

WEKO abreden-im-bereich-luftfracht-2013-12-02 vom 2. Dezember 2013

WEKO, 2013-12-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_abreden-im-bereich-luftfracht-2013-12-02

FR: WEKO abreden-im-bereich-luftfracht-2013-12-02 du 2 décembre 2013

IT: WEKO abreden-im-bereich-luftfracht-2013-12-02 del 2 dicembre 2013

Erwägungen

E. 10

LVA die Überprüfung aller wettbewerbsrechtlichen Sachverhalte, die nur Auswirkungen auf den schweizerischen Markt haben, in der ausschliesslichen Zuständigkeit der schweizerischen Behörden verbleibt.⁴³² Hingegen wird die Kompetenz für die Überprüfung der Sachverhalte nach Artikel 8 und 9 LVA sowie die Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen, die Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertragsparteien haben könnten, den Gemeinschaftsinstitutionen übertragen (Art. 11 Abs. 1 LVA). Gestützt auf das Auswirkungsprinzip betrachtete sich die EU-Kommission bereits vor Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens als zuständig für alle Sachverhalte die, wenngleich sie von schweizerischen Unternehmen ausgehen, sich auf den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft auswirken.⁴³³

1999: Erste Erfahrungen, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003 / Annuaire suisse de Droit européen 2003, Epiney/Rivière/Theuerkauf (Hrsg.), 2004, 421–445, (zit. FELDER et al.), 436; ADRIAN WALPEN, Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen. Unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich, 2005, (zit. WALPEN), 61 f. und 67; TOBIAS JAAG, MAGDA ZIHLMANN, Institutionen und Verfahren, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), 69–81, 71 f. Rz 9; SIMON HIRSBRUNNER, Die kartellrechtlichen Bestimmungen des Abkommens über den Luftverkehr, in: Bilaterale Abkommen Schweiz – EU: (erste Analysen), 463–477, (zit. HIRSBRUNNER), 2001, 464 f.; THOMAS COTTIER, ERIK EVTIMOV, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2003, 77–120, 88 ff. 431 DETTLING-OTT (Fn 430), 505 Rz 29; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 199; FELDER et al. (Fn 430), 423. 432 Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2; Zusatzbotschaft vom 14. Juni 2002 zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes (Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG), BBl 2002 5506, 5508 f. Ziff. 1.2, (nachfolgend: Zusatzbotschaft KG). 433 Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 90

967. In Bezug auf das Verhältnis der Schweiz zu Drittstaaten kann die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Behörden gewahrt werden (Art. 11 LVA).⁴³⁴ Die Kompetenz, wettbewerbswidriges Verhalten zu beurteilen, das sich auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten auswirkt, bleibt bei der Schweiz.⁴³⁵ Gemäss Artikel 11 Absatz 2 LVA entscheidet die Schweiz und entscheiden nicht die Organe der EU darüber,

ob «abgestimmte Verhaltensweisen» rechtmässig sind. Für Sachverhalte, die sich ausschliesslich auf die Schweiz oder auf Strecken mit Drittstaaten beziehen, sind daher die schweizerischen Kartellbehörden zuständig. 968. Somit sind wegen des Auswirkungsprinzips einerseits und der Wahrung der Kompetenz der Schweiz bei Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten andererseits Konstellationen mit paralleler beziehungsweise konkurrierender Zuständigkeit denkbar.⁴³⁶ Im vorliegenden Fall hat die EU-Kommission Sachverhalte in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten nicht an sich gezogen. Deshalb bleiben für diese Sachverhalte im vorliegenden Fall die schweizerischen Behörden zuständig. Für andere vergleichbare Fälle kann allerdings eine Zuständigkeit der EU-Kommission nicht generell ausgeschlossen werden, falls diese die Fälle an sich ziehen würde. B.1.2.2 Frage der anwendbaren Bestimmungen B.1.2.2.1 Verhältnis zwischen EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz 969. Bei einer Zuständigkeit der schweizerischen Behörden in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten besteht die Frage nach den anwendbaren Bestimmungen, nämlich ob das Kartellgesetz oder das EU-Luftverkehrsabkommen zur Anwendung gelangt. Es gilt somit zu klären, in welchem Umfang das EU-Luftverkehrsabkommen für Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern anwendbar ist, insbesondere hinsichtlich Tatbestand (z. B. Abrede), Verfahren und Rechtsfolge (insbesondere Sanktion). 970. Wie bereits erwähnt, enthält das EU-Luftverkehrsabkommen folgende Zuständigkeitsbestimmungen: - Artikel 10 LVA: «Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, unterliegen schweizerischem Recht und der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden.» - Artikel 11 Absatz 1 LVA: «Die Organe der Gemeinschaft wenden die Artikel 8 und 9 an und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss den im Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird.» - Artikel 11 Absatz 2 LVA: «Die schweizerischen Behörden entscheiden gemäss den Artikeln 8 und 9 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern.»

434 Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2; Zusatzbotschaft KG (Fn 432), 5508 f. Ziff. 1.2; act. [...]. 435 DETTLING-OTT (Fn 430), 501 Rz 18; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 200; WALPEN (Fn 430), 75. 436 act. [...]; act. [...]; HIRSBRUNNER (Fn 430), 472.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 91

(i) Grundsätze der Auslegung von Staatsverträgen 971. Das EU-Luftverkehrsabkommen ist eine internationale Übereinkunft zwischen einem Staat und einem Staatenbund. Zwar liegt damit keine Übereinkunft zwischen Staaten im Sinne von Artikel 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (Vertragsrechtskonvention, VRK; SR 0.111) vor, selbst wenn das Abkommen auch für die EU-Mitgliedstaaten bindend ist und insbesondere auch bilaterale Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und einzelnen EU-Mitgliedstaaten vorgeht (vgl. Art. 33 LVA). Die Vertragsrechtskonvention zählt aber unzweifelhaft zum

Völkergewohnheitsrecht. Deshalb finden die Bestimmungen der Vertragsrechtskonvention zumindest analog auf das EU-Luftverkehrsabkommen Anwendung. 972. Bezüglich der innerstaatlichen Geltung von völkerrechtlichen Normen steht die Schweiz auf dem Boden des Monismus (vgl. vorne Rz 948). Demnach werden internationale Normen Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung und müssen daher von allen Staatsorganen beachtet werden.⁴³⁷ Mit ihrer landesrechtlichen Geltung werden die völkervertraglichen Normen allerdings nicht zu Landesrecht, sondern behalten ihren Charakter als völkerrechtliche Bestimmungen. Bei ihrer Auslegung gelangen die völkerrechtlichen Auslegungsregeln zur Anwendung. Zudem findet die Vertragsrechtskonvention auf jeden Vertrag Anwendung, der die Gründungsurkunde einer internationalen Organisation bildet, sowie auf jeden im Rahmen einer internationalen Organisation angenommenen Vertrag, unbeschadet aller einschlägigen Vorschriften der Organisation (Art. 5 VRK). 973. Die Vertragsrechtskonvention regelt in Teil III, Abschnitt 3 die Auslegung von Staatsverträgen. Elemente der allgemeinen Auslegungsregel von Artikel 31 Absatz 1 VRK sind der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung, Ziel und Zweck des Vertrags, Treu und Glauben sowie der Zusammenhang.⁴³⁸ Diese vier Elemente sind gleichrangig. 974. Den Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung. Die völkerrechtlichen Auslegungsregeln stellen somit nur insoweit auf den Vertragswillen der Vertragspartner ab, als dieser seinen Niederschlag im Abkommen selbst gefunden hat.⁴³⁹ Der Text der Vertragsbestimmung ist demnach aus sich selbst heraus gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung zu interpretieren. Diese gewöhnliche Bedeutung ist jedoch in Übereinstimmung mit ihrem Zusammenhang, dem Ziel und Zweck des Vertrags und gemäss Treu und Glauben zu eruieren. 975. Erscheint der Wortlaut klar und ist seine Bedeutung, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie aus Gegenstand und Zweck des Übereinkommens ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, so kommt eine über den Wortlaut hinausgehende ausdehnende beziehungsweise einschränkende Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schliessen ist.⁴⁴⁰ 976. Ziel und Zweck des Vertrags sind diejenigen Objekte, welche die Parteien mit dem Vertrag erreichen und verwirklichen wollten.⁴⁴¹ Artikel 31 VRK spricht sich nicht darüber aus, welchen Quellen Ziel und Zweck eines Vertrags entnommen werden kann. Die Lehre unterstreicht diesbezüglich allgemein die Bedeutung des Titels und der Präambel des Vertrags. 977. Nicht abgestellt werden kann in diesem Stadium der Auslegung auf die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses; diese Auslegungsmittel sind lediglich

437 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.2.1. 438 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.1. 439 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5. 440 Vgl. BGE 125 V 503, E. 4.b. 441 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.2.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 92

subsidiär und können gemäss Artikel 32 VRK erst herangezogen werden, um die sich unter Anwendung des Artikels 31 VRK ergebende Bedeutung zu bestätigen oder wenn die Auslegung gemäss Artikel 31 VRK die Bedeutung der vertraglichen Bestimmung mehrdeutig oder im Dunkeln lässt beziehungsweise zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt. Im Allgemeinen wird zu diesem Element auch die Auffassung vertreten, dass darüber eine – in Artikel 31 VRK nicht ausdrücklich erwähnte – teleologische Auslegung einfließen könne; diese, zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben, garantiere den «effet utile» des Vertrags. Auch bei Befürwortung einer

teleologischen Auslegung gemäss Ziel und Zweck des Vertrags wird deren Grenze grossmehrheitlich im Wortlaut der fraglichen Vertragsbestimmung erblickt. Eine Weiterentwicklung oder gar eine Abänderung des Vertrags auf dem Weg der Auslegung sei mit den Artikeln 31 und 32 VRK nicht zu vereinbaren. Ziel und Zweck eines Vertrags vermögen somit den Wortlaut gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung nicht zu überwiegen. 978. In Übereinstimmung mit Artikel 26 VRK ist der Sinn einer vertraglichen Bestimmung gemäss Treu und Glauben zu ermitteln.⁴⁴² Dieser Grundsatz verpflichtet die auslegenden Vertragsparteien zu einer redlichen, von Spitzfindigkeiten und Winkelzügen freien Auslegung von vertraglichen Bestimmungen. Eine Auslegung nach Treu und Glauben beachtet auch das Verbot des «venire contra factum proprium» sowie das Rechtsmissbrauchsverbot. 979. Gemäss Artikel 31 Absatz 1 VRK ist der Sinn einer Bestimmung schliesslich (auch) gemäss ihrem Zusammenhang zu ermitteln.⁴⁴³ Was darunter zu verstehen ist, wird in Artikel 31 Absatz 2 VRK definiert. Der Begriff des Zusammenhangs im Sinne von Artikel 31 Absatz 2 VRK ist dabei eng auszulegen. Er erstreckt sich insbesondere weder auf die Umstände anlässlich des Vertragsschlusses noch auf Elemente ausserhalb des Textes. Artikel 31 Absatz 3 VRK definiert sodann diejenigen Elemente, welche als so genannter «contexte externe» gleich wie der Zusammenhang bei der Auslegung zu berücksichtigen sind. Es existiert somit keine Hierarchie zwischen Artikel 31 Absatz 2 und 3 VRK. 980. Artikel 33 Absatz 1 VRK regelt die Auslegung von Verträgen mit zwei oder mehr authentischen Sprachen.⁴⁴⁴ In solchen Fällen ist der Text in jeder Sprache in gleicher Weise massgebend, sofern nicht der Vertrag vorsieht oder die Parteien vereinbaren, dass bei Abweichungen ein bestimmter Text vorgehen soll. Artikel 33 Absatz 3 VRK statuiert zudem die Vermutung, dass die Ausdrücke des Vertrags in jedem authentischen Text dieselbe Bedeutung haben. (ii) Auslegung nach dem Wortlaut 981. Artikel 11 Absatz 2 LVA sieht vor, dass die schweizerischen Behörden «gemäss den Artikeln 8 und 9» des EU-Luftverkehrsabkommens «entscheiden». Es stellt sich allerdings die Frage, ob beziehungsweise inwieweit die schweizerischen Behörden Artikel 8 und 9 LVA anzuwenden haben. Diese Frage entsteht bei einem Vergleich von Artikel 11 Absatz 2 LVA mit Artikel 11 Absatz 1 LVA, der zu einer Diskrepanz in der Formulierung führt: In Artikel 11 Absatz 1 LVA ist ausdrücklich zu lesen, dass die Organe der Gemeinschaft Artikel 8 LVA «anwenden». 982. Wenn man allerdings die Formulierungen von Artikel 11 LVA und Artikel 10 LVA miteinander vergleicht, kann wiederum ein anderes Bild entstehen. Artikel 10 LVA hält ausdrücklich fest, dass wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, schweizerischem Recht unterliegen. Es stellt sich somit die Frage,

442 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.3. 443 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.4. 444 Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.5.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 93

wieso die Anwendung von schweizerischem Recht in Artikel 11 Absatz 2 LVA nicht ebenfalls ausdrücklich erwähnt wurde, wenn dies gewollt war. 983. Weiter ist in Artikel 11 Absatz 2 LVA nur davon die Rede, dass «über die Zulässigkeit» von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Artikel 8 LVA zu entscheiden ist. Zwar bezeichnet das EU-Luftverkehrsabkommen die nach Artikel 8 LVA verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse als nichtig (Art. 8 Abs. 2 LVA). Aber nach welchem Recht weitere Rechtsfolgen (insbesondere etwa Sanktionen) zu bestimmen sind, ist nicht klar. 984. Bezüglich Wortlaut erklärt sodann der Schlusssatz des

EU-Luftverkehrsabkommens die dänische, deutsche, englische, finnische, französische, griechische, italienische, niederländische, portugiesische, schwedische und spanische Sprache als gleichermaßen verbindlich. Bedeutung von «entscheiden gemäss» 985. Die verschiedenen Sprachversionen führen hinsichtlich der Auslegung des Terminus «entscheiden gemäss» in Artikel 11 Absatz 2 LVA zu keinem eindeutigen Ergebnis. Zwar lassen sich die jeweiligen Formulierungen mitunter auch mit «entscheiden in Übereinstimmung mit» oder «entscheiden nach Massgabe von» übersetzen.⁴⁴⁵ Ob damit gemeint ist, dass ausschliesslich Artikel 8 LVA anzuwenden ist oder aber das nationale Recht im Einklang mit Artikel 8 LVA anzuwenden ist, lässt sich anhand der verschiedenen Sprachversionen nicht sagen. Ebenso wenig ist aufgrund des Wortlauts in den Sprachversionen klar, ob sich effektiv nur die Zulässigkeit der Verhaltensweisen in Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens beurteilt, die Rechtsfolge hingegen nach nationalem Recht. 986. Es ist jedoch festzustellen, dass sämtliche Sprachversionen in den beiden Absätzen von Artikel 11 LVA unterschiedliche Formulierungen verwenden. Dies kann darauf hindeuten, dass die Formulierung «entscheiden gemäss» in Artikel 11 Abs. 2 LVA (bez. Strecken Schweiz–Drittstaaten) tatsächlich etwas anderes meint als «wenden [...] an» in Artikel 11 Absatz 1 LVA (bez. Strecken Schweiz–EU). 987. Bei Lichte betrachtet enthält auch Artikel 11 Absatz 1 LVA ein «gemäss». So wenden die Organe der Gemeinschaft die Artikel 8 und 9 LVA an und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss den im Anhang des Abkommens aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft. Aus dem deutschen Text geht allerdings nicht klar hervor, ob die Organe der Gemeinschaft die Artikel 8 und 9 LVA gemäss Gemeinschaftsrecht anwenden oder ob die Organe der Gemeinschaft nur die Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss Gemeinschaftsrecht kontrollieren. 988. Aus den anderen massgebenden Sprachversionen sowie dem Umstand, dass im Anhang des Abkommens nicht nur das Gemeinschaftsrecht in Bezug auf Unternehmenszusammenschlüsse aufgeführt wird, erscheint es klar, dass Artikel 11 Absatz 1 LVA den Organen der Gemeinschaft vorschreibt, dass sie für Strecken Schweiz–EU Artikel 8 und 9 LVA gemäss Gemeinschaftsrecht anwenden sollen. Ob Artikel 11 Absatz 1 LVA und Artikel 11 Absatz 2 LVA das Wort «gemäss» im identischen Sinne verwenden, ist jedoch nicht klar. 989. Der Wortlaut von «entscheiden gemäss» lässt somit offen, ob in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern die zuständigen Schweizer Behörden Gemeinschaftsrecht und/oder nationales Recht anwenden sollen. Bedeutung von «über die Zulässigkeit» 990. Zunächst ist festzustellen, dass in sämtlichen Sprachversionen von einem «Entscheid über die Zulässigkeit» die Rede ist. Anders als in Artikel 10 LVA (bez. rein innerschweizerische

445 Vgl. Englisch: «rule, in accordance with the provisions of Articles 8 and 9»; Französisch: «conforme aux articles 8 et 9, statuent»; Italienisch: «regolano, in conformità delle disposizioni degli articoli 8 e 9».

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 94

Sachverhalte) heisst es in Artikel 11 Absatz 2 LVA nicht, «Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die sich auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern beziehen, unterliegen dem Recht dieses Abkommens und der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden». Es ist in sämtlichen Texten nur von einem Entscheid über die «Zulässigkeit» dieser Verhaltensweisen die Rede. 991. Weiter ist

festzustellen, dass in Artikel 10 LVA der Begriff «Zulässigkeit» nicht verwendet wird. Wenn mit «Zulässigkeit» nicht nur die Zulässigkeit an sich, sondern in einem sehr weiten Sinne auch die Rechtsfolgen und das Verfahren gemeint wären, hätte der Begriff ohne weiteres auch in Artikel 10 LVA verwendet werden können. 992. Auch in Artikel 11 Absatz 1 LVA (Strecken Schweiz–EU) erscheint der einschränkende Begriff «Zulässigkeit» nicht. Demgegenüber verweist jener Absatz explizit auf die im Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, welche unter anderem die Rechtsfolgen und das Verfahren regeln. Wenn mit «Zulässigkeit» auch die Rechtsfolgen und das Verfahren gemeint wären, hätte Artikel 11 Absatz 1 LVA analog Artikel 11 Absatz 2 LVA abgefasst werden können beziehungsweise sollen; beispielsweise: «Die Organe der Gemeinschaft entscheiden gemäss den Artikeln 8 und 9 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird.» 993. Die Verwendung des einschränkenden Begriffes «Zulässigkeit» scheint damit darauf hinzuweisen, dass das EU-Luftverkehrsabkommen in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern nur Vorgaben hinsichtlich der eigentlichen Zulässigkeit von Verhaltensweisen macht, nicht jedoch in Bezug auf Rechtsfolgen und das Verfahren. Allerdings bietet dies keine Antwort auf die Frage, ob die schweizerischen Behörden die Frage der Zulässigkeit direkt in Anwendung von Artikel 8 LVA zu beurteilen haben oder ob diese ihr nationales Recht anwenden können, solange sichergestellt ist, dass das Ergebnis Artikel 8 LVA entspricht. Fazit Auslegung nach dem Wortlaut 994. Der Wortlaut von Artikel 11 Absatz 2 LVA führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Es ist möglich, die Formulierung «entscheiden gemäss» angesichts des Wortlauts in Artikel 11 Absatz 1 LVA dahingehend auszulegen, dass die schweizerischen Behörden nur im Einklang mit Artikel 8 LVA entscheiden sollen, ohne jene Bestimmungen zwingend direkt anwenden zu müssen. 995. Zudem legt die Verwendung des Begriffes «Zulässigkeit» nahe, dass nicht sämtliche Rechtsfragen durch das Abkommen geregelt werden beziehungsweise Artikel 11 Absatz 2 LVA nur Vorgaben bezüglich der eigentlichen Zulässigkeit von Verhaltensweisen macht. 996. Diesbezüglich ist auf die Möglichkeit einer parallelen Anwendung von EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz hinzuweisen. In der EU (bzw. der EG) wurde bis zum *Walt Wilhelm*-Entscheid des EuGH vom 13. Februar 1969⁴⁴⁶ die «Zwei-Schranken-Theorie» praktiziert, wonach das EG-Kartellrecht und das Kartellrecht der Mitgliedstaaten je unterschiedliche Schutzbereiche hatten und daher auf denselben Sachverhalt beide Rechte nebeneinander angewendet werden mussten. Das hatte zur Folge, dass die nationalen Kartellbehörden insbesondere auch solche Absprachen nach nationalem Recht verbieten konnten, welche durch eine Freistellungsentscheidung oder eine Gruppenfreistellung auf Gemeinschaftsebene freigestellt waren. Im *Walt Wilhelm*-Urteil entschied der EuGH allerdings, dass

446 Vgl. Urteil des EuGH vom 13.2.1969 C-14/68, *Walt Wilhelm* und andere gegen Bundeskartellamt, Slg. 1969 I.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 95

Massnahmen des nationalen Rechts Massnahmen der EU-Kommission nicht beeinträchtigen dürfen. Zwar war das nationale Kartellrecht auch fortan grundsätzlich neben dem EG-Kartellrecht anwendbar. Bei Konflikten setzte sich aber in der Folge das

EG-Kartellrecht aufgrund der Vorrangregel durch.⁴⁴⁷ 997. Heute gilt in der EU die Vorrangregel von Artikel 3 VO 1/2003. Artikel 3 Absatz 1 VO 1/2003 verpflichtet die Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten und die nationalen Gerichte dazu, neben den jeweiligen nationalen Wettbewerbsvorschriften stets auch die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts anzuwenden, soweit Verhaltensweisen vorliegen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dies bedeutet, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit das EU-Kartellrecht und das nationale Wettbewerbsrecht parallel anwenden müssen, soweit eine Verhaltensweise vom europäischen Kartellverbot erfasst wird. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die europäischen Missbrauchsvorschriften.⁴⁴⁸ 998. Artikel 3 Absatz 2 VO 1/2003 ergänzt die Pflicht zur parallelen Anwendung von nationalem und europäischem Kartellrecht mit der Vorschrift, dass die Anwendung des jeweiligen nationalen Wettbewerbsrechts nicht dazu führen darf, dass Verhaltensweisen verboten werden, welche entweder den Wettbewerb im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 AEUV nicht einschränken oder wenn die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV erfüllt sind. Damit wird ein umfassender Vorrang des europäischen Kartellrechts begründet. Nebst der parallelen Anwendung von nationalem und europäischem Kartellrecht müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte für den Fall, dass die nationalen Wettbewerbsbestimmungen zu einer anderen Rechtsfolge führen als das europäische Kartellrecht, die nationale Rechtsfolge ausser Acht lassen und ausschliesslich die Rechtsfolge des europäischen Rechts zur Wirkung kommen lassen.⁴⁴⁹ Dies gilt zumindest im potenziellen Anwendungsreich von Artikel 101 AEUV, das heisst soweit eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorliegt. Um einen Widerspruch zum europäischen Wettbewerbsrecht zu vermeiden, haben die nationalen Gesetzgeber indes zumeist das nationale Wettbewerbsrecht dem europäischen Recht vollumfänglich angepasst. So erfolgte beispielsweise in Deutschland die Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht auch für Fälle ohne Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.⁴⁵⁰ Dies wohl nicht zuletzt deshalb, weil der EuGH das Element der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten sehr weit auslegt. So genügt eine bloss potenzielle und mittelbare Beeinträchtigung, etwa wenn sich die Vereinbarung auf ein Zwischenprodukt bezieht und lediglich das Endprodukt Gegenstand des innergemeinschaftlichen Handels sein kann.⁴⁵¹ 999. Einzig im Bereich der Missbrauchskontrolle ist es den EU-Mitgliedstaaten durch Artikel 3 VO 1/2003 nicht verwehrt, strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.⁴⁵² (iii) Auslegung nach dem Ziel und Zweck des Vertrages 1000. Die Präambel des EU-Luftverkehrsabkommens lautet:

447 Vgl. RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER/SIMON HIRSBRUNNER, Kommentar zum EG-Kartellrecht, München 2005, (zit. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht), Einleitung N 22. 448 Vgl. zum Ganzen: BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 3 VO 1/2003 N 11. 449 Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 3 VO 1/2003 N 12. 450 Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Einleitung N 23. 451 Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 81 EG N 104; vgl. auch nachfolgend Rz 1221 ff. 452 Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 3 VO 1/2003 N 13.

«[Die Vertragsparteien], in Anbetracht der engen Verknüpfungen in der internationalen Zivilluftfahrt und vom Wunsche geleitet, die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen, vom Wunsche geleitet, Regeln für die Zivilluftfahrt innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen, die unbeschadet der im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [...] enthaltenen Regeln und insbesondere unbeschadet der bestehen-den Befugnisse der Gemeinschaft nach den Artikeln [101 und 102 AEUV] und der daraus abgeleiteten Wettbewerbsregeln gelten, in Anbetracht ihrer Übereinstimmung, dass diesen Regeln die in der Gemeinschaft zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens geltenden Rechtsvorschriften zu Grunde gelegt werden sollen, vom Wunsche geleitet, unter Respektierung der Unabhängigkeit der Gerichte unterschiedliche Auslegungen zu vermeiden und eine möglichst einheitliche Auslegung der Bestimmungen dieses Abkommens und der entsprechenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die inhaltlich in dieses Abkommen aufgenommen wurden, zu erzielen, sind wie folgt übereingekommen». 1001. Im ersten Kapitel des EU-Luftverkehrsabkommens werden die Ziele konkretisiert. Artikel 1 LVA lautet: «(1) Dieses Abkommen legt für die Vertragsparteien Regeln im Bereich der Zivilluftfahrt fest. Diese Bestimmungen lassen die im [AEUV] enthaltenen Regeln und insbesondere die bestehenden Befugnisse der Gemeinschaft nach den Wettbewerbsregeln und den Durchführungs- vorschriften zu diesen Regeln sowie die Befugnisse auf Grund aller einschlägigen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die im Anhang zu diesem Abkommen aufgeführt sind, unberührt. (2) Zu diesem Zweck gelten die Bestimmungen, die in diesem Abkommen sowie in den im Anhang aufgeführten Verordnungen und Richtlinien enthalten sind, unter den im Folgenden genannten Bedingungen. Soweit diese Bestimmungen im Wesentlichen mit den entsprechenden Regeln des [AEUV] und den in Anwendung des [AEUV] erlassenen Rechtsvorschriften übereinstimmen, sind sie hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auszulegen. Die nach Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen werden der Schweiz übermittelt. Auf Verlangen einer Vertragspartei werden die Folgen der letztgenannten Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen im Hinblick auf ein ordnungsgemässes Funktionieren dieses Abkommens vom Gemeinsamen Ausschuss festgestellt.» 1002. Aus dem ersten Absatz der Präambel («die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen») geht hervor, dass die Vertragsparteien eine Harmonisierung ihrer Rechtsvorschriften im Bereiche des Luftverkehrs anstrebten. Weiter ist im zweiten Absatz die Rede davon, dass die Parteien gemeinsame Regeln für die Zivilluftfahrt «innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft und der Schweiz» aufstellen wollen, ohne dabei aber in das Wettbewerbsrecht der EU einzugreifen. Von den Wettbewerbsregeln der Schweiz ist dabei nicht die Rede, womit ein Eingriff in die Wettbewerbsregeln der Schweiz grundsätzlich nicht unzulässig ist. 1003. Weiter kommen die Parteien überein, dass sie den gemeinsamen Regeln für den Luftverkehr das Gemeinschaftsrecht der EU zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens zugrunde legen wollen. Ausserdem wird eine einheitliche Auslegung der Vertragsbestimmungen angestrebt. Artikel 1 LVA setzt diese Wünsche um.

1004. Um Artikel 11 Absatz 2 LVA nach dem Ziel der Harmonisierung der Rechtsvorschriften auslegen zu können, ist es erforderlich, einen Überblick zu gewinnen, welche wettbewerbs- rechtliche Rechtslage in der Schweiz und in der EU in Bezug auf den Luftverkehr mit Drittstaaten zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden hat. 1005. In der Schweiz galt zur Zeit des Vertragsschlusses grundsätzlich das Kartellgesetz von 1995. Eine Unterscheidung zwischen Binnensachverhalten und internationalen Sachverhalten wurde dabei grundsätzlich, vorbehältlich allfälliger staatsvertraglicher Regelungen, nicht gemacht. Für Flugstrecken Schweiz–Drittstaaten war hinsichtlich Verfahren, Abrede und Rechts- folge das Kartellgesetz anwendbar. Damals gab es allerdings noch keine direkten Sanktionen. 1006. In der EU fiel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Luftverkehr zwischen den ein- zeln Mitgliedstaaten und Drittstaaten nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU- Kommission. 1007. Mit Verordnung (EWG) Nr. 141 des Rats vom 26. November 1962 über die Nichtanwen- dung der Verordnung Nr. 17 des Rats auf den Verkehr, ABl. 124 vom 28.11.1962 (nachfolgend: VO 141/62), wurde die Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 13 vom 21.2.1962, als nicht anwendbar auf Vereinbarungen, Be- schlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Verkehr, die die Festsetzung von Beförderungsentgelten und -bedingungen, die Beschränkung oder die Überwachung des An- gebots von Verkehrsleistungen oder die Aufteilung der Verkehrsmärkte bezwecken oder be- wirken, sowie auf beherrschende Stellungen auf dem Verkehrsmarkt erklärt. Für die Luftfahrt galt die VO 141/62, im Gegensatz zum Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehr, zeit- lich unbeschränkt. 1008. Mit Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 des Rates vom 14. Dezember 1987 über die Einzel- heiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen, ABl. L 374 vom 31.12.1987 (nachfolgend: VO 3975/87), wurde die Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG- Vertrag im Luftverkehr geregelt. Nach Artikel 1 Absatz 2 VO 3975/87 galt diese aber nur für den internationalen Luftverkehr zwischen Flughäfen der Gemeinschaft. Zu einem späteren Zeitpunkt strich die Verordnung (EWG) Nr. 2410/92 des Rates vom 23. Juli 1992 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbs- regeln auf Luftfahrtunternehmen, ABl. L 240 vom 24.8.1992, bloss das Wort «international» in Artikel 1 Absatz 2 VO 3975/87. Für den Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Dritt- ländern waren die europäischen Wettbewerbsregeln nach wie vor nicht anwendbar, sondern es galt weiterhin das jeweilige nationale Kartellrecht. 1009. Im Zeitpunkt des Abschlusses des EU-Luftverkehrsabkommens galt diese Rechtslage unverändert. Selbst durch die nach Abschluss des Abkommens erlassene VO 1/2003, wurde die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln nicht auf den Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern ausgedehnt. Dies erfolgte erst durch die Verordnung (EG) Nr. 411/2004 des Rates vom 26. Februar 2004 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 sowie der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 hinsichtlich des Luftverkehrs zwischen der Gemeinschaft und Drittländern, ABl. L 68 vom 6.3.2004, welcher insbesondere die Urteile des EuGH vom 5. November 2002 in den so ge- nannten «Open Skies»-Rechtssachen⁴⁵³ voraus gingen.⁴⁵⁴

453 Vgl. Urteil des EuGH vom 5.11.2002 C-466/98 Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2002 I- 09427, Urteil des EuGH vom 5.11.2002 C-467/98 Kommission/Königreich Dänemark, Slg. 2002 I- 09519, Urteil des EuGH vom 5.11.2002 C-468/98 Kommission/Königreich Schweden, Slg. 2002 I- 09575, Urteil des EuGH vom 5.11.2002 C-469/98 Kommission/Republik Finnland, Slg. 2002 I-09627, Urteil des EuGH vom

5.11.2002 C-472/98 Kommission/Grossherzogtum Luxemburg, Slg. 2002 I- 0974, Urteil des EuGH vom 5.11.2002 C-476/98 Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2002 I-09855. 454 Vgl. zur Entstehungsgeschichte: Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Aufhebung der Ver- ordnung (EWG) Nr. 3975/87 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 sowie der

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 98

Fazit Auslegung nach dem Ziel und Zweck des Vertrages 1010. Über das Verhältnis zwischen dem Recht aus dem EU-Luftverkehrsabkommen und dem Gemeinschaftsrecht einerseits und dem schweizerischen Wettbewerbsrecht andererseits lässt sich weder der Präambel noch Artikel 1 LVA etwas Eindeutiges entnehmen. Die Präambel und Artikel 1 LVA können grundsätzlich sowohl dahingehend interpretiert werden, dass die Schweiz im Rahmen des EU-Luftverkehrsabkommens vollumfänglich EU-Recht übernehmen und anwenden soll, als auch, dass das EU-Luftverkehrsabkommen und das Gemeinschaftsrecht als Harmonisierungsbestimmungen für den Erlass beziehungsweise Anwendung des nationalen Rechts dienen sollen. 1011. Wenn man sich aber vor Augen hält, dass das europäische Wettbewerbsrecht im Zeit- punkt des Abschlusses des EU-Luftverkehrsabkommens nicht auf den Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern anwendbar war, kann eine Harmonisierung nicht dazu führen, dass das europäische Wettbewerbsrecht auf den Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern Anwendung finden soll. Insofern geht Artikel 11 Absatz 2 LVA über das Harmonisierungsziel hinaus. Der Aspekt des Ziels und Zwecks des Abkommens führt dazu, dass Artikel 11 Absatz 2 LVA, welcher an sich den auf den EU-Raum und die Schweiz beschränkten räumlichen Geltungsbereich des LVA sprengt, restriktiv auszulegen beziehungsweise sogar teleologisch zu reduzieren ist. Mit anderen Worten geht die Konzeption des LVA davon aus, dass die Schweiz, wie ein EU-Mitgliedstaat zum damaligen Zeitpunkt auch, für den Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern ihr nationales Recht anwenden kann. (iv) Auslegung nach Treu und Glauben 1012. Die Auslegungsregel von Treu und Glauben bringt keine weiteren Erkenntnisse. Weder eine Auslegung, welche zur direkten Anwendung von EU-Recht beziehungsweise EU-Luftverkehrsabkommen führt, noch eine Auslegung, welche die Anwendung des schweizeri- schen Kartellrechts zulässt, erweist sich als spitzfindig oder unredlich. (v) Auslegung nach dem Zusammenhang 1013. Im Rahmen von Artikel 31 Absatz 3 VRK sind die Beschlüsse des in Artikel 21 f. LVA geregelten Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz zu berücksichtigen. Diesen ist je- doch nichts in Bezug auf Artikel 11 Absatz 2 LVA zu entnehmen. Andere Unterlagen im Sinne von Artikel 31 Absatz 3 oder 4 VRK liegen nicht vor. (vi) Zwischenergebnis 1014. Von vier Auslegungsregeln liefern zwei kein Ergebnis. Anhand der Auslegungsregel nach dem Wortlaut dürfte zumindest klar sein, dass die Schweiz die Einhaltung von Artikel 8 LVA in dem Sinne sicherzustellen hat, dass sie in Einklang mit Artikel 8 LVA entscheiden soll. 1015. Anhand der Auslegungsregel nach dem Ziel und Zweck des Abkommens kann in Bezug auf den Flugverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern nicht die Meinung gewesen sein, das EU-Recht durch Artikel 11 Absatz 2 LVA vollumfänglich (insbesondere auch Verfahren und Sanktion) zu übernehmen und anzuwenden. 1016. Im Ergebnis hat die Schweiz zwar sicherzustellen, dass die Verbote in Artikel 8 LVA im Zuständigkeitsbereich ihrer Behörden nach Artikel 11 Absatz 2 LVA umgesetzt werden. Wie sie diese Umsetzung vornimmt, steht ihr aber offen (dies gilt insbesondere für die Wahl des

