesen Ei-

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 80

Tabelle 6: Umsätze auf dem relevanten Markt für Luftfrachtspedition in CHF Unternehmen  
2009 2010 2011 Total Agility [0–20] Mio. [0–20] Mio. [0–20] Mio. [10–30] Mio. Deutsche Bahn [0–20] Mio. [0–20] Mio. [0–20] Mio. [20–40] Mio. Deutsche Post [30–40] Mio. [40–50] Mio. [50–60] Mio. [50–150] Mio. Kühne + Nagel [0–20] Mio. [0–20] Mio. [0–20] Mio. [10–30] Mio. Panalpina [0–20] Mio. [0–20] Mio. [0–20] Mio. [40–60] Mio. a.

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 300. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Aufgrund der in der Tabelle 6 gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten folgende Obergrenzen: Tabelle 7:

Obergrenze Basisbeträge der Untersuchungsadressaten in CHF Unternehmen Obergrenze Agility [1–3] Mio. Deutsche Bahn [2–4] Mio. Deutsche Post [5–15] Mio. Kühne + Nagel [1–3] Mio. Panalpina [4–6] Mio. b. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 301. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. 302.

Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen.<sup>168</sup> Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen. Tendenziell leichter einzustufen

genleistungsumsatz abgestellt, vgl. etwa die Geschäftsberichte von Kühne + Nagel: „Der Rohertrag, die im Gegensatz zum Umsatz aussagefähigere Messgrösse für die

Leistungsfähigkeit eines Logistik- unternehmens, [...]“ (Geschäftsbericht 2008, 14; Geschäftsbericht 2011, 13). Vgl. auch der Ge- schäftsbericht 2011 von Panalpina, in welchem auf S. 75 der sog. Bruttogewinn wie folgt definiert wird: „Der Bruttogewinn umfasst den Nettoumsatz aus Speditionsleistungen abzüglich der in diesem Zu- sammenhang angefallenen Aufwendungen für von Dritten erbrachte Dienstleistungen nach Abzug von Zöllen, Abgaben und Steuern“ um an anderer Stelle (S. 10) festzuhalten: „Der Bruttogewinn, ein in der Speditionsbranche besseres Mass für den tatsächlichen Verkaufserfolg als der Nettoumsatz, [...]“. 168 Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), 3, Erläuterung d) zu Art. 3 SVKG.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 81

sind Abreden, die den Preiswettbewerb nicht beseitigen, sondern erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.<sup>169</sup> 303. Bezüglich der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Abrede ist zu berücksichtigen, dass die vorstehenden Erwägungen ergaben, dass diese als horizontale Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren ist. Diese Abrede hat zwar zu einer erheblichen Beein- trächtigung des Wettbewerbs geführt, nicht aber zu einer Wettbewerbsbeseitigung. Die WEKO hat in ihrem Entscheid „Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“ für eine Preisab- rede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, welche den Wettbewerb beseitigt hat, einen Satz von 7 % für die Berechnung des Basisbetrages verwendet.<sup>170</sup> Da der vorliegende Fall mangels Beseitigung des Wettbewerbs bezüglich Schwere des Verstosses als minim leichter zu quali- fizieren ist als der Baubeschläge-Fall und zudem die Gesamtabrede nicht dazu geführt hat, dass jede Preiskomponente abgestimmt wurde oder dass jede abgestimmte Gebühr oder je- der abgestimmte Zuschlag durch jedes Unternehmen gleichermaßen umgesetzt worden wä- re sowie unter Berücksichtigung aller weiteren relevanten Umstände des Einzelfalles, er- scheint eine Berechnung des Basisbetrages auf der Grundlage eines Satzes von 6 % als angemessen. Die oben dargestellten Fälle zeigen auf, dass bei den genannten Gebühren sich nicht sämtliche Unternehmen an die vereinbarte Höhe gehalten haben oder die Gebüh- ren nicht bei allen Kunden durchgesetzt wurden. Aus diesen Gründen wurde der Wettbewerb selbst auf dem Parameter des Preises zwar erheblich beeinträchtigt, aber nicht ausge- schlossen. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der einvernehmlichen Rege- lung die Frage der Erheblichkeit der einzelnen Gebühren und Zuschläge nicht abschliessend beurteilt werden musste, es gibt aber Indizien dafür, dass die Umsätze mit diesen Gebühren und Zuschlägen im Vergleich zum Gesamt- bzw. Eigenleistungsumsatz vergleichsweise tief ausgefallen sind. Wie weiter oben dargelegt, ergibt sich die Erheblichkeit der Abrede im vor- liegenden Fall nicht aus den mit den Gebühren und Zuschlägen erzielten Umsätzen, sondern aus dem gesamten Verhaltensmuster der Abredeteilnehmer. Als Ausfluss des Verhältnis- mässigkeitsprinzips erscheint es aber gerechtfertigt, die vergleichsweise tiefen Umsätze un- ter dem Aspekt der Schwere des Verstosses zu berücksichtigen. 304. Die erwähnten Kriterien und Wertungen führen demnach zu einem für die Berechnung des Basisbetrags zu berücksichtigenden Satz von 6 % für die an der in Frage stehenden Ab- rede beteiligten Untersuchungsadressaten. Mehrere Parteien haben vorgebracht, der Basis- betrag müsse auf 5% gesenkt werden, da ein Basisbetrag von 6% als zu hoch erscheine. So habe die WEKO im viel schwerwiegenderen Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ einen Basisbetrag von 7% angenommen. Die WEKO hat das Vorbringen der Parteien geprüft und kommt im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens zum Schluss, dass der Basisbetrag von 6% im