Verordnung (EG) Nr. 1/2003 im Hinblick auf den Luftverkehr zwischen der Gemeinschaft und Drittländern, KOM/2003/0091 endgültig.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 99

Verfahrensrechts sowie die Sanktionierbarkeit). Dies deckt sich im Wesentlichen mit der Praxis innerhalb der EU betreffend nationalem und europäischem Recht.⁴⁵⁵ (vii) Ergänzende Auslegungsmittel 1017. Ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses, können nach Artikel 32 VRK herangezogen werden, um die sich unter Anwendung des Artikels 31 VRK ergebende Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Artikel 31 VRK a) die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder b) zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt. Wie oben dargelegt, liegt in casu weder ein Fall von Buchstabe a noch b vor, weshalb auf eine Berücksichtigung ergänzender Auslegungsmittel verzichtet werden kann. 1018. Anzumerken ist, dass auf Seiten der EU soweit ersichtlich keine weiterführenden Dokumente im Hinblick auf den Abschluss des EU-Luftverkehrsabkommens erhältlich sind. Aus Sicht der Schweiz werden die Ausgangslage und der Verhandlungsverlauf in der Botschaft widergegeben. Zur Botschaft ist allerdings anzumerken, dass diese aus mehreren Gründen keine vorbereitende Arbeit im Sinne von Artikel 32 VRK darstellt. Denn bei der Botschaft handelt es sich um ein rein schweizerisches Dokument, welches für die EU weder vor noch nach seiner Entstehung irgendeine Relevanz hat. Da die Botschaft darüber hinaus im Zeitpunkt der Unterzeichnung des LVA noch nicht verabschiedet war, stellt sie auch nur eine nachträgliche Darstellung der Umstände des Vertragsschlusses dar, auch wenn nicht von einer Abweichung der tatsächlichen Verhandlungsposition der Schweiz von dieser Darstellung auszugehen ist. (viii) Weitere Quellen zur Frage der anwendbaren Bestimmungen 1019. Die Literatur zum EU-Luftverkehrsabkommen ist sich zur Fragestellung der anwendbaren Bestimmungen nicht einig. Ein Teil der Literatur erachtet bei der Beurteilung von wettbewerbswidrigem Verhalten Artikel 8 und 9 LVA als massgebend: Nach Artikel 11 Absatz 2 LVA wenden die schweizerischen Behörden die Bestimmungen von Artikel 8 und 9 LVA an.⁴⁵⁶ In diesem Fall erfolgt mittelbar eine Beurteilung gemäss den Wettbewerbsbestimmungen von Artikel 101 und 102 AEUV. 1020. Überdies führt das EU-Luftverkehrsabkommen gemäss einem Teil der Literatur zur Geltung des europäischen Luftverkehrsrechts in der Schweiz, wie die im Anhang des Abkommens enthaltenen europäischen Rechtserlasse zeigen.⁴⁵⁷ Die kartellrechtlichen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens beruhten auf «einer weitgehenden Übernahme des für den Luftverkehr relevanten EG-Kartellrechts, das vervollständigt wird durch neu entworfene Bestimmungen über die Zuständigkeitsverteilung und die gegenseitige Zusammenarbeit zwischen den EG-Institutionen und den schweizerischen Behörden». ⁴⁵⁸ Mit dem Inkrafttreten des Abkommens übernehme die Schweiz im Gebiet der Luftfahrt die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EU-Rechts.⁴⁵⁹ Aber «[v]on der Anwendung der Wettbewerbsregeln des LVA ist die verfahrensrechtliche Durchsetzung klar zu unterscheiden.»⁴⁶⁰

455 Vgl. vorne Rz 996 ff. 456 Vgl. DETTLING-OTT (Fn 430), 501 Rz 18, 503 Rz 25, 505 Rz 29; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 200, ROLAND VON BÜREN, Auswirkungen des Luftverkehrsabkommens auf das Wettbewerbsrecht, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP 2002, Cottier/Oesch (Hrsg.), 2002, (zit. VON BÜREN), Kartell-Zivilrecht 73 ff., OLIVIER SCHALLER, Influences du

droit communautaire de la concurrence en Suisse: de l'inspiration à la perquisition, in: Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen», Epiney/Rivière (Hrsg.), 2006, 146. 457 Vgl. WEBER (Fn 430), 117 Rz 36. 458 Vgl. HIRSBRUNNER (Fn 430), 464. 459 Vgl. DETTLING-OTT (Fn 430), 505 Rz 29; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 199. 460 Vgl. VON BÜREN (Fn 456), 79.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 100

1021. Im Gegensatz dazu ist es für einen anderen Teil der Literatur nicht ganz klar, ob Artikel

E. 11

Absatz 2 LVA nur zur Klarstellung der ohnehin bestehenden Zuständigkeit der Schweiz dient, im Verhältnis zu Drittstaaten aufgrund der eigenen Rechtsvorschriften tätig zu werden, oder ob die Schweiz tatsächlich, wie das der Wortlaut nahe zu legen scheint, dazu verpflichtet werden soll, die Artikel 8 und 9 LVA auf Flugstrecken mit Drittstaaten anzuwenden.⁴⁶¹ 1022. Das IB EDA/EVD sieht die Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten kritisch. Gemäss IB EDA/EVD dürfte das EU-Luftverkehrsabkommen – im Gegensatz zu Artikel 11 Absatz 1 LVA – in Artikel 11 Absatz 2 LVA nicht direkt anwendbar sein, weil Artikel 11 Absatz 2 LVA Strecken ausserhalb des räumlichen Geltungsbereiches des Abkommens betreffe.⁴⁶² Anwendbar wäre somit schweizerisches Recht. Allerdings könne die Formulierung «gemäss den Artikeln 8 und 9» Harmonisierungsverpflichtungen der Schweiz nahe legen. Bei Wettbewerbsbeschränkungen im Luftverkehr, die Strecken zwischen Drittstaaten und der Schweiz betreffen, hätte die Schweiz demnach Bestimmungen anzuwenden, die mit Artikel 8 und 9 LVA inhaltlich vergleichbar seien. Allerdings macht das IB EDA/EVD darauf aufmerksam, dass diese Ansichten zur Auslegung des EU-Luftverkehrsabkommens einzig die Auffassung des IB EDA/EVD wiedergeben, jedoch die zuständigen Gerichte hinsichtlich der Interpretation der betroffenen Bestimmungen zu einer anderen Schlussfolgerung gelangen könnten. 1023. Weitere Hinweise zur Fragestellung der anwendbaren Bestimmungen enthält die Botschaft Bilaterale I. Wörtlich hält die Botschaft Bilaterale I fest, dass das betreffende schweizerische Recht im Bereich Luftverkehr lediglich noch auf Verhalten anwendbar sei, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben. «Das Luftverkehrsabkommen, das als partielles Integrationsabkommen zu einer teilweisen Harmonisierung der Rechtsordnungen führen soll, weicht vom Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen ab. Die im Abkommen zitierten Erlasse des EU-Rechts werden auf die Schweiz ausgedehnt. Das schweizerische Recht ist lediglich noch auf rein «intranationale» Sachverhalte anwendbar.»⁴⁶³ 1024. Im Gegensatz zur Botschaft Bilaterale I äussert sich die Zusatzbotschaft KG nicht in Bezug auf die Frage, ob die schweizerischen Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Artikel 11 Absatz 2 LVA schweizerisches oder das EU-Luftverkehrsabkommen anwenden. (ix) Auslegungsergebnis 1025. Nach dem Ausgeführten lässt Artikel 11 Absatz 2 LVA einen gewissen Spielraum hinsichtlich der anwendbaren Bestimmungen offen. Vor dem Hintergrund, dass dem EU-Luftverkehrsabkommen innerhalb der bilateralen Verträge Schweiz-EU als partiellem Integrationsvertrag⁴⁶⁴ eine besondere Bedeutung zukommt, erscheint eine Anlehnung an das in der VO 1/2003 geregelte Verhältnis zwischen dem Kartellrecht der EU und den Wettbewerbsregeln ihrer Mitgliedstaaten als angezeigt. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte haben demzufolge im Rahmen ihrer Zuständigkeit

nach Artikel 11 Absatz 2 LVA sowohl die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens als auch das schweizerische Kartellrecht anzuwenden. Dabei genießt das EU-Luftverkehrsabkommen Vorrang, das heisst im Falle einer nach EU-Luftverkehrsabkommen zulässigen Verhaltensweise kann kein Verbot nach Kartellgesetz resultieren. Andererseits kann auch kein Verbot einer nach EU-Luftverkehrsabkommen unzulässigen Verhaltensweise durch die Bestimmungen des Kartellgesetzes aufgehoben werden, selbst wenn das Kartellgesetz die Verhaltensweise nicht als unzulässig erklären würde. Soweit jedoch beide Wettbewerbsregeln ein

461 Vgl. HIRSBRUNNER (Fn 430), 473. 462 Vgl. act. [...]. 463 Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Rechtsammlung zu den Bilateralen Abkommen – Das Recht der Europäischen Union und die Schweiz, <<http://www.admin.ch/ch/d/eur/gemrec.html>> (18.05.2011). 464 Vgl. vorne Rz 963.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 101

Verhalten als unzulässig erklären, steht das EU-Luftverkehrsabkommen einer Sanktion nach schweizerischem Kartellgesetz nicht entgegen. Das EU-Luftverkehrsabkommen läßt die Zulässigkeit von Sanktionen durch schweizerische Behörden offen. Demnach steht das EU-Luftverkehrsabkommen einer Sanktionierung gestützt auf nationales Recht nicht entgegen. B.1.2.2.2 EU-Luftverkehrsabkommen und andere bilaterale Luftverkehrsabkommen 1026. Wie zuvor ausgeführt⁴⁶⁵, hat die Schweiz neben dem EU-Luftverkehrsabkommen mit einer Vielzahl von Ländern bilaterale Luftverkehrsabkommen abgeschlossen. Darunter finden sich insbesondere auch Abkommen mit diversen EU-Mitgliedstaaten. Auf das Verhältnis mit diesen Ländern verweist Artikel 33 LVA: «Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.» Gemäss Botschaft Bilaterale I werden die bilateralen Abkommen mit den EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen, die im neuen Abkommen geregelt sind, suspendiert, soweit sie nicht weitergehende Rechte enthalten.⁴⁶⁶ Das EU-Luftverkehrsabkommen geht für alle darin geregelten Bereiche den bestehenden bilateralen Abkommen mit den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, unter Vorbehalt weitergehender Verkehrsrechte (Art. 16 LVA), vor.⁴⁶⁷ 1027. Demgegenüber erfaßt das EU-Luftverkehrsabkommen die Abkommen zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern bezüglich Wettbewerbsregeln nicht. Damit besteht eine Kollision zwischen dem EU-Luftverkehrsabkommen und anderen Abkommen mit der Möglichkeit der Tarifkoordination: Während eine Tarifkoordination mit dem EU-Luftverkehrsabkommen grundsätzlich unvereinbar ist, sehen andere Abkommen mit Nicht-EU-Ländern eine Tarifkoordination vor (vgl. Tabelle 13). 1028. Weil es sich beim EU-Luftverkehrsabkommen um ein partielles Integrationsabkommen handelt, hat sich die Schweiz im Bereich Luftverkehr bewusst bereit erklärt, das relevante Gemeinschaftsrecht zu übernehmen, wobei dessen Anwendung und Auslegung teilweise durch die Gemeinschaftsinstitutionen kontrolliert wird (vgl. Rz 963 ff.). Ein solcher Integrationsvertrag bedingt die Homogenität der bestehenden und künftigen Bestimmungen der Vertragsparteien sowie ihrer Anwendung und ihrer Auslegung (insbesondere um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden). Es soll zu einer teilweisen Harmonisierung der Rechtsordnungen führen. Daher weicht das EU-Luftverkehrsabkommen vom Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen ab.⁴⁶⁸ Die im Abkommen zitierten Erlasse des

EU-Rechts werden auf die Schweiz ausgedehnt. Weil die Schweiz die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende europäische Gesetzgebung im Bereich der Zivilluftfahrt übernommen hat und in dieser Hinsicht einem EU-Mitglied gleichgestellt ist, werden die Schweizer Luftfahrtgesetzgebung und Luftfahrtpolitik deshalb künftig nicht nur von den Vorschriften von internationalen Institutionen geprägt, sondern neu und hauptsächlich auch von den Entwicklungen in der EU.⁴⁶⁹ 1029. Zudem gilt nach der Rechtsprechung des EuGH der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten (das EU-Luftverkehrsabkommen führt effektiv zu einer partiellen Integration, die durchaus vergleichbar ist mit der Situation, in der sich die Schweiz befunden hätte, wenn sie dem EWR

465 Vgl. vorne Rz 933 ff. 466 Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6150 Ziff. 145. 467 Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6258 Ziff. 253.2. 468 Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen – Das Recht der Europäischen Union und die Schweiz, <<http://www.admin.ch/ch/d/eur/gemrec.html>> (18.05.2011), 469 Bericht vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004, BBl 2005 1781, 1792 Ziff. 1.3.3.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 102

beigetreten wäre⁴⁷⁰) keine Massnahmen ergreifen oder beibehalten dürfen, welche die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten («effet utile»). 1030. Gemäss Artikel 12 Absatz 1 LVA sorgt die Schweiz dafür, dass in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen EG-Mitgliedstaaten oder die Schweiz besondere oder ausschliessliche Rechte gewähren, keine Massnahmen getroffen oder beibehalten werden, die diesem Abkommen widersprechen. Die Wettbewerbsregeln des EU-Luftverkehrsabkommens gelten auch für staatlichen Unternehmen oder Unternehmen, denen besondere oder ausschliessliche Rechte gewährt werden, soweit deren Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert (vgl. Art. 12 Abs. 2 LVA).⁴⁷¹ 1031. Allerdings besteht die Pflicht der Staaten, völkerrechtliche Verträge in gutem Glauben zu erfüllen («pacta sunt servanda»). Der Grundsatz «pacta sunt servanda» wird in Artikel 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention ausdrücklich erwähnt: «Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen».⁴⁷² Diese Verhaltensmaxime darf grundsätzlich nur durchbrochen werden, wenn die Vertragsparteien den Vertrag ändern, suspendieren oder kündigen oder wenn zulässige Rechtfertigungsgründe für eine Nichterfüllung wie beispielsweise eine Notstandssituation oder höhere Gewalt vorliegen. Die Schweiz kann sich als Vertragsstaat der Wiener Vertragsrechtskonvention insbesondere nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.⁴⁷³ 1032. In Bezug auf die mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten geschlossenen Abkommen stellt das EU-Luftverkehrsabkommen ohne Weiteres eine zulässige Änderung im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention dar. Nicht-EU-Länder sind jedoch keine Vertragspartei des EU-Luftverkehrsabkommens. Diese müssen sich denn auch das EU-Luftverkehrsabkommen nicht entgegenhalten lassen und können sich auf die Erfüllung ihrer jeweils mit der Schweiz abgeschlossenen Abkommen berufen. Somit sind die Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern nach wie vor bindend, obwohl das EU-Luftverkehrsabkommen als Integrationsvertrag die Homogenität der bestehenden und künftigen Bestimmungen der Schweiz und der EU sowie ihrer Anwendung und ihrer Auslegung im Bereich Luftverkehr bedingt. Solange die Luftverkehrsabkommen mit

Nicht-EU-Ländern ihre Gültigkeit haben, ist die Schweiz zu deren Erfüllung verpflichtet. 1033. Weil keine Kollision der Abkommen CH-US, CH-SP, CH-CZ, CH-PK und CH-VN mit dem EU-Luftverkehrsabkommen besteht, ist das EU-Luftverkehrsabkommen in Bezug auf die entsprechenden Strecken anwendbar. In Bezug auf Strecken, welche von Abkommen mit der Möglichkeit der Tarifkoordination betroffen sind, kann das EU-Luftverkehrsabkommen demgegenüber nicht angewendet werden. B.1.2.3 Fazit EU-Luftverkehrsabkommen 1034. Bei wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten bleiben die schweizerischen Behörden zuständig. Grundsätzlich wenden die

470 HIRSBRUNNER (Fn 430), 464. 471 Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6256 Ziff. 253.2. 472 Die Wiener Vertragsrechtskonvention enthält die wichtigsten allgemeinen Regeln über den Abschluss, die Anwendung, die Auslegung (vgl. vorne Rz 971 ff.) sowie die Auflösung völkerrechtlicher Verträge (BBI 2010 2263, 2278 Ziff. 4.2.). Die meisten dieser Regeln stellen gleichzeitig Völkerge-wohnheitsrecht dar. Diese allgemeinen Regeln kommen insbesondere dann zur Anwendung, wenn die Vertragsparteien miteinander keine entgegenstehenden besonderen Verpflichtungen vereinbart haben. 473 Vgl. BGE 125 II 417, E. 4.d.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 103

schweizerischen Behörden dabei Artikel 8 LVA und Artikel 5 KG an. Allerdings bestehen zwischen der Schweiz und Drittstaaten bilaterale Luftverkehrsabkommen, welche betreffend die Zulässigkeit der Tarifkoordination mit dem EU-Luftverkehrsabkommen kollidieren. Die Schweiz ist völkerrechtlich verpflichtet, die einzelnen Abkommen mit Nicht-EU-Ländern einzuhalten, weil diese dem EU-Luftverkehrsabkommen (und auch dem Kartellgesetz)⁴⁷⁴ vorgehen. Letztere Rechtsvorschriften bleiben indes anwendbar, soweit sie nicht in Konflikt mit den einzelnen Abkommen mit Nicht-EU-Ländern stehen. 1035. Das EU-Luftverkehrsabkommen ist (im Rahmen der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden) zusammen mit dem Kartellgesetz letztlich in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern anwendbar: - Vereinigte Staaten von Amerika, - Singapur, - Tschechische Republik (bis zum 30. April 2004, weil EU-Beitritt am 1. Mai 2004), - Pakistan, - Vietnam. B.1.2.4 Transporte auf dem Landweg 1036. Wie bereits erwähnt (vgl. vorne Rz 196), ergänzen bei Luftfrachtleistungen vor- und rückwärtige Transportwege den eigentlichen Lufttransport (Vor- und Nachläufe zu beziehungsweise ab Flugplätzen, meist Strassentransport). Unabhängig von der tatsächlichen Transportart werden unter Luftfracht alle als solche deklarierten Güter zusammengefasst. So wird bei Transporten mit mehreren Strecken ein einziger Luftfrachtbrief ausgestellt. Der Luftfrachtbrief enthält den Ausgangs- und Bestimmungsort. Dabei erhält jede Teilstrecke eine eigene Flugnummer, selbst wenn es sich um eine Teilstrecke auf dem Landweg handelt. 1037. Gemäss BAZL müssen bei Flügen mit mehreren Segmenten in erster Linie der ursprüngliche Ausgangsort und das Endziel (d. h. Ankunft des letzten Segments) berücksichtigt werden. Zur Bestimmung, ob es sich um einen einzigen Flug, um einen Flug mit mehreren Segmenten oder eine Folge von Flügen handle, seien grundsätzlich die Flugnummern massgebend. Die Lastwagentransporte seien dabei nicht erfasst. Gemäss BAZL unterliegen Lastwagentransporte dem Anwendungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (mit Anhängen und Schlussakte) (Landverkehrsabkom-

men, SR 0.740.72). In diesem Zusammenhang sei das Bundesamt für Verkehr BAV die zuständige Behörde. Das BAZL sei im Zusammenhang mit Luftverkehrsrecht zuständig.⁴⁷⁵ 1038. Das BAZL vertritt die Ansicht, dass der Luftfrachtbrief für die Bestimmung einer Strecke gemäss Artikel 11 LVA nicht massgebend ist. Die Bedeutung und Gültigkeit des Luftfrachtbrie- fes sei zu umfassend als dass er als aussagekräftig angesehen werden könnte. Das BAZL erachtet eher die Einzigartigkeit der Flugnummer als aussagekräftig, weil sich die Flugnum- mern für Transport in der Luft von den Nummern für Transport auf dem Landweg unterschei- den würden.⁴⁷⁶ 1039. Allerdings bringt das BAZL zu diesen Ausführungen Vorbehalte an. Das BAZL kenne die Details nicht. Deshalb sei es schwierig, auf die Frage zu antworten, ob und inwiefern ein Last- wagentransport im Rahmen eines Luftfrachttransportes in den Anwendungsbereich des EU- Luftverkehrsabkommens falle. Zur Unterscheidung zwischen Transport in der Luft und

474 Vgl. Abschnitt B.1.1. 475 Vgl. act. [...]. 476 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 104

Transport auf dem Landweg verwende das BAZL das Kriterium der Flugnummer. Aber «La question d'une éventuelle couverture d'un transport multimodal par l'art. 11 de l'accord devrait le cas échéant être discutée tant avec la DG COMP qu'avec la DG TREN.»⁴⁷⁷ 1040. Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung), ABl. L 293/3 vom 31.10.2008 (nachfol- gend VO 1008/2008), definiert Flugdienst als einen Flug oder eine Folge von Flügen zur ge- werblichen Beförderung von Fluggästen, Fracht und/oder Post. Weiter definiert die VO 1008/2008 den Begriff «Flug» als Abflug von einem bestimmten Flughafen nach einem be- stimmten Zielflughafen. 1041. Im Rahmen der Marktabgrenzung im Bereich Luftfracht erachtet die EU-Kommission di- rekte Flüge grundsätzlich als substituierbar durch indirekte Flüge, wobei die EU-Kommission die Marktabgrenzung in dieser Hinsicht offen lässt.⁴⁷⁸ Diese (grundsätzliche) Substituierbarkeit besteht auch, wenn indirekte Flüge Segmente mit Transport auf dem Land beinhalten. Unter Berücksichtigung dieser Marktabgrenzung können indirekte Flüge mit Segmenten auf dem Landweg als Flug verstanden werden. 1042. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine vom BAZL und der Aerosuisse in Auftrag ge- gebene Studie unter Luftfracht alle als solche deklarierten Güter zusammenfasst, unabhängig von ihrer tatsächlichen Transportart. Luftfracht-Ersatzverkehr auf der Strasse falle deshalb auch in diese Kategorie.⁴⁷⁹ 1043. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Mehrheit der befragten Luftverkehrsunter- nehmen auf Transporte, welche sie ganz oder teilweise per Lastwagen ausführen, die gleichen Raten und Zuschläge anwenden wie auf reinen Lufttransporten.⁴⁸⁰ 1044. Für den vorliegenden Fall kann somit davon ausgegangen werden, dass in wettbewerbs- rechtlicher Hinsicht Vor- und Nachläufe und insbesondere Luftfracht-Ersatzverkehr auf der Strasse auch in die Kategorie Luftfracht fallen.⁴⁸¹ Vor- und Nachläufe sowie Luftfracht-Ersatz- verkehr fallen in den Anwendungsbereich der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EU- Luftverkehrsabkommens. 1045. Falls solche Luftfrachttransporte auf der Strasse nicht in die Kategorie Luftfracht fallen würden, wären diese Transporte nicht durch etwaige bilaterale Abkommen mit der Möglichkeit der Tarifkoordination oder das EU-Luftverkehrsabkommen erfasst. B.1.3 Stellungnahmen der Parteien zum Geltungsbereich B.1.3.1 Stellungnahme Atlas (Polar) 1046. Polar bringt vor, dass die WEKO für die Polar Air Cargo, Inc., betreffenden Sachverhalte nicht zuständig sei. Der

geografische Anknüpfungspunkt für sämtliche von Polar Air Cargo, Inc., zu transportierende Luftfracht sei immer nur Amsterdam und nie die Schweiz gewesen. Aus der Schweiz sei kein einziges Flugzeug geflogen. Die Fracht sei ausschliesslich auf dem

477 Vgl. act. [...]. 478 Vgl. beispielsweise KOMM,

<<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/overview.html>> (17.7.2011) 5 Rz 13, KLM/Martinair oder KOMM, M.5841, Cathay Pacific Airways/Air China/ACC, 3 Rz

E. 15

%. Dies entspricht einem jährlichen Wachstum von durchschnittlich 3 %.⁶⁹⁸ Danach entwickelte sich der Bereich der Luftfracht in der Schweiz rückläufig. So hat zwischen 2000 und 2003 das Aufkommen in der Luftfracht (Fracht + Post, ohne Fracht auf dem Landweg) um 38 % abgenommen. Diese Abnahme ist nebst den internationalen Ereignissen wie SARS, den Terroranschlägen von New York und dem Afghanistan-/Irak-Krieg in erster Linie auf das Grounding von Swissair zurückzuführen. Der Flughafen Zürich verzeichnete einen Rückgang von 36 %. Hier verkleinerte sich das Transportangebot für Fracht auf Grund dessen, dass die Fracht in Zürich fast ausschliesslich als Belly-Fracht befördert wird, und das entsprechende Streckennetz der [...] stark redimensioniert wurde.¹⁴³⁸ Im Vergleich mit anderen europäischen Flughäfen war der Rückgang auf den Schweizer Flughäfen zwischen 2000 und 2003 wesentlich höher. In Frankfurt betrug der Rückgang im gleichen Zeitraum lediglich 3 %. In München konnte das Luftfrachtaufkommen sogar um 17 % gesteigert werden.¹⁴³⁹ Als Prognose für die Entwicklung des Frachtaufkommens schätzte der Schlussbericht BAZL, dass bei einer positiven Entwicklung das Frachtvolumen vom Jahr 2000 erst wieder im Jahr 2020 erreicht wird.⁶⁹⁹¹⁴⁴⁰ Die Studie Entwicklung des Luftverkehrs in der Schweiz bis 2030 - Nachfrageprognose (nachfolgend: Studie Nachfrageprognose) erwartet für das Luftfrachtaufkommen, das die Schweiz als Quelle oder Ziel hat, ein jährliches Wachstum von 3,3 %, was unter dem Marktwachstum liegt. Für den Flughafen Zürich wird ein mässiges Wachstum des Luftfrachtaufkommens bis 2020 erwartet.⁷⁰⁰ Das im Jahr 2000 erreichte Frachtaufkommen wird auch gemäss Studie Nachfrageprognose ungefähr im Jahr 2020 erreicht.¹⁴⁴¹ Die Ergebnisse der Studien Entwicklungsszenarien und Nachfrageprognosen lassen somit den Schluss zu, dass der Bereich Luftfracht mit Ausgangs- oder Bestimmungsort Schweiz gerade im internationalen Vergleich eher uninteressant ist. Zudem zeigen die beiden Studien, dass sich der Bereich Luftfracht mit Ausgangs- und Bestimmungsort Schweiz in den Jahren 2000 bis 2003 beziehungsweise 2004 rückläufig entwickelt hat.⁷⁰¹

⁶⁹⁶ WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen, 52 Rz 285 m. w. H.,

<<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011). ⁶⁹⁷ BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 8 Ziff. 2.3.2 m. w. H. ⁶⁹⁸ BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 8 Ziff. 2.3.2 m. w. H. ⁶⁹⁹ BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht, 2005, 8 Ziff. 2.3.2 m. w. H. ⁷⁰⁰ BAZL, Entwicklung des Luftverkehrs in der Schweiz bis 2030 – Nachfrageprognose, 2005, 7 f. Ziff. 0.5.,

<<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (22.7.2011) ⁷⁰¹ BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 8 Ziff. 2.3.2.; BAZL, Entwicklung des Luftverkehrs in der Schweiz bis 2030 –

1442. Das Bestehen von hohen Marktaustritts- und Markteintrittsbarrieren ist charakteristisch für die Luftfahrt, somit auch die Luftfracht.⁷⁰² Eine wesentliche Marktaustrittsbarriere stellt die Kapitalbindung in Flugzeuge und Abfertigungsanlagen dar. Zwar besitzen Flugzeuge einen relativ hohen Wiederverkaufswert, allerdings ist die Einrichtung einer Flugroute auch mit hohen verlorenen Kosten verbunden. Ähnliche Marktaustrittsbarrieren stellen für viele nationale Fluggesellschaften die Prestigeträchtigkeit der Luftfahrt und staatliche Subventionen dar. So beteiligte sich die Schweizerische Eidgenossenschaft im Fall Swissair mit 600 Millionen Franken an der Kapitalerhöhung der neuen Gesellschaft.⁷⁰³ Zudem gewährte sie der Swissair ein Darlehen von einer Milliarde Franken zur Finanzierung eines reduzierten Flugbetriebes im Winterflugplan 2001/2002, nachdem sie bereits den Flugbetrieb im Oktober mit einem Darlehen von 450 Millionen Franken finanziert hatte. Weiter kann auf Alitalia hingewiesen werden, welche nach langjährigen Verlusten 2009 nach zähen Verhandlungen mit der italienischen Regierung und den Gewerkschaften durch [...] übernommen wurde. 1443. Markteintrittsbarrieren bestehen beispielsweise im Zugang zu Slots⁷⁰⁴ auf Flughäfen, im Zugang zu internationalen Strecken und der Erreichung einer ausreichenden Anfangsauslastung.⁷⁰⁵ 1444. Auch die Führungskräfte europäischer Luftverkehrsunternehmen gehen davon aus, dass im Bereich Luftverkehr Eintrittsbarrieren bestehen. Eine fragebogenbasierte Analyse zeigt die Einschätzung von Führungskräften europäischer Luftverkehrsunternehmen, dass trotz Abbau von regulatorischen Mobilitätsbarrieren im Bereich Luftverkehr immer noch Mobilitätsbehinderungen bestehen.⁷⁰⁶ Eine Mobilitätsbarriere ist eine Eigenschaft im Luftverkehrsbereich, welche ein Luftverkehrsunternehmen daran hindert, eine neue Route zu bedienen. Damit potenzielle Konkurrenz einwirkt, dürfen keine Mobilitätsbarrieren existieren. Aber im Luftverkehrsbereich bestehen Mobilitätsbarrieren. Dieses Ergebnis ist in Einklang mit bisheriger Forschungsarbeit mit Fokus auf die USA. Die Analyse über die Auffassung von Führungskräften europäischer Luftverkehrsunternehmen kommt zum Schluss, dass der europäische Luftverkehrsbereich nicht als bestreitbar betrachtet werden kann und «potential competition may fail to fully realise its powerful threat upon incumbents».⁷⁰⁷ 1445. Eine Übersicht zu Marktein- und -austritten auf der Strecke Schweiz – USA gibt Abbildung 5, welche die Anzahl aller tätigen Luftverkehrsunternehmen und die Anzahl der tätigen, an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen darstellt. Zudem enthält Abbildung 5 die Differenz zwischen den tätigen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an der Abrede. Für das Total der tätigen Luftverkehrsunternehmen sind (leichte) Schwankungen über

Nachfrageprognose, 2005, 8 Ziff. 0.5., Tab. 0-3,

<<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (22.7.2011) ⁷⁰² Karlsruher Institut für Technologie, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Institut für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsforschung, Entwicklung einer branchenweiten Kostenfunktion für Luftfracht, Arbeitspapiere Güterverkehr und Logistik, 2010, 31 Ziff. 3.6 m. w. H., <<http://digbib.ubka.uni-karlsruhe.de/volltexte/1000017443>> (25.7.2011). ⁷⁰³ Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Swissair / Swiss: Die Rolle des Bundes, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/00626/index.html?lang=de>> (25.7.2011). ⁷⁰⁴ Slots sind Zeitnischen auf den Flughäfen für das Starten und Landen (vgl. Verordnung vom 17. August 2005 über die Flugplanvermittlung und die Koordination von

Zeitnischen (Slots) auf Flughäfen (SR 748.131.2)). Bis im September 2005 erledigte die Swissair und später die Swiss in Zusammenar- beit mit dem Flughafen Zürich die Slotkoordination in der Schweiz (Slotvergabe in der Schweiz neu geregelt, <http://www.admin.ch/cp/d/4302ea77_1@fwsrvvg.html> (25.7.2011)). 705 CHRISTOS N. PITELIS/MIRKO C. A. SCHNELL, Barriers to Mobility in Europe's Civil Aviation Markets: Theory and New Evidence, Review of Industrial Organization 20(2), 2002, 127-150. 706 CHRISTOS N. PITELIS/MIRKO C. A. SCHNELL, Barriers to Mobility in Europe's Civil Aviation Markets: Theory and New Evidence, Review of Industrial Organization 20(2), 2002, 144 f. 707 CHRISTOS N. PITELIS/MIRKO C. A. SCHNELL, Barriers to Mobility in Europe's Civil Aviation Markets: Theory and New Evidence, Review of Industrial Organization 20(2), 2002, 144 f.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 178

die Zeit feststellbar. Es kam regelmässig zu Marktein- und -austritten. Demgegenüber zeigt die Anzahl der tätigen Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede äusserst geringe Schwankungen. Demzufolge fanden die Marktein- und -austritte vorwiegend durch Luft- verkehrsunternehmen statt, die nicht an der Abrede beteiligt waren. Wie die Differenz zwi- schen den beiden Grössen zeigt, verhält sich die Anzahl der ein- und austretenden Unterneh- men ohne Beteiligung an der Abrede gleichmässig über die Zeit. Eine leichte Zunahme der Differenz zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an der Abrede ist ab März 2006 feststellbar. In Bezug auf diese Marktein- und -austritte ist darauf hinzuweisen, dass die Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede über einen gemeinsamen Marktanteil zwischen ungefähr 19 % und 26 % verfügten. In dieser Hinsicht kann für die Jahre 2000 bis 2006 nicht von nennenswerten Marktzutritten ausgegangen werden.

Abbildung 5: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz – USA (Quelle: IATA-CASS) 1446. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass Markteintrittsbarrieren bestehen. Die Luftver- kehrsunternehmen selber schätzen den europäischen Luftverkehrsbereich nicht als bestreit- bar ein. Zudem erfolgten keine nennenswerten Marktzutritte. Daher kann die potenzielle Kon- kurrenz nicht als genügend disziplinierend eingestuft werden, um die Vermutung zu widerle- gen. (iii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz - Singapur Aktueller Wettbewerb 1447. In den Jahren 2000 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Ab- rede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 95 % und 99 % (nach Umsatz und nach Gewicht).708 Abbildung 6 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der

708 Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten. 0 5 10

E. 40

60 80 100 120 140 160 2001/1 2001/2 2001/3 2001/4 2002/1 2002/2 2002/3 2002/4 2003/1 2003/2 2003/3 2003/4 2004/1 2004/2 2004/3 2004/4 2005/1 2005/2 2005/3 2005/4 2006/1 2006/2 2006/3 2006/4 Fracht (in Tonnen) Fracht Singapur - Schweiz (in Tonnen)

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 199

Abbildung 26: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Ab- rede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS) 1497. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich

nicht an der Abrede beteiligt haben, nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck aus- üben konnten. Somit ist davon auszugehen, dass die aktuelle Konkurrenz zu gering ist, um die Vermutung zu widerlegen. Potenzieller Wettbewerb 1498. Die Überlegungen zur potenziellen Konkurrenz sind analog zu den Ausführungen in Bezug auf die Strecke Schweiz – USA (vgl. vorne Rz 1434 ff.) beziehungsweise Schweiz – Singapur (vgl. vorne Rz 1453 ff.). Deshalb wird auf eine Wiederholung dieser Ausführungen verzichtet. 1499. Einzige Abweichung zu den Ausführungen zur potenziellen Konkurrenz auf der Strecke Schweiz – USA besteht in der Übersicht zu Marktein- und -austritten. Die Übersicht zu Marktein- und -austritten auf der Strecke Singapur – Schweiz ist in Abbildung 27 enthalten. Abbildung 27 stellt die Anzahl aller tätigen Luftverkehrsunternehmen und die Anzahl der tätigen, an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen dar. Zudem enthält Abbildung 27 die Differenz zwischen den tätigen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an der Abrede. 1500. Für das Total der tätigen Luftverkehrsunternehmen sind Schwankungen über die Zeit feststellbar. Es kam regelmässig zu Marktein- und -austritten. Allerdings zeigt die Anzahl der tätigen Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede geringere Schwankungen. Demzufolge fanden die Marktein- und -austritte vorwiegend durch Luftverkehrsunternehmen statt, die nicht an der Abrede beteiligt waren. Zudem bewegt sich die Anzahl der Luftverkehrsunternehmen, die an der Abrede beteiligt und auf der Strecke Singapur – Schweiz tätig waren, auf gleicher Höhe. Die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen konnten ihren gemeinsamen Marktanteil im betrachteten Zeitraum in der Grössenordnung von über 80 % halten. Dies zeigt, dass, obwohl es regelmässig zu Marktein- und -austritten kam, keine nennenswerten Markteintritte stattfanden.

- 2 0 2 4 6 8 10 12
 Januar 2001 März 2001 Mai 2001 Juli 2001
 September 2001 November 2001
 Januar 2002 März 2002 Mai 2002 Juli 2002 September 2002
 November 2002
 Januar 2003 März 2003 Mai 2003 Juli 2003 September 2003
 November 2003
 Januar 2004 März 2004 Mai 2004 Juli 2004 September 2004 November 2004
 Januar 2005 März 2005 Mai 2005 Juli 2005 September 2005 November 2005
 Januar 2006 März 2006 Mai 2006 Juli 2006 September 2006 November 2006

Preisdifferenz pro kg in CHF Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 200

Abbildung 27: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Singapur – Schweiz (Quelle: IATA-CASS) 1501. Es zeigt sich, dass Markteintrittsbarrieren bestehen. Die Luftverkehrsunternehmen selber schätzen den europäischen Luftverkehrsbereich nicht als bestreitbar ein. Zudem erfolgten keine nennenswerten Marktzutritte. Daher kann die potenzielle Konkurrenz nicht als genügend disziplinierend eingestuft werden, um die Vermutung zu widerlegen. (ix) Zwischenfazit Aussenwettbewerb 1502. Zusammenfassend steht fest, dass die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirklichen Wettbewerbs auf folgenden Strecken nicht durch funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden kann: - Schweiz – USA, - Schweiz – Singapur, - Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004, - USA – Schweiz, - Singapur – Schweiz. 1503. Auf folgenden Strecken kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden: - Schweiz – Tschechische Republik für 2005 bis Februar 2006, - Schweiz – Pakistan, - Schweiz – Vietnam. 1504. Für folgende Strecken weisen die IATA-CASS-Daten keine Transporte aus: - Tschechische Republik – Schweiz, - Pakistan – Schweiz, 0 1 2 3 4 5 6 7 8 9
 Jan 2001 Mär 2001 Mai 2001

Jul 2001 Sep 2001 Nov 2001 Jan 2002 Mär 2002 Mai 2002 Jul 2002 Sep 2002 Nov 2002
Jan 2003 Mär 2003 Mai 2003 Jul 2003 Sep 2003 Nov 2003 Jan 2004 Mär 2004 Mai 2004
Jul 2004 Sep 2004 Nov 2004 Jan 2005 Mär 2005 Mai 2005 Jul 2005 Sep 2005 Nov 2005
Jan 2006 Mär 2006 Mai 2006 Jul 2006 Sep 2006 Nov 2006 Anzahl
Luftverkehrsunternehmen Total an Abrede beteiligt Differenz

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 201

- Vietnam – Schweiz. Weil die IATA-CASS-Daten für diese Strecken keine Luftfrachtaktivitäten ausweisen, werden diese Strecken nicht mehr weiter berücksichtigt. (x) Innenwettbewerb 1505. Es bleibt zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und damit die Unzulässigkeit der Abrede mittels verbleibenden Innenwettbewerbs widerlegt werden kann. Ein funktionierender Innenwettbewerb besteht, 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.⁷²⁴ 1506. Diese Prüfung erfolgt für die Strecken Schweiz – USA, Schweiz – Singapur, Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004, USA – Schweiz und Singapur – Schweiz, weil für diese Strecken die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht durch funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden kann. 1507. Am 14. Januar 2000 versendete die schweizerische IATA Geschäftsstelle eine Übersicht zu den Treibstoffzuschlägen von Luftverkehrsunternehmen. Diese Übersicht zeigt, dass [...], Alitalia, [...], Korean, [...], Scandinavian und [...] Treibstoffzuschläge in gleicher Höhe (0,15 Franken pro Kilo) mit Wirkung ab 1. Februar 2000 einführten. [...] führte die Treibstoffzuschläge mit Wirkung ab 15. Oktober 2000 in Höhe von 0,07 Pfund Sterling (0,07 Pfund Sterling entsprach ungefähr 0,18 Franken⁷²⁵) ein. Einzig Singapore führte bis im Mai 2002 keine Treibstoffzuschläge ein.⁷²⁶ 1508. Allerdings führte dies nicht zu stärkerem Innenwettbewerb. Dies belegt eine interne E-Mail von [...] vom 2. Oktober 2000. Diese E-Mail von [...] informierte über ein Treffen [...]. Gemäss E-Mail waren an diesem Treffen unter anderem [...], Singapore und [...] anwesend. An diesem Treffen wurden folgende Punkte zur Erhöhung von Treibstoffzuschlägen eingebracht. [...] und [...] wollten eine zweite Rund ab 1. November 2000. «SQ [Singapore] has received instructions to increase the rates by 10 Rappen rather than introduction of FS». [...] informierte, dass sie vom Hauptsitz Anweisung für die Erhöhung der Treibstoffzuschläge hatte.⁷²⁷ 1509. [...] 1510. In Bezug auf Frachtraten enthält der festgestellte Sachverhalt Hinweise auf gegenseitige Beschuldigung der Luftverkehrsunternehmen, dass jeweils die anderen die vereinbarten Raten nicht eingehalten hätten oder auf Weigerungen, Gespräche über Raten zu führen (vgl. vorne Rz 660, Rz 654 und Rz 657). Demgegenüber bestehen Hinweise, dass die Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen über Frachtraten umsetzten (vgl. vorne Rz 650 f.). Es steht somit nicht fest, dass die Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen über Frachtraten nicht einhielten. Gegenüber den Speditionsunternehmen weigerten sich die Luftverkehrsunternehmen gemeinsam, die Speditionsunternehmen (die für die Luftverkehrsunternehmen die Zuschläge erhoben und einzogen) mit einer Kommissionierung zu entschädigen. Wie aus dem Jahresbericht 2003 von Spedlogswiss hervorgeht, befolgten die Luftverkehrsunternehmen diese Vereinbarung: «Der Bereich Spedition Air will von den Airlines, und darauf pocht er, eine Provision auf die verschiedenen Surcharges wie Fuel, Security etc. Es kann nicht angehen, dass die Spediteure das ganze Risiko tragen und die Airlines gratis und franko, die Surcharges abge-

liefert bekommen. Der Bereich wird alles in seinen Möglichkeiten stehende dazu beitragen, 724 Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.1 m. w. H. (= RPW 2002/4, 744 f. E. 8.1), Buchpreisbindung. 725 Schweizerische Nationalbank, Devisenkurse jährlich, <<http://www.snb.ch/de/i/about/stat/stat-pub/id/statpub>> (25.7.2011). 726 Vgl. vorne Rz [...]. 727 Vgl. vorne Rz [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 202

um dieser Unsitte Einhalt zu gebieten. Die Forderung steht und bleibt und wird Spedition Air noch einige Zeit beschäftigen.»⁷²⁸ Im Jahresbericht 2005 vertrat Spedlogswiss die Ansicht, dass die Speditionswirtschaft das Inkasso für die Luftverkehrsunternehmen betrieb, das Del- kredererisiko trug und für den Aufwand entschädigt werden musste. Zur Entschädigung habe der Fachbereich Air von Spedlogswiss die «Surcharge Collection Fee» (SCF) per 1. November 2005 eingeführt. Diese «Surcharge Collection Fee» erhoben die Speditionsunternehmen aber nicht bei den Luftverkehrsunternehmen, sondern bei ihren Kunden.⁷²⁹ 1511. Diese Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen die Abrede befolgten. Selbst wenn die Luftverkehrsunternehmen die Abmachungen nicht befolgten, kann nicht von einem genügenden Innenwettbewerb ausgegangen werden, der zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung führt. Der Grund dafür ist die Art der Abrede. Neben Vereinbarungen über Tarif- beziehungsweise Preiselemente tauschten die Luftverkehrsunternehmen Informationen über diese Preiselemente aus (vgl. Abschnitt B.3.4.1). Die Luftverkehrsunternehmen gelangten durch den Informationsaustausch an sensible Informationen über ihre Wettbewerber, auch über geplante Vorgehensweisen. Durch den Austausch von Informationen reduzierten die Unternehmen das Risiko im wirtschaftlichen Handeln aufgrund von Unkenntnis über das Verhalten der Wettbewerber. Die Unternehmen waren über die geplanten Schritte der Wettbewerber informiert. In dieser Hinsicht liegt eine Wettbewerbsabrede vor, bei welcher der Erfolg der Abrede bereits im Austausch der auf Preise bezogenen Informationen liegt. 1512. Die Bedeutung anderer Wettbewerbsvariablen als der Preis ist auch für die Luftverkehrsunternehmen selber eine wichtige Fragestellung. Es werden immer wieder Versuche unternommen, die Auswahlkriterien der Speditionen durch Umfragen zu spezifizieren und dementsprechend ein besseres Angebot bereitstellen zu können.⁷³⁰ So wurden beispielsweise in einer IATA-Studie die Luftfrachtspediteure nach ihren Anforderungen an die Luftverkehrsunternehmen befragt. Durchweg wurde die Qualität der Dienstleistungen als besonders wichtig beurteilt, der Preis galt als zweitrangig. Die Literatur entgegnet diesem Ergebnis, dass aufgrund des starken Wettbewerbs und der Angebotsüberkapazitäten oft der Preis das bedeutendste Entscheidungskriterium darstellt. Die Verlader wollen den Endpreis ihres Produktes so gering wie möglich halten und somit auch die Frachtkosten. Haben sich die Verlader für die im Allgemeinen als teure Transportart geltende Luftfracht entschieden, wird von dieser bereits ein hoher Qualitätsstandard erwartet. Ein zusätzlicher Nutzen durch die überdurchschnittliche Qualität einer Luftverkehrsgesellschaft ist dann meist nicht so hoch, als dass dieser für den Verlader einen noch höheren Frachtpreis rechtfertigen würde. 1513. Eine jüngere Studie aus dem Jahr 2008 zeigt die Bedeutung von objektiven Kriterien bei der Wahl eines Luftfrachtunternehmens durch die Speditionsunternehmen. Bei der Befragung von Speditionsunternehmen im Rahmen dieser Studie nannten ungefähr 44 % der befragten Speditionsunternehmen den Preis als wichtigstes Kriterium. Dass der Preis unter den zwei wichtigsten Kriterien liegt, nannten 82 % der Befragten. «After price, service elements were the most critical in choosing between airlines – 27 per cent cited

good condition of shipment among their top two factors, 26 per cent cited on time delivery and 17 per cent quoted the schedule.»731

728 Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10011639&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (25.07.2011). 729

Spedlogswiss, Jahresbericht 2006, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10013601&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=fr>> (25.7.2011); Spedlogswiss,

Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10013156&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (30.07.2012). 730

GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 102 Ziff. 6.1.1.2. 731 DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 299 Ziff. 14.4.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 203

1514. Insgesamt kann der Preis als weitaus wichtigste Wettbewerbsvariable qualifiziert werden. Somit kann nicht gefolgert werden, dass aufgrund anderer Faktoren als dem Preis ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht. 1515. Gemäss Bundesgericht führt die Beseitigung des Preiswettbewerbs denn auch in vielen Fällen zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs schlechthin.⁷³² Dies trifft auch auf den vorliegenden Sachverhalt zu. (xi) Zwischenfazit Innenwettbewerb 1516. Zusammenfassend steht fest, dass die Luftverkehrsunternehmen die Abrede befolgten. Selbst wenn die Luftverkehrsunternehmen von der Wettbewerbsabrede das Element Frachtrate nicht wie vereinbart umsetzten, folgt daraus kein genügender Innenwettbewerb. Denn es handelt sich hierbei nur um ein einzelnes Element. Zudem lässt sich nicht folgern, dass aufgrund anderer Faktoren als dem Preis ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht. Insgesamt besteht somit kein ausreichender Innenwettbewerb, welcher die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen vermag. B.3.4.4.5 Stellungnahmen der Parteien zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (i) Stellungnahme [...] 1517. [...] bringt vor, dass selbst wenn eine Abrede für Frachtraten vorliegen würde, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 3 KG widerlegt werden könnte. Auf sämtlichen relevanten Strecken hätte intensiver Wettbewerb bestanden und es werde im festgestellten Sachverhalt sogar wiederholt davon berichtet, dass wegen Überkapazitäten und scharfen Wettbewerbsbedingungen die Versuche einer Abrede bei den Frachtraten gescheitert wären.⁷³³ Zunächst sei es sachgerechter, die Prüfung mit dem Innenwettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen zu beginnen und erst im Anschluss daran den Aussenwettbewerb zu untersuchen. So sei unter anderem das Bundesgericht im Fall Buchpreisbindung vorgegangen. 1518. Dieser Auffassung von [...] ist nicht beizupflichten. Aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid ergibt sich keine verbindliche Reihenfolge der Prüfung von Aussen- und Innenwettbewerb. Tatsächlich behandelt das Bundesgericht zuerst die Frage des Aussenwettbewerbs und danach die Frage des Innenwettbewerbs.⁷³⁴ Es ist jedoch nicht entscheidend, in welcher Reihenfolge die Prüfung erfolgt. 1519. Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG eingereicht hat, welche auch Frachtraten umfasst.⁷³⁵ Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass eine Selbstanzeige die Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise einem Wettbewerbsverstoss voraussetzt. Dies geht aus dem Wortlaut der Bestimmungen der KG-Sanktionsverordnung (Art. 8 Abs. 1 SVKG und Art. 12 Abs. 1 SVKG) hervor. Sinn und Zweck der Selbstanzeige ist es gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG denn (letztlich) auch, unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen aufzudecken und zu beseitigen.⁷³⁶ Mit dem Instrument

Selbstanzeige wurde für die Unternehmen ein finanzieller Anreiz geschaffen, die

732 Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.3.3 (= RPW 2002/4, 746 f. E. 8.3.3), Buchpreisbindung. 733 Vgl. act. [...]. 734 Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.1 f. (= RPW 2002/4, 746 f. E. 8.1 f.), Buchpreisbindung. 735 Vgl. act. [...], act. [...]. 736 Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, in: Jusletter (2009), Rz 6.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 204

Wettbewerbsbehörden über Kartelle zu informieren und an deren Beseitigung mitzuwirken.⁷³⁷ Dieser Anreiz besteht in einem Sanktionserlass beziehungsweise einer Sanktionsreduktion. Deshalb kann sich die Möglichkeit des Erlasses oder der Reduktion einer Sanktion nur auf Fälle beziehen, bei denen eine Sanktionierung gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG überhaupt zur Diskussion steht.⁷³⁸ Von Unternehmen darf dann auch erwartet werden, dass sie vor Einreichung einer Selbstanzeige ernsthaft und gewissenhaft abklären, ob sie an einem sanktionierbaren Wettbewerbsverstoss beteiligt waren. Zudem können sich selbstanzeigende Unternehmen am Meldeformular der WEKO orientieren, welches für Unternehmen öffentlich zugänglich ist und im Falle von Hausdurchsuchungen betroffenen Unternehmen ausgehändigt wird.⁷³⁹ Den Unternehmen steht weiter das Publikationsorgan «Recht und Politik des Wettbewerbs» zur Verfügung, in dem die WEKO die Öffentlichkeit über die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu sanktionierbaren Sachverhalten informiert. Somit können sich Unternehmen grundsätzlich über Art und Gegenstand von meldefähigen Wettbewerbsverstössen informieren. Die Unternehmen können selber beurteilen, ob solche Verstössen vorliegen und ob sie an solchen Verstössen beteiligt waren. Die Frage des Verstosses und der Beteiligung muss zum Zeitpunkt der Eingabe einer Selbstanzeige geklärt und anerkannt sein. Im Gegenteil dazu soll das Instrument Selbstanzeige nicht dazu dienen, den Wettbewerbsbehörden jedwede bi- oder multilaterale Kontakte mit Dritten, die möglicherweise auch zulässig sein können, «sicherheitshalber» zu melden, um das Sanktionsrisiko zu eliminieren beziehungsweise zu verringern, dann aber – je nach Fortgang der Untersuchung und Inhalt des Verfügungsantrags – Abreden und ihre Beteiligungen an Abreden zu bestreiten. Wenn ein Unternehmen das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG oder eine Beteiligung an einer solchen Abrede bestreitet, steht dies im Widerspruch zur Tatsache, dass das Unternehmen eine Selbstanzeige einreichte und damit zumindest davon ausging, an einer unzulässigen sanktionierbaren Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen zu sein. 1520. [...] bringt vor, dass eine Untersuchung zur Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils ohne jeden Beweiswert sei. Wenn 90 % bis 100 % aller Marktteilnehmer [miteinander in Verbindung stünden], dann werde das Ergebnis immer gleich ausfallen. Der gemeinsame Marktanteil werde immer stabil sein.⁷⁴⁰ 1521. Dem ist zu widersprechen. Solange nicht 100 % aller Marktteilnehmer [...] an einer Abrede teilnehmen, muss der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht mit ihrem Anteil an der Gesamtzahl der Marktteilnehmer übereinstimmen. Beispielsweise können 90 % aller Marktteilnehmer einen gemeinsamen Marktanteil von 40 % aufweisen. Die Beurteilung erfolgt anhand des gemeinsamen Marktanteils der Luftverkehrsunternehmen, welche an der Abrede beteiligt sind. Die Anzahl der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen im Vergleich zur Gesamtzahl der Marktteilnehmer ist nicht entscheidend. 1522. Weiter bemängelt [...] die Beobachtung, dass die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren Marktanteil über die Zeit hätten halten können,

obwohl sie einen durchschnittlich höheren Preis als die anderen Luftverkehrsunternehmen verlangt hätten. Dies sei nicht ausreichend, um die Ursächlichkeit der Abrede für das höhere Preisniveau zu beweisen. Es sei ebenso gut möglich, dass das Angebot der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen qualitativ besser gewesen sei und deshalb den höheren Preis rechtfertigen würde. Anders als etwa bei Büchern mit einem gebundenen Preis für ein identisches Produkt handle

737 Vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001, 2038 Ziff. 2.1.5; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 120 f. 738 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 123. 739 Siehe Meldeformular «Bonusregelung» vom 1. April 2005, Formular für die Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung, <<http://www.weko.admin.ch/dienstleistungen/>>. 740 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 205

es sich bei Luftfrachtdienstleistungen um ein komplexes Gebilde, bei dem zahlreiche Faktoren für die Preisbildung zu berücksichtigen seien.⁷⁴¹ 1523. Zu diesem Vorbringen ist die Beweislastverteilung in Erinnerung zu rufen: Wird nicht nachgewiesen, dass trotz (Preis-)Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, gilt dieser als beseitigt (vgl. Rz 1402). Beweisthema ist daher nicht die Ursächlichkeit der Abrede für das höhere Preisniveau. Vielmehr geht es um den Beweis, dass trotz Abrede wirksamer Wettbewerb herrscht. Gelingt dieser Beweis nicht, bleibt es bei der vermutungsweisen Beseitigung des Wettbewerbs. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Literatur die Verlader, sobald sie sich für die im Allgemeinen als teure Transportart geltende Luftfracht entschieden haben, von dieser einen hohen Qualitätsstandard erwarten. Ein zusätzlicher Nutzen durch die überdurchschnittliche Qualität einer Luftverkehrsgesellschaft ist dann meist nicht so hoch, als dass dieser für den Verlader einen noch höheren Frachtpreis rechtfertigen würde (vgl. Rz 1512). 1524. Dann bemängelt [...] auch die Beurteilung, soweit ersichtlich, spezifisch auf der Strecke Schweiz – Singapur. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn im Antrag sogar dann noch behauptet werde, die aktuelle Konkurrenz sei zu gering gewesen, wenn in zwei Drittel der Fälle der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede höher gewesen sei.⁷⁴² 1525. Dazu gilt es festzuhalten, dass sich die Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nicht auf diesen einen Aspekt reduzieren lässt. Für die Beurteilung der Widerlegung der Vermutung sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen. Gerade angesichts der besonders hohen gemeinsamen Marktanteile der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen von 95 % bis 99 %, lässt sich durch den Umstand, dass die Preise der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede mehrheitlich höher waren, der Beweis für wirksamen Wettbewerb trotz Abrede nicht erbringen. 1526. Bezüglich den Innenwettbewerb macht [...] geltend, dass das Sekretariat mindestens zu den Frachtraten jeden Beweis dafür schuldig bleibe, dass es keinen Innenwettbewerb gegeben haben soll. Beim Verweis des Antrags auf die verschiedenen Beweismittel handle es sich um Vorgänge ausserhalb des relevanten Zeitraumes und um Kontakte betreffend Treibstoffzuschläge. [...] Rechtlich unhaltbar sei es auf jeden Fall, bei Unklarheiten im festgestellten Sachverhalt zulasten der beteiligten Unternehmen einfach davon auszugehen, dass die Frachtraten eingehalten worden seien. Wenn es Anzeichen sowohl für das Einhalten wie auch gegen das Einhalten der Abrede gebe, sei keine der beiden Varianten überwiegend wahrscheinlich. Es sei deshalb unzulässig, zulasten der beteiligten Unternehmen einfach

das Be- folgen der (angeblichen) Abrede zu behaupten. Die im Antrag gezogene Schlussfolgerung zu den Frachtraten trotz sachverhaltsmässiger Unklarheit verstosse gegen die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK beziehungsweise Art. 32 Abs. 1 BV) und den Grundsatz in dubio pro reo. Weiter führt [...] aus, es läge gar keine Wettbewerbsabrede vor, weil sich die beteiligten Unternehmen nicht daran gehalten hätten. Ohne Abrede könne es auch keinen Erfolg der Abrede geben. Wenn es keine Abrede bei den Frachtraten gegeben habe, dem zentralen Element des Gesamtpreises, dann habe es notwendig auch weiterhin Preiswettbewerb gegeben.⁷⁴³ 1527. Auf die Ausführungen von [...] betreffend Zuständigkeit der WEKO und des relevanten Zeitraumes kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 1121, Rz 1239). Bezüglich der Ausführungen zum Beweismass ist festzustellen, dass es vorliegend in erster Linie um die Frage der Beweislastverteilung und weniger um das Beweismass geht. Aufgrund der Beweislastverteilung von Artikel 5 Absatz 3 KG geht es um den Beweis, dass (Innen-)Wettbewerb trotz Preisabrede bestand. Es geht nicht darum zu beweisen, dass kein Innenwettbewerb bestand. Allerdings ist dies keine Frage des Beweismasses. Weiter muss

741 Vgl. act. [...]. 742 Vgl. act. [...]. 743 Vgl. act. [...], act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 206

zwischen der Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede und der Frage der vermutungsweisen Beseitigung des Wettbewerbs durch die Abrede unterschieden werden. Eine Wettbewerbsabrede kann auch dann vorliegen, wenn sich die an der Abrede Beteiligten nicht daran gehalten haben. Im vorliegenden Fall besteht eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG (vgl. Abschnitt B.3.4.1). Schliesslich orientiert sich im vorliegenden Fall die Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nicht alleine am Element Frachtrate. Selbst ohne eine Abrede über Frachtraten wäre nicht automatisch Preiswettbewerb nachgewiesen. (ii) Stellungnahme South African 1528. South African führt aus, dass dem geltenden Kartellgesetz unbestrittenermassen eine «wirkungsorientierte Betrachtungsweise» zu Grunde liege. Die Wettbewerbsbehörden hätten einen allfälligen Kartellrechtsverstoss sowie insbesondere dessen Auswirkungen im Einzelfall nachzuweisen. Liege nicht zumindest eine «erhebliche» Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine (Preis-)Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 und 3 KG vor beziehungsweise sei eine solche nicht nachgewiesen (und lasse sich diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen), könnten die Wettbewerbsbehörden ein bestimmtes Verhalten weder verbieten noch sanktionieren. In diesem Kontext sei festzustellen, dass der Antrag selbst zugestehe, dass die Wettbewerbsbehörden keine eigentlichen Beweise dafür hätten, dass die angeblichen Vereinbarungen über die Zuschläge tatsächlich umgesetzt worden seien. Die Befolgung der angeblich angekündigten Einführung, Erhöhung oder Senkung der Zuschläge sei weder aktenkundig noch sonst wie erstellt und bleibe damit unbelegt. Der eigentliche Nachweis einer zumindest erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs, geschweige denn einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sei daher – auch vor dem Hintergrund, dass als Beweismass ein Vollbeweis zu erbringen sei – vorliegend nicht erbracht. Allfällige wettbewerbsrechtlich beziehungsweise volkswirtschaftlich negative Auswirkungen einer angeblichen Wettbewerbsabrede beziehungsweise abgestimmten Verhaltensweise seien daher nicht vorhanden beziehungsweise unbewiesen.⁷⁴⁴ 1529. In Bezug auf Artikel 5 Absatz 3 KG ist dem Ausgeführten von South African entgegen zu halten, dass im Falle des nachgewiesenen Vorliegens einer Preisabrede Beweisthema nicht die effektive Beseitigung

des Wettbewerbs infolge der Abrede ist. Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird in diesem Fall von Gesetzes wegen vermutet. Beweisthema ist diesfalls vielmehr, ob trotz bestehender Preisabrede wirksamer Wettbewerb besteht, womit die gesetzliche Vermutung widerlegt werden könnte. Gelingt der Nachweis des bestehenden Wettbewerbs nicht, so bleibt es bei der vermuteten Beseitigung.⁷⁴⁵ Ob für den Nachweis des Bestehens wirksamen Wettbewerbs tatsächlich das Beweismass des Vollbeweises zu verlangen ist, wie South African verlangt, erscheint fraglich, zumal diesfalls im Zweifel für die Vermutung und damit gegen das betroffene Unternehmen zu entscheiden wäre. 1530. South African führt zudem aus, es sei zweifelhaft, ob eine allfällige Abrede beziehungsweise abgestimmte Verhaltensweise bezogen auf die Zuschläge von vornherein überhaupt erheblich sein könne. Zwar treffe es zu, dass der Preis an und für sich einen wichtigen Wettbewerbsfaktor darstelle. Dabei gelte es allerdings zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsbehörden selbst in einem Entscheid das Vorliegen einer Preisabrede mit der Begründung verneint hätten, dass es sich beim Preiselement, worüber eine Abrede getroffen wurde, nicht um einen Preisbestandteil gehandelt habe, der «ein wesentliches Element des Endpreises» ausgemacht habe (RPW 2005/1, S 240 Rz 11 ff). Mit Blick auf diese Rechtsprechung seien Zweifel angebracht, ob vorliegend überhaupt eine (erhebliche) (Preis-)Abrede vorliege, zumal die Zuschläge (insgesamt) beziehungsweise deren Veränderung lediglich einen kleinen Prozentsatz am Gesamtpreis ausmachen würden, wobei nicht in jedem einzelnen Fall, wenn überhaupt,

744 Vgl. act. [...]. 745 Vgl. BGE 129 II 18, E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), Buchpreisbindung.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 207

sämtliche Zuschläge zur Anwendung gelangt seien. Im Antrag werde diese Thematik indessen gar nicht abgehandelt.⁷⁴⁶ 1531. Dem ist entgegenzuhalten, dass es bei der von South African zitierten Praxis der WEKO nicht darum geht, welchen Prozentsatz ein Preiselement, welches abgesprochen wurde, am Gesamtpreis ausmacht. Es geht vielmehr darum, Preiselemente nicht unter Artikel 5 Absatz 3 KG zu subsumieren, welche keine bedeutende Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben.⁷⁴⁷ Die vorliegenden Sachverhaltsfeststellungen zeigen indes, dass die fraglichen Zuschläge durchaus bedeutende Wettbewerbsfaktoren darstellten, welche man koordinieren wollte (vgl. etwa Rz 660). Die vorliegenden Preiselemente (Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen) sind daher als für den wirksamen Wettbewerb bedeutend anzusehen, ungeachtet ihres Anteils am Gesamtpreis. (iii) Stellungnahme AMR (American) 1532. American bringt vor, dass selbst wenn die Vorwürfe des Sekretariats bewiesen werden könnten, die gegen American erhobenen Vorwürfe nur die Treibstoffzuschläge, die Kriegsrisikozuschläge sowie die Kommissionierung von Zuschlägen betreffen würden. Allerdings lägen keine Beweise für eine Koordination zwischen American und anderen Luftverkehrsunternehmen bezüglich anderer Zuschläge und bezüglich (Gesamt-)Frachtraten vor. Das bedeutendste Element des Preiswettbewerbs seien Frachtraten. Folglich müsse für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens angenommen werden, dass weiterhin hinreichender Preiswettbewerb bezüglich der Frachtraten bestanden habe, selbst wenn man unzutreffenderweise annehmen würde, dass der Wettbewerb bezüglich der Treibstoffzuschläge oder bezüglich der Kommissionierung von Zuschlägen beschränkt gewesen sei. Diese zwei Elemente seien lediglich zwei der

unzähligen Bausteine des Gesamtpreises. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Spediteure offensichtlich grossen Wert auf andere Wettbewerbsparameter (Geschwindigkeit der Warenübergabe, Anzahl direkt angeflogene Destinationen, Frequenz, Öffnungszeiten von Zoll und Abfertigern sowie deren Erreichbarkeit) legen würden, ergebe sich umso mehr, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht beseitigt worden sei, sondern dass weiterhin hinreichender Innenwettbewerb bestanden habe.⁷⁴⁸ 1533. Diesen Vorbringen ist zunächst entgegenzuhalten, dass selbst bei einer getrennten Betrachtungsweise anhand der einzelnen Elemente (Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen) die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG greifen würde. Diesfalls sogar «mehrfach», weil all diese Elemente den Preis für Luftfrachtleistungen betreffen (vgl. Rz 1400). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich der Vermutungstatbestand gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten bezieht. 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 (vgl. Rz 1384). Alle erwähnten Elemente sind somit vom Vermutungstatbestand erfasst. Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass der Preis insgesamt als weitaus wichtigste Wettbewerbsvariable qualifiziert werden kann. Somit kann nicht gefolgert werden, dass aufgrund anderer Faktoren als dem Preis ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht (vgl. Rz 1512 ff. und Rz 1523).

746 Vgl. act. [...]. 747 Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 383. 748 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 208

(iv) Stellungnahme United 1534. United bringt vor, das Sekretariat lege Artikel 5 Absatz 3 KG fehlerhaft aus. Zuschläge würden wesensgemäss blosse Bestandteile des Wiederverkaufspreises gegenüber den Kunden der Luftfrachtgesellschaften darstellen. Die Preisbildung im Bereich Luftfracht sei aufgrund ihrer Komplexität nicht vergleichbar mit der relativ einfachen und starren Preissetzung für Fensterbeschläge und -türen oder für Bücher. Deshalb könnten diese Fälle für den vorliegenden Fall nicht herangezogen werden.⁷⁴⁹ 1535. Dazu gilt es zu entgegnen, dass die Komplexität der Preisbildung keinen Einfluss darauf hat, ob eine Abrede über den Preis im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG vorliegt. United selber räumt ein, dass Zuschläge Bestandteile des Wiederverkaufspreises gegenüber den Kunden von Luftverkehrsunternehmen darstellen.⁷⁵⁰ Somit liegt eine Abrede über den Preis vor. Die Grundlage für die gesetzliche Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG ist damit gegeben. 1536. Weiter führt United aus: «Zunächst stimulierten und intensivierten der Konkurs des nationalen Marktführers Swissair im Oktober 2001, die Wiedergeburt von Teilen ihrer Geschäftstätigkeit als Swiss im 2002 und die Übernahme von Swiss durch Lufthansa im 2005 den Wettbewerb auch für Luftfrachtdienstleistungen von und nach der Schweiz durch andere Konkurrenten.» Das Sekretariat habe eine voreingenommen willkürliche Beurteilung der möglichen Marktschranken auf den auf die Schweiz bezogenen Luftfrachtmarkt vorgenommen. Die Annahme des Sekretariats, dass potenzieller Wettbewerb nicht bestand, sei nicht begründet. Vielmehr müssten die bedeutsamen Markteintritte und -austritte von Konkurrenten, welche selbst vom Sekretariat eingeräumt würden, zu einer Widerlegung der Vermutung des Sekretariats der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.⁷⁵¹ 1537. Dieser Ansicht von United (allem

Anschein nach bezieht sich United nur auf die Strecken zwischen der Schweiz und den USA) kann nicht gefolgt werden. Die Literatur und Studien vermögen nicht zu belegen, dass das Grounding von Swissair zu intensivierendem Wettbewerb führte. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich der Bereich Luftfracht mit Ausgangs- und Bestimmungsort Schweiz in den Jahren 2000 bis 2004 rückläufig entwickelt hat (vgl. Rz 1434 ff.). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung der Markteintrittsbarrieren aus Studien und der Literatur stammt. Insbesondere gehen die Führungskräfte europäischer Luftverkehrsunternehmen davon aus, dass im Bereich Luftverkehr Eintrittsbarrieren bestehen. Schliesslich muss in Erinnerung gerufen werden, dass es bei der Anwendung von Artikel 5 Absatz 3 KG nicht darum geht, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu beweisen. Vielmehr geht es um den Nachweis, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht. Gelingt dieser Nachweis nicht, gilt der wirksame Wettbewerb als beseitigt. (v) Stellungnahme SAS (Scandinavian) 1538. Scandinavian bringt unter Verweis auf die Literatur vor, dass die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG nicht die Beweislast regle, welche immer der WEKO zufalle. Jegliche Abweichung der Regeln über die Beweislast verletze gemäss Literatur ebenfalls Artikel 6 Absatz 2 EMRK.⁷⁵² 1539. Hierzu ist auf die Ausführungen in Randziffer 1523 zu verweisen.