vorliegenden Fall aufgrund der oben dargestellten Umstände als angemessen erscheint. Dies insbesondere wenn anstatt des Elektroinstallationsfalles der bereits erwähnte „Baubeschläge-Fall“ als Vergleichsgrösse herangezogen wird. Zudem hat die WEKO in einem aktuellen Entscheid eine Verschärfung der Praxis für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG (in casu Submissionsabsprachen) in Aussicht gestellt und damit die Aussagekraft der Sanktionsbemessung im Elektroinstallationsfall stark relativiert.<sup>171</sup> Es ergeben sich daher folgenden Basisbeträge: Tabelle 8: Basisbeträge der Untersuchungsadressaten in CHF Unternehmen Basisbetrag Agility [1–3] Mio.

169 Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 387 und 394, Baubeschläge; RPW 2010/4, 697 Rz 367, Hors-Liste; RPW 2009/3, 214 Rz 121, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 170 Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 388 ff., Baubeschläge. 171 Vgl. RPW 2012/2, 408 Rz 1103, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 82

Unternehmen Basisbetrag Deutsche Bahn [1–3] Mio. Deutsche Post [5–15] Mio. Kühne + Nagel [1–3] Mio. Panalpina [3–5] Mio. 2. Dauer des Verstosses 305. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.<sup>172</sup> Betreffend Umfang der Erhöhung steht der WEKO ein breites Ermessen zu, wobei ihrer bisherigen Praxis ein Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtem Jahr entspricht.<sup>173</sup> 306. Wird wie im vorliegenden Fall die Abrede als ein umfassenderes Verhaltensmuster definiert, deren Bedeutung über die singulären Absprachen einzelner Gebühren oder Zuschläge hinausgeht (vgl. oben Rz 73 ff.), so kommt es bei der Bemessung der Dauer des Verstosses darauf an, wie lange das generelle Verhaltensmuster angedauert hat, und nicht, ob allenfalls einzelne der Gebühren oder Zuschläge von kürzerer Dauer waren oder ob diese im Verlaufe der Zeit angepasst wurden, um neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen.<sup>174</sup> 307. Im vorliegenden Fall ist die Zeitperiode vom 1. April 2004 (Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Kartellgesetzes) bis zum 9. Oktober 2007 (Datum der Untersuchungseröffnung und der Hausdurchsuchungen sowie der Einstellung des Verhaltens) massgebend. Das Verhalten hat somit rund 3 Jahre angedauert, weshalb sich eine Erhöhung des Basisbetrags um 30 % rechtfertigt. 308. Bei einer Erhöhung der Basisbeträge um den Dauerzuschlag von 30 % ergeben sich für die Untersuchungsadressaten die folgenden Beträge: Tabelle 9: Basisbeträge plus Dauerzuschlag der Untersuchungsadressaten in CHF Unternehmen Basisbetrag Agility [1–3] Mio. Deutsche Bahn [1–4] Mio. Deutsche Post [5–15] Mio. Kühne + Nagel [1–3] Mio. Panalpina [3–5] Mio.

172 Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, ad Art. 4. 173 Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 401, Baubeschläge; RPW 2009/3, 215 Rz 127, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2007/2, 237 Rz 335, Publigroupe sowie RPW 2007/2, 301 Rz 418, Terminierung Mobilfunk. 174 Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 402, Baubeschläge unter Hinweis auf die Rechtsprechung der EU für komplexe und fortgesetzte Zuwiderhandlungen: „Ein komplexes Kartell kann als einzige und fortgesetzte Zuwiderhandlung für die Dauer seines Bestehens angesehen werden. Die Vereinbarung kann von Zeit zu Zeit durchaus verändert werden, und ihre Mechanismen können angepasst oder gestärkt werden, um neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Die Gültigkeit dieser Annahme wird nicht durch die Möglichkeit beeinträchtigt, dass eines oder mehrere Elemente einer Reihe von Handlungen oder eines fortlaufenden Verhaltens für sich genommen einen Verstoß gegen Artikel 81 EG-Vertrag darstellen

könnten.“ (KOMM, ABl. 2009 C 248/5, Rz 200, E.ON/GDF, mit weiteren Verweisen; KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz 184, Kautschukchemikalien).