749 Vgl. act. [...]. 750 Vgl. act. [...]. 751 Vgl. act. [...]. 752 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 209

(vi) Stellungnahme Singapore 1540. Singapore macht geltend, gemäss Literatur⁷⁵³ werde die Erhöhung der Transparenz als Verbesserung des Wettbewerbs unter den Wettbewerbern erachtet. Wenn ein Wettbewerber die Möglichkeit habe, effizienten Gebrauch von Marktinformationen zu machen und deshalb sein Verhalten am Markt anpasse, führe dies in aller Regel im Resultat zu einer Verstärkung des Wettbewerbsgebarens. Dieses Prinzip sei weitgehend anerkannt.⁷⁵⁴ 1541. Dazu ist festzuhalten, dass die von Singapore zitierte Literatur die «Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit» (ABl. C 11/01 vom 14.1.2011) wiedergibt und erörtert. Dabei führen die Autoren nur aus, dass Informationsaustausch für Konsumenten, Wettbewerber und den Wettbewerbsprozess förderlich sein kann. Aber eine generelle Aussage, dass die Erhöhung der Transparenz als Verbesserung des Wettbewerbs erachtet wird, ist der Literaturstelle nicht zu entnehmen. Eine generelle Aussage, wie von Singapore vorgebracht, über die Wirkung von Informationsaustausch auf den Wettbewerb und die Wohlfahrt ist nicht möglich.⁷⁵⁵ 1542. Singapore macht weiter geltend, damit ein Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise bezeichnet werden könne, müssten normalerweise folgende Bedingungen erfüllt sein: (i) Geplante Koordinierung, (ii) Parallelverhalten sowie (iii) Kausalzusammenhang zwischen der geplanten Koordinierung und dem Parallelverhalten. Zusätzlich müsse das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden.⁷⁵⁶ 1543. Auf dieses Vorbringen ist zu entgegnen, dass der Antrag die Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG gemäss langjähriger Praxis der WEKO und herrschender Lehre prüft. Insbesondere entspricht die Vorgehensweise im Antrag derjenigen in dem von Singapore zitierten Fall ASCOPA.⁷⁵⁷ Weiter ist erneut auf die Beweislastverteilung bei Preisabsprachen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG hinzuweisen. Die Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG ist ein Tatbestandselement von Artikel 5 KG. Insofern ist die Begriffsdefinition von Artikel

4 Absatz 1 KG ohne Weiteres zu berücksichtigen, welche dann von einer Wettbewerbsabrede spricht, wenn die Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Dabei darf allerdings die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG nicht ausser Acht gelassen werden. Bei einer Preisabrede wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und damit zugleich auch das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG gesetzlich vermutet. 1544. Singapore führt weiter aus, dass im Rahmen von Artikel 5 Absatz 3 nur die Koordinierung von wesentlichen Preiselementen von Relevanz sei. So habe die WEKO etwa festgestellt, dass die Einführung eines geringen Aufpreises von zwei Rappen auf jeden Liter Benzin/Diesel nicht zu einer Angleichung der Preise führe und die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung demnach auf solche geringfügigen Zuschläge nicht anwendbar sei.⁷⁵⁸ 1545. Hierzu ist auf die Ausführungen in Randziffer 1531 zu verweisen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Botschaft KG 95/759 sich nicht nur auf «wesentliche» Preiselemente

753 RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl. 2012, 540. 754 Vgl. act. [...]. 755 Vgl. CARL SHAPIRO, *Theories of Oligopoly Behavior*, in: *Handbook of Industrial Organization*, Volume 1, Kapitel 6, Schmalensee/Willig (Hrsg.), 1989, 330-414; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, 150 ff. 756 Vgl. act. [...]. 757 Vgl. RPW 2011/4, 583 Rz 384 ff. 758 Vgl. act. [...]. 759 Botschaft KG 95 (Fn 426), 561 f.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 210

beschränkt: «Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.» 1546. Singapore macht überdies in Bezug auf Treibstoffzuschläge (und analog für Kriegekrisiszuschläge, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen)⁷⁶⁰ geltend, der Antrag erwähne verschiedene Kontakte zwischen Fluggesellschaften als bewusste und gewollte Zusammenarbeit [...]. Es werde jedoch nicht erklärt, wie die Fluggesellschaften spezifische Fixpreise vereinbart haben sollen. Insbesondere stelle der alleinige Austausch von Informationen über Berechnungsmethoden und/oder Zeitpunkt keine Preisabsprache im Sinne der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG dar, weil diese Faktoren nicht die Kriterien der genannten Vermutung erfüllen. Der Informationsaustausch zwischen den Fluggesellschaften betreffend Treibstoffzuschläge erfülle auch nicht die Kriterien der weiteren Vermutungstatbestände des Artikel 5 Absatz 3 KG.⁷⁶¹ 1547. Dem ist zu entgegnen, dass eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG nicht nur Vereinbarungen von Fixpreisen erfasst. Wie bereits erwähnt, bezieht sich der Vermutungstatbestand auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Dazu gehören auch direkte oder indirekte Preisfixierungen. 1548. Singapore bringt vor, dass die Fluggesellschaften auch ohne den Informationsaustausch über Treibstoffzuschläge innerhalb von höchstens einer Woche ihr Geschäftsverhalten hätten anpassen können. Es bestehe auch keine Kausalität zwischen dem Informationsaustausch und den möglichen Reaktionen der Fluggesellschaften aufgrund dieser Informationen. Selbst wenn der Informationsaustausch betreffend die Zuschläge einen gewissen Einfluss auf die Preise der Luftfracht gehabt hätte, genüge es nicht, um auf eine Preisabsprache zu schliessen. Denn es hätte erstens ein Einfluss von zulässigem Parallelverhalten bestehen können. Zweitens hätten möglicherweise andere Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht unter Artikel 5 Absatz 3 KG fielen, einen gewissen Einfluss haben können.⁷⁶² 1549. Hierzu kann auf die Ausführungen in den

Randziffern 1125 und 1131 verwiesen werden. 1550. Auch bringt Singapore vor, dass die Bewertungskriterien für den Informationsaustausch im vorliegenden Fall nicht auf eine hohe Wahrscheinlichkeit der Koordinierung zwischen den Fluggesellschaften hindeuten würden.⁷⁶³ 1551. Hierzu ist zu entgegnen, dass der Informationsaustausch und die damit im Zusammenhang stehende Koordinierung zwischen den Luftverkehrsunternehmen nachgewiesen sind. 1552. Singapore bemängelt, dass bei der Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nur auf aggregierte Marktanteilsdaten, die Quantität und Preisdifferenz-Daten für die einzelnen relevanten Märkte abgestellt würde, ohne jegliche Differenzierung zwischen den verschiedenen tatsächlichen Marktteilnehmern vorzunehmen. Dies sei nicht ausreichend, weil Veränderungen im Wettbewerbsprozess unter den involvierten Unternehmen nicht berücksichtigt würden. Insbesondere werde in diesem Zusammenhang auch ignoriert, dass es unbestritten sei, dass Singapore Cargo bis Mai 2002 keine Treibstoffzuschläge eingeführt hätte.⁷⁶⁴ 1553. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Antrag bei der Prüfung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz praxiskonform vorgeht. Gerade diese Vorgehensweise berücksichtigt die damalige Entwicklung im Wettbewerbsprozess. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Singapore ausdrücklich mitteilte, eine Erhöhung der Frachtraten vorzunehmen anstatt

⁷⁶⁰ Vgl. act. [...]. ⁷⁶¹ Vgl. act. [...]. ⁷⁶² Vgl. act. [...]. ⁷⁶³ Vgl. act. [...]. ⁷⁶⁴ Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 211

Treibstoffzuschläge einzuführen (vgl. Rz 226). Und vor allem hat Singapore unbestrittenermassen im Mai 2002 Treibstoffzuschläge eingeführt. (vii) Stellungnahme [...] 1554. [...] bringt vor, dass die Wettbewerbsbehörden einen allfälligen Kartellrechtsverstoss sowie insbesondere dessen Auswirkungen im Einzelfall nachzuweisen hätten. Liege nicht zumindest eine «erhebliche» Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine (Preis-)Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 und 3 KG vor beziehungsweise sei eine solche nicht nachgewiesen (ohne Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz), könnten die Wettbewerbsbehörden ein bestimmtes Verhalten weder verbieten noch sanktionieren.⁷⁶⁵ 1555. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1523 verwiesen werden. 1556. Weiter führt [...] aus, der Antrag lasse die Analyse der konkreten Auswirkungen des Informationsaustauschs auf die einzelnen relevanten Märkte vollends vermissen. Das Sekretariat prüfe in keiner Weise, inwiefern die behauptete(n) Abrede(n) überhaupt für Entwicklungen von Frachtraten und Preisdifferenzen kausal seien. Zudem unterlasse das Sekretariat, einen Vergleich mit einer Situation ohne irgendwelchen Informationsaustausch. Überhaupt liege nach der Praxis der WEKO⁷⁶⁶ gar keine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vor, wenn es sich beim Preiselement, worüber eine Abrede getroffen worden sei, nicht um einen Preisbestandteil handle, der «ein wesentliches Element des Endpreises» ausmache.⁷⁶⁷ 1557. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1131 verwiesen werden. Bezüglich der Frage des Vorliegens einer Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG ist auf die Ausführungen in den Randziffern 1531 und 1533 zu verweisen. Schliesslich ist [...] auch entgegenzuhalten, dass sie selber im Rahmen einer Selbstanzeige ein nach ihrem Dafürhalten kartellrechtswidriges Verhalten gemeldet hat.⁷⁶⁸ Zum widersprüchlichen Verhalten, welches durch eine Selbstanzeige und gleichzeitiges Bestreiten einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung besteht, ist auf Randziffer 1519 zu verweisen. (viii) Stellungnahme [...] 1558. [...] macht geltend, eine allfällige Absprache über Kommissionen wäre kein Fall von Artikel 5 Absatz 3 KG. Es läge diesfalls eine Art von

Einkaufskooperation/-gemeinschaft vor. Einkaufsgemeinschaften seien in der Regel nicht wettbewerbsschädlich, sondern wettbewerbsfördernd. Deshalb habe der Gesetzgeber sie weder der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG noch der Sanktionsdrohung unterstellt.⁷⁶⁹ 1559. Dazu gilt es festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Abrede zur Kommissionierung von Zuschlägen keine Einkaufsgemeinschaft oder -kooperation darstellt (vgl. Rz 1149). Selbst wenn dies aber zutreffen würde, wären gemäss Praxis der WEKO Absprachen über gemeinsame Einkaufspreise gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG zu überprüfen.⁷⁷⁰ 1560. [...] macht weiter geltend, auch auf den Strecken Schweiz-USA, USA-Schweiz, Schweiz-Singapur, Singapur-Schweiz und Schweiz-Tschechische Republik (2000 bis 2004) sei der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt gewesen. Die Analyse des Preis-Innenwettbewerbs widerlege die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung. Im Antrag würden die Preisunterschiede zwischen den Parteien jedoch nicht analysiert. Im Antrag werde anhand der IATA/CASS-Daten

765 Vgl. act. [...]. 766 RPW 2005/1, 240 Rz 11 ff. Klimarappen. 767 Vgl. act. [...]. 768 Vgl. act. [...]. 769 Vgl. act. [...]. 770 RPW 2008/4, 554 Rz 70 ff. Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 212

für die Jahre 2000 bis 2006 nur der Aussenwettbewerb untersucht. Hierfür würden die Durchschnittspreise pro Kilogramm Frachtgut verglichen, die einerseits die Verfahrensparteien und andererseits die übrigen Luftverkehrsunternehmen auf den relevanten Strecken in den Jahren 2000 bis 2006 verrechneten. Diese Gegenüberstellung von Durchschnittspreisen erlaube aber keine Aussage zur Wettbewerbsintensität und sei daher unzulässig. Die Betrachtung eines Durchschnittspreises verunmögliche gerade den Blick auf die für den Wettbewerb entscheidenden Preisdifferenzen zwischen den Anbietern. Entscheidend für den Wettbewerb seien die Frachtpreise der einzelnen Luftverkehrsunternehmen (bzw. die diesbezüglichen Unterschiede). Die Durchschnittspreise, die im Antrag gebildet würden, ebneten sämtliche Unterschiede im individuellen Preisverhalten der Parteien ein. Damit ignoriere der Antrag, dass die Parteien auf den zur Diskussion stehenden Strecken sehr unterschiedliche Preise verlangt hätten. Die im Antrag gewählte Darstellung unterschlage beispielsweise, dass gemäss den verwendeten IATA/CASS-Daten der Kilo-Frachtpreis auf der Strecke Schweiz-USA im Dezember 2003 bei Luftverkehrsunternehmen D 44,05 Franken betragen habe, während er bei Luftverkehrsunternehmen C bei 1,93 Franken gelegen habe. Diesen offensichtlichen und intensiven Preis-Innenwettbewerb analysiere der Antrag mit keinem Wort, obwohl die IATA/CASS-Daten in act. [...] eine solche Analyse geradezu aufdrängen würden. Die im Antrag gebildeten Durchschnittspreise seien ohne wettbewerbsrechtlichen Erkenntniswert. Der Antrag sei daher unvollständig, und die kartellrechtlichen Schlüsse seien unhaltbar. Zudem hätten die einzelnen Luftverkehrsunternehmen ihre Preise häufig, kurzfristig und massiv verändert. Würde wirklich kein Preiswettbewerb vorliegen, oder wäre dieser stark eingeschränkt, würden nie Preisdifferenzen von 100, 200 oder 300 Prozent vorliegen. Offensichtlich habe Wettbewerb bestanden. Dies auch, weil die Absprache nur Treibstoffzuschläge betroffen habe. Im Verlaufe der Zeit hätten die Treibstoffzuschläge durchschnittlich ungefähr 10 Prozent des Gesamtpreises ausgemacht. Betreffend die anderen 90 Prozent des Preises habe der Wettbewerb gespielt.⁷⁷¹ 1561. Zu diesem Vorbringen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die im Antrag verwendeten Durchschnittspreise das Thema Aussenwettbewerb behandeln. Um die Intensität des

Aussen- wettbewerbs zu prüfen, ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden. Das heisst, ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualität zu senken oder die Innovation zu verzögern (vgl. Abschnitt B.3.4.4.2). Zu diesem Zweck ist ein Vergleich der Durchschnittspreise zwischen den zwei Gruppen «Abredebeteiligte» und «andere Luftverkehrsunternehmen» sehr wohl zweckmässig. Deshalb dürfen die Frage des Aussenwettbewerbs und die Frage des Innen- wettbewerbs auch nicht miteinander vermischt werden. Wenn nun die Abredebeteiligten ihre Preise im Durchschnitt höher setzen können als die Konkurrenz und ihr Angebot zu diesen höheren Preisen verkaufen können, dann besteht ein Widerspruch zu dem erwarteten Resultat unter funktionierendem Wettbewerb. Folglich kann die Beobachtung der höheren Durchschnittspreise der Abredebeteiligten auch nicht die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG widerlegen. Zudem stellt die Prüfung des Aussenwettbewerbs nicht nur auf einen Vergleich von Durchschnittswerten zweier Gruppen ab, sondern auf mehrere Elemente wie beispielsweise auch die Frage der potenziellen Konkurrenz. 1562. Zudem ist der von [...] geltend gemachten Auffassung, dass starke Schwankungen bei den monatlichen Kilo-Frachtpreisen offensichtlich intensiven Preis-Innenwettbewerb bedeuten würden, nicht zu folgen. Aus den geltend gemachten Unterschieden bei den einzelnen Fracht- preisen (pro Kilogramm) kann keine Aussage über den Innenwettbewerb abgeleitet werden. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass bei den IATA-CASS-Daten einige Einträge entweder fehlen oder das falsche Luftverkehrsunternehmen ausweisen. Zudem existiere ein gewisses Mass an fehlerhafter Angabe durch die Luftverkehrsunternehmen.⁷⁷² Es ist daran zu erinnern, dass die Preisbildung eine beträchtliche Komplexität aufweist. So berechnen die Luftverkehrsunternehmen für die verschiedenen Dienstleistungen an verschiedene Bestimmungsorte ihren

771 Vgl. act. [...], act. [...]. 772 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 213

Kunden Frachtraten auf einer pro-Kilogramm-Basis. Die pro-Kilogramm-Basis richtet sich nach dem tatsächlichen Gewicht («actual weight») oder dem anzurechnenden Gewicht («charge- able weight») gemäss einer Formel, welche das Volumen von Fracht mit geringer Dichte be- rücksichtigt (vgl. Abschnitt A.4.2). Der Antrag behauptet dann auch nicht, dass die Luftver- kehrsunternehmen sich auf einen einzigen bestimmten Preis einigten. Eine Abrede über einen einzigen bestimmten Preis ist für die Unterstellung unter Artikel 5 KG auch nicht notwendig. Auch das DoJ erachtet es für eine Preisabrede nicht als notwendig, dass sich die Abredebe- teiligten darauf einigen, exakt den gleichen Preis zu verlangen. Preisabreden können verschie- dene Formen annehmen. Beispiele für Preisabreden umfassen: Einrichten und Befolgen von Preisrabatten, Preise stabil halten, Aufhebung oder Reduktion von Rabatten, Übernehmen ei- ner Standardformel zur Preisberechnung, Aufrechterhaltung von Preisunterschieden zwischen verschiedenen Typen, Grössen oder Mengen von Produkten, Befolgen von Minimum-Gebüh- ren oder Preisschemen, Kreditkonditionen festlegen oder Preise nicht zu publizieren.⁷⁷³ 1563. Im vorliegenden Fall einigten sich die Luftverkehrsunternehmen bei den Treibstoffzu- schlägen auf deren Einführung. Bei der Kommissionierung von Zuschlägen einigten sich die Luftverkehrsunternehmen, diese gegenüber den Speditionen nicht zu gewähren. Gemäss fest- gestelltem Sachverhalt ist ersichtlich, dass die Luftverkehrsunternehmen ebenfalls an

einem umfassenden regelmässigen Informationsaustausch über verschiedene Preiselemente teilnahmen. Damit waren die Luftverkehrsunternehmen gegenseitig über das Verhalten der anderen Luftverkehrsunternehmen informiert (vgl. Abschnitt B.3.4.4.4(x)). Aus der Beurteilung des festgestellten Sachverhalts und insbesondere den geltend gemachten Unterschieden bei den Frachtpreisen der einzelnen Luftverkehrsunternehmen kann nicht auf intensiven Preis-Innenwettbewerb geschlossen werden. 1564. Selbst wenn die Betrachtung von Durchschnittspreisen weggelassen würde, ist der Auffassung von [...] nicht zu folgen. Aufgrund der IATA-CASS-Daten, lässt sich nicht das Bestehen von Wettbewerb folgern. Daher würde es auch in diesem Fall bei der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bleiben. 1565. Zum Vorbringen, dass Treibstoffzuschläge lediglich 10 Prozent des Gesamtpreises ausmachen würden und daher keinen Einfluss auf den Wettbewerb hätten, kann auf die Ausführungen in Randziffer 1533 verwiesen werden. 1566. Schliesslich ist [...] auch entgegenzuhalten, dass sie selber im Rahmen einer Selbstanzeige ein nach ihrem Dafürhalten kartellrechtswidriges Verhalten gemeldet hat.⁷⁷⁴ Zum widersprüchlichen Verhalten, welches durch eine Selbstanzeige und gleichzeitigem Bestreiten einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung besteht, ist auf Randziffer 1519 zu verweisen. B.3.4.4.6 Ergebnis zur Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG 1567. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG kann für folgende Strecken weder mit einem wirksamen Aussenwettbewerb noch mit einem wirksamen Innenwettbewerb widerlegt werden: - Schweiz – USA, - Schweiz – Singapur, - Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004, - USA – Schweiz,

773 DoJ, Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For – An Antitrust Primer

<<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/index.html>> (24.06.2013) 774 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 214

- Singapur – Schweiz. Diese unzulässige Wettbewerbsabrede dauerte insgesamt von Januar 2000 bis Februar 2006 an. 1568. Auf folgenden Strecken kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden: - Schweiz – Tschechische Republik für 2005 bis Februar 2006 (für diesen Zeitraum ist die WEKO für diese Strecke allerdings nicht mehr zuständig [vgl. Abschnitt B.1.2.1]), - Schweiz – Pakistan, - Schweiz – Vietnam. Weil die WEKO für die Strecke Schweiz – Tschechische Republik für den Zeitraum 2005 bis Februar 2006 nicht zuständig ist, wird diese Strecke nicht mehr weiter berücksichtigt. 1569. Für folgende Strecken weisen die IATA-CASS-Daten keine Transporte aus und werden demzufolge nicht mehr weiter berücksichtigt: - Tschechische Republik – Schweiz, - Pakistan-Schweiz, - Vietnam – Schweiz. B.3.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 1570. Soweit die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Preisabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 i. V. m. Absatz 1 KG führt. 1571. Die Frage der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs stellt sich für die Strecken - Schweiz – Pakistan, - Schweiz – Vietnam. 1572. Obwohl für die Strecken - Schweiz – USA, - Schweiz – Singapur, - Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004, - USA – Schweiz, - Singapur – Schweiz, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden kann, wird für diese Strecken im Sinne einer Selbst-Wenn-Begründung ebenfalls auf die Frage der erheblichen Beeinträchtigung des

Wettbewerbs eingegangen. 1573. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird.⁷⁷⁵ Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (zumindest) dann zu bejahen,

775 Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.1), Buchpreisbindung.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 215

wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.⁷⁷⁶ 1574. Bei der Prüfung der Erheblichkeit werden kumulativ sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt grundsätzlich einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung.⁷⁷⁷ 1575. Der Preis ist für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Das Gesetz geht davon aus, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermutungsweise der Wettbewerb beseitigt ist (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Umso eher ist anzunehmen, dass eine Aufhebung des Preiswettbewerbs in aller Regel (mindestens) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt, sofern sie Güter mit einem wesentlichen Marktanteil betrifft.⁷⁷⁸ 1576. Im Entscheid Buchpreisbindung verweist das Bundesgericht bei der Frage der Erheblichkeit auf die Lehre und die Behördenpraxis: Zum erheblichen Marktanteil, den die Beteiligten für die Bejahung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung halten müssten, postuliere die Lehre mehrheitlich gewisse quantitative Grenzen. In Anlehnung an die Praxis in der EU werde dabei die Schwelle bei einem Marktanteil von etwa 5–10 % erblickt. In einer – für die Gerichte nicht verbindlichen – allgemeinen Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 gemäss Art. 6 KG über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (BB1 2002 S. 3895 ff.) habe die Wettbewerbskommission unter anderem vertikale Wettbewerbsabreden über die direkte oder indirekte Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen für den Weiterverkauf der bezogenen Waren durch den Händler als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung erachtet (Ziff. 3a). Andere Vertikalabreden werte sie (in der Regel) nicht als solche, wenn die von allen beteiligten Unternehmen gehaltenen Marktanteile auf keinem der relevanten Märkte eine Schwelle von 10 % überschreiten würden (Ziff. 4).⁷⁷⁹ 1577. Somit kann gemäss Bundesgericht die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 auch bei horizontalen Sachverhalten sinngemäss herangezogen werden. Konsequenterweise muss dies auch für die neue Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2012 (Vertikalbekanntmachung, VertBek) gelten. Gemäss dieser führen bestimmte vertikale Wettbewerbsabreden nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Ziff. 13(1)).⁷⁸⁰ 1578. Auf den zu beurteilenden Strecken halten die Beteiligten folgende gemeinsame Marktanteile. Tabelle 24: Marktanteile der Beteiligten auf den zu beurteilenden Strecken

Strecke	Gemeinsamer Marktanteil nach Umsatz	Gemeinsamer Marktanteil nach Gewicht
Schweiz – USA (vgl. vorne Rz 1427)	> 74 %	> 72 %
Schweiz – Singapur (vgl. vorne Rz 1447)	> 95 %	> 95 %

776 Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.2.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.2.1), Buchpreisbindung. ⁷⁷⁷

Vgl. RPW 2010/4, 751 Rz 314, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. ⁷⁷⁸ Vgl. BGE

129 II 18, E. 5.2.2 (= RPW 2002/4, 736 E. 5.2.2), Buchpreisbindung. ⁷⁷⁹ Vgl. BGE 129 II

18, E. 5.2.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.2.1), Buchpreisbindung. 780 BBl. 2012 5078, 5084 Ziff. 13(1).

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 216

Strecke Gemeinsamer Marktanteil nach Umsatz Gemeinsamer Marktanteil nach Gewicht Schweiz – Tschechische Republik (für die Jahre 2000 bis 2004) (vgl. vorne Rz 1456 f.) bis in das Jahr 2004 > 70 % (nach 2004 > 54 %) bis in das Jahr 2004 > 70 % (nach 2004 > 50 %) Schweiz – Pakistan (vgl. vorne Rz 1468) > 9 % bis in das Jahr 2005 > 40 % > 9 % bis in das Jahr 2005 > 40 % Schweiz – Vietnam (vgl. vorne Rz 1474) > 59 % > 66 % USA – Schweiz (vgl. vorne Rz 1480) > 82 % > 79 % Singapur – Schweiz (vgl. vorne Rz 1491) > 84 % > 82 %

1579. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der neuen Vertikalbekanntmachung ist bereits aufgrund der Marktanteile von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen, ausser für die Strecke Schweiz – Pakistan. Allerdings betrug auf der Schweiz – Pakistan der gemeinsame Marktanteil der Beteiligten im Zeitraum Januar bis Februar 2006 ungefähr 20 %. Somit ist auch für die Strecke Schweiz – Pakistan bereits von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund der Marktanteile auszugehen. Trotzdem erfolgt nachfolgend der Vollständigkeit halber noch eine Beurteilung anhand der qualitativen und quantitativen Elemente der Erheblichkeit. 1580. 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.⁷⁸¹ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt⁷⁸² – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, mit anderen Worten welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).⁷⁸³ 1581. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist alsdann zu prüfen, ob die Abrede gleichwohl zu rechtfertigen ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

⁷⁸¹ RPW 2000/2, 177 Rz 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba bezüglich vertikaler Abreden. ⁷⁸² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. ⁷⁸³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 230.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 217

B.3.4.5.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit 1582. Die vorliegende Untersuchung betrifft eine horizontale Preisabrede. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartner hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen

Abreden über diese beiden Punkte gar in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn in einem Fall die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.⁷⁸⁴ 1583. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.⁷⁸⁵ Im Einklang damit illustrieren sowohl die Praxis der WEKO wie auch diejenige der EU-Kommission, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.⁷⁸⁶ Schliesslich kann auf die vorangehenden Ausführungen zur Bedeutung der Wettbewerbsvariable Preis im Bereich Luftfracht verwiesen werden (vgl. Rz 1512 ff.). Diese Ausführungen bestätigen, dass es sich beim Preis um eine zentrale Wettbewerbsvariable handelt. 1584. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Wettbewerbsabrede auf den genannten Strecken (vgl. Abschnitt B.3.4.5) in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkung zu qualifizieren ist. B.3.4.5.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit 1585. Für die Bestimmung der quantitativen Beeinträchtigung eines Marktes wurden in der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden keine bestimmten und einfach messbaren Grössen festgelegt. Insbesondere liegen keine Marktanteilsgrenzen vor, aus welchen generell eine quantitative Beeinträchtigung abgeleitet werden kann. Die quantitative Beeinträchtigung ist demnach einzelfallweise zu prüfen.⁷⁸⁷ 1586. Horizontalen Wettbewerbsabreden kommt ein hohes Schädigungspotenzial für den Wettbewerb zu. Daher sind an die Kriterien des quantitativen Elements die Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. In quantitativer Hinsicht genügt entsprechend der Nachweis, dass die in Frage stehende Abrede Auswirkungen im relevanten Markt hatte.⁷⁸⁸ Zudem ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend in vielen Fällen sehr hohe Marktanteile (teilweise über 95 %) der beteiligten Unternehmen festzustellen sind (vgl. vorne Rz 1578). 1587. Die Ausführungen zur Frage der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG zeigen, dass die Beteiligten auf allen genannten Strecken höhere Preise verlangten als die nicht an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen. Auf den Strecken Schweiz – Pakistan und Schweiz – Vietnam konnten die Beteiligten im Gegensatz zu den anderen Strecken zwar nicht mehrheitlich höhere Preise durchsetzen. Trotzdem gelang es den Beteiligten in einigen, wenn auch wenigen Fällen. 1588. Weiter ist festzuhalten, dass die Speditionswirtschaft alle «Surcharges» an die verladende Wirtschaft weiterverrechnet.⁷⁸⁹ «Die Airlines rechnen ihren Kunden sogenannte

784 Vgl. RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, Baubeschläge für Fenster und Türen. 785 Vgl. RPW 2010/4 751 Rz 315 m. w. H., Baubeschläge für Fenster und Türen. 786 Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4 751 Rz 315 m. w. H., Baubeschläge für Fenster und Türen. 787 Vgl. RPW 2012/2, 399 Rz 1047, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 788 RPW 2010/4, 752 Rz 319, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. 789 Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10011639&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (25.07.2011).

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 218

«Surcharges» («Fuel Surcharge», «Security Surcharge» etc.) ab, um damit ihr eigenes, durch Kostenschwankungen bedingtes Risiko abzufedern. Die Speditionswirtschaft

ihrerseits gibt diese Surcharges 1:1 an die Verladerschaft weiter.»⁷⁹⁰ 1589. Dies zeigt auch, dass sich die Beteiligten über Preiselemente absprachen, die zur Übertragung von Risiko auf ihre Kunden dienten. 1590. Zudem führten die Speditionsunternehmen per 1. November 2005 wegen der Nicht-Kommissionierung durch die Luftverkehrsunternehmen gegenüber ihren Kunden, also der verladenden Wirtschaft, eine «Surcharge Collection Fee» ein.⁷⁹¹ 1591. [...] 1592. In Anbetracht des Vorangehenden ist die Wettbewerbsabrede auf den genannten Strecken (vgl. Abschnitt B.3.4.5) als quantitativ schwerwiegend zu qualifizieren. B.3.4.5.3 Stellungnahmen der Parteien zur erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (i) Stellungnahme [...] 1593. [...] geht davon aus, dass bei der Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung die Luftverkehrsunternehmen mit den Kontakten bei Frachtraten eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben müssen. Das erste Element (Bezwecken) nach Artikel 5 Absatz 3 beziehungsweise Artikel 5 Absatz 1 KG sei nicht ausreichend. Es käme entscheidend darauf an, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wurde. Daran fehle es hier jedoch. Zudem bleibe das Sekretariat jeden konkreten Nachweis schuldig, dass es tatsächlich auf den relevanten Strecken bei den Frachtraten zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gekommen sei. Es werde nicht hinreichend nach den einzelnen Elementen des Gesamtpreises differenziert. Die Formulierung im Antrag des Sekretariats lege nahe, dass wiederum von einer (nicht belegten) Gesamtabrede ausgegangen werde. Welche Preisabrede konkret gemeint sei (Treibstoffzuschlag, Frachtrate etc.), bleibe offen.⁷⁹² 1594. Zu diesem Vorbringen von [...] ist zunächst festzuhalten, dass der Antrag des Sekretariats im Abschnitt B.3.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs den Begriff «Bezwecken» nicht enthält. Zudem kann darauf entgegnet werden, dass der Antrag des Sekretariats tatsächlich von einer Gesamtabrede ausgeht (vgl. Abschnitt B.3.4.2). Schliesslich ist anzumerken, dass es zumindest in Bezug auf das qualitative Element keinen Unterschied macht, ob im vorliegenden Fall eine Gesamtabrede oder verschiedene Einzelabreden vorliegen. Die Gesamtabrede und die (eventualiter vorliegenden) Einzelabreden betreffen den gleichen Preis.