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 83

3. Erschwerende und mildernde Umstände 309. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. a. Mutmasslicher Gewinn 310. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4). 311. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft. 312. Im vorliegenden Fall gibt es keinerlei Hinweise auf einen besonders hohen Gewinn. Aufgrund der einvernehmlichen Regelung wurden die Umsätze, welche mit den von der Absprache betroffenen Gebühren und Zuschlägen erzielt wurden, nicht umfassend abgeklärt. Die Erhebung der vollständigen Umsatzzahlen zur Durchführung einer darauf basierenden Gewinnberechnung oder -schätzung erscheint unverhältnismässig, zumal sich aus den bereits vorhandenen Zahlen keine Indizien für einen besonders hohen Gewinn entnehmen lassen, sondern ein solcher vielmehr als eher unwahrscheinlich erscheint. b. Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung) 313. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. Das Sekretariat hat mit sämtlichen Untersuchungsadressaten eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen, die mit der vorliegenden Verfügung durch die WEKO genehmigt wird. 314. Bezüglich des Umfangs der Milderung ist festzuhalten, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung grundsätzlich eine Reduktion von bis zu 40 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt.<sup>175</sup> Die bisherige Praxis der WEKO lässt sich wie folgt zusammenfassen: • In mehreren Entscheidungen („Publigroupe“, „Documed“, „Sécateurs et cisailles“, „USPI“ und „IFPI“) wurde aus Gründen der Verhältnismässigkeit von der umsatzbasierten Sanktionsberechnung abgewichen. In all diesen Fällen wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als milderndes Element mitberücksichtigt und war daher auch von Bedeutung für die im Vergleich zur ordentlichen Berechnung erheblich reduzierten Sanktion.<sup>176</sup>

<sup>175</sup> Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 162), Art. 49a N 87. <sup>176</sup> Vgl. RPW 2007/2, 238 Rz 343 f., Publigroupe; RPW 2008/3, 409 f. Rz 244 f., Documed; RPW 2009/2, 157 Rz 102 f.; WEKO, Verfügung vom 16. Juli 2012, Vertrieb von Musik (IFPI), Rz 196 f., Publikation voraussichtlich in RPW 2012/3

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 84

• Im Fall „Unique“ reduzierte die WEKO die Sanktion aufgrund des Zustandekommens einer einvernehmlichen Regelung um 25 %.<sup>177</sup> • Im Entscheid

„Elektroinstallationsbetriebe Bern“ führte die WEKO aus, dass in Konstellationen, in welchen bereits eine Sanktionsreduktion aufgrund einer Kooperation im Rahmen der Bonusregelung erfolgt, eine zusätzliche Reduktion für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung 10–20 % betragen sollte. Im konkreten Fall reduzierte die WEKO die Sanktion um 20 %.<sup>178</sup> • Beim Entscheid „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen“<sup>179</sup> erachtete die WEKO in einer analogen Konstellation wie im Elektroinstallations-Fall einen Prozentsatz von 10 % als gerechtfertigt. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung erfolgte dabei – in zeitlicher Hinsicht – nachdem ein erster Antrag des Sekretariats den Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme unterbreitet wurde. • Beim Entscheid „Baubeschläge“ wurde die einvernehmliche Regelung erst sehr spät abgeschlossen, d.h. nachdem ein zweiter (überarbeiteter) Antrag des Sekretariats den Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme zugestellt wurde. Die WEKO hielt fest, dass sie einvernehmliche Regelungen, die derart spät abgeschlossen werden, zukünftig nicht mehr genehmigen wird, und gewährte unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Verfahrens eine Reduktion von 3 %.<sup>315</sup> Im vorliegenden Fall wurde die einvernehmliche Regelung vor dem Versand eines Antrages an die Parteien abgeschlossen, zu einem Zeitpunkt, in welchem zwar diverse Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Fragebogen an die Spediteure) bereits stattgefunden hatten, aber weitere aufwändige Ermittlungsmassnahmen (Einvernahmen, weitere angezeigte Datenerhebungen und damit verbundene Datenauswertungen, Fragebogen an die Marktgegenseite) noch ausstehend waren und auf deren Durchführung dank der einvernehmlichen Regelung verzichtet werden konnte. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelungen hat daher die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und den Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert. Da sämtliche Parteien eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, ist es möglich, die Begründungsdichte und -tiefe des Antrages zu reduzieren sowie teilweise auf den vollen Beweis zu verzichten und die überwiegende Wahrscheinlichkeit bzw. das Glaubhaftmachen genügen zu lassen.<sup>180</sup> Dies hat den Aufwand des Sekretariates für die Antragstellung erheblich vermindert. Aber auch auf Stufe der WEKO führt der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung regelmässig zu einer Verminderung des Verfahrensaufwandes, sei es durch kürzere Stellungnahmen und den Verzicht der Parteien auf die Beibringung von Gutachten im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG, sei es dadurch, dass sich die Durchführung von Hearings erübrigt, oder schliesslich dadurch, dass kein Aufwand für nachfolgende Rechtsmittelverfahren zu erwarten ist. Damit ist die verfahrensökonomische Bedeutung der vorliegenden einvernehmlichen Regelungen eine wesentlich grössere als in den Fällen „Baubeschläge“ und „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen“, so dass es sich rechtfertigt, sich beim Ausmass der Sanktionsminderung an den Fällen „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ und „Unique“ zu orientieren.

<sup>177</sup> Vgl. RPW 2006/4, 665 f. Rz 268 ff., Unique. <sup>178</sup> Vgl. RPW 2009/3, 217 f. Rz 145 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern. <sup>179</sup> Abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (26.04.2012). <sup>180</sup> Vgl. RPW 2009/2, 146 Rz 41, *Sécateurs et cisailles*: „Dans le cadre d’une enquête conclue par un accord amiable, la définition du marché de référence peut se fonder essentiellement sur des informations fournies par les parties“, vgl. auch Rz 62; RPW 2008/3, 396 Rz 116, *Documed*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 162), Art. 29 N 59.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 85

316. Bei Unternehmen die bereits eine Sanktionsreduktion im Rahmen der Bonusregelung erhalten, kommt gemäss dem Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ eine zusätzliche Reduktion für den Abschluss einer EVR von 10–20 % in Betracht. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen erscheint im vorliegenden Fall eine Reduktion von [15–20] % als angemessen für die Deutsche Post (bei welcher diese Reduktion aufgrund des Sanktionserlasses nur von rechnerischer Bedeutung ist, vgl. unten Rz 322 ff.) sowie für die Deutsche Bahn und Agility, welche beide Sanktionsreduktionen von [40–50] % aufgrund des Bonusprogramms erhalten (vgl. unten Rz 321 ff.). 317. Für die beiden Unternehmen Panalpina und Kühne + Nagel, welche keinen Sanktionserlass im Rahmen der Bonusregelung erhalten, kann entsprechend dem Fall „Unique“ eine weitergehende Reduktion von [20–25] % gewährt werden. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die mit dem Abschluss der EVR einhergehende Kooperation nur an dieser Stelle sanktionsmindernd berücksichtigt werden kann. c. Weitere erschwerende und mildernde Umstände 318. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.<sup>181</sup> 319. Panalpina bringt vor, dass ihr umfassendes und globales Compliance-Programm, welches unmittelbar nach Eröffnung der Untersuchung im vorliegenden Verfahren bzw. in den ausländischen Verfahren entwickelt, eingeführt und umgesetzt worden sei, sanktionsmildernd zu berücksichtigen sei. Es ist in der Schweiz jedenfalls seit den Diskussionen im Zusammenhang mit der Motion Schweiger<sup>182</sup> grundsätzlich unbestritten, dass ein Compliance-Programm als sanktionsmildernder Umstand gemäss Art. 6 SVKG berücksichtigt werden kann.<sup>183</sup> Die WEKO begrüsst auch ausdrücklich, dass Panalpina den vorliegenden Fall zum Anlass genommen hat, ein globales und umfassendes Compliance-Programm umzusetzen, um damit zukünftige Kartellrechtsverstösse zu vermeiden. Allerdings verhält es sich so, dass ein Compliance-Programm nur dann als sanktionsmildernd berücksichtigt werden kann, wenn es bereits zum Zeitpunkt des Verstosses bestanden hat (und nicht erst „post-infraction“ aufgestellt wurde), so dass das Unternehmen durch das Compliance-Programm aufzeigen kann, dass der Verstoß eigentlich gegen den ausdrücklichen Willen des Unternehmens geschehen ist (z.B. durch einen einzelnen, sich über die Regeln hinwegsetzenden Mitarbeiter).<sup>184</sup> Zudem versteht es sich von selbst, dass ein Unternehmen, welches einen Kartellrechtsverstoß feststellt, Massnahmen trifft um künftige Verletzungen zu vermeiden. 320. Im vorliegenden Fall gibt es keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände gemäss Art. 5 oder 6 SVKG.

181 Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff. 182 Motion Schweiger (07.3856), Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, [www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20073856](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20073856) (13.12.12). 183 Vgl. für die Umsetzung der im Parlament angenommenen Motion Schweiger die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905, 3959 f.. Daran würde auch die in der Motion Schweiger und im Entwurf umgesetzte Compliance-Defense nichts ändern. 184 Dies ergibt sich etwa bereits aus dem Wortlaut der Motion Schweiger, welche das Compliance-Programm als Element sieht, welches im Rahmen der Prüfung des Verschuldens des Unternehmens einfließt. Das bedeutet auch, dass eine Umsetzung der Motion Schweiger bzw. das Inkrafttreten der in der Gesetzesrevision vorgesehenen Compliance-Defense nichts an dieser Beurteilung ändern würde; vgl. dazu auch ROLF WEBER, Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen, in: Zäch/Weber/Heinimann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, 2012, 204 ff.; ECONOMIESUISSE, Schweizer

Kartellrecht vor Paradigmenwechsel, dossierpolitik Nr. 12, 4. Juni 2012, 11.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 86