⁷⁹⁰ Spedlogswiss, Jahresbericht 2006, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10013601&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=fr>> (25.7.2011); Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10013156&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (30.07.2012). ⁷⁹¹ Spedlogswiss, Jahresbericht 2006, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10013601&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=fr>> (25.7.2011); Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfree-docis.cfm?id=10013156&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (30.07.2012). ⁷⁹² Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 219

(ii) Stellungnahme South African 1595. South African macht geltend, dass der Nachweis einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegend nicht erbracht sei (vgl. auch Rz 1528).⁷⁹³ 1596. Dem ist zu entgegnen, dass es sich bei der Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs um eine Analyse der Marktverhältnisse handelt. Entsprechend der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁷⁹⁴ ist diesbezüglich kein Vollbeweis zu erbringen. Immerhin muss aber eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen. Diese Anforderung ist vorliegend erfüllt

(vgl. Abschnitt B.3.4.5). 1597. South African führt zudem aus, dass es die Wettbewerbsbehörden im vorliegenden Fall, soweit ersichtlich, unterlassen hätten, die Stellung der Marktgegenseite im Detail zu analysieren, womit sie ebenfalls gegen den Untersuchungsgrundsatz verstossen würden. Es sei davon auszugehen, dass deren Stellung insgesamt als relativ stark anzusehen sei, mindestens so stark, um den Luftfahrtsunternehmen eine entsprechende Gegenmacht entgegenzusetzen zu können. Die Frage sei aber im Antrag gar nicht geprüft und abgehandelt worden.⁷⁹⁵ 1598. Diese Auffassung von South African ist nicht zu teilen. Marktgegenseite der Luftverkehrsunternehmen im Bereich Luftfracht stellen die Speditionen dar (vgl. Rz 1407). Wie der festgestellte Sachverhalt zeigt, gewährten die Luftverkehrsunternehmen den Speditionen trotz intensiver Forderungen keine Kommissionierung auf den Zuschlägen. Es ist somit offensichtlich, dass die Marktgegenseite der Luftverkehrsunternehmen nicht über genügend Gegenmacht für eine Disziplinierung verfügte. (iii) Stellungnahme United 1599. United macht geltend, dass unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichts im Publigroupe Fall, die Argumentationslinie des Sekretariats, weshalb der Informationsaustausch [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen], soweit United betreffend, eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, weder überzeugend noch nachvollziehbar sei. Insbesondere vermöge das Sekretariat keinen Kausalzusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und den angeblichen Preisentwicklungen zu erstellen. Eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (sowie eine Vereinbarung mit erheblicher Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG) müsse separat und individuell für jede der Parteien nachgewiesen werden, im vorliegenden Fall insbesondere gegenüber United. In dieser Hinsicht genüge es nicht, wenn das Sekretariat einfach behaupte, United sei Mittäter beim Verstoss gewesen, weil sie auch am Informationsaustausch beteiligt gewesen sei. Vielmehr müsse das Sekretariat nachweisen, dass United an einer Vereinbarung oder an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beteiligt gewesen sei, welche eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gezeitigt habe.⁷⁹⁶ 1600. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1131 verwiesen werden. (iv) Stellungnahme Singapore 1601. Singapore führt aus, dass der Ansatz im Antrag, wonach gemäss Bundesgericht davon auszugehen sei, dass die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 als eine Indikation für die

793 Vgl. act. [...]. 794 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2, Publigroupe SA et al./WEKO. 795 Vgl. act. [...]. 796 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 220

Beurteilung der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen dienen könnte, vorliegend nicht anwendbar sei. Erstens sei im zitierten Bundesgerichtsentscheid «Buchpreisbindung» eine Festsetzung von Preisen nachgewiesen worden. Im Gegensatz dazu handle es sich in der vorliegenden Untersuchung bloss um Preiselemente, und es habe vorliegend keine direkten oder indirekten Abreden unter den Fluggesellschaften gegeben, um solche Preiselemente zu vereinbaren. Zweitens habe das Bundesgericht in seinem Urteil die frühere Vertikalbekanntmachung vom 18. Februar 2002 erwähnt. Im Antrag werde behauptet, das Bundesgericht habe eine klare Marktanteilsschwelle bezüglich der Erheblichkeit ziehen wollen. Das Bundesgericht habe jedoch die genannte Vertikalbekanntmachung nicht als verbindlich erklärt und auch keinen in diese Richtung gehenden Analogieschluss gezogen. Das Gericht habe sich lediglich zur Sichtweise der

Wettbewerbskommission in deren Vertikalbekanntmachung vom 18. Februar 2002 geäussert.⁷⁹⁷ 1602. Dazu ist zunächst erneut festzuhalten, dass auch die Festsetzung von Preiselementen eine Preisfestsetzung im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG darstellt (vgl. Rz 1384 ff. und Rz 1531). Diese Abrede ist entsprechend der Sachverhaltsfeststellung nachgewiesen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Antrag nicht behauptet wird, das Bundesgericht habe eine klare Marktanteilsschwelle bezüglich der Erheblichkeit ziehen wollen. Es wird vielmehr ausgeführt, dass das Bundesgericht im fraglichen Entscheid die Lehre und die Behördenpraxis wiedergibt (vgl. Rz 1576 f.). Aus dem Entscheid wird insbesondere der Schluss gezogen, dass die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 (und damit auch die Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2012) auch bei horizontalen Sachverhalten sinngemäss herangezogen werden könne. Dieser Schluss ist ohne Weiteres zulässig, zumal das Bundesgericht die fragliche Bekanntmachung von sich aus im Rahmen der Prüfung einer horizontalen Preisabrede aufführt. Wäre das Bundesgericht der Ansicht, es könne nicht analog auf die Bekanntmachung abgestellt werden, hätte es kaum auf diese hingewiesen. 1603. Zum qualitativen Element der Erheblichkeit führt Singapore aus, dass es sich beim Informationsaustausch nicht um eine Preisfestsetzung handle. Deshalb seien die Argumente im Antragsentwurf in Bezug auf die qualitativen Elemente der Erheblichkeit nicht zutreffend. Es sei allgemein anerkannt, dass ein einfacher Informationsaustausch von geringerer qualitativer Erheblichkeit (wenn nicht sogar zulässig) sei, als eine unmittelbare Preisfestsetzung.⁷⁹⁸ 1604. Wiederum ist festzuhalten, dass auch die vereinbarte Festsetzung von Preiselementen eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG darstellt. Der Vermutungstatbestand gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Insbesondere gilt der Vermutungstatbestand beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Zudem lässt sich keine allgemein gültige Aussage zur Erheblichkeit eines Informationsaustausches tätigen (Singapore verweist diesbezüglich auch auf keine Literatur). Es ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden bei Marktpreisinformationssystemen und Meldestellen dazu tendieren, diese als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren.⁷⁹⁹ 1605. Singapore führt zum quantitativen Element der Erheblichkeit aus, im Antrag bleibe unklar, welcher kartellrechtlich relevante Zusammenhang zwischen den im Antrag aufgestellten Behauptungen – einerseits sollen die Spediteure die Zuschläge ihren Kunden überwältigt haben, andererseits sollen die Fluggesellschaften die Zuschläge dazu verwendet haben, um Teile ihrer Geschäftsrisiken auf die Kunden zu überwälzen – bestehen soll. Auch sei nicht ersichtlich, weshalb es vorwerfbar sein soll, wenn die Kunden der Luftfrachtunternehmen gewisse eigene Aufwände auf die nachgelagerte Marktstufe überwälzen würden. Weder dies

797 Vgl. act. [...]. 798 Vgl. act. [...]. 799 Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 194.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 221

noch die Überwälzung von Geschäftsrisiken sei notwendigerweise ein Indikator für die Erheblichkeit in Bezug auf den Informationsaustausch in einem wettbewerbsorientierten Markt. «Ausserdem führten die Tatsachen, dass die fraglichen Zuschläge ein Preiselement waren und die hohe Transparenz in der Branche ohnehin zur Möglichkeit, die Preisfestsetzung unilateral anzupassen.» Diese Aspekte müssten bei der quantitativen

Erheblichkeit berücksichtigt werden. Überdies wären die Änderungen betreffend den Zeitpunkt und die Höhe der Anpassungen der Treibstoffzuschläge dem Preis von Kerosin gefolgt. Weiter beträfen die Verhaltensweisen betreffend Treibstoff[zuschläge] für Sendungen in die Schweiz nicht die Preissetzung in der Schweiz. Im Lichte der Tatsache, dass die Treibstoff[zuschläge] nur Anteile der Transportkosten ausmachen würden, könne nicht angenommen werden, dass auch ein signifikanter Anstieg dieser Kosten einen erheblichen Einfluss auf Preise für Endprodukte in der Schweiz hätte haben könnte.⁸⁰⁰ 1606. Zu diesen Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass der Antrag eine Aussage der Speditionswirtschaft wiedergibt: Die Luftfrachtunternehmen rechnen ihren Kunden sogenannte «Surcharges» ab, um damit ihr eigenes, durch Kostenschwankungen bedingtes Risiko abzufedern. Die Speditionswirtschaft ihrerseits gibt diese Surcharges 1:1 an die Verladerschaft weiter (vgl. Rz 1588). Der Zusammenhang ergibt sich daher aus der zitierten Aussage, welche die Bedeutung der Zuschläge für den Bereich Luftfracht beschreibt. Die Luftfrachtunternehmen haben ihr Geschäftsrisiko in koordinierter Weise auf die Speditionsunternehmen als Marktgegenseite überwältzt. Damit hatte die in Frage stehende Abrede Auswirkungen im relevanten Markt. In Bezug auf die Vorbringen zu den Anteilen von Treibstoff[zuschlägen] an den Transportkosten kann auf die Ausführungen in Randziffer 1531 verwiesen werden. Zum Vorbringen in Bezug auf die Auswirkungen von Verhaltensweisen von Sendungen in die Schweiz kann auf die Ausführungen in Randziffer 1074 verwiesen werden. (v) Stellungnahme [...] 1607. [...] beanstandet, dass die Umsetzung der angeblichen Abreden mit Bezug auf die Inkraftsetzung und auf die Änderung des Zuschlags sehr uneinheitlich sei, was der Antrag nicht erwähne. Der Antrag erwähne auch nicht, dass die Kontakte [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] nicht beziehungsweise nur sehr beschränkt funktioniert hätten. Der eigentliche Nachweis einer zumindest erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs sei daher – auch vor dem Hintergrund, dass als Beweismass ein Vollbeweis zu erbringen sei – vorliegend nicht erbracht. Allfällige wettbewerbsrechtliche beziehungsweise volkswirtschaftlich negative Auswirkungen einer angeblichen Wettbewerbsabrede seien daher nicht vorhanden beziehungsweise unbewiesen.⁸⁰¹ 1608. Zur Frage des Beweismasses ist wiederum festzuhalten, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anforderungen an den Nachweis ökonomischer Zusammenhänge nicht übertrieben werden dürfen. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Somit genügt für die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dieses Beweismass ist vorliegend erfüllt. Daher ist der Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung erbracht. Im Übrigen widerspricht sich [...] mit der Behauptung, es liege keine Preisabrede beziehungsweise keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Immerhin hat [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG eingereicht. Artikel 49a Absatz 2 KG setzt nach dem klaren Wortlaut eine Wettbewerbsbeschränkung voraus.⁸⁰² 1609. [...] bemängelt, dass es die Wettbewerbsbehörden, soweit ersichtlich, unterlassen hätten, die Stellung der Marktgegenseite im Detail zu analysieren. Es sei davon auszugehen,

⁸⁰⁰ Vgl. act. [...]. ⁸⁰¹ Vgl. act. [...]. ⁸⁰² Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2, Publigroupe SA et al./WEKO.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 222

dass deren Stellung insgesamt als relativ stark anzusehen sei, mindestens so stark, um den Luftfahrtsunternehmen eine entsprechende Gegenmacht entgegenzusetzen zu können.⁸⁰³ 1610. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1598 verwiesen werden. Zudem ist anzumerken, dass gerade die von [...] genannten Beweismittel⁸⁰⁴ zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen bestrebt waren, sich zu koordinieren und sich folglich auch koordiniert haben. (vi) Stellungnahme [...] 1611. [...] macht geltend, die Analyse der IATA/CASS-Daten zeige, dass intensiver Preiswettbewerb geherrscht habe. Dies überrasche nicht, da die Bedeutung der Treibstoffzuschläge in Bezug auf den Gesamtpreis und vor allem vor dem Hintergrund des herrschenden Preiswettbewerbs gering gewesen sei. Die Treibstoffzuschläge würden ausserdem lediglich Änderungen der Treibstoffpreise abbilden. Der Treibstoffzuschlag sei lediglich einer von mehreren Bestandteilen des Preises, den die Fluggesellschaften ihren Kunden für Luftfrachttransporte verrechnen würden, und bei Weitem nicht der wichtigste. Ein Vergleich des Treibstoffzuschlags einerseits zum Gesamtpreis andererseits zeige, dass sich eine Abrede über die Treibstoffzuschläge nicht erheblich auf den Wettbewerb ausgewirkt habe. Der genaue Betrag, der jeweils auf die Treibstoffzuschläge entfallen sei, sei laut IATA nicht verfügbar. Die Abklärungen von [...] hätten ergeben, dass die Treibstoffzuschläge während des Untersuchungszeitraums im Durchschnitt rund 10 % des gesamten Preises ausgemacht hätten (zu Beginn des Untersuchungszeitraums weniger, am Ende mehr). Auf allen hier zur Diskussion stehenden Strecken sei der Anteil am Gesamtpreis ungefähr ähnlich gewesen. Da nur die Treibstoffzuschläge von einer Wettbewerbsabrede betroffen gewesen seien, seien auch lediglich 10 % des gesamten Frachtpreises von einer Wettbewerbsabrede tangiert gewesen. Bei den restlichen 90 % des Gesamtpreises habe Wettbewerb geherrscht. Die Luftverkehrsunternehmen seien untereinander in Bezug auf den Gesamtpreis im Wettbewerb gestanden, da allein dieser Gesamtpreis für den Kunden relevant sei. Für den Kunden sei ohne Bedeutung, welche Teile des Gesamtpreises auf die Frachtrate, auf den Treibstoffzuschlag und auf die übrigen Zuschläge entfallen würden. Da in Bezug auf den Gesamtpreis offensichtlich Wettbewerb geherrscht habe, könne nicht ernsthaft behauptet werden, eine Abrede über durchschnittlich 10 % des Gesamtpreises habe den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.⁸⁰⁵ 1612. Zum Vorbringen, dass die IATA-CASS-Daten intensiven Preiswettbewerb zeigen würden, kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1562 und 1563 verwiesen werden. Auch dem Vorbringen, dass eine Abrede über Treibstoffzuschläge mit einem Anteil am Gesamtpreis von ungefähr 10 % den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen könne, ist nicht zu folgen. Es besteht ein Widerspruch, wenn in Bezug auf den Gesamtpreis Wettbewerb geherrscht und gleichzeitig eine Abrede über 10 % des Gesamtpreises bestanden haben soll. Weiter ist in Erinnerung zu rufen, dass auch die Festsetzung von Preiselementen eine Preisfestsetzung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG darstellt. Der Vermutungstatbestand gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Insbesondere gilt der Vermutungstatbestand beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Für den Kunden ist von Bedeutung, ob der Gesamtpreis ein Element enthält, für welches die Luftverkehrsunternehmen eine Abrede getroffen haben. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden bei Marktpreisinformationssystemen und Meldestellen dazu tendieren, diese als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren.⁸⁰⁶

803 Vgl. act. [...]. 804 Vgl. act. [...] und act. [...]. 805 Vgl. act. [...]. 806 Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 194.

B.3.4.5.4 Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis 1613. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die vorliegende Wettbewerbsabrede so- wohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten ist. Dementsprechend ist ohne Weiteres auch die Beeinträchtigung insgesamt als erheblich ein- zustufen. Mit anderen Worten bewirkt die Preisabrede eine Beeinträchtigung des Wettbe- werbs, die gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG mindestens als erheblich zu qualifizieren ist. Dies gilt sowohl für die Strecken, für welche die gesetzliche Vermutung widerlegt werden kann, als auch – im Sinne einer Selbst-Wenn-Beurteilung – für die Strecken, bei welchen die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt werden kann.

B.3.4.6 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen 1614. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbe- werbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von techni- schem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbe- werb zu beseitigen.

B.3.4.6.1 Keine Effizienz- beziehungsweise Rechtfertigungsgründe 1615. Die Wettbewerbsbehörden haben den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörden das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hätten. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörden oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil der Par- teien aus, die damit die objektive Beweislast tragen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Artikel 5 Absatz 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss ei- nigmassen plausibel erscheinen.⁸⁰⁷ 1616. Gemäss Bundesgericht, Botschaft und Lehre sind die in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe abschliessend aufgezählt, wobei zur Rechtfertigung genügt, dass einer von ihnen gegeben ist.⁸⁰⁸ 1617. Diesbezüglich besteht allerdings eine Einschränkung: Ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, das aus Sicht der einzelnen Unternehmen effizient ist, führt nicht notwendigerweise auch zu einem gesamtwirtschaftlich effizienten Ressourceneinsatz. Der Effizienzbegriff des KG ist jedoch volkswirtschaftlich zu verstehen: «Die Effizienzgewinne dürfen nicht nur im Sinne

807 Vgl. Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E. 10.3, Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF. 808 Vgl. BGE 129 II 18, E. 10.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 753 E. 10.3), Buchpreisbindung; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 135 E. 13.2, Schweizerischer Buchhändler- und Ver- leger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF; Botschaft KG 95 (Fn 426), 558; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 304; PATRIK DUCREY, in: Immaterial- güter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/Marbach/Ducrey (Hrsg.), 2008, 315

vor N 1435.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 224

eines betriebswirtschaftlichen Effizienzgewinns den an der Abrede beteiligten Unternehmen in der Form einer Kartellrente zugute kommen. Zudem darf der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt werden.»⁸⁰⁹ 1618. Gemäss REKO/WEF sind bei der Prüfung der Effizienzgründe die wirtschaftlichen Resultate eines Zustandes mit und ohne Wettbewerb zu vergleichen. Erzeugt die fragliche Kooperation dabei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bessere Ergebnisse als der wirk- same Wettbewerb, ist im Zweifel für den Wettbewerb zu entscheiden.⁸¹⁰ Die Folgerung, wo- nach im Zweifel für den Wettbewerb zu entscheiden ist, weil dem Gesetz die Annahme zu- grunde liegt, dass Wettbewerb normalerweise am meisten Effizienzvorteile mit sich bringt, wird auch vom Bundesgericht geteilt.⁸¹¹ (i) Keine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten 1619. Auf den Effizienzgrund der Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten können sich Unternehmen berufen, wenn sie durch Kooperation gewisse Grössenvorteile (economies of scale) erreichen. Zu denken ist hier etwa an die Zusammenlegung der Produktion, an gemein- same Forschung und Entwicklung oder an einen gemeinsamen Vertrieb und Einkauf. Erfasst werden von diesem Effizienzgrund aber auch Spezialisierungsvereinbarungen, mit denen Kos- ten gespart werden (z. B. durch Vermeidung der Duplikation von Forschungs- und Entwick- lungskosten) und die Produktion gleichzeitig erhöht wird sowie grundsätzlich auch Vereinba- rungen, die dem Vertrieb eines neuen Produkts förderlich sind. Massgebend sind jedoch, und das gilt für sämtliche Effizienzgründe, die Umstände des jeweiligen Einzelfalles.⁸¹² 1620. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass es sich bei sämtlichen Untersuchungsadressatinnen um international tätige und «grosse» Luftverkehrsunternehmen handelt. Die Luftverkehrsun- ternehmen haben eine Wettbewerbsabrede getroffen, die den Preis betrifft. Es ist nicht ersicht- lich, inwiefern diese Wettbewerbsabrede als Rechtfertigung zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten erfasst werden kann. (ii) Keine Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren 1621. Der Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren ist weit zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern er- fasst zum Beispiel auch die Umweltverträglichkeit von Produkten. Darunter können auch die Verbreiterung des Angebots oder des Produktesortiments wie auch das Qualitätsniveau ver- standen werden. Weiter kann auch die Verbesserung des Vertriebs vom Tatbestandsmerkmal «Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren» erfasst werden. Beispiele für Abre- den, die eine Verbesserung des Vertriebs bezwecken, sind etwa die Verpflichtung zur fach- kundigen Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zu Gewährleistung eines guten Kundendienstes. Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn ge- eignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Sie stellen deshalb eine Verbesserung des Produkts dar.⁸¹³

⁸⁰⁹ Vgl. RPW 2005/2, 276 Rz 46 m. w. H., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Ver- lagserzeugnisse in der Schweiz. ⁸¹⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E.7, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerver- band SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO. ⁸¹¹ Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 134 E. 11., Schweizerischer Buchhänd- ler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF

812 RPW 2010/4, 754 Rz 334, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. 813 Vgl. RPW 2005/2, 276 Rz 51 m. w. H., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz (Die WEKO berücksichtigt die in der Lehre teilweise unter den Titel «Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren» subsumierte Verbesserung des Vertriebs unter dem Titel «Senkung der Vertriebskosten».)

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 225

1622. Gemäss WEKO vertritt die Lehre die Auffassung, dass im Falle der Rechtfertigung unter diesem Titel die dynamischen Aspekte im Vordergrund zu stehen haben: «Les arguments de l'amélioration des produits ou des procédés de fabrication et de la promotion de la recherche doivent à notre avis, être interprétés en relation avec la fonction innovative de la concurrence. Le problème majeur est alors de déterminer dans quelle mesure une restriction notable de la concurrence (ou plus exactement de l'efficacité allocative) est nécessaire pour améliorer l'efficacité innovative».814 1623. Die Luftverkehrsunternehmen haben eine Wettbewerbsabrede getroffen, die den Preis betrifft. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Wettbewerbsabrede als Rechtfertigung für die Verbesserung Produkte oder Produktionsverfahren erfasst werden kann. (iii) Keine Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen 1624. Die Förderung der Forschung und Verbreitung technischen Wissens kommt unter gewissen Voraussetzungen als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in Betracht. In Frage kommen dabei Absprachen zur Entwicklung von neuen Produkten oder allgemein über Forschung und Entwicklung, aber auch Absprachen über den Abschluss von Patent- oder Know-how-Lizenzverträgen. Als konkrete Beispiele werden in der Literatur Vereinbarungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen, welche die fachgerechte Ausbildung der Händler bezwecken, sowie Vereinbarungen zur Zusammenarbeit bei der Erstellung von Statistiken im Versicherungsbereich, genannt.815 1625. Die Luftverkehrsunternehmen haben eine Wettbewerbsabrede getroffen, die den Preis betrifft. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Wettbewerbsabrede als Rechtfertigung zur Förderung der Forschung und zur Verbreitung technischen Wissens erfasst werden kann. (iv) Keine rationellere Nutzung von Ressourcen 1626. Der Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen erfasst sowohl unternehmerische als auch natürliche Ressourcen sowie öffentliche Güter. Ob eine Ressourceneinsparung möglich ist, bestimmt sich dabei jeweils im Vergleich der Nutzung mit und ohne der in Frage stehenden Wettbewerbsabrede. Erforderlich ist ein genügend enger Bezug der Ressourceneinsparung zum Betrieb der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt.816 1627. Die Luftverkehrsunternehmen haben eine Wettbewerbsabrede getroffen, die den Preis betrifft. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Wettbewerbsabrede als Rechtfertigung zur rationelleren Nutzung von Ressourcen erfasst werden kann. B.3.4.6.2 Stellungnahmen der Parteien (i) Stellungnahme Singapore 1628. Singapore macht geltend, die EU-Kommission habe im Kontext von Luftverkehrsallianzen die Notwendigkeit auch von Preiskoordinationen bestätigt, damit die

814 Vgl. RPW 2005/2, 277 Rz 52 m. w. H., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz. 815 Vgl. RPW 2005/2, 307 Rz 186 m. w. H., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz. 816 Vgl. RPW 2005/2, 307 f. Rz 190 m. w. H., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz; RPW 2010/4, 754 Rz 342 m. w. H., Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren.

Luftverkehrsunternehmen Effizienzen (z. B. bessere Ausnutzung von Kapazitäten) erreichen könnten. Singapore habe mit [...] und Scandinavian die [...] -Allianz gebildet. Die Kooperation bezüglich Preissetzung für Luftfrachtdienstleistungen, inklusive Zuschläge, sei rechtmässig im Rahmen einer auf volle Kooperation ausgerichteten Allianz gewesen, wie [...] sie dargestellt hätte. [...] habe die Bedingungen für eine auf volle Kooperation ausgerichtete Allianz erfüllt und die wettbewerbsfördernden Effekte hätten allfällig wettbewerbsschwächende Folgen bei Weitem überwogen. Die Verhaltensweise wäre in jedem Fall aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz erlaubt.⁸¹⁷ 1629. Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzustellen, dass die [...] -Allianz zwischen Singa- pore, [...], Scandinavian und [...] gescheitert ist. Die Zusammenarbeit mit den [...] -Partnern sei unnötig geworden, weil die Streckennetze der Luftverkehrsunternehmen genügend dicht ge- worden seien. Zudem hätten die Luftverkehrsunternehmen gesagt, dass die Frachtallianz nie so gut funktioniert hätte wie im Rahmen von Allianzen beim Personentransport. Experten gin- gen davon aus, dass der Grund nicht zuletzt im Fehlen von Reservationssystemen und Kun- denbindungsprogrammen gelegen habe.⁸¹⁸ Zudem bezeichnet [...] die Allianz im Rahmen des Zusammenschlusses mit [...] als «only a loose alliance which facilitates interlining among its members, so they can expand their respective networks. The parties do not sell their products jointly nor to they coordinate on prices, schedules or capacity.»⁸¹⁹ Diese Ausführungen stehen im Widerspruch zu der von Singapore behaupteten Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz. Somit sind Effizienzgründe nicht nachgewiesen. Eine entsprechende Rechtfertigung scheidet aus. B.3.4.6.3 Zwischenergebnis: Keine Rechtfertigungsgründe 1630. Bei der vorliegenden Preisabrede sind Effizienzgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buch- stabe a KG nicht ersichtlich beziehungsweise können nicht nachgewiesen werden. Entspre- chend der erwähnten Beweislastverteilung (vgl. Rz 1615) bleibt es damit bei der Unzulässig- keit der Wettbewerbsabrede. B.3.4.6.4 Frage der Notwendigkeit 1631. Weil Effizienzgründe nicht ersichtlich sind beziehungsweise nicht nachgewiesen werden können, stellt sich die Frage der Notwendigkeit nicht. B.3.4.6.5 Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 1632. Die Voraussetzungen für die Rechtfertigung gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a und b KG (Vorliegen eines Effizienzgrundes, Notwendigkeit und Ausschluss der Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung) müssen kumulativ erfüllt sein.⁸²⁰ Da es bereits am Vorliegen eines Effizienzgrundes mangelt, erübrigt sich eigentlich eine Prüfung der Frage der Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Allerdings kommt vorliegend Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b KG entscheidende Bedeutung zu: Eine Rechtfertigung durch Gründe der wirt- schaftlichen Effizienz setzt voraus, dass die Abrede den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.⁸²¹

⁸¹⁷ Vgl. act. [...], act. [...]. ⁸¹⁸ Jahresbericht 2008 EU-Kommission (GD Energie und Transport), Analyses of the European air transport market, S 116. ⁸¹⁹ Entscheid der EU-Kommission COMP/M.3770 Lufthansa/Swiss vom 4. Juli 2005, Rz 177. ⁸²⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E.7, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerver- band SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO. ⁸²¹ Vgl. BGE 129 II 18, E. 10.4 (= RPW 2002/4, 755 E. 10.4), Buchpreisbindung; RPW 2012/2, 257 Rz 459, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.

1633. Gemäss Botschaft KG 95822 sollen effizienzsteigernde Abreden, selbst wenn sie im Interesse der Verwirklichung öffentlicher Anliegen wären, dem kartellrechtlichen Ziel der Erhaltung wirksamen Wettbewerbs nicht grundsätzlich zuwiderlaufen. Das Gesetz schliesst deshalb die Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in den Fällen aus, in denen die beteiligten Unternehmen durch die Abrede wirksamen Wettbewerb beseitigen könnten. Dabei ist nicht nur der aktuelle Zustand der Wettbewerbsverhältnisse, sondern auch die sich aus der Abrede ergebende zukünftige Entwicklung zu berücksichtigen. Fällt die Beurteilung unter diesem Blickwinkel negativ aus, so steht den Beteiligten nur noch die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Zulassung aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses im Sinne von Artikel 8 KG offen. 1634. In dieser Hinsicht bestehen in der Literatur differenzierte Ansichten. Einerseits wird vertreten, der Gesetzgeber habe mit dem Tatbestandselement, dass in keinem Fall die Möglichkeit zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bestehen dürfe, die Hürde für eine Zulassung einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abrede sehr hoch gelegt. Bestehe etwa nur eine entfernte Möglichkeit einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung durch die Abredeparteien, müsse die Behörde beziehungsweise der Richter die Wettbewerbsabrede für unzulässig erklären.⁸²³ 1635. Andererseits wird vertreten, dass es bezüglich Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b KG nicht genüge, wenn für die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eine entfernte Möglichkeit bestehe. Es müsse vielmehr eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer potenziellen Wettbewerbsbeseitigung vorliegen.⁸²⁴ 1636. Von einer Möglichkeit wirksamen Wettbewerb zu beseitigen muss im vorliegenden Fall umso mehr gesprochen werden, als die Abrede über weite Strecken über [ein gemeinsames System] abließ. [...] Es bestand damit für den Fall, dass die gesetzliche Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG widerlegt werden könnte, mehr als die teilweise von der Literatur geforderte erhebliche Wahrscheinlichkeit einer potenziellen Wettbewerbsbeseitigung. B.3.4.7 Ergebnis 1637. Die in Frage stehende Wettbewerbsabrede unter den am Verfahren beteiligten Parteien im Zeitraum 2000 bis Februar 2006 beseitigte den Wettbewerb gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG auf folgenden relevanten Märkten: unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf den Strecken - Schweiz – USA, - Schweiz – Singapur, - Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004, - USA – Schweiz, - Singapur – Schweiz. 1638. Die in Frage stehende Wettbewerbsabrede unter den am Verfahren beteiligten Parteien im Zeitraum 2000 bis Februar 2006 beeinträchtigte den Wettbewerb gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG auf folgenden relevanten Märkten erheblich: unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf den Strecken - Schweiz – Pakistan, - Schweiz – Vietnam.

822 Botschaft KG 95 (Fn 426), 561 f. 823 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 361. 824 FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 105.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 228

Diese erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen können nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden. 1639. Eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG läge auch – im Sinne einer Selbst-Wenn-Beurteilung – für die relevanten Märkte vor, für die die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt werden kann. In Bezug auf diese relevanten Märkte besteht in qualitativer Hinsicht eine schwerwiegende Einschränkung des Wettbewerbs (Hard-core-Kartell). Ebenfalls ist die Wettbewerbsabrede auf den relevanten Strecken als

quantitativ schwerwiegend zu qualifizieren. Die Abrede hatte Auswirkungen im relevanten Markt, beispielsweise in Form von höheren Preisen (im Vergleich zu den Preisen der nicht an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen) oder der Nicht-Kommissionierung gegenüber den Bedingungen. Zudem hielten die Abredeteiligen in vielen Fällen sehr hohe Marktanteile (teilweise über 95 %). Auch diese Wettbewerbsbeeinträchtigungen könnten nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden. B.4 Massnahmen 1640. Nach Artikel 30 Absatz 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. B.4.1) als auch monetäre Sanktionen (vgl. B.4.2). B.4.1 Anordnung von Massnahmen 1641. Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁸²⁵ 1642. Eine Verpflichtung zu einem Tun oder zu einem Unterlassen ist möglichst präzise zu formulieren. Allerdings darf das Erfordernis der Bestimmtheit auch nicht übertrieben werden und insbesondere müssen die Anordnungen im Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen.⁸²⁶ 1643. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich ohne Weiteres durch ein Unterlassen der die Wettbewerbsbeschränkung begründenden Handlungen beseitigen. Eine andere Massnahme erscheint nicht als angezeigt. Den Parteien ist daher zu verbieten, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist. 1644. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnende Massnahme können nach Massgabe von Artikel 50 beziehungsweise 54 KG mit einer Verwaltungsbeziehungsweise 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.⁸²⁷

825 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 4), Art. 30 KG N 58 f. 826 Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 4), Art. 30 KG N 107 f. m. w. H. 827 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.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 229

B.4.2 Sanktionierung B.4.2.1 Allgemeines 1645. Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 KG ist sinngemäss anwendbar. 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 (Art. 49a Abs. 1 KG). 1646. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Artikel 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders

schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁸²⁸ B.4.2.1.1 Stellungnahmen der Parteien zur Sanktionierung im Allgemeinen (i) Stellungnahme South African 1647. South African macht geltend, dass im Antrag aus unerfindlichen Gründen eine Sanktionsbemessung durchgeführt werde, obwohl South African auf den antragsgemäss definierten, relevanten Strecken gar nicht tätig sei und daher folgerichtig keine Sanktion auferlegt werde. Mangels Tätigkeit und Umsatz auf den relevanten Märkten könne seitens South African gar kein kartellrechtswidriges, vorwerfbares Verhalten vorliegen. Auf die Durchführung der Sanktionsbemessung beziehungsweise -berechnung könne daher verzichtet werden.⁸²⁹ 1648. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1123 verwiesen werden. Der Umsatz auf den relevanten Märkten ist insofern nur relevant für die Berechnung der Höhe der Sanktion und nicht für die Frage, ob überhaupt eine Sanktion auszusprechen ist. Dass sich aufgrund des Umsatzes von South African auf den relevanten Märkten ein Sanktionsbetrag von null Franken ergibt, ändert nichts daran, dass aufgrund des Verhaltens von South African eine Sanktion zu verhängen ist. Andernfalls würde immer der Umsatz auf dem relevanten Markt die Beteiligung an einer etwaig unzulässigen Wettbewerbsabrede bestimmen: Ein Unternehmen ohne Umsatz wäre nie an einer etwaig unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt. Dies kann nicht Sinn und Zweck des Kartellgesetzes sein. Zudem berücksichtigt die Sanktionsbemessung eben gerade die von South African angegebenen Umsätze auf den relevanten Strecken. (ii) Stellungnahme AMR (American) 1649. American macht geltend, dass unabhängig vom Nachweis eines wettbewerbsrechtlichen Verstosses, gegen American aufgrund des Eintritts der Verjährung dennoch keine Sanktionen mehr verhängt werden könnten. Zwar enthielten weder das EU-Luftverkehrsabkommen noch das Kartellgesetz auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbaren Verjährungsbestimmungen. Weil die Sanktionen nach Artikel 49a KG jedoch als strafrechtlich oder zumindest als strafrechtsähnlich zu qualifizieren seien, müssten die gestützt darauf ausgefallten Sanktionen aber

⁸²⁸ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (nachfolgend: Botschaft 2001), BBl 2002, 2022 ff., insb. 2023, 2033 ff., 2041; PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92. ⁸²⁹ Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 230

zwingend einer Verjährung unterworfen sein. Unter Verweis auf die Lehre könne spätestens seit dem 13. Februar 2012 keine Sanktionen gegen American mehr ausgesprochen werden.⁸³⁰ 1650. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 f. verwiesen werden. (iii) Stellungnahme United 1651. United macht geltend, dass die Verfolgung des vorgeworfenen Verhaltens verjährt, das heisse die Verjährungsfrist abgelaufen sei. Selbst wenn es keine spezifischen Bestimmungen im Kartellgesetz gebe, beruhe diese Aussage auf den Präzedenzfällen des Bundesverwaltungsgerichts über die vernünftige Dauer von Kartellverfahren und der Lehre, welche Verfahrens- und strafrechtliche Bestimmungen über die Verjährung analog anwende. Gemäss Artikel 333 Absatz 1 StGB seien die allgemeinen Bestimmungen bezüglich Verjährung auch anwendbar auf solche Handlungen, welche in anderen Bundesgesetzen mit Sanktionen bedroht

würden, soweit diese Gesetze nicht selber eine Verjährungsbestimmung enthielten. Folglich er- scheine es logisch und legitim, die allgemeinen Verjährungsbestimmungen auf Artikel 49a KG anzuwenden. Auch Artikel 2 VStrR, welches auf die Strafverfolgung durch eidgenössische Verwaltungsbehörden anwendbar sei, sehe vor, dass die wesentlichen Bestimmungen des Schweizer Strafrechts anwendbar seien, falls das Spezialgesetz oder das VStrR eine be- stimmte Rechtsfrage nicht regele. Da Kartellrechtsverletzungen mit Sanktionen strafrechtli- chen Charakters gemäss Schweizer Recht versehen seien, könnten die folgenden Verjäh- rungsfristen zur Anwendung gelangen: Falls das VStrR anwendbar sei, eine Verjährungsfrist von vier Jahren (Art. 11 VStrR i. V. m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB); falls nur das StGB an- wendbar sei, eine Verjährungsfrist von drei Jahren (Art. 109 StGB); selbst wenn ein Kartell- rechtsverstoss als Verbrechen betrachtet würde, wäre eine Verjährungsfrist von sechs Jahren anwendbar gemäss Artikel 333 Absatz 6 Buchstabe a StGB.⁸³¹ 1652. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 f. verwiesen werden. Inwiefern sich aus Artikel 333 Absatz 6 Buchstabe a StGB eine Verjährungsfrist für Verbrechen von sechs Jahren ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Diese Bestimmung besagt bloss, dass bis zur Anpassung an die Verjährungsbestimmungen des Strafgesetzbuches altrechtliche Verjäh- rungsfristen in anderen Bundesgesetzen um die Hälfte erhöht werden, soweit es sich um Ver- brechen oder Vergehen handelt. (iv) Stellungnahme SAS (Scandinavian) 1653. Scandinavian bringt vor, dass im Zeitpunkt der Stellungnahme gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG seit Verfahrenseröffnung sieben Jahre vergangen seien. Wenn man für Scandinavian den Zeitpunkt [...] im Juni 2002 berücksichtige, dann seien mehr als zehn Jahre vergangen. Das Kartellgesetz kenne keine spezifischen Bestimmungen bezüglich der Verjährungsfrist für unzulässige Abreden. Das Kartellgesetz lege auch keine Frist fest, in welcher die WEKO ent- scheiden oder ein Verfahren beenden müsse. Allerdings könne es angesichts der generellen Prinzipien des Rechts nicht sein, dass keine Verjährungsfrist gelte, sofern die WEKO ein Ver- fahren vor Ablauf der Frist gemäss Artikel 49a Absatz 3 KG eröffne. Der Strafcharakter der Sanktionen gemäss Kartellgesetz sei von den Gerichten und den schweizerischen Wettbe- werbsbehörden anerkannt. Unter Verweis auf die Literatur und schweizerisches Strafrecht be- trage die Verjährungsfrist vier beziehungsweise fünf Jahre. Für Scandinavian sei die Teil- nahme an einer Gesamtabrede, was Scandinavian formell bestreite, in jedem Fall verjährt.⁸³² 1654. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 f. verwiesen werden.

830 Vgl. act. [...], act. [...]. 831 Vgl. act. [...], act. [...]. 832 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 231

(v) Stellungnahme Singapore 1655. Singapore macht geltend, dass – soweit das Kartellgesetz überhaupt anwendbar beziehungsweise die WEKO zuständig sei – die Möglichkeit zur Verfolgung von Singapore im Hin- blick auf die Auferlegung einer Sanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG am 1. März 2011 ver- jährt sei.⁸³³ 1656. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 verwiesen werden. 1657. Singapore macht weiter geltend, dass der Antrag eine unzulässige rückwirkende Anwen- dung des Kartellgesetzes vornehme. Sachverhaltselemente, welche sich vor dem 1. April 2004 ereignet hätten, seien insofern von der Analyse im Antragsentwurf auszuschliessen, als sie als Grundlage für Sanktionen gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG gegen Singapore herangezo- gen würden.⁸³⁴ 1658. Dem ist entgegenzuhalten, dass vorliegend für die Sanktionierung nur Verhaltensweisen ab dem 1. April 2004 herangezogen werden. Für die

Frage nach einer wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit als Tatbestandselement von Artikel 46a Absatz 1 KG gilt diese zeitliche Grenze hingegen nicht. Mit anderen Worten: Eine kartellrechtliche Unzulässigkeit kann auch für den Zeitraum vor dem 1. April 2004 festgestellt werden. Bloss die Sanktion kann sich nur auf Verhaltensweisen ab dem 1. April 2004 beziehen. Es liegt keine unzulässige rückwirkende Anwendung des Kartellgesetzes vor. (vi) Stellungnahme [...] 1659. [...] bringt vor, dass selbst wenn ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten vorliegen würde, dieses Verhalten verjährt sei. Somit könne gestützt auf das Kartellgesetz keine Sanktionsverfügungen ausgesprochen werden. Zudem sei die Verfahrensdauer als überlang zu bezeichnen. Das Verfahren sei daher auch aus diesem Grund ohne Folgen einzustellen.⁸³⁵ 1660. Bezüglich der Frage der Verjährung kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 verwiesen werden. Zur Frage der überlangen Verfahrensdauer kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden. (vii) Stellungnahme [...] 1661. [...] macht geltend, dass ausschliesslich die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens zur Anwendung gelangten. Das Kartellgesetz scheidet aus. Daher könnten auch keine Sanktionen gestützt auf das Kartellgesetz verhängt werden. Das in diesem Fall anwendbare EU-Luftverkehrsabkommen gebe keine Grundlage für eine Sanktionsbefugnis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten. Aufgrund von Artikel 11 Absatz 2 LVA sei nur die Feststellung der Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 und 9 LVA möglich, nicht jedoch deren Sanktionierung.⁸³⁶ 1662. Dem ist zu entgegnen, dass das Kartellgesetz parallel zum EU-Luftverkehrsabkommen Anwendung findet (vgl. Abschnitt B.1.2.2 und Rz 1089). Somit erübrigt sich die Frage, ob eine Sanktionierung alleine gestützt auf das EU-Luftverkehrsabkommen möglich wäre.

833 Vgl. act. [...]. 834 Vgl. act. [...]. 835 Vgl. act. [...], act. [...]. 836 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 232

(viii) Stellungnahme [...] 1663. [...] macht geltend, selbst wenn vorliegend eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG verbleiben würde – was nach Auffassung von [...] nicht der Fall sei –, dürfe keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG verhängt werden. Der direkten Sanktionsdrohung unterstünden gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG Unternehmen, die an einer «unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 KG» beteiligt seien. Grund für die direkte Sanktionierung gewisser Abreden sei nicht ihre Unzulässigkeit gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG oder gar der Abredetyp, sondern ausschliesslich ihre qualifizierte Schädlichkeit. Diese liege in der Wettbewerbsbeseitigung im konkreten Fall, sofern die Beseitigungsvermutung nicht – wie vorliegend – widerlegt werde. Der Gesetzgeber habe nur die schwersten Verstösse gegen das Kartellgesetz direkt sanktionieren wollen, das heisse Verhaltensweisen, die sich «besonders schädlich auswirken» würden. Dies entspreche dem «effects based»-Konzept des Kartellgesetzes und Artikel 96 BV. Deshalb verweise Artikel 49a Absatz 1 KG auch auf Artikel 5 Absatz 3 KG (und nicht bloss auf Art. 5 Abs. 1 KG) und knüpfe damit die Sanktion an die Wettbewerbsbeseitigung, das heisse an die Schwere der Wettbewerbsschädigung im Einzelfall, und nicht an die blosser Unzulässigkeit. Werde die Beseitigungsvermutung widerlegt, sei der Wettbewerb nicht beseitigt. Die qualifizierte Schädlichkeit entfalle, und mit ihr die Sanktionierbarkeit. Eine allenfalls verbleibende erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Artikel 5 Absatz 1 KG habe keine Sanktionsfolgen. Die Praxis der WEKO, Abreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG auch dann zu sanktionieren, wenn die

Beseitigungsvermutung widerlegt wurde, verstosse gegen den klaren Wortlaut, den Sinn und die Entstehungsgeschichte von Artikel 49a Absatz 1 KG.⁸³⁷ 1664. Dem ist entgegenzuhalten, dass nach ständiger Praxis der WEKO eine Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG auch dann sanktionierbar bleibt, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, jedoch eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt.⁸³⁸ Auch ist in der Botschaft 2001 nicht die Rede davon, dass die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sanktioniert werden soll. Sanktioniert werden sollen bestimmte Arten von Kartellen: «Aus verfassungsrechtlichen Gründen wird darauf verzichtet, für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz generell direkte Sanktionen vorzusehen. Sanktioniert werden sollen vielmehr die so genannt harten Kartelle (d. h. Abreden, welche Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben – vgl. Art. 5 Abs. 3 KG) sowie der Missbrauch von Marktmacht (vgl. Art. 7 KG).»⁸³⁹ In der Literatur wird diese Praxis der WEKO bestätigt.⁸⁴⁰ (ix) Stellungnahme [...] 1665. [...] bemängelt, dass die Sanktion offensichtlich unverhältnismässig hoch sei. Die Umsatzzahlen betreffend Treibstoffzuschläge seien fälschlicherweise in der Sanktionsbemessung berücksichtigt. Sodann seien auch die Umsätze auf den Strecken USA-Schweiz und Singapur-Schweiz fälschlicherweise berücksichtigt. Die Grundlage für die Sanktionsbemessung beinhalte nur die in der Schweiz realisierten Umsätze, das heisse nur Umsätze aufgrund ausgehenden Verkehrs. Weiter verstosse die Berücksichtigung der Umsätze «outbound» und «inbound» auf den Strecken zwischen der Schweiz und USA gegen den völkerrechtlich⁸⁴¹ geschützten Grundsatz «ne bis in idem». Die Umsätze auf Strecken zwischen der Schweiz und der Tschechischen Republik könnten nicht für die Sanktionsbemessung herangezogen

837 Vgl. act. [...]. 838 Vgl. beispielsweise RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; 839 Botschaft 2001 (Fn 828), 2023 Übersicht. 840 Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 6 ff, mit weiteren Hinweisen. 841 Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07); Art. 14 Ziff. 7 UNO-Pakt II; Art. 54 des Schengen-Durchführungsübereinkommens vom 19. Juni 1990, ABl. L 239 vom 22.9.2000 S. 19; Art. 20 des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (SR 0.312.1).

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 233

werden, da die WEKO für diese Strecken seit 1. Mai 2004 nicht mehr zuständig sei. Der Wegfall der Zuständigkeit der WEKO durch den Beitritt der Tschechischen Republik in die EU innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 entspreche der Aufgabe des kartellrechtswidrigen Verhaltens. Schliesslich dürften für Frachtraten [...] die entsprechenden Umsätze nicht in die Sanktionsbemessung eingehen.⁸⁴² 1666. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich der Basisbetrag gemäss Artikel 3 SVKG nach den Umsätzen auf den relevanten Märkten richtet. Eine Aufteilung dieser Umsätze in verschiedene Komponenten oder Teilumsätze entspricht nicht den Bestimmungen der KG-Sanktionsverordnung. Zudem richtet sich die Sanktionsbemessung nach den in der Schweiz erzielten Umsätzen. Daher ist keine Unterscheidung zwischen in die Schweiz eingehenden (inbound) und aus der Schweiz ausgehenden (outbound) Verkehr zu machen. In beiden Fällen wird nur der in der Schweiz erzielte Umsatz erfasst. Deshalb erfragte das Sekretariat bei den Parteien nur die in der Schweiz erzielten Umsätze.⁸⁴³ Aus analogen Gründen gehören auch die Frachtraten in die Umsätze zur Sanktionsbemessung. Die vorliegende Sanktionsbemessung verwendet

die von den Parteien gemachten Umsatzangaben.⁸⁴⁴ Ungeachtet der Frage nach der Tragweite des Grundsatzes «ne bis in idem» im Kartellrecht (vgl. Rz 177) liegt kein Verstoß gegen dieses Prinzip vor. Die vorliegende Sanktionsbemessung berücksichtigt nur diejenigen in der Schweiz erzielten Umsätze, für die ausschliesslich die Schweizer Behörden zuständig sind. Der Ansicht von [...], dass der Wegfall der Zuständigkeit der WEKO wie die Aufgabe der Verhaltensweise wirke, kann nicht gefolgt werden. Mit der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 sollen die innerhalb der Frist nicht mehr ausgeübten Verhaltensweisen sanktionsfrei bleiben. Bei der von [...] vertretenen Ansicht wäre eine Sanktionsbefreiung auch ohne Änderung in der Verhaltensweise möglich. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003. B.4.2.2 Tatbestandselemente von Artikel 49a Absatz 1 KG 1667. Die Belastung eines Unternehmens mit einer Sanktion setzt voraus, dass sämtliche Tatbestandselemente von Artikel 49a Absatz 1 KG (Unternehmen, unzulässige Verhaltensweise, Vorwerfbarkeit) erfüllt sind. B.4.2.2.1 Unternehmen (i) Grundsätze 1668. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Artikel 49a Absatz 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Artikel 2 Absatz 1 und 1bis KG abgestellt.⁸⁴⁵ (ii) Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall 1669. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen sind von folgenden Luftverkehrsunternehmen ausgegangen: [...], Korean, Polar, South African, Alitalia, American, United, Scandinavian und Singapore. Diese Luftverkehrsunternehmen sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren (vgl. vorne Rz 932).

842 Vgl. act. [...], act. [...]. 843 Vgl. act. [...]. 844 Vgl. act. [...]. 845 Vgl. JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 2011, Art. 49a N 6.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 234

B.4.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise (i) Grundsätze 1670. Artikel 49a Absatz 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Grundlage von Artikel 96 BV in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstöße, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.⁸⁴⁶ 1671. Eine Sanktionierung der ersten in Artikel 49a Absatz 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante – der Beteiligung an Abreden – ist an die folgenden zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG und zweitens die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁸⁴⁷ 1672. Nach der Praxis der WEKO können Abreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG auch dann sanktioniert werden, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, da Artikel 49a Absatz 1 KG keine Präzisierung enthält, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergibt. Mit anderen Worten ist die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede vom Typus gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG unabhängig davon gegeben, ob Wettbewerb beseitigt oder «nur» erheblich beeinträchtigt wird. Zudem ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genügt. Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche

Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.⁸⁴⁸ (ii) Spezialfall EU-Luftverkehrsabkommen 1673. Entsprechend den vorangehenden Ausführungen zum EU-Luftverkehrsabkommen (vgl. Abschnitt B.1.2) sind das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kartellgesetz parallel anzuwenden. Im Falle einer nach EU-Luftverkehrsabkommen zulässigen Verhaltensweise kann allerdings kein Verbot nach Kartellgesetz ausgefällt werden. Ebenfalls kann auch keine nach EU-Luftverkehrsabkommen unzulässige Verhaltensweise durch die Bestimmungen des Kartellgesetzes erlaubt sein. Soweit jedoch beide Wettbewerbsregeln ein Verhalten als unzulässig erklären, steht das EU-Luftverkehrsabkommen einer Sanktion nach schweizerischem Kartellgesetz nicht entgegen. 1674. Dies führt dazu, dass im Anwendungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens das Vorliegen einer unzulässigen Verhaltensweise sowohl nach Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG beziehungsweise Artikel 7 KG als auch nach Artikel 8 oder 9 LVA kumulativ Tatbestandselement bilden. (iii) Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall 1675. Vorliegend ist zunächst zu beachten, dass die Möglichkeit direkter Sanktionen erst mit der per 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsrevision eingeführt wurde. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung wird für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits vor Inkrafttreten

846 Vgl. Botschaft 2001 (Fn 828), 2036 f. 847 Vgl. RPW 2010/4, 756 Rz 366, Baubeschläge für Fenster und Türen; vgl. auch ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34. 848 Vgl. RPW 2010/1, 108 Rz 332, Gaba; RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 235

von Artikel 49a Absatz 1 KG Wirkung entfalteten, für die Sanktionierung nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt. 1676. Die Einführung der direkten Sanktionen nach Artikel 49a KG erfolgte zu einem Zeitpunkt, als die vorliegende unzulässige Verhaltensweise bereits ausgeübt worden ist. Gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 entfällt eine Belastung nach Artikel 49a KG, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach dem Inkrafttreten dieser Bestimmung am 1. April 2004 gemeldet oder aufgelöst wird. Wettbewerbsabreden welche vor dem 1. April 2005 eingestellt worden sind, sind daher nicht sanktionsrelevant. Die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 gilt allerdings gemäss klarem Wortlaut nur für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen. Der Sanktionsausschluss gemäss Schlussbestimmung bezieht sich mit anderen Worten nicht auf neue Sachverhalte, sondern nur auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen.⁸⁴⁹ Eine erst nach dem 1. April 2004 umgesetzte Wettbewerbsbeschränkung bleibt daher sanktionierbar, selbst wenn sie vor dem 1. April 2005 wieder aufgehoben worden ist. EU-Luftverkehrsabkommen 1677. Entsprechend den Ausführungen zur Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens (vgl. Abschnitt B.3.3.6) liegen aufgrund der Kontakte zwischen den am Verfahren beteiligten Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen gemäss europäischer Rechtsprechung vor. Es liegen Zuwiderhandlungen von zwei Gruppen vor. Für die Gruppe der am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...] ergibt der festgestellte Sachverhalt einen Widerhandlungszeitraum von Juni 2002 bis

Abreden zumindest um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 in Verbindung mit Absatz 1 KG. 1681. Das Tatbestandselement der Beteiligung an einer unzulässigen Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG ist damit auch erfüllt.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 237

B.4.2.3 Vorwerfbarkeit B.4.2.3.1 Grundsätze 1682. Nach der Praxis der WEKO und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein fahrlässiges Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁸⁵⁰

B.4.2.3.2 Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall 1683. 1997 gab die IATA einen Entwurf der «Resolution 116ss» heraus, welcher unter anderem eine Koordination und einen Informationsaustausch betreffend Treibstoffkosten über die IATA beinhaltete. Diese Resolution wurde nie in Kraft gesetzt, weil sie von verschiedenen Bundesbehörden nicht genehmigt wurde. Insbesondere das US Department of Transportation lehnte die Resolution im März 2000 ab.⁸⁵¹ 1684. Bezugnehmend auf die Ablehnung der «Resolution 116ss» führte das Sekretariat des IATA Cargo Committee in einem Memorandum vom 14. April 2000 an alle Mitglieder (welches offenbar auch der Cargo Tariff Steering Group und der Cargo Tariff Coordinating Conference geschickt wurde) Folgendes aus: «We have had a significant number of appeals to maintain and continue to publish the IATA Fuel Index and have been examining how this could be done following the disapproval of Resolution 116ss by the US DoT. Our legal advisors' strong view is that IATA Members could be exposed to serious antitrust liability if we were to continue to publish the Index or to approach PLATTS^[852] or any other entity with a request to provide the index, or if it was suggested to one or more carriers that they approach PLATTS in this regard. While it is recognised we cannot prevent carriers from doing so on their own initiative, we have to affirmatively advise against taking any such action, for the reasons stated below. The Index has now become tainted by the DoT order finding Resolution 116ss, to which the Index was linked, to be adverse to the public interest and in violation of law. If the carriers were to coordinate pricing by reference to the Index, whether pursuant to this disapproved Resolution or simply through de facto parallel pricing actions, that could be regarded as an illegal conspiracy in violation of applicable Competition laws, whether the Index is published by IATA, PLATTS, or indeed, simply calculated by each of the carriers independently. Against that background, IATA has no choice but to discontinue all activity associated with the disapproved Resolution, including calculation and dissemination of the Fuel Price Index, and it has done so. Because any further pricing actions linked to the now tainted Index could expose the carriers engaging in such pricing actions to serious antitrust liability, we must advise that carriers not engage in any pricing actions tied to the Index. As there is no further legitimate or lawful use to be made of the Index, we also recommend that carriers refrain from approaching any third party requesting them to calculate and publish the Index. While we acknowledge the desire of many Members to have the Fuel Index published, we do believe the foregoing reflects a correct analysis of the situation. For the reasons

850 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 851 Vgl. act. [...]. 852 Platts ist ein Informationsdienstleister, welcher insbesondere auch Informationsdienstleistungen im Bereich Flugzeugtreibstoff erbringt (vgl. www.platts.com).

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 238

expressed, the position being taken is designed to protect both Members and IATA from serious legal liability risk.»⁸⁵³ 1685. In einer E-Mail von [...] an [...] vom 26. Juni 2004 wird wohl nicht zuletzt darauf Bezug genommen: «Zur Erinnerung, die Airlines dürfen kein gemeinsames System einführen, dies sind alles "unilateral Activities", die nicht über die IATA oder andere Organisationen koordiniert werden dürfen.»⁸⁵⁴ 1686. Daneben [haben die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen einander] gebeten, Angaben zu ihren Treibstoffzuschlägen zu geben, damit eine Liste erstellt und publiziert werden könne. In diesem Zusammenhang sei die Bemerkung gemacht worden: «However nothing has been decided as some [airlines] fear to be in clinch with the Anti-Trust rules» (vgl. vorne Rz 228). Nachdem damit allen [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] bekannt war, dass einige [dieser Luftverkehrsunternehmen] gewisse Bedenken bezüglich der kartellrechtlichen Zulässigkeit ihres Handelns hegten, musste allen [...] zumindest die Möglichkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens bewusst sein. 1687. Die Luftverkehrsunternehmen behandelten ihren Informationsaustausch denn auch regelmässig sehr vertraulich beziehungsweise geheim: - Eine interne E-Mail von [...] vom 21. Dezember 1999 betreffend die Einführung von Treibstoffzuschlägen durch [...] enthielt den Hinweis: «Please take this information as purely internal, passive information (no written external communication at this point of time !!!)» (vgl. vorne Rz 220). - [...] bezeichnete ihre Informationsbeschaffung betreffend Treibstoffzuschläge von [...] nach eigenen Angaben als «secret services» (vgl. vorne Rz 243). - Eine interne E-Mail von [...] vom 4. September 2002 betreffend Informationen von [...] über eine geplante Erhöhung der Treibstoffzuschläge enthält den Hinweis: «PLS TREAT THIS INFO VERY CONFIDENTIAL» (vgl. vorne Rz 245). - Mit einer internen E-Mail vom 10. Februar 2003 informierte [...] vertraulich über Raten: «Die [...] -Erhöhung ist noch nicht offiziell, bitte diese Sache also als vertraulich behandeln» (vgl. vorne Rz 625). - In einer internen E-Mail vom 12. Februar 2003 informierte [...], dass [...] zum Thema Treibstoffzuschläge mit mehreren Luftverkehrsunternehmen Kontakt hatte. Die E-Mail endete mit: «Wäre gut, wenn sie diese Mail nicht weiter verbreiten ...» (vgl. vorne Rz 249). - Gemäss interner E-Mail vom 16. März 2003 hatte [...] im März 2003 «inoffiziell» Kontakt mit einigen Luftverkehrsunternehmen betreffend Erhöhung der Treibstoffzuschläge (vgl. vorne Rz 255). - In einer internen E-Mail von [...] vom 19. Mai 2005 wird ausgeführt: «Strictly CONFIDENTIAL especially for anti trust reasons [...] IT GOES WITHOUT SAYING THAT CARRIERS MEETINGS HAVE TO BE TREATED IN A VERY CONFIDENTIAL WAY. WE ARE NOT ALLOWED TO WRITE IN THE NAME OF [...] AND TO STATE OFFICIALLY THAT ALL CARRIERS HAVE REPLIED WITH A 'NO'» (vgl. vorne Rz 730). 1688. Die Ausführungen zeigen, dass den Unternehmen zumindest die Möglichkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens durchaus bewusst war. Aufgrund der Mitteilung der IATA vom 14. April 2000 mussten sie gar von einem Kartellrechtsverstoss ausgehen. Der objektive

853 Vgl. act. [...]. 854 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 239

Sorgfaltsmangel im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung kann jedenfalls als bei allen Unternehmen gegeben erachtet werden. B.4.2.3.3 Stellungnahmen der Parteien zur Vorwerfbarkeit (i) Stellungnahme United 1689. United bemängelt, dass das Sekretariat nicht einmal versuche, auf irgendeiner Ebene des Verschuldens aufzuzeigen, dass United das Kartellgesetz verletzt habe, selbst durch blosser Sorgfaltspflichtverletzung. Es sei jedoch die Pflicht des Sekretariats darzulegen, dass sich United vorsätzlich oder fahrlässig in massgeblicher Weise kartellrechtswidrig verhalten habe. Selbst wenn die Behauptungen des Sekretariats zuträfen, wäre das Verschulden von United unter keinen Umständen vorsätzlich oder (grob) fahrlässig. Folglich würde jegliche gegen United gerichtete Entscheidung, und jegliche Sanktionierung von United unbegründet sein, insbesondere angesichts der Rollen der harten Kartellmitglieder, gegen welche das Sekretariat bloss geringfügige Bussen erheben wolle.⁸⁵⁵ 1690. United war und ist unbestrittenermassen Mitglied von IATA. Daher wusste United um die wettbewerbsrechtliche Problematik im Zusammenhang mit der «Resolution 116ss». Zudem besprachen die [in Verbindung stehenden] Luftverkehrsunternehmen diese Problematik auch [untereinander]. Deshalb muss die Beteiligung an der Abrede als Verletzung der Sorgfaltspflicht im Sinne der Vorwerfbarkeit angesehen werden. (ii) Stellungnahme SAS (Scandinavian) 1691. Scandinavian bringt vor, dass [...] ihr wiederholt versichert habe, dass [...] eine strikte Politik der Einhaltung von Wettbewerbsrecht verfolge, insbesondere bei Entscheidungen betreffend Treibstoffzuschläge. Zudem habe [...] insistiert, um den Wettbewerb im Rahmen der «Resolution 116ss» zu erhalten.⁸⁵⁶ 1692. Dem ist zu entgegnen, dass die Ausarbeitung der «Resolution 116ss» im Rahmen der IATA und die dabei von Scandinavian geltend gemachte Rolle von [...] keine Bedeutung hat. Letztlich haben verschiedene Bundesbehörden diese Resolution nicht genehmigt. Insbesondere das DoT lehnte die Resolution im März 2000 ab. Dabei ist entscheidend, dass Scandinavian aufgrund der Mitteilung des IATA Cargo Committee davon wusste. Somit hatte Scandinavian auch Kenntnis von den kartellrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit dieser Resolution beziehungsweise dem Austausch von Informationen über Treibstoffzuschläge. Selbst wenn [...] Scandinavian die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit in Bezug auf den Austausch von Informationen über Treibstoffzuschläge versichert hat, durfte Scandinavian nicht einfach darauf vertrauen. (iii) Stellungnahme Singapore 1693. Singapore macht geltend, es könne keine Sanktion ausgesprochen werden, wenn «nicht klar» sei, welche rechtlichen Konsequenzen Anwendung finden sollten und welche Sanktionsregelung anwendbar sei. Andernfalls wäre das Bestimmtheits- und Klarheitsgebot verletzt, wie es in Artikel 7 EMRK enthalten sei. Zudem werde hierdurch auch der strafrechtliche Grundsatz «Keine Sanktion ohne Gesetz» verletzt, wenn aufgrund einer derart unklaren Rechtsgrundlage Sanktionen ausgesprochen würden. Wenn eine Wettbewerbsbehörde selber die Ansicht vertrete, dass die Anwendbarkeit von gewissen Rechtsfolgen nicht klar sei, könne einem

⁸⁵⁵ Vgl. act. [...]. ⁸⁵⁶ Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 240

Unternehmen unter solchen Bedingungen kein Vorwurf gemacht werden und dieses mit erheblichen monetären Sanktionen belastet werden.⁸⁵⁷ 1694. Dem ist zu entgegnen, dass das Kartellgesetz gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts eine ausreichend klare Rechtsgrundlage für eine Sanktion darstellt.⁸⁵⁸ Die einzige Unsicherheit besteht vorliegend in der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages. Die auszusprechende

Sanktion basiert hingegen nicht auf jenem Vertrag, sondern ausschliesslich auf dem Kartellgesetz. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nationales Recht gilt. Und die Luftverkehrsunternehmen dürfen sich nicht darauf verlassen, dass das Kartellgesetz nicht zur Anwendung gelangt. 1695. Weiter macht Singapore geltend, dass in Bezug auf eine mögliche Vorwerfbarkeit die für die Flugbranche bestehende Regulierung in Betracht gezogen werden müsse, der Singapore unterworfen gewesen sei. Viele von der Republik Singapur abgeschlossene bilaterale Luftverkehrsabkommen hätten einen Preiskoordinierungsmechanismus gemäss IATA enthalten. Zudem fänden die Bestimmungen des Wettbewerbsrechts der Republik Singapur keine Anwendung auf die Tarifvereinbarungen, welche die Fluggesellschaften vor dem 1. Januar 2006 vereinbart hätten. Daher habe Singapore in Einklang mit dem Wettbewerbsrecht der Republik Singapur gehandelt. Dies sei mindestens als sanktionsmindernder Faktor zu berücksichtigen.⁸⁵⁹ 1696. Dazu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1053 verwiesen werden. Zudem schränkt das Wettbewerbsrecht der Republik Singapur die Anwendung der für die Schweiz geltenden Wettbewerbsbestimmungen nicht ein. Die Frage nach der Zulässigkeit nach dem Wettbewerbsrecht der Republik Singapur braucht nicht beantwortet zu werden, da die in Singapur erzielten Umsätze für die Sanktionsbemessung gemäss Kartellgesetz nicht herangezogen werden. 1697. Auch bringt Singapore vor, gemäss ständiger Praxis in der EU «[...] kann das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens einem anderen Unternehmen jedoch nur dann zugerechnet werden, wenn das erstgenannte Unternehmen sein Marktverhalten nicht selbstständig bestimmt, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zwischen ihnen im Wesentlichen die Weisungen des letztgenannten Unternehmens befolgt hat». Daher sei die blossе Tatsache der Zugehörigkeit zum gleichen Konzern nicht ausreichend, um wettbewerbswidriges Verhalten zuzurechnen.⁸⁶⁰ 1698. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Kartellgesetz einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgt: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Das Kartellgesetz geht bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs insofern von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁸⁶¹ Daher liegen bei Singapore nicht zwei Unternehmen im Sinne der zitierten Praxis der EU vor. Das Kartellgesetz erfasst den gesamten Singapore-Konzern als ein einziges Unternehmen.

857 Vgl. act. [...]. 858 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 124 ff. E. 8, Publigroupe SA et al./WEKO. 859 Vgl. act. [...]. 860 Vgl. act. [...]. 861 JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 27; vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3, Publigroupe SA et al./WEKO, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 241

B.4.2.4 Sanktionsbemessung B.4.2.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen 1699.

Rechtsfolge einer Verletzung von Artikel 49a Absatz 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. 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 (Art. 2 Abs. 1 SVKG). 1700. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG sind in der SVKG aufgeführt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und Gleichbehandlung begrenzt wird.⁸⁶² Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Sanktion für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁸⁶³ B.4.2.4.2 Maximalsanktion 1701. 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 im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den für die Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen geltenden Kriterien gemäss Artikel 4 und 5 VKU. Der Unternehmensumsatz nach Artikel 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene⁸⁶⁴, wobei gemäss Artikel 5 Absatz 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. 1702. Gemäss Botschaft 2001 war das Hauptziel der Änderung des Kartellgesetzes die Einführung direkter Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen. Damit sollte vor allem auch die Präventivwirkung des Gesetzes erhöht werden.⁸⁶⁵ 1703. Für die Sanktionsberechnung sollte gemäss Botschaft 2001 grundsätzlich «der mit unzulässigem Verhalten erzielte Gewinn» als Bemessungskriterium herangezogen werden.⁸⁶⁶ Da dieser aber in den meisten Fällen nur schwer nachweisbar sei, werde aus Gründen der Effizienz auf den Umsatz abgestellt. Im Ausland sei man zur Erkenntnis gekommen, dass Unternehmen, gegen welche kartellrechtliche Verfahren laufen, versuchen, den Umsatz zu beeinflussen. Aus diesem Grund hat der Schweizer Gesetzgeber entschieden, die letzten drei Jahre zu berücksichtigen. Das Ziel war die Verhängung wirtschaftlich einschneidender Sanktionen um Unternehmen vor wettbewerbswidrigem Verhalten abzuschrecken und somit präventiv gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. 1704. Gemäss Praxis der WEKO sind für die Berechnung der Maximalsanktion grundsätzlich die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgebend. Die Berücksichtigung der finanziellen Kapazität der Unternehmen im Zeitpunkt der Verfügung soll

862 Vgl. PETER REINERT, in: Handkommentar zum Kartellgesetz–Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a N. 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 863 RPW 2010/4, 758 Rz 377, Baubeschlüsse für Fenster und Türen; vgl. entsprechende Aussage betreffend der EU: CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 293. 864 RPW 2009/3, 121 Rz 106 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern. 865 Botschaft 2001 (Fn 828), 2023 Übersicht. 866 Botschaft 2001 (Fn 828), 2037 f. Ziff. 2.1.4.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 242

verhindern, dass die Unternehmen durch die Sanktion in ihrer Existenz bedroht werden.⁸⁶⁷ Dabei kann aber im Ausnahmefall von diesem Grundsatz abgewichen werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Unternehmen durch eine Geschäftsverlagerung in den letzten drei Jahren vor Erlass der Verfügung in der Schweiz keinen Umsatz mehr erzielt, hingegen im Ausland nach wie vor wirtschaftlich tätig ist. Die Berücksichtigung der letzten drei Jahren vor Erlass der Verfügung soll den Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, sich

durch eine Einstellung ihrer Aktivitäten in der Schweiz einer Sanktionierung entziehen zu können. In diesem Fall kann es angezeigt sein, für die Berechnung der Maximalsanktion andere Umsatzjahre heranzuziehen. 1705. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt der Erhebung der Umsatzzahlen durch das Sekretariat, unmittelbar vor dem Versand des Antrages zur Stellungnahme an die Parteien, der Erlass der Verfügung noch nicht absehbar war. Auch im Zeitpunkt der Überweisung an die WEKO konnte aufgrund der ausserordentlichen Komplexität des Falles und der Vielzahl der in den Stellungnahmen aufgeworfenen Grundsatzfragen nicht abgeschätzt werden, ob die Verfügung noch im selben Jahr erlassen werden würde. Um mit der Erhebung der Umsätze nicht bis zum Zeitpunkt des Bekanntwerdens des Verfügungsdatums zu warten zu müssen, was gegebenenfalls wiederum zu Verzögerungen des Verfahrens hätte führen können, ist es im vorliegenden Fall aus prozessökonomischen Gründen ausnahmsweise gerechtfertigt, für die Maximalsanktion die letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise als massgebend zu erachten. Ausser Polar hat auch keine der Parteien Einwände gegen dieses Vorgehen erhoben.⁸⁶⁸ 1706. Vorliegend kann ausgeschlossen werden, dass bei einer Berücksichtigung der Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise für die Berechnung der Maximalsanktion eine Gefahr für die Existenz der Unternehmen besteht. Es wird denn auch von keiner Partei geltend gemacht, die vom Sekretariat beantragte Sanktion übersteige ihre aktuelle finanzielle Kapazität. 1707. Für [...], Korean, South African, Alitalia, American, United und Singapore sind damit die letzten drei bis Februar 2006 abgeschlossenen Geschäftsjahre massgebend. Für Polar und Scandinavian sind die letzten drei bis November 2005 abgeschlossenen Geschäftsjahre massgebend. 1708. Alitalia macht mit Schreiben vom 9. Juli 2012 geltend, dass sie seit dem 29. August 2008 unter ausserordentlicher Verwaltung («Amministrazione Straordinaria») stehe. Die Liquidation der Alitalia sei zwar noch nicht abgeschlossen. Indessen habe sie schon zu Beginn der Liquidation ihre Geschäftsbetriebe der verschiedenen Sparten nach und nach an Dritte verkauft. Da Alitalia ihre eigenen Geschäftsaktivitäten schon im Jahre 2009 ganz eingestellt habe, sei auch kein Personal mehr da, welches über Informationen verfüge. Zudem seien mit dem Verkauf der Geschäftsbetriebe auch die dazugehörigen Unterlagen teilweise an die Käufer gegangen. Daher könne von den vom Sekretariat angefragten Umsätzen nur noch der Jahresumsatz 2005 angegeben werden.⁸⁶⁹ 1709. Da Alitalia auf den relevanten Märkten keinen Umsatz verzeichnet und sich damit ein Basisbetrag von 0 Franken ergibt, kann auch höchstens eine Sanktion von 0 Franken ausgesprochen werden (vgl. nachfolgend Abschnitt B.4.2.4.3). Unter diesen Umständen erübrigt es sich, eine Maximalsanktion zu errechnen, womit auf die Angabe der Gesamtumsätze von Alitalia in der Schweiz in den Jahren 2003 und 2004 verzichtet werden kann.