B.4.2.5 Vollständiger/Teilweiser Erlass der Sanktion 321. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens 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 und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind. B.4.2.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung 322. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder – Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation), oder – Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.<sup>185</sup> 323. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG). 324. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass – seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist; – es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt; – es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und – es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt. B.4.2.5.2 Allgemeines zur Sanktionsreduktion 325. Gemäss Art. 12 SVKG setzt eine Reduktion der Sanktion voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. B.4.2.5.3 Subsumtion und Ergebnis 326. Das vorliegende Verfahren wurde durch eine Selbstanzeige der Deutschen Post ausgelöst. Die erste Protokollerklärung erfolgte am 19. Juni 2007. In der Folge wurden noch vor der Untersuchungseröffnung sieben weitere mündliche Protokollerklärungen abgegeben und umfangreiche Beweismittel eingereicht. Nach der durch die Selbstanzeige ausgelösten Untersuchungseröffnung am 9. Oktober 2007 deponierte die Deutsche Post elf weitere Proto-

<sup>185</sup> So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 87

kollaussagen und reichte weitere Beweismittel ein. Am 10. Oktober 2007 teilte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Deutschen Post gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. a SVKG mit, dass sie die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben erachtet. Gleichzeitig wurde die Deutsche Post aufgefordert, die Beteiligung am Wettbewerbsverstoss am 12. Oktober 2007 aufzugeben und dem Sekretariat die Aufgabe schriftlich zu bestätigen. Am 15. Oktober 2007 bestätigte die Deutsche Post die Einstellung der Beteiligung an Wettbewerbsverstössen. Sie erklärte

weiter, jegliche Teilnahme an Veranstaltungen, Treffen, Besprechungen oder anderen Kommunikationen von Vereinigungen und Verbänden in den von der Untersuchung betroffenen Bereichen sowie alle Diskussionen und Vereinbarungen mit Wettbewerbern zu unterlassen. 327. Es liegt folglich eine Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG vor. Entsprechende Informationen lagen denn auch nicht bereits vor Einreichung der Selbstanzeige vor (Art. 8 Abs. 3 SVKG). Die Deutsche Post erfüllt die weiteren Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG. Sie hat während der gesamten Dauer des Verfahrens kooperiert (Art. 8 Abs. 2 lit. c SVKG), namentlich unaufgefordert ergänzende Aussagen zu Protokoll gegeben und die dazugehörigen Beweismittel eingereicht (Art. 8 Abs. 2 lit. b SVKG). Die Untersuchung ergab keine Hinweise, dass die Deutsche Post andere Unternehmen zur Teilnahme an der Wettbewerbsabrede gezwungen hätte oder dass ihr eine anstiftende oder führende Rolle zugekommen wäre (Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG). Im Übrigen stellte sie ihr Verhalten in Absprache mit dem Sekretariat kurz nach Eröffnung des Verfahrens ein (Art. 8 Abs. 2 lit. d SVKG). Aufgrund dessen kann der Deutschen Post der hundertprozentige Sanktionserlass gewährt werden. 328. Die Selbstanzeigen der Deutschen Bahn und von Agility erfolgten zeitlich erst nach der Selbstanzeige der Deutschen Post und auch nach der Untersuchungseröffnung. Ein Sanktionserlass aufgrund einer Eröffnungskooperation gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG scheidet daher aus. Grundsätzlich wäre noch ein Sanktionserlass aufgrund einer Feststellungskooperation gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG denkbar. Ein solcher Sanktionserlass scheidet gemäss Art. 8 Abs. 4 lit. a SVKG allerdings aus, wenn bereits ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen für einen Erlass aufgrund einer Eröffnungskooperation erfüllt. Oben wurde festgestellt, dass die Deutsche Post die Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass erfüllt. Ein vollständiger Sanktionserlass ist folglich für die Deutsche Bahn und Agility ausgeschlossen. Die Reduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG bis zu 50 % des nach den Artikeln 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg. 329. Im Fall „Elektroinstallateure Bern“ gewährte die WEKO in einem Verfahren, welches durch die Anzeige eines Dritten ins Rollen gebracht wurde, dem ersten Unternehmen, welches anlässlich der Hausdurchsuchungen seine Kooperationsbereitschaft erklärte und in der Folge kooperierte, einen Sanktionserlass aufgrund Feststellungskooperation. Alle anderen Unternehmen, welche zeitlich später eine Bonusmeldung einreichten, haben eine Reduktion der Sanktion um 40 % erhalten. Die WEKO hielt fest, eine Reduktion um 50 % sei vor dem Hintergrund bereits erfolgter Hausdurchsuchungen (und dem damit verbundenen Vorliegen von umfassendem und ergiebigem Aktenmaterial) sowie einer Bonusmeldung mit zeitlicher Priorität nicht mehr angemessen. Es seien andere Konstellationen denkbar, in denen dem Beitrag der zweiten und weiterer meldender Parteien noch bedeutender sein könnten und folglich das Maximum gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG sachgerecht erscheinen würde. 186 330. Der vorliegende Fall ist mit dem Fall „Elektroinstallateure Bern“ insofern vergleichbar, als auch hier zum Zeitpunkt der Bonusmeldungen der Deutschen Bahn und von Agility bereits eine prioritäre Selbstanzeige vorlag und schon Hausdurchsuchungen durchgeführt worden waren. Allerdings ist der Beitrag für den Verfahrenserfolg des zweiten und dritten Unter-