⁸⁶⁷ Vgl. Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA, Rz 326 Fn 168, sowie Verfügung der WEKO vom 22.4.2013 i. S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, Rz 928, beide abrufbar unter www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de. ⁸⁶⁸ Vgl. zum Einwand Polar Rz 1746. ⁸⁶⁹ Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 243

1710. Die von den Parteien angegebenen massgebenden Gesamtumsätze der letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz gehen aus folgender Übersicht hervor: Tabelle 26: Gesamtumsätze in CHF870 der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz

Luftverkehrsunternehmen Geschäftsjahr 2002 Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004
Geschäftsjahr 2005 [...] [...]871 [...] [...] [...] [...] Korean [...] [...] [...] [...] Polar [...] [...] [...] [...] [...] South African [...] [...] [...] [...] American [...] [...] [...] [...] United [...] [...] [...] [...] [...] Scandinavian [...] [...] [...] [...] Singapore872 [...] [...] [...] [...]

1711. Damit ergibt sich folgende Maximalsanktion: Tabelle 27: Maximalsanktion in CHF nach Artikel 49a Absatz 1 KG Luftverkehrsunternehmen Massgebender Umsatz
Maximalsanktion (10 %) [...] [...] [...] Korean [...] [...] Polar [...] [...] South African [...] [...] American [...] [...] United [...] [...] Scandinavian [...] [...] Singapore [...] [...]

870 Umrechnung nach Jahresdurchschnittskurs gemäss Schweizerischer Nationalbank, abrufbar unter:

<http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/akziwe/stats/akziwe/akziwe_S1_Wechsel> (18.7.2012); Für 2002: 1 EUR = 1,4671 CHF, 1 GBP = 2,3334 CHF, 1 USD = 1,5574 CHF, 1 ZAR = 0,1482 CHF; 2003: 1 EUR = 1,5204 CHF, 1 GBP = 2,1968 CHF, 1 USD = 1,3453 CHF, 1 ZAR = 0,1786 CHF; 2004: 1 EUR = 1,5441 CHF, 1 GBP = 2,2754 CHF, 1 USD = 1,2430 CHF, 1 ZAR = 0,1925 CHF; 2005: 1 EUR = 1,5481 CHF, 1 GBP = 2,2631 CHF, 1 USD = 1,2450 CHF, 1 ZAR = 0,1954 CHF. 871 Für [...] dauert das Geschäftsjahr von April bis März; für [...] von Januar bis Dezember. Entsprechend den Ausführungen in Rz 1707 sind damit für [...] die Geschäftsjahre 2002 bis 2004 massgebend; für [...] die Geschäftsjahre 2003 bis 2005. 872 Gemäss Angaben von Singapore (vgl. act. [...]) ist das Unternehmen nicht in der Lage, die verlangten Angaben zu machen. Das Sekretariat begnügte sich in der Folge vorerst mit den vorhandenen Zahlen (vgl. act. [...]) für die Berechnung einer (Mindest-) Maximalsanktion, zumal die nachfolgend errechnete Sanktion diese Höhe nicht erreicht.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 244

B.4.2.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung 1712. Nach Artikel 49a Absatz 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. 1713. Die konkrete Sanktionsbemessung erfolgt in drei Schritten: Zunächst ist der sogenannte Basisbetrag zu berechnen. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).873 (i) Basisbetrag 1714. 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). Bei den letzten drei Geschäftsjahren gemäss Artikel 3 SVKG handelt es sich gemäss Praxis der WEKO um die letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf dem jeweiligen relevanten Markt.874 1715. Da die schweizerischen Behörden gemäss EU-Luftverkehrsabkommen für die Strecke Schweiz – Tschechische Republik (infolge EU-Beitritts der Tschechischen Republik per 1. Mai 2004) nur bis 30. April 2004 zuständig sind [...] rechtfertigt es sich, hinsichtlich dieser Strecke nur den Umsatz des Geschäftsjahres 2003 zu berücksichtigen. [...] [...] Tabelle 28: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Korean Markt Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Geschäftsjahr 2005 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Tschechische Republik [...] [...] [...] Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Tabelle 29: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Polar Markt Geschäftsjahr 2002 Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...]

873 RPW 2006/4, 661 Rz 237, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 874 Vgl. Verfügung der WEKO vom 22.4.2013 i. S. Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, Rz 942, abrufbar unter <www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 245

Markt Geschäftsjahr 2002 Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Tabelle 30: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von South African Markt Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Geschäftsjahr 2005 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Tschechische Republik [...] [...] [...] Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Tabelle 31: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von American Markt Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Geschäftsjahr 2005 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Tschechische Republik [...] [...] [...] Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Tabelle 32: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von United Markt Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Geschäftsjahr 2005 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Tschechische Republik [...] [...] [...]

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 246

Markt Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Geschäftsjahr 2005 Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Tabelle 33: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Scandinavian Markt Geschäftsjahr 2002 Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Tschechische Republik [...] [...] [...] Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Tabelle 34: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Singapore Markt Geschäftsjahr 2002 Geschäftsjahr 2003 Geschäftsjahr 2004 Schweiz – USA [...] [...] [...] USA – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Singapur [...] [...] [...] Singapur – Schweiz [...] [...] [...] Schweiz – Tschechische Republik [...] [...] [...] Schweiz – Pakistan [...] [...] [...] Schweiz – Vietnam [...] [...] [...]

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 1716. Gemäss Artikel 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen haben sich unzulässig im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer der Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive⁸⁷⁵ Faktoren im Vordergrund. 1717. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere

875 D. h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, siehe RPW 2010/4, 760 Rz 386 m. w. H., Baubeschläge für Fenster und Türen; siehe auch TAGMANN (Fn 863), 230.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 247

Kartellrechtsverstösse dar. Nach der Praxis der WEKO sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen, ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, das heisst zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen.⁸⁷⁶ Allerdings darf gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung auch bei sogenannten harten Kartellen keine schematische Ansiedelung des Basisbetrags im oberen Drittel des Sanktionsrahmens erfolgen.⁸⁷⁷ Gemäss Bundesverwaltungsgericht kritisiere die Lehre in diesem Zusammenhang zu Recht, dass die generelle Ansiedelung des Sanktionsbetrags im oberen Drittel zwar für Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, zutreffen möge, nicht jedoch für die Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Artikel 7 KG. 1718. Der soeben zitierten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich e contrario entnehmen, dass sich zumindest für Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, eine grundsätzliche Ansiedelung des Basisbetrags im oberen Drittel des Sanktionsrahmens rechtfertigen mag. 1719. Es handelt sich vorliegend um einen schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss. Der Wettbewerb war auf den relevanten Märkten beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt. Die WEKO hat in ihrer Entscheid «Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren» für eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG, welche den Wettbewerb beseitigt hat, einen Satz von 7 % für die Berechnung des Basisbetrages verwendet.⁸⁷⁸ Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass eine komplexe, fortdauernde Verhaltensweise vorliegt und nicht eine «einfache» Preisabsprache. Es liegt ein im Vergleich zum Entscheid «Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren» schwerer wiegender Fall vor. Dabei wird das individuelle Ausmass der Beteiligung der einzelnen Unternehmen an der komplexen Verhaltensweise nachfolgend im Rahmen der erschwerenden beziehungsweise mildernden Umstände zu berücksichtigen sein. 1720. Insgesamt ist der vorliegende Wettbewerbsverstoss als gravierend zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich unter gebührender Berücksichtigung der Umstände den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von 8 % anzusetzen. 1721. Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass nicht alle Luftverkehrsunternehmen im gleichen Umfang an der Abrede beteiligt waren. Dies wirft die Frage auf, ob das Ausmass der individuellen Beteiligung eine Komponente der Art und Schwere darstellt oder ob es im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände zu berücksichtigen ist. Die Frage ist allerdings bloss theoretischer Natur, weil

das Ausmass der individuellen Beteiligung so oder anders die gleiche Berücksichtigung findet. Aber selbst bei einer Individualisierung darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass in Bezug auf alle Parteien ein schwerwiegender Verstoss vorliegt. Entscheidend ist, dass sich die Sanktion unter Berücksichtigung all dieser Faktoren als verhältnismässig erweist. Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Deshalb würde man zum gleichen Resultat gelangen, wenn das Ausmass der individuellen Beteiligung im Rahmen des Basisbeitrages Eingang fände. Im vorliegenden Fall erfolgt die Berücksichtigung des Ausmasses der individuellen Beteiligung im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände. Dies nicht zuletzt auch, um unnötige Änderungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats zu vermeiden. Dies schliesst aber nicht aus, dass in anderen Fällen eine andere Vorgehensweise angezeigt scheint. 1722. Dies ergibt folgende Basisbeträge: Tabelle 35: Basisbetrag nach Artikel 3 SVKG in CHF

876 Vgl. Erläuterungen SVKG, ad Art. 3, abrufbar unter:

<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (13.7.2012), (nachfolgend: Erläuterungen SVKG). 877 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4, Publigroupe SA/WEKO. 878 Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 388 ff., Baubeschlüsse.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 248

Luftverkehrsunternehmen Massgebender Umsatz Basisbetrag (8 %) [...] [...] [...] Korean [...] [...] Polar [...] [...] South African [...] [...] American [...] [...] United [...] [...] Scandinavian [...] [...] Singapore [...] [...] (ii) Dauer des Verstosses 1723. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 % erhöht (Art. 4 SVKG).
Tabelle 36: Dauer des Wettbewerbsverstosses Luftverkehrsunternehmen Zeitraum Dauer in Monaten Dauer in Jahren [...] April 2004 - Februar 2006 [...] [...] Korean April 2004 - Februar 2006 23 1,9 Polar Juni 2004 - November 2005 18 1,5 South African April 2004 - Februar 2006 23 1,9 American April 2004 - Februar 2006 23 1,9 United April 2004 - Februar 2006 23 1,9 Scandinavian April 2004 - November 2005 20 1,6 Singapore April 2004 - Februar 2006 23 1,9

1724. Bei einer Wettbewerbsverstossdauer von ein bis fünf Jahren ist aufgrund der gesetzlichen Regelung der Basisbetrag grundsätzlich nicht schematisch zu erhöhen. Es steht im pflichtgemässen Ermessen der rechtsanwendenden Behörde, den Basisbetrag um bis zu 50 % zu erhöhen.⁸⁷⁹ Nachdem sich rein rechnerisch eine stufenweise Erhöhung von 12,5 % pro Jahr ergeben würde, geht die Praxis der WEKO von einem groben Richtwert von 10 % pro Jahr aus. Unter den gegebenen Umständen erscheint es daher als angemessen, den Basisbetrag bei einer Verstossdauer von 18 bis 23 Monaten (bzw. 6 bis 11 Monate mehr als ein Jahr) um 10 % zu erhöhen.

879 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 366 E. 8.3.5, Publigroupe SA/WEKO.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 249

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände 1725. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Artikel 5 beziehungsweise 6 SVKG zu berücksichtigen. Entsprechend dem Wortlaut der KG-Sanktionsverordnung («der Betrag nach den Artikeln 3 und 4»⁸⁸⁰) ist die Erhöhung oder Verminderung ausgehend von dem um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag zu berechnen. a.

Erschwerende Umstände 1726. Bei erschwerenden Umständen wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 SVKG erhöht, insbesondere wenn das Unternehmen: a. wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat; b. mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist; c. die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonstwie zu behindern (Art. 5 Abs. 1 SVKG). Gewinn 1727. Ein durch das Verhalten erzielter «Normalgewinn» ist bereits im Basisbetrag enthalten. Fällt indessen im Einzelfall die unrechtmässige Kartellrente höher aus, so ist diesem Gewinn als erschwerender Umstand nach Massgabe von Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b SVKG Rechnung zu tragen. Dies setzt natürlich voraus, dass eine Gewinnbe- rechnung oder eine entsprechende Schätzung im Einzelfall überhaupt möglich ist, was in der Praxis regelmässig nicht oder aber nur schwer der Fall sein dürfte. Damit der Verstoss gegen Artikel 49a Absatz 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnenswert erscheint, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.⁸⁸¹ 1728. Vorliegend lässt sich ein über den «Normalgewinn» hinausgehender besonders hoher Gewinn nicht erkennen. Eine Sanktionserhöhung in Anwendung von Artikel 5 Absatz 1 Buch- stabe b SVKG ist daher nicht gerechtfertigt. Übrige erschwerende Umstände 1729. Auch weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich. Insbesondere kann keinem am Verfahren beteiligten Unternehmen ein unkooperatives Verhalten im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c SVKG vorgeworfen werden. b. Mildernde Umstände 1730. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbe- schränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikel 26 bis 30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 SVKG vermindert, wenn das Unternehmen: a. dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat; b. Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchset- zung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). 1731. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Bonusmeldung einge- reicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses rele- vant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Bonusmeldungen respektive der daraus

880 Art. 5 und 6 SVKG 881 Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (nachfolgend: Erläuterungen SVKG), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b, abrufbar unter: <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>> (26.09.2011); REINERT (Fn 862), Art. 49a N 16; siehe auch RPW 2006/4, 665 Rz 264, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 250

folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduk- tion im Sinne von Artikel 12 f. SVKG Rechnung getragen und nicht zusätzlich im Rahmen von Artikel 6 SVKG.⁸⁸² 1732. Gemäss den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung kann in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn erzielt wurde, eine Sanktionsminderung vorgenommen werden.⁸⁸³ Vorzeitige Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung 1733. Vorliegend kann entsprechend dem festgestellten Sachverhalt (vgl. vorne Tabelle 25) Polar und Scandinavian im Zeitpunkt der

Verfahrenseröffnung im Februar 2006 kein kartell- rechtswidriges Verhalten mehr nachgewiesen werden. Entsprechend ist davon auszugehen, dass diese beiden Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung vor der Eröffnung eines Ver- fahrens nach den Artikel 26 bis 30 KG beendet haben. Es rechtfertigt sich daher, den Sankti- onsbetrag für Polar und Scandinavian um je 10 % zu vermindern. 1734. Für die übrigen beteiligten Unternehmen fällt demgegenüber der letzte festgestellte Zeit- punkt der Beteiligung am kartellrechtswidrigen Verhalten mit dem Zeitpunkt der Verfahrenser- öffnung im Februar 2006 zusammen. Eine Verminderung der Sanktion ist daher unter dem Titel von Artikel 6 Absatz 1 SVKG für diese Unternehmen nicht gerechtfertigt. Weitere mildernde Umstände 1735. Die Aufzählung der mildernden Umstände in der KG-Sanktionsverordnung ist nicht ab- schliessend. Vorliegend besteht eine Wettbewerbsabrede über den Preis (vgl. vorne Rz 1290 ff.). Allerdings umfasst diese Abrede mehrere Elemente: Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozu- schläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zu- schlägen. Auch wenn nur eine einzige Wettbewerbsabrede vorliegt, ist die Beteiligung an den einzelnen Elementen der Abrede bei der Sanktionierung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall haben sich nicht alle Luftverkehrsunternehmen an allen Abredeelementen beteiligt. Dies ist unter den gegebenen Umständen sanktionsmildernd zu berücksichtigen. Diese Vorgehens- weise trägt dem unterschiedlichen Ausmass der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der Abrede Rechnung. In dieser Hinsicht deckt sich die Vorgehensweise im Ergebnis auch mit der entsprechenden europäischen Rechtsprechung.⁸⁸⁴ Tabelle 37: Sanktionsrelevante Verstösse/Zeiträume

Luftverkehrsunter- nehmen	Treibstoffzu- schläge	Zollabferti- gungs- zuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen	[...] [...]	[...] [...]	[...] [...]	[...] [...]							
American	April 2004 - Februar 2006	o o	April 2004 - Juni 2005	United	April 2004 - Februar 2006	o o	April 2004 - Juni 2005	Scandinavian	April 2004 – Novem- ber 2005	o o o	Singapore	April 2004 - Februar 2006	o	April 2004 - August 2005	April 2004 - Januar 2006

882 Erläuterungen SVKG (Fn 881), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217 Rz 141 f., Elektroinstallations- betriebe Bern. 883 Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 196 ff., Elektroinstalla- tionsbetriebe Bern; ebenso TAGMANN (Fn 863), 274. 884 Vgl. Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P Kommission/Anic Partecipazioni SpA, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 90; Entscheid der EU-Kommission COMP/39600 Refrigeration compressors vom 7. Dezember 2011, Rz 84.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 251

Luftverkehrsunter- nehmen Treibstoffzu- schläge Zollabferti- gungs- zuschläge für die USA Frachtraten Kommissionierung von Zuschlägen American April 2004 - Februar 2006 o o April 2004 - Juni 2005 United April 2004 - Februar 2006 o o April 2004 - Juni 2005 Scandinavian April 2004 – Novem- ber 2005 o o o Singapore April 2004 - Februar 2006 o April 2004 - August 2005 April 2004 - Januar 2006

1736. Unter den gegebenen Umständen erscheint es als gerechtfertigt, den Sanktionsbetrag für Scandinavian um 10 % sowie für [...], Korean, American und United um je 5 % zu reduzie- ren. 1737. Im Übrigen sind keine mildernden Umstände ersichtlich. So hat beispielsweise keines der beteiligten Unternehmen eine ausschliesslich passive Rolle im Sinne von Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe b SVKG gespielt. Insbesondere liegt auch keine überlange Verfahrensdauer vor (vgl. Rz 120), die allenfalls eine Sanktionsreduktion rechtfertigen könnte. c. Zusammenfassung 1738. Entsprechend der erschwerenden und die mildernden Umstände nach Artikel 5 bezie- hungsweise 6 SVKG ist der um den

Dauerzuschlag erhöhte Basisbetrag wie folgt zu korrigieren: Tabelle 38:
Erhöhung/Verminderung Sanktion Luftverkehrsunternehmen Erschwerende Umstände
Mildernde Umstände Total Korrektur [...] [...]

[...]

[...] Korean 0

- 5 %

- 5 % Polar 0

- 10 %

- 10 % South African 0

0

0 American 0

- 5 %

- 5 % United 0

- 5 %

- 5 % Scandinavian 0

- 20 %

- 20 % Singapore 0

0

0 B.4.2.4.4 Stellungnahmen der Parteien zur Sanktionsbemessung (i) Stellungnahme Korean 1739. Korean macht geltend, dass sie sich [...] ausschliesslich passiv verhalten habe. Dass Korean im Rahmen ihrer «follow the national carrier» Strategie [auf den vorliegend relevanten Strecken] einige Male die Informationsmails [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] beantwortet habe, ändere nichts daran. Deshalb sei für Korean eine Reduktion des um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrags von mehr als 5 % vorzunehmen (Korean

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 252

beantragt mindestens 25 %).⁸⁸⁵ Zudem bringt Korean vor, es sei stossend und mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit unvereinbar, wenn Korean den gleichen Abschlag unter dem Titel «mildernde Umstände» erhalte wie [...] oder [...], welche nachweislich aktiver in das Gesamtgeschehen eingebunden gewesen seien. Dies treffe insbesondere auf [...] zu, welcher [...] bezüglich des schweizerischen Markts zusammen mit [...] beziehungsweise [...] und Singapore eine federführende Rolle zugekommen sei.⁸⁸⁶ 1740. Korean weist zudem darauf hin, dass sie aufgrund der rechtlichen Ausgangslage in Südkorea nur sehr beschränkt Hand zu unzulässigen Abreden hätte bieten können. Tarife und Zuschläge «ex Südkorea» in die meisten Länder Europas (auch in die Schweiz) seien in Südkorea einem relativ strengen Bewilligungsverfahren unterworfen, was es per se unmöglich mache, bilateral Vereinbarungen mit anderen Wettbewerbsteilnehmern zu treffen.⁸⁸⁷ Die genannten Umstände beziehungsweise Hintergründe seien auch im Parallelverfahren der EU gewürdigt und Korean deshalb aus der entsprechenden Untersuchung entlassen worden. Gemäss Korean würden die vorliegend aufgezeigten Tatsachen beziehungsweise Indizien

vielmehr da- rauf hinweisen, dass sich Korean auch auf internationaler Ebene rein passiv verhalten habe und sich von den diversen unzulässigen Abreden höchstens nicht genügend distanziert habe, was aber einer Sanktionsminderung nicht im Wege stehe.⁸⁸⁸ 1741. Zu diesen Ausführungen von Korean ist zunächst klar zu stellen, dass in Bezug auf Ko- rean keine Unterscheidung zwischen einer Abrede innerhalb und ausserhalb des [Systems der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] erfolgt. Weiter ist von Korean unbe- stritten, dass Korean Informationsmails [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunterneh- men] beantwortet hat. Insofern kann nicht von einer ausschliesslich passiven Rolle von Korean gesprochen werden. Zu den von Korean erwähnten Bewilligungsverfahren in Südkorea ist an- zumerken, dass wie bereits erwähnt jene Strecken, welche aufgrund eines Luftverkehrsab- kommens die Möglichkeit der Tarifkoordination vorsehen, von einer Sanktionierung von vorn- herein ausgenommen sind. Schliesslich muss darauf hingewiesen werden, dass der von Ko- rean geltend gemachte Ausgang des EU-Verfahrens kein Präjudiz für die Beurteilung durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden darstellt. (ii) Stellungnahme Atlas (Polar) 1742. Polar macht geltend, dass der Zuschlag gemäss Artikel 4 SVKG von 15 % für die Dauer des vermeintlichen Verstosses zu hoch sei. Für die Dauer des vermeintlichen Verhaltens be- stünden keinerlei Beweise. Zudem müsse die Reduktion aufgrund der vorzeitigen Aufgabe des vermeintlichen Verhaltens erhöht werden, soweit überhaupt ein Kartellrechtsverstoss nachge- wiesen werden könne.⁸⁸⁹ 1743. Dem ist zu entgegnen, dass der Zuschlag von 15 % gestützt auf den festgestellten Sach- verhalt erfolgt. Dasselbe gilt für die vorzeitige Aufgabe des Verhaltens. 1744. Weiter führt Polar aus, dass es dem Verschuldensgrundsatz widerspreche, wenn der Basisbetrag bei allen Parteien auf dieselbe Höhe festgelegt werde. Die mildernden Umstände, dass Polar – falls überhaupt – nur sehr limitierte Kontakte gehabt habe und – falls überhaupt – stets nur eine passive Rolle bei den vermeintlich abgestimmten Verhaltensweisen gespielt habe, seien nicht ausreichend berücksichtigt worden.⁸⁹⁰

885 Vgl. act. [...]. 886 Vgl. act. [...]. 887 Vgl. act. [...]. 888 Vgl. act. [...]. 889 Vgl. act. [...]. 890 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 253

1745. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich gemäss Artikel 3 SVKG die Bestimmung des Pro- zentsatzes für den Basisbetrag nach der Art und Schwere des Verstosses richtet (vgl. Rz 1721). Der Prozentsatz richtet sich im vorliegenden Fall nicht nach der individuellen Verhal- tensweise von jedem einzelnen Abredeteiligen (vgl. Rz 1721). Vielmehr geht es um die Abrede an sich. Erst die darauffolgende Vorgehensweise gemäss Artikel 4 ff. SVKG führt dann zu einer Individualisierung der Sanktion. Diese Individualisierung erfolgt denn auch im Antrag. Das Ausmass der Beteiligung von Polar ist angemessen berücksichtigt. 1746. Polar bringt zudem vor, dass das Sekretariat für die Sanktionsberechnung auf die drei Jahre seit Aufgabe der Kartellrechtsverletzung abgestellt habe. Dies sei willkürlich, widerspre- che der grossen Mehrheit der Literatur und stelle nicht die gefestigte Praxis der WEKO dar. Weil sich Polar im Jahr 2008 komplett aus der Schweiz zurückgezogen habe, wäre für Polar das Resultat eine Maximalsanktion von null Franken.⁸⁹¹ 1747. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1704 verwiesen werden. (iii) Stellungnahme Alitalia 1748. Alitalia weist in Bezug auf mildernde Umstände auf den noch nicht rechtskräftigen Ent- scheid der EU-Kommission vom 9. November 2011 hin. Die EU-Kommission habe dabei die Tatsache in Erwägung gezogen, dass der Markt für Luftfrachtdienstleistungen

stark reguliert sei, und habe dies praktisch als Zwang zu verstärkter Zusammenarbeit gewertet. Um dieser starken Regulierung des Sektors Rechnung zu tragen, hätten alle gebüssten Luftfrachtunternehmen auf der Geldbusse einen Abschlag von 15 Prozent erhalten.⁸⁹² 1749. Es trifft zwar zu, dass gewisse Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten stark reguliert sind. Jene Strecken, welche aufgrund eines Luftverkehrsabkommens die Möglichkeit der Tarifkoordination vorsehen, sind von einer Sanktionierung von vornherein ausgenommen. Somit wird der Regulierung in vollem Umfang Rechnung getragen. Die Regulierung im Luftfahrtbereich kann nicht doppelt berücksichtigt werden. (iv) Stellungnahme AMR (American) 1750. American bringt vor: «Unter den gegebenen Umständen entbehrt die Absicht, American die zweithöchste Busse aufzuerlegen, jeglicher Logik und kann nicht als Grundlage der Entscheidung der WEKO dienen. Es ist nicht möglich zu akzeptieren, dass dasjenige Luftfrachtunternehmen, welches nachgewiesenermassen am wenigsten in die behaupteten Absprachen involviert war, eine Busse erhalten soll, welche auch nur im Entferntesten in die Nähe der höchsten ausgesprochenen Busse zu liegen kommt. Ein solches Ergebnis wäre offenkundig nicht zu rechtfertigen.» American habe ausserdem grosse Anstrengungen im Bereich der Compliance unternommen, um die Mitarbeiter dahingehend zu trainieren, nicht in wettbewerbswidrige Verhaltensweisen hineingezogen zu werden.⁸⁹³ 1751. Darauf ist zu entgegnen, dass sich die Sanktion aufgrund der erzielten Umsätze auf den relevanten Märkten bemisst. Das Ausmass der Beteiligung wurde im vorliegenden Fall berücksichtigt (vgl. Rz 1735 f.). Dass sich für American trotzdem die zweithöchste Sanktion ergibt, ist die Folge der gesetzlich vorgesehenen Sanktionsberechnung. 1752. American bringt zudem vor, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktion gegen American in Konflikt mit grundsätzlichen Überlegungen zum System der Bonusmeldungen stehe. Mitglieder der Kerngruppe des Kartells wie [...] und [...] würden nicht gebüsst, weil sie ihre Rolle offengelegt hätten, bevor das Sekretariat die vorliegende Untersuchung eröffnet habe.

891 Vgl. act. [...], act. [...]. 892 Vgl. act. [...]. 893 Vgl. act. [...], act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 254

Andere Mitglieder der Kerngruppe sollten eine substantielle Reduktion ihrer Sanktion aus den gleichen Gründen erhalten. Diese Option sei für American nicht offen gestanden, denn American sei nicht Teil desselben Kartells gewesen, wie die EU-Kommission und das DoJ bestätigt haben. Die Konsequenz dürfe nicht sein, dass die höchsten Bussen denjenigen Luftfrachtunternehmen auferlegt würden, die nicht Mitglieder des übergeordneten Kartells gewesen seien. Vielmehr müsse es so sein, dass die nicht an den Abreden beteiligten Unternehmen gar keine Busse erhalten würden und die nur am Rande an den Abreden beteiligten Unternehmen eine Busse, die tiefer sei als diejenige, welche den Mitgliedern der Kerngruppe auferlegt werde.⁸⁹⁴ 1753. Dieser Auffassung von American kann nicht gefolgt werden. Es ist unbestritten, dass ein Unternehmen ohne Beteiligung an einer wettbewerbsrechtlichen Widerhandlung nicht sanktioniert wird. Gemäss vorliegendem Untersuchungsergebnis jedoch besteht eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung nach EU-Luftverkehrsabkommen und nach Kartellgesetz durch American. Deshalb stand auch American die Möglichkeit einer sanktionsmindernden Bonusmeldung offen. 1754. American bringt vor, dass ein Basisbetrag von 8 % unter Berücksichtigung der Rolle von American und der Sachverhaltsdarstellung nicht zu rechtfertigen sei. Der Basisbetrag von 8 % stehe auch nicht mit der bisherigen Praxis der WEKO im Einklang. Aus diesen Gründen müsse der Basisbetrag beziehungsweise der entsprechende Prozentsatz substantiell

reduziert, und es müssten die Umstände des Einzelfalles angemessen berücksichtigt werden.⁸⁹⁵ 1755. Dazu gilt es festzuhalten, dass sich der Prozentsatz zur Berechnung des Basisbetrages im vorliegenden Fall nach Art und Schwere des Verstosses als Ganzes richtet (vgl. Rz 1721). Die individuelle Beteiligung einzelner beteiligter Unternehmen ist dabei ohne Belang. Demgegenüber muss der Prozentsatz von Fall zu Fall individuell festgelegt werden. 1756. American macht geltend, dass eine Reduktion von 5 % im Rahmen mildernder Umstände das geringe Mass der Beteiligung von American nicht angemessen berücksichtige. Ausserdem werde die Existenz des Compliance-Programms von American im Antrag komplett ausser Acht gelassen.⁸⁹⁶ 1757. Dem kann nicht gefolgt werden. In Anbetracht der anderen Faktoren (Dauer des Verstosses, erschwerende und mildernde Umstände) erscheint eine Reduktion im Umfang von 5 % für die Nicht-Teilnahme an einem einzelnen Element der Gesamtabrede als angemessen. (v) Stellungnahme United 1758. United bringt vor, dass es völlig unverständlich sei, wie das Sekretariat zum Schluss kommen könne, dass eine Busse von über 2 Millionen Franken gegen United zu verhängen sei, während tiefere oder sogar überhaupt keine Bussen gegen Fluggesellschaften verhängt werden sollten, (i) welche Selbstanzeige erstattet und somit zugegeben hätten, Teil des harten Kartells zu sein; (ii) welche verurteilt und mit Hunderten von Millionen Schweizerfranken gebüsst worden seien; und (iii) deren Angestellte in den USA ins Gefängnis hätten gehen müssen.⁸⁹⁷ Zudem vermerkt United, dass die Anwendung von Artikel 5 Absatz 3 KG und die Auferlegung der entsprechenden Bussen fordern würden, dass die WEKO den mutmasslichen Gewinn, den ein Unternehmen durch die unzulässige Abrede erzielt habe, angemessen berücksichtigen müsse. Die vom Sekretariat beantragte Busse müsste jedenfalls zum grössten

⁸⁹⁴ Vgl. act. [...]. ⁸⁹⁵ Vgl. act. [...]. ⁸⁹⁶ Vgl. act. [...]. ⁸⁹⁷ Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 255

Teil reduziert werden, um auch nur annähernd den angeblichen Gewinn, der bestritten werde, zu reflektieren, welcher durch die vorgeworfene Abrede erzielt worden sein solle.⁸⁹⁸ 1759. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1751 verwiesen werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen durch die unzulässige Abrede erzielt hat, nur bei einer übermässig hohen Kartellrente Berücksichtigung findet. 1760. Weiter bringt United vor, dass entgegen den klaren gesetzlichen Schranken die vom Sekretariat vorgeschlagenen Sanktionen auf den gesamten Umsatzzahlen von United (mit Bezug auf die Schweiz, für die Geschäftsjahre 2003-05) basieren würden, anstatt auf den relevanten Umsatzzahlen für die Zuschläge. Der Gesamtumsatz sei aber gemäss den gesetzlichen Vorgaben gerade nicht der vorliegend relevante Umsatz; es gebe in dieser Hinsicht auch keinen einschlägigen Präzedenzfall, auf welchen das Sekretariat seine Berechnung stützen könne. Richtigerweise solle vorliegend das bei Fusionskontrollverfahren zur Anwendung gelangende Modell angewandt werden. Zusammengefasst basiere die vom Sekretariat beantragte Sanktion auf den falschen Umsatzzahlen, weshalb die gesetzlichen Anforderungen von Artikel 49a Absatz 1 KG unter keinen Umständen erfüllt seien.⁸⁹⁹ 1761. Dieser Ansicht von United ist nicht zu folgen. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Umsatz für die Berechnung der Maximalsanktion und dem Umsatz für die Berechnung des Basisbetrages. Die maximale Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens (Art. 7 SVKG). Der Basisbetrag der Sanktion beträgt bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei

Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Zuschläge bilden keinen relevanten Markt. Die mit den Zuschlägen alleine erzielten Umsätze haben in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Diese Vorgehensweise ergibt sich direkt aus dem Gesetz. Im Übrigen richtet sich die Sanktionsberechnung des Antrags nach der Praxis der WEKO. Selbstverständlich richtet sich die Berechnung des Unternehmensumsatzes im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG sinngemäss nach den für die Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen geltenden Kriterien gemäss Artikel 4 und 5 VKU. Inwiefern im Übrigen das bei Fusionskontrollverfahren zur Anwendung gelangende Modell angewandt werden soll, ist nicht ersichtlich. (vi) Stellungnahme SAS (Scandinavian) 1762. Scandinavian wendet sich gegen die Anwendung eines Basisbetrages von 8 %. Die Komplexität einer Abrede stelle keinen erschwerenden Faktor dar. Und das Element der fort-dauernden Abrede sei bereits in der Dauer enthalten. Alles in allem dürfe der Basisbetrag 5 % nicht überschreiten.⁹⁰⁰ 1763. Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass sich der Basisbetrag von 8 % aufgrund der Schwere des Verstosses (Abrede über den Preis) bemisst. Der Hinweis auf die Komplexität der Abrede und dass sie fortdauernd war, werden in diesem Zusammenhang nicht als erschwerender Faktor gewürdigt. Dieser Hinweis wird lediglich verwendet, um den vorliegenden Fall mit anderen Fällen mit Preisabreden zu vergleichen (konkret «Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren»).