186 RPW 2009/3, 219, Rz 156 ff. (164 ff.), Elektroinstallationsbetriebe Bern

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 88

nehmens in casu von grösserer Bedeutung als im dargestellten Präzedenzfall. Im vorliegenden Fall handelte es sich um ein internationales Kartell, so dass durch die Hausdurchsuchungen nur dasjenige Beweismaterial sichergestellt werden konnte, welches in der Schweiz zugänglich war. Gerade die Unterlagen welche die Deutsche Bahn und Agility als Beweismittel eingereicht haben, waren für die Wettbewerbsbehörde nur auf diesem Weg zugänglich, da sich die Konzernsitze der beiden Gesellschaften im Ausland befinden. Zudem wurde bei Agility gar keine Hausdurchsuchung durchgeführt und auch die Untersuchung erst aufgrund der eigenen Selbstanzeige eröffnet. Aufgrund der Komplexität und Mehrschichtigkeit der Absprache waren die umfangreichen Beweismittel, welche durch die Deutsche Bahn und von Agility eingereicht wurden von wesentlicher Bedeutung zur Erbringung des Nachweises, dass sich die Absprache nicht in Abreden bezüglich singulärer Gebühren erschöpft hat, sondern eine Gesamtabrede vorlag, sich bezüglich der Weitergabe exogener Kostenfaktoren an die Kunden zu koordinieren. Weiter waren die Verbesserung der Beweislage durch die zweite und dritte Selbstanzeige insofern mitentscheidend für den Verfahrenserfolg, als dass die Rechtslage hinreichend erstellt werden konnte, um eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen und auf weitere Ermittlungsmassnahmen verzichten zu können. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint im vorliegenden Fall eine Reduktion von [40–50] % für die Deutsche Bahn und Agility als sachgerecht. B.4.2.6 Ergebnis 331. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für jede

Untersuchungsadressatin wie folgt zusammenfassen (wobei in der Tabelle jeweils der Sanktionsbetrag nach erfolgtem Berechnungsschritt angegeben wird): Tabelle 10:  
Zusammenfassung der Sanktionsberechnung Bemessung der Sanktion Agility Deutsche Bahn Deutsche Post Kühne + Nagel Panalpina Gesamtumsatz in der Schweiz  
[500–600] Mio. [400–500] Mio. [1500–1700] Mio. [500–600] Mio. [800–900] Mio.  
Maximalhöhe der Sanktion 10 % [50–60] Mio. [40–50] Mio. [150–170] Mio. [50–60] Mio. [80–90] Mio. Umsatz auf dem relevanten Markt

[10–30] Mio. [20–40] Mio. [50–150] Mio. [10–30] Mio. [40–60] Mio. Obergrenze  
Basisbetrag 10 % [1–3] Mio. [2–4] Mio. [5–15] Mio. [1–3] Mio. [4–6] Mio. Konkreter  
Basisbetrag 6 % [1–3] Mio. [1–3] Mio. [5–15] Mio. [1–3] Mio. [3–5] Mio. Zuschlag für  
Dauer + 30 % [1–3] Mio. [1–4] Mio. [5–15] Mio. [1–3] Mio. [3–5] Mio. Erschwerende  
Umstände / Mutmasslicher Gewinn +/-0 %

Mildernde Umstände: Reduktion zufolge EVR -[15–20] % bzw. -[20–25] % [1–3] Mio.  
[1–4] Mio. [5–15] Mio. 1'173'767 3'117'286 Reduktion der Sanktion zufolge Bonus (Art. 12 SVKG) -[40–50] % 907'349 1'021'751

0

Total:

907'349 1'021'751 0 1'173'767 3'117'286

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 89

B.4.2.7 Tragbarkeitsprüfung 332. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur

Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag sollte zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.<sup>187</sup> 333. Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge ohne Weiteres als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen. B.5 Weitere Anordnungen: Beschlagnahme Dokumente 334. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Untersuchungsadressaten diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.<sup>188</sup> Die für die Untersuchung relevanten elektronischen Daten wurden in Form von elektronischen Berichten in die Untersuchungsakten übernommen.<sup>189</sup> Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die gespiegelten Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach rechtskräftigem Abschluss vorliegender Untersuchung die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten elektronischen Daten sind zu löschen. C Kosten 335. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG190 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 336. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührensspflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Vorliegend ist daher eine Gebührensspflicht zu bejahen. 337. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.--. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 338. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.--. Die aufgewendete Zeit beträgt 2'619.5 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 523'900.-- 339. Neben dem Aufwand nach Art. 4 hat der Gebührenspflichtige die Auslagen gemäss Art. 6 Allgemeine Gebührenverordnung<sup>191</sup> zu erstatten sowie die Kosten, die durch Beweis-

<sup>187</sup> RPW 2010/4, 765 Rz 432, Baubeschläge; RPW 2009/3, 218, Rz 150, Elektroinstallationsbetriebe Bern. <sup>188</sup> Siehe Rz 18 ff. <sup>189</sup> Siehe Rz 39. <sup>190</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 90

erhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden. Dieser Aufwand belief sich auf CHF 37'241.-- 340. Diverse Parteien haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen vorgebracht, Spedlogswiss müsse einen Teil der Verfahrenskosten tragen, da der Verband auch Partei des Verfahrens sei. Spedlogswiss hat mit Schreiben vom 30. November 2012 darauf hingewiesen, dass eine Kostenauflegung an den Verband der bisherigen Praxis der WEKO widersprechen würde. Weiter macht Spedlogswiss geltend, nur über bescheidene finanzielle Möglichkeiten zu verfügen (Jahresergebnis zwischen CHF 4'000 und 8'000) sowie im Vergleich zu den anderen Parteien einen vernachlässigbaren Aufwand verursacht zu haben. Spedlogswiss ist insofern zuzustimmen,

als dass in mehreren Fällen den an den Verfahren beteiligten Verbänden keine Kosten auferlegt wurden, teilweise selbst dann, wenn der Verband Partei war oder eine einvernehmliche Regelung mitunterschrieben hat.<sup>192</sup> Es gibt aber auch Gegenbeispiele: so wurde namentlich in dem mittels einvernehmlicher Regelung abgeschlossenen Fall „Fahrschule Graubünden“ die Hälfte der Verfahrenskosten dem Verband und die andere Hälfte seinen Mitgliedern belastet.<sup>193</sup> Spedlogswiss beruft sich auf den Fall Ascopa und macht geltend, Spedlogswiss sei kein Abredepartner gewesen und Spedlogswiss wäre ohne ihre Mitglieder eine „leere, nicht funktionsfähige Hülle“, analog zur Feststellung der WEKO für den Verband Ascopa. Dem ist entgegenzuhalten, dass Spedlogswiss ungleich selbständiger ist als Ascopa. Spedlogswiss verfügt über eine eigene Geschäftsstelle mit einem vollamtlichen Geschäftsleiter und einem eigenen, professionellen Sekretariat und bietet seinen Mitgliedern zahlreiche Dienstleistungen an, weshalb Spedlogswiss oben als Unternehmen gemäss Art. 2 KG qualifiziert wurde (vgl. Rz 66). Diese Elemente waren bei Ascopa nicht gegeben. Selbst das Sekretariat hatte Ascopa an die Fédération des Entreprises Romandes Genève (FER) ausgelagert.<sup>194</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass Spedlogswiss einen eigenständigen Internetauftritt pflegt und für seine Mitglieder Informationen aufbereitet und Empfehlungen abgibt. Im Zusammenhang mit der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ist zwar einerseits festzustellen, dass Spedlogswiss selber nicht Teilnehmer an der Gesamtabrede war, dass aber der Verband die Umsetzung der Gesamtabrede erleichtert und deren Marktwirkung durch die Herausgabe von Preisempfehlungen ausgedehnt hat. Schliesslich war es im vorliegenden Fall erforderlich, eine Hausdurchsuchung bei Spedlogswiss durchzuführen und es wurde mit Spedlogswiss eine eigene einvernehmliche Regelung abgeschlossen, um zu verhindern dass die Gremien und Instrumente (z.B. Empfehlungen) von Spedlogswiss zukünftig Absprachen zwischen Luftfrachtspediteuren erleichtern könnten. Es rechtfertigt sich daher unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips Spedlogswiss die Tragung von Kosten in der Höhe von CHF 10'000.-- aufzuerlegen.<sup>341</sup> Die restlichen Gebühren werden den an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Speditionsunternehmen zu gleichen Teilen von je CHF 110'228.-- und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).<sup>342</sup> Agility hat im Rahmen der Stellungnahme vorgebracht, es seien den Selbstanzeigern aufgrund ihrer Mitwirkung im Verfahren tiefere Kosten aufzuerlegen. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Die Mitwirkung im Rahmen der Selbstanzeige führt zu einer Reduktion der Sanktion, nicht zu einer Reduktion der Verfahrenskosten.

<sup>191</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1). <sup>192</sup> Vgl. RPW 2012/3, 668, USPI – Neuchâtel; RPW 2011/4, 644 Rz 828 und 583 Rz 387, Ascopa; RPW 2008/1, 112 Rz 219, Strassenbeläge Tessin. <sup>193</sup> Vgl. RPW 2003/2, 296, Fahrschule Graubünden. Vgl. weiter RPW 2000/1, 28, Rz. 18 ff., Recommandations de prix pour boissons servies dans la restauration romande, wo fünf Gastroverbände die Kosten zu tragen hatten. <sup>194</sup> Vgl. RPW 2011/4, 535 Rz 20 ff., Ascopa.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 91

D Ergebnis 343. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: • Die fünf grossen, international tätigen Luftfrachtspediteure Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel und Panalpina haben eine unzulässige Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG getroffen, indem ein Konsens bestand, neu auftretende exogene Kostenfaktoren gemeinsam

zu erörtern und sich über deren allfällige Weiterbelastung an die Kunden zu koordinieren. Es handelt sich dabei um eine Gesamtabrede, welche sich jedenfalls in den im Rahmen dieser Verfügung dargestellten nationalen und internationalen Gebühren und Zuschlägen manifestiert hat. Dabei gilt es darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen dieser Abrede aufgrund der sich in der Schweiz auswirkenden Sachverhaltselemente und nach Massgabe des schweizerischen Rechts erfolgt ist. • Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den verbleibenden, kumulierten Innen- und Aussenwettbewerb umgestossen werden. • Die Gesamtabrede führte aber zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG. • Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG liegen keine vor. 344. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren ist. 345. Es konnte mit allen Parteien eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG abgeschlossen werden, welche das zukünftige Verhalten der Parteien regelt und mit vorliegender Verfügung genehmigt wird. Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte in der vorliegenden Verfügung die Begründungstiefe und -dichte stellenweise reduziert werden. 346. Die an der unzulässigen Abrede beteiligten Speditionsunternehmen werden unter Berücksichtigung des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung sowie von individuellen Faktoren, namentlich von Selbstanzeigen sanktioniert. Die kumulierte Sanktionssumme beträgt CHF 6'220'153.--. Weiter haben die beteiligten Speditionsunternehmen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 551'141.-- zu tragen. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 10'000.-- entfallen auf Spedlogswiss. 347. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende Verfügung und gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.195

195 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique.

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 92

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission: 1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die einvernehmlichen Regelungen zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG, Deutsche Post AG, Kühne + Nagel International AG und Panalpina Weltransport (Holding) mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 42): a) Die [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, mit Konkurrenten keine Abreden darüber zu treffen, in welcher Form und Höhe Gebühren und Zuschläge den eigenen Kunden zu belasten sind. b) Die [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, im Rahmen von Spedlogswiss nicht an der Erarbeitung von Empfehlungen zur Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren an die Kunden mitzuarbeiten noch an entsprechenden Diskussionen teilzunehmen. 2. Die Wettbewerbskommission genehmigt die einvernehmlichen Regelungen zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und Spedlogswiss mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 42 f.):

a) Spedlogswiss verpflichtet sich in seiner Eigenschaft als nationaler Branchenverband dafür zu sorgen, dass in den von Spedlogswiss einberufenen und begleiteten Sitzungen seiner sämtlichen Gremien und Ausschüsse keine Abreden darüber getroffen werden, in welcher Form und Höhe die Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren (u.a. Gebühren und Zuschläge) an die Kunden erfolgen soll. i. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt). ii. „Dafür zu sorgen“ bedeutet nicht, dass Spedlogswiss eine Garantienstellung für seine Mitglieder zukommt, sondern (1) dass der Vertreter von Spedlogswiss die Mitglieder warnt, wenn diese eine Abrede beabsichtigen oder treffen und (2) im Falle, dass trotzdem eine Abrede getroffen wird, die Wettbewerbsbehörden über diesen Sachverhalt informiert. b) Spedlogswiss verpflichtet sich, keine Empfehlungen betreffend die Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren zu erstellen und zu verbreiten. i. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt). ii. Die Verbreitung kartellrechtlich unbedenklicher Empfehlungen anderer Verbände bleibt erlaubt. 3. Die an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Speditionsunternehmen werden gestützt auf Art. 49a i.V.m. Art. 5. Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG mit folgenden Beträgen belastet: a) Agility Logistics International BV CHF 907'349 b) Deutsche Bahn AG CHF 1'021'751 c) Deutsche Post AG CHF 0 d) Kühne + Nagel International AG CHF 1'173'767 e) Panalpina Welttransport (Holding) AG CHF 3'117'286

22/2009/03287/COO.2101.111.5.266529 93

4. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 561'141.-- werden CHF 10'000.-- Spedlogswiss auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden den an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Speditionsunternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 110'228.--, und unter solidarischer Haftung auferlegt. 5. Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten werden nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen gelöscht. 6. Die Verfügung ist zu eröffnen an: - Agility Logistics International BV, Naritaweg 65, Telestone 8, NL-043BW Amsterdam, vertreten durch [Name RA]; - Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, D-10785 Berlin, vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt, RAin Dr. Astrid Waser und RA Nicolas Bonassi, Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027 Zürich; - Deutsche Post AG, Charles-de-Gaulle-Strasse 20, D-53113 Bonn, vertreten durch RA Dr. Marcel Dietrich und RA Andreas Burger, Homburger AG, Hardstrasse 201, 8005 Zürich; - Kühne + Nagel International AG, Dorfstrasse 50, 8834 Schindellegi, vertreten durch RA Dr. Patrick Sommer und RA Amr Abdelaziz, CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, 8022 Zürich; - Panalpina Welttransport (Holding) AG, Viaduktstrasse 42, 4051 Basel, vertreten durch RA Philippe M. Reich, Baker & Mc.Kenzie, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich; - Spedlogswiss, Verband Schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen, Elisabethenstrasse 44, 4051 Basel. Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet Dr. Rafael Corazza Präsident Direktor

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die

Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

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