898 Vgl. act. [...]. 899 Vgl. act. [...]. 900 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 256

(vii) Stellungnahme Singapore 1764. Singapore macht geltend, gemäss der Praxis zur EMRK führe die Verletzung der Verfahrensgarantien aufgrund einer übermässig langen Verfahrensdauer mindestens zu einer beträchtlichen Herabsetzung der Sanktion.⁹⁰¹ 1765. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden. 1766. Weiter macht Singapore geltend, der Antrag beschreibe ein bedeutendes Mass an Unsicherheit betreffend das anwendbare Recht und die möglichen Rechtsfolgen unter dem EU-Luftverkehrsabkommen. Solche Umstände müssten mindestens für die Herabsetzung der Sanktion einbezogen werden.⁹⁰² 1767. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1694 verwiesen werden. 1768. Singapore macht auch geltend, ein Prozentsatz von 8 % für die Berechnung des Basisbetrages sei im Vergleich zum Fall Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren zu hoch. In voller Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO müsse ein Prozentsatz von 6 % oder weniger Anwendung finden.⁹⁰³ 1769. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffer 1763 verwiesen werden. 1770. Singapore bemängelt, dass die Sanktionsberechnung nicht auf einer individuellen Basis für jede Art von Zuschlag und für jedes der in diese Untersuchung involvierten Unternehmen einzeln berechnet würde.⁹⁰⁴ 1771. Dazu gilt es festzuhalten, dass die Sanktionsbemessung sehr wohl dem individuellen Umfang der Beteiligung an der Abrede Rechnung trägt (vgl. Rz 1721 und Rz 1735 f.). 1772. Zudem sei für Singapore nicht verständlich, warum anderen Fluggesellschaften, die nicht am Bonusprogramm gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG in Verbindung mit den Ausführungsbestimmungen der KG-Sanktionsverordnung partizipiert hätten, eine Herabsetzung von 5 % gewährt werde, nicht aber Singapore.⁹⁰⁵ 1773. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die fragliche Reduktion nicht auf eine Kooperation im Rahmen von Artikel 49a Absatz 2 KG bezieht. Vielmehr ergibt sich die fragliche Reduktion aus dem Umfang der individuellen Beteiligung an der Abrede. (viii) Stellungnahme [...] 1774. [...] macht eventualiter geltend, dass im Falle einer Sanktionierung auch die lange Verfahrensdauer

sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Dabei verweist [...] auf die allgemeinen Verfahrensgarantien (insbesondere Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV). Demnach bestehe ein Anspruch, dass eine kartellrechtliche Untersuchung innerhalb angemessener Frist abgeschlossen werde. So habe das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid VSW-Richtlinien eine Untersuchungsdauer von vier Jahren und vier Monaten nur aufgrund der besonderen Umstände als an der äusseren Grenze und als gerade noch zu rechtfertigen erachtet. [...] kommt zum Schluss, dass eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vorliege. Dies müsse die Einstellung des Verfahrens und den Verzicht auf Sanktionen zur Folge haben. Komme

901 Vgl. act. [...]. 902 Vgl. act. [...]. 903 Vgl. act. [...]. 904 Vgl. act. [...]. 905 Vgl. act. [...].
711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 257

man zum gegenteiligen Ergebnis, wäre die Sanktion mindestens um die Hälfte zu reduzieren.⁹⁰⁶ 1775. An dieser Stelle kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden. Zudem kann nicht die Verfahrensdauer der Parallelverfahren vor den europäischen und amerikanischen Wettbewerbsbehörden als Vergleich herangezogen werden, da jene Wettbewerbsregeln teilweise weniger weit gehende Prüfungen verlangen als dies nach Kartellgesetz erforderlich ist. (ix) Stellungnahme [...] 1776. [...] macht geltend, ein Basisbetrag von 8 % im vorliegenden Fall sei im Vergleich mit der Praxis der WEKO zu horizontalen Preisabreden und mit Rücksicht auf die Schwere des Verhaltens, das [...] vorgeworfen werde, zu hoch und verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot von Artikel 8 BV. Der Basisbetrag für [...] sei bei höchstens 5 % des Umsatzes auf dem relevanten Markt in der Schweiz zu veranschlagen.⁹⁰⁷ 1777. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1755 und 1763 verwiesen werden. 1778. [...] macht im Rahmen der mildernden Umstände eine höhere Reduktion geltend. Das Sekretariat scheine für jede der untersuchten Preiskomponenten, über welche sich ein Luftverkehrsunternehmen nicht mit anderen Luftverkehrsunternehmen abgesprochen gehabt hätte, einen Abzug für mildernde Umstände von 2,5 % zu gewähren. Die Kriegsrisikozuschläge und die Zollabfertigungszuschläge fasse das Sekretariat offenbar unter «Zollabfertigungszuschläge für die USA» zusammen. [...] sei daher nicht nur ein Abzug von 5 %, sondern von 7,5 % zu gewähren.⁹⁰⁸ 1779. Dieser Auffassung von [...] ist nicht zu folgen. Die von [...] dargelegte Vorgehensweise bei den mildernden Umständen entspricht nicht derjenigen im Antrag. Vielmehr startet der Antrag für die Sanktionsbemessung bei drei Elementen. Denn die Luftverkehrsunternehmen haben sich im sanktionsrelevanten Zeitraum maximal an drei Elementen beteiligt. Eine Reduktion ergibt sich damit nur für Luftverkehrsunternehmen, die sich an weniger als drei Elementen beteiligt haben. Dabei geht der Antrag von einer Reduktion von 5 % pro Element aus, an dem sich ein Unternehmen nicht beteiligt hat. Folglich ergibt sich für [...] im Rahmen der mildernden Umstände eine Reduktion von 5 %. 1780. Schliesslich macht [...] eine Sanktionsreduktion wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots geltend. Die Busse für [...] sei um mindestens weitere 50 % zu reduzieren. Ein anderes Resultat würde unverhältnismässig und unbillig sein, und die Sanktion würde sich rechtstaatlich nicht nachvollziehen lassen.⁹⁰⁹ 1781. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden. (x) Stellungnahme [...] 1782. [...] macht geltend, dass die Schwere der vorgeworfenen Verhaltensweise überbewertet worden sei. Deshalb müsse die WEKO den Satz von 8 % für die Berechnung des Basisbetrags reduzieren.⁹¹⁰ 1783. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1763 verwiesen werden.

906 Vgl. act. [...]. 907 Vgl. act. [...]. 908 Vgl. act. [...]. 909 Vgl. act. [...]. 910 Vgl. act. [...].
711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 258

1784. Weiter macht [...] geltend, dass eine Erhöhung von 10 % für die Dauer des Verstosses wegfallen müsse. [...] gelangt zu diesem Schluss, indem sie für jedes einzelne Element die Dauer des Verstosses betrachtet. Einzig beim Element Treibstoffzuschläge näherte sich die Dauer des Verstosses den 23 Monaten gemäss Antrag an ([...] rechnet den angebrochenen Monat Februar 2006 nicht). Deshalb betrage die Dauer gesamthaft weniger als 23 Monate. Die Dauer des Verstosses gemessen als Durchschnitt der Dauer der einzelnen Elemente betrage ein Jahr. Deshalb sei keine Erhöhung von 10 % für die Dauer des Verstosses gerechtfertigt.⁹¹¹ 1785. Hierzu ist zu entgegnen, dass sich die Dauer des Verstosses nach der Gesamtabrede richtet. Ein Durchschnittswert würde die Beteiligung an einer Gesamtabrede gegenüber der Beteiligung an einer Abrede über ein einziges Preiselement privilegieren. Dem Ausmass der Beteiligung an der Gesamtabrede ist nicht im Rahmen der Dauer Rechnung zu tragen, sondern im Rahmen der mildernden Umstände anhand der Teilnahme an den einzelnen Elementen. 1786. Dann macht [...] geltend, dass die WEKO zu Unrecht keine Reduktion der Sanktion von mindestens 10 % wegen mildernden Umständen vornehme. [...] habe nicht an allen Elementen der Abrede (Frachtraten, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA) teilgenommen. Zudem habe [...] nie Kriegsrisikozuschläge eingeführt. [...] habe die Kriegsrisikozuschläge nicht auf allen [vorliegend relevanten] Strecken angewendet. Die Zollabfertigungszuschläge für die USA hätten [...] und [...] nicht auf allen [vorliegend relevanten] Strecken eingeführt. Überdies müsse [...] die gleiche Behandlung wie [...] zukommen. [...] habe von einer Reduktion von 5 % profitiert, weil [...] nicht an der Gesamtheit der einzelnen Abredeelemente teilgenommen habe. [...] werde die Beteiligung an den gleichen Elementen wie [...] vorgeworfen.⁹¹² 1787. Zur bestrittenen Teilnahme an den Elementen Frachtraten, Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA kann auf die Ausführungen in Randziffer 924 verwiesen werden. Zudem berücksichtigt die Sanktionsbemessung die Elemente Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für [...] ohnehin nicht (vgl. Tabelle 25). In Bezug auf die gleiche Behandlung wie [...] ist anzumerken, dass sowohl [...] als auch [...] an der Abrede teilgenommen haben. Allerdings liegt die Teilnahme von [...] nicht im sanktionsrelevanten Zeitraum. [...] dagegen hat sich während des sanktionsrelevanten Zeitraums am Element Frachtraten beteiligt. B.4.2.5 Zwischenergebnis 1788. Zusammenfassend berechnet sich die Sanktionen demnach wie folgt: Zunächst wird für die Berechnung des Basisbetrags ein Prozentsatz von 8 % herangezogen. Dazu wird der Dauer des Verstosses mit einem Zuschlag von 10 % Rechnung getragen. Als erschwerende Umstände wird das Vorliegen eines wiederholten Verstosses gewertet. Mildernde Umstände sind in der vorzeitigen Einstellung der Verhaltensweise zu sehen. 1789. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erweisen sich grundsätzlich folgende Verwaltungssanktionen als den Verstössen der Parteien angemessen:

911 Vgl. act. [...]. 912 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 259

Tabelle 39: Zwischenergebnis der Sanktionen aller Parteien in CHF Partei Basisbetrag
Dauerzuschlag Zwischenergebnis Erschwerende / mildernde Umstände Ergebnis [...] [...]

[...] [...]

[...] [...] Korean [...]

10 % [...]

- 5 % [...] AAWW (Polar) [...]

10 % [...]

- 10 % [...] South African [...]

10 % [...]

0 [...] AMR (Ameri- can) [...]

10 % [...]

- 5 % [...] UCH (United) [...]

10 % [...]

- 5 % [...] SAS (Scandina- vian) [...]

10 % [...]

- 20 % [...] Singapore [...]

10 % [...]

0 [...]

B.4.2.6 Bonusmeldungen – Vollständiger / teilweiser Verzicht der Belastung 1790. Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Artikel 49a Absatz 2 KG fest, wobei in Artikel 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses der Sanktion und in Artikel 12 ff. SVKG diejenigen einer Reduktion der Sanktion (teilweiser Sanktionserlasse) aufgeführt sind. B.4.2.6.1 Grundsätze zum Verzicht der Belastung (i) Vollständiger Erlass der Sanktion 1791. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Absatz 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, sog. Eröffnungskooperation)⁹¹³ oder - Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, sog. Feststellungskooperation). Ein vollständiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.⁹¹⁴ 1792. Nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an der angezeigten Abrede

⁹¹³ Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 132. ⁹¹⁴ Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 136; in diesem Sinne auch TAGMANN (Fn 863), 275; PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz-Handkommentar, Art. 49a N 8.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 260

gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat. 1793. Ferner setzt ein Erlass der Sanktion in beiden Fällen voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG). 1794. Weiter wird gemäss Artikel 8 Absatz 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, - dass es der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt (Bst. b); - dass es während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet (Bst. c); - dass es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt (Bst. d). 1795. Zu Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe d SVKG ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass es im Interesse des Verfahrens geboten sein kann, dass das Unternehmen seine Teilnahme am Wettbewerbsverstoss erst auf Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt, weil andernfalls der Fortgang des Verfahrens (etwa weitere Ermittlungshandlungen wie Hausdurchsuchungen bei anderen Kartellmitgliedern) gefährdet sein könnte.⁹¹⁵ (ii) Reduktion der Sanktion 1796. Nach Artikel 12 Absatz 1 SVKG reduziert die WEKO die Sanktion, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Wie beim vollständigen Sanktionserlass kann es in besonderen Fällen geboten sein, dass das Unternehmen seine Teilnahme im Kartell erst auf Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt, weil andernfalls der Fortgang des Verfahrens gefährdet würde.⁹¹⁶ 1797. Die Reduktion beträgt bis zu 50 % des nach den Artikeln 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Im Unterschied zum vollständigen Erlass können auch mehrere Unternehmen in den Genuss einer Reduktion kommen. Die unaufgeforderte Mitwirkung soll dabei nicht nur die Erschliessung andernfalls unentdeckt bleibender Beweismittel ermöglichen, sondern auch den Untersuchungsaufwand des Sekretariats vermindern.⁹¹⁷ 1798. Die Reduktion beträgt bis zu 80 Prozent des nach den Artikeln 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG (Art. 12 Abs. 3 SVKG). B.4.2.6.2 Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall 1799. Am 23. Dezember 2005 erfolgte beim Sekretariat eine Selbstanzeige im Sinne von Artikel 49a Absatz 2 KG durch [...]. Mit Schreiben des Sekretariats vom 10. Januar 2006 wurde [...] der Eingang der Selbstanzeige schriftlich bestätigt. Um den Fortgang des Verfahrens nicht zu gefährden, verzichtete das Sekretariat darauf, [...] aufzufordern, die Beteiligung am

⁹¹⁵ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 8 Abs. 2 Bst. d. ⁹¹⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 12 Abs. 1. ⁹¹⁷ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 12 Abs. 2.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 261

Wettbewerbsverstoss per sofort einzustellen. Die Einstellung der Beteiligung erfolgte im Nachgang zu den Hausdurchsuchungen vom 14. Februar 2006.⁹¹⁸ 1800. [...] erfüllt die Voraussetzungen nach Artikel 8 SVKG für einen vollständigen Erlass der Sanktion. Zwar erscheint [...] beziehungsweise deren Konzerngesellschaften im Zusammenhang mit dem festgestellten Sachverhalt relativ häufig. Diese Häufung ist jedoch in erster Linie auf die

Tatsache zurückzuführen, dass [...] die erste Selbstanzeigerin war und entsprechend umfangreiches Beweismaterial aus ihrem Besitz eingereicht hat. Es kann [...] indes nicht nachgewiesen werden, dass sie eine anstiftende oder führende Rolle eingenommen hätte. 1801. Im Nachgang zur formellen Untersuchungseröffnung vom 13. Februar 2006 beziehungsweise der Ausdehnung der Untersuchung vom 20. Februar 2006 erfolgten weitere Selbstanzeigen: Tabelle 40: Selbstanzeigen nach Untersuchungseröffnung Partei Zeitpunkt Selbstanzeige (Eingang Sekretariat) [...] [...]

1802. [...] reichte rund zwei Wochen nach Untersuchungseröffnung eine Selbstanzeige ein. Die Selbstanzeige von [...] ging rund einen Monat nach Untersuchungseröffnung beim Sekretariat ein. Beide Selbstanzeigen trugen in erheblichem Masse zur Sachverhaltsaufklärung bei. Insbesondere die Selbstanzeige [...] war sehr umfangreich. Unter den gegebenen Umständen rechtfertigt es sich, die Kooperation von [...] und [...] mit einer Sanktionsreduktion von je 50 % zu berücksichtigen. 1803. [...] erklärte ihre volle Kooperationsbereitschaft rund ein halbes Jahr nach der Untersuchungseröffnung. Aufgrund der Komplexität des vorliegenden Falles war die Sachverhaltsaufklärung zu diesem Zeitpunkt noch nicht so weit fortgeschritten, dass aus der Selbstanzeige von [...] keine zusätzlichen Erkenntnisse mehr hätten gewonnen werden können. Die zeitliche Verzögerung ist jedoch bei der Sanktionsreduktion klar zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr auch für [...] und [...], welche ihre Selbstanzeigen etwas über ein Jahr beziehungsweise rund zweieinhalb Jahre nach der Untersuchungseröffnung eingereicht haben. Zwar war auch die Kooperation von [...] und [...] für das Verfahren nicht unwichtig. Deren Einfluss auf das Verfahren ist im Vergleich mit den ersten drei Selbstanzeigern jedoch klar zu relativieren. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kooperation von [...] mit einer Sanktionsreduktion von 30 %, diejenige von [...] mit einer Sanktionsreduktion von 20 % und diejenige von [...] mit einer Sanktionsreduktion von 10 % zu berücksichtigen. B.4.2.6.3 Stellungnahmen der Parteien zum Sanktionserlass / zur Sanktionsreduktion (i) Stellungnahme [...] 1804. [...] bringt vor, dass einige Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats und teilweise in ihren Plädoyers gerügt hätten, [...] erfülle die Voraussetzungen für den Sanktionserlass nicht. Diese Behauptungen seien allerdings völlig unsubstanziert und würden von [...] in aller Form bestritten. Der Sachverhalt zeige klar auf, dass mit einigen Ausnahmen – wie zum Beispiel United – [...] Parteien in zahlreiche bi- und multilaterale Kontakte involviert

918 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 262

gewesen seien und zum Teil dabei eine äusserst aktive Rolle gehabt hätten. Es könne nicht die Rede davon sein, dass [...] eine führende oder anstiftende Rolle gehabt hätte.⁹¹⁹ 1805. Diesen Ausführungen entsprechend kann auf die Ausführungen Randziffer 1800 verwiesen werden. (ii) Stellungnahme South African 1806. South African bemängelt, dass [...] der volle Sanktionserlass gewährt worden sei, obwohl für [...] aus dem umfangreichen zur Verfügung stehenden Datenmaterial klar eine tragende Rolle (wenn nicht gar eine Vorreiterrolle) hervorgehe. [...] habe die angeblichen Preisrunden in den meisten Fällen selbst angestossen.⁹²⁰ 1807. Zu diesem Vorbringen ist auf die Ausführungen in Randziffer 1800 zu verweisen. (iii) Stellungnahme [...] 1808. [...] macht geltend, die Tatsache, dass [...] in der Schweiz regelmässig die verschiedenen Preisrunden angestossen habe, werde bei der Frage des vollständigen Sanktionserlasses offensichtlich überhaupt nicht berücksichtigt. Ein vollständiger Erlass der Sanktion zu Gunsten der [...] sei unter solchen Umständen

unzulässig und verletzte die einschlägigen Grundsätze der KG-Sanktionsverordnung.⁹²¹ 1809. Zu diesem Vorbringen von [...] ist auf die Ausführungen in Randziffer 1800 zu verweisen. (iv) Stellungnahme [...] 1810. [...] bringt vor, dass der Rahmen der möglichen Reduktion im vorliegenden Fall mit der Gewährung einer Sanktionsreduktion von 10 Prozent nicht voll ausgeschöpft werde. Eine grössere Reduktion für [...] scheine im vorliegenden Fall angemessen. Insgesamt könne nicht alleine auf den Zeitpunkt der Einreichung der Selbstanzeige durch [...] abgestellt werden. Hier handle es sich um einen eher komplizierten Fall, weshalb auch spätere Beiträge einen wichtigen Einfluss auf das Verfahren haben könnten. In diesem Zusammenhang sei zu beachten, dass eine Staffelung der Reduktion der Sanktion in Relation zum Rang der Bonusmeldung nicht unbedingt zu erfolgen habe. So habe «die WEKO bereits in der Vergangenheit von der Möglichkeit, die Höhe der Sanktionsreduktion vom Rang der jeweiligen Selbstanzeige abhängig zu machen, nicht Gebrauch gemacht (RPW 2009/3, Elektroinstallationsbetriebe Bern, Rz. 170).»⁹²² 1811. Dazu gilt es festzuhalten, dass die WEKO im Fall Elektroinstallationsbetriebe Bern von der Möglichkeit, die Höhe der Sanktionsreduktion vom Rang der jeweiligen Selbstanzeige abhängig zu machen, tatsächlich keinen Gebrauch gemacht hat. Der Grund dafür liegt allerdings im Umstand, dass in jenem Verfahren alle Bonusmeldungen zeitnah zur Hausdurchsuchung erfolgten. Hierzu betont die WEKO, dass diesem Entscheid insofern keinerlei Präjudizwirkung zukommt, als plausibel scheint, dass bei grösseren/zunehmenden Abständen zwischen den Selbstanzeigen sich die Wahrscheinlichkeit, dass die Akten der später meldenden Unternehmen noch einen wesentlichen Beitrag zum Verfahren liefern, beträchtlich verringern dürfte. Der zeitliche Abstand zum anzeigenden respektive ersten meldenden Unternehmen stellt gemäss WEKO insofern einen gangbaren Gradmesser für die unter Umständen schwer eruierebare Bedeutung des Beitrags einer Unternehmung zum Verfahrenserfolg dar.⁹²³ Unter diesen 919 Vgl. act. [...]. 920 Vgl. act. [...]. 921 Vgl. act. [...]. 922 Vgl. act. [...]. 923 Vgl. RPW 2009/3, 220 Rz 170, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 263

Umständen erscheint die Sanktionsreduktion anhand des Zeitpunktes als sachgerecht. Immerhin erfolgte die Selbstanzeige von [...] rund zweieinhalb Jahre nach der ersten Selbstanzeige. (v) Stellungnahme [...] 1812. [...] macht geltend, der Sanktionserlass gegenüber [...] verstosse gegen die KG-Sanktionsverordnung und verletze das Gleichbehandlungsgebot. Aus dem Antrag ergebe sich klar eine anstiftende oder führende Rolle von [...] im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a SVKG. Der [...] gewährte Sanktionserlass sei nicht begründet, was auch ein Verstoss gegen das rechtliche Gehör gemäss Artikel 29 Absatz 2 BV darstelle.⁹²⁴ 1813. Zu diesem Vorbringen ist auf die Ausführungen in Randziffer 1800 zu verweisen. B.4.2.7 Ergebnis 1814. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie aller genannten sanktionserhöhenden und -mindernden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für jede Untersuchungsadressatin wie folgt zusammenfassen: Tabelle 41: Zusammenfassung der Sanktionen aller Parteien in CHF Partei Basisbetrag inkl. 10 % Dauerzuschlag Erschwerende / mildernde Umstände Ergebnis Bonus Sanktion [...] [...]

[...] [...]

[...] [...] Korean [...]

- 5 % [...]

[...] AAWW (Polar) [...]

- 10 % [...]

[...] South African [...]

0 [...]

[...] AMR (Ameri- can) [...]

- 5 % [...]

[...] UCH (United) [...]

- 5 % [...]

[...] SAS (Scandina- vian) [...]

- 20 % [...]

[...] Singapore [...]

0 [...]

[...]

1815. Für Alitalia und South African ergibt die Sanktionsberechnung entsprechend der KG-Sanktionsverordnung in Ermangelung eines Umsatzes auf den relevanten Märkten eine Sanktion von 0 Franken. Es stellt sich damit die Frage, ob dieses Resultat dem Sinn und Zweck von Artikel 49a KG entspricht. So spricht die WEKO etwa im Bereich von Submissionsabspra- chen für Unternehmen, die eine Stützofferte eingereicht und daher auf dem relevanten Markt zwangsläufig keinen Umsatz erzielt haben, trotzdem eine Sanktion aus. Dies weil die Stützof- ferten Teil der Ansprache sind und diejenigen Unternehmen, die eine solche Stützofferte ein- reichen damit dazu beigetragen den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen beziehungsweise mindestens erheblich zu beeinträchtigen. Würde in diesem Fall auf die tatsächlich erzielten Umsätze abgestellt, gingen diese Abredeteilnehmer sanktionsfrei aus, was mit dem vom Ge- setzgeber beabsichtigten Zweck von Artikel 49a KG, insbesondere dessen Ziel der

924 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 264

abschreckenden Wirkung, unvereinbar wäre.⁹²⁵ Auch in anderen Fällen, etwa bei Gebietsab- reden, kann es sich aus der Art der Abrede ergeben, dass ein daran beteiligtes Unternehmen zwangsläufig keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielt.⁹²⁶ Ein Abstellen auf die effekti- ven Umsätze könnte auch in diesen Fällen dem von Artikel 49a KG angestrebten Zweck zu- widerlaufen. Es kann daher gerechtfertigt sein, trotz fehlendem Umsatz eine Sanktion in an- gemessener Höhe auszufällen. 1816. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch wesentlich von den soeben angespro- chenen Fällen. Dass Alitalia und South African keinen sanktionsrelevanten Umsatz auf den relevanten Märkten erzielt haben ist weder unmittelbar noch mittelbar durch die Abrede be- dingt. Es kann vorliegend auch nicht gesagt werden, dass Alitalia oder South African eine kartellanführende Rolle innegehabt hätten und es im Ergebnis stossend wäre, wenn sie keine Sanktion zu bezahlen hätten. Die von Artikel 49a KG beabsichtigte abschreckende Wirkung kann im vorliegenden Fall auch ohne Ausfällung einer Sanktion erreicht werden. C Kosten C.1
Stellungnahmen der Parteien zu den Kosten C.1.1 Stellungnahme Atlas (Polar) 1817.

Gemäss Polar seien die Verfahrenskosten nach dem Verursacherprinzip und nach Unterliegen zu verteilen. Der überwiegende Teil des Aufwandes solle in diesem Fall den [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] auferlegt werden. Da es sich mutmasslich um zwei verschiedene Gruppen gehandelt habe, komme eine solidarische Haftung für die Verfahrenskosten ohnehin auch nicht in Frage.⁹²⁷ 1818. Entsprechend dem Verursacherprinzip erfolgt die vorliegende Kostenaufgabe aufgrund der nachgewiesenen Teilnahme von Polar am wettbewerbswidrigen Informationsaustausch, welche für das vorliegende Verfahren ursächlich ist. Es kann denn auch nicht gesagt werden, dass der Verfahrensaufwand in einem Kartellverfahren abhängig vom Umsatz der vom Verfahren betroffenen Unternehmen wäre. Es kann auch nicht verallgemeinert werden, dass der Verfahrensaufwand in direkter Abhängigkeit zum (finanziellen) Ausmass der Beteiligung eines Unternehmens am Kartell steht.⁹²⁸ Es besteht kein Grund von der langjährigen Praxis der WEKO abzuweichen. C.1.2 Stellungnahme South African 1819. South African bemängelt, dass gemäss Antrag die Verfahrenskosten den Verfügungsadressaten zu gleichen Teilen auferlegt werden sollen. Diese gleichmässige Kostenauflegung widerspreche dem in Artikel 2 Absatz 1 GebV-KG⁹²⁹ explizit verankerten Verursacherprinzip, wonach die Kosten verursachergerecht zu verteilen seien. Für den Fall, dass South African, entgegen ihrem Antrag, Kosten auferlegt werden sollten, müssten diese differenziert und verursachergerecht zwischen den Verfügungsadressaten, namentlich den gemäss Antrag sanktionierten Luftverkehrsunternehmen, aufgeteilt werden. Aufgrund des nicht vorhandenen beziehungsweise höchstens geringen Tatbeitrags (passive Rolle, keine Umsätze/Marktanteile

⁹²⁵ Vgl. RPW 2012/2, 406 Rz 1089 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. ⁹²⁶ Vgl. RPW 2010/1, 113 f. Rz 374 ff., Gaba. ⁹²⁷ Vgl. act. [...]. ⁹²⁸ Vgl. zum Ganzen auch RPW 2010/4, 773 Rz 488, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. ⁹²⁹ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 265

auf den relevanten Strecken, keine Busse), und dem – falls überhaupt vorhandenen – geringen Verschulden müsse der Kostenanteil für South African entsprechend weg- oder zumindest erheblich tiefer ausfallen als derjenige der auf den relevanten Märkten tätigen und sanktionierten Konkurrenten. Generell stelle sich die Frage, ob die Kosten nicht in Relation zur ausgefallenen Sanktion verteilt werden müssten. Im Übrigen führe der Antrag selbst aus, dass von der Kostenauflegung zu gleichen Teilen praxisgemäss abgewichen werden könne, wenn dies zu stossenden Ergebnissen führen sollte. In Bezug auf South African würde gerade ein stossendes Ergebnis resultieren, wenn allen Parteien gleich hohe Kostenanteile auferlegt würden. Zudem sei vor dem Hintergrund der (über-)langen, nicht den Unternehmen anzulastenden Verfahrensdauer, letztlich auch in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips zweifelhaft, ob den Verfügungsadressaten Verfahrenskosten in der Grössenordnung von 50 000 Franken bis 100 000 Franken auferlegt werden dürften. Die Verfahrenskosten seien somit unter Berücksichtigung dieses Aspektes, soweit nicht gänzlich auf deren Erhebung verzichtet werde, zumindest erheblich zu reduzieren.⁹³⁰ 1820. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden. C.1.3 Stellungnahme Alitalia 1821. In Bezug auf die Verfahrenskosten macht Alitalia zunächst geltend, dass ihr eine Teilnahme der an den vorgeworfenen Wettbewerbsabreden nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden könne. Bereits aus diesem Grund müsse die

Gebührenpflicht für Alitalia entfallen. Ungeachtet dessen erscheine der vorliegende Fall zudem als Paradebeispiel für ein stossendes Ergebnis der gleichmässigen Kostenverteilung. Infolge der geringen Aktivität von Alitalia im Bereich der Luftfrachtdienstleistungen müsse deren marginale Bedeutung auf dem Markt offensichtlich sein. Im Vergleich zu anderen von der Untersuchung betroffenen Unternehmen seien die Marktanteile auf den untersuchten Strecken verschwindend klein. Aus all diesen Gründen führe eine Kostenverteilung zu gleichen Teilen zu einem stossenden Ergebnis. Die Stellung von Alitalia auf dem Markt für Luftfrachtdienstleistungen und die spärlichen (ungenügenden) Beweismittel müssten berücksichtigt werden, damit die Kostenverteilung mit dem Gerechtigkeitsgedanken vereinbar sei.⁹³¹ 1822. Den Ausführungen von Alitalia ist entgegenzuhalten, dass sich die Beweislage keineswegs als ungenügend erweist (vgl. Abschnitt A.4.11), weshalb das Verfahren gegenüber Alitalia auch nicht einzustellen ist. Entscheidend ist, dass die Stellung von Alitalia auf den relevanten Märkten im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt wird und nicht geeignet ist, die Kostenverteilung zu beeinflussen. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden. C.1.4 Stellungnahme AMR (American) 1823. American vertritt die Ansicht, dass die Kosten des Verfahrens – sofern nicht der Schweizerischen Eidgenossenschaft auferlegt und sofern die Gebührenpflicht von American nicht gänzlich entfalle – erheblich zu reduzieren und den Parteien zu ungleichen Teilen aufzuerlegen seien. 1824. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden. C.1.5 Stellungnahme United 1825. United bringt vor, dass angesichts der Rolle von United eine Auferlegung zu gleichen Teilen und unter solidarische Haftbarkeit völlig unangemessen sei. Deshalb, und nur für den Fall, dass United weiterhin eines unzulässigen Verhaltens bezichtigt werden, müssten die

930 Vgl. act. [...]. 931 Vgl. act. [...].

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 266

Auslagen und die Verfahrenskosten des vorliegenden Verfahrens den Parteien in ungleichen Teilen auferlegt werden, unter Berücksichtigung der Bedeutung des jeweiligen Parteiverhaltens.⁹³² 1826. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden. C.1.6 Stellungnahme [...] 1827. [...] macht für den Fall einer Kostenauflegung geltend, dass die Kosten differenziert und verursachergerecht zwischen den Verfügungsadressaten aufgeteilt werden müssten.⁹³³ 1828. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden. C.2 Ergebnis 1829. Nach Artikel 2 Absatz 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 1830. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben.⁹³⁴ Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden gelten grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher und tragen daher die Kosten zu gleichen Teilen. Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn er zu stossenden Ergebnissen führen sollte. Im vorliegenden Fall sind keinerlei Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen würden. 1831. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.⁹³⁵ Vorliegend ist daher eine

Gebührenpflicht der am Verfahren beteiligten Parteien zu bejahen. 1832. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁹³⁶ 1833. Nach Artikel 4 Absatz 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100.– bis 400.– Franken. 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). 1834. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 120 bis 290 Franken. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 6567 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet (Anmerkung: Im Laufe

932 Vgl. act. [...]. 933 Vgl. act. [...]. 934 WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen, 69 Rz 371 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011). 935 Vgl. Entscheid des Bundesgerichts i. S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario. 936 Vgl. RPW 2002/3, S. 546 f. Rz 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 267

des Verfahrens wechselte der Stundenansatz teilweise, weshalb nachfolgend fünf Kategorien von Stundenansätzen aufgeführt sind): - 200 Stunden zu 120 Franken, ergebend 24 000 Franken, - 111 Stunden zu 130 Franken, ergebend 14 430 Franken, - 6070 Stunden zu 200 Franken, ergebend 1 214 000 Franken, - 62 Stunden zu 250 Franken, ergebend 15 500 Franken, - 124 Stunden zu 290 Franken, ergebend 35 960 Franken. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 hat der Gebührenpflichtige die Auslagen gemäss Artikel 6 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1) zu erstatten sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden. Dieser Aufwand belief sich auf 9740 Franken.⁹³⁷ 1835. Die vorliegend vorzunehmende Teileinstellung hat keine Auswirkungen auf die Verfahrenskosten. 1836. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf 1 313 630 Franken. Hiervon abzuziehen sind weiter die vorab auszuscheidenden reduzierten Verfahrensgebühren von insgesamt 57 987 Franken, die auf [...] entfallen, welche keine Bemerkungen zum Antrag des Sekretariats hatte, die Höhe der Sanktion nicht beanstandete und auf eine mündliche Anhörung durch die WEKO verzichtete.⁹³⁸ Alsdann in einem weiteren Schritt ist der verbleibende Betrag von 1 255 643 Franken durch die Anzahl verbliebener Adressatinnen, nämlich 13, zu teilen, was einen Betrag von 96 588 Franken pro Adressatin ausmacht. 1837. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt, mit Ausnahme von [...] (vgl. Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV). D Ergebnis 1838. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: 1839. Es ist festzustellen, dass sich die Unternehmen [...]Konzern (bestehend aus den Parteien [...]), Korean, AAWW-Konzern (AAWW und Polar), South African, Alitalia, AMR-Konzern (AMR und American), UCH-Konzern (UCH und United), SAS-Konzern (SAS AB, Scandinavian und Scandinavian Cargo), [...]Konzern ([...] und [...]), Singapore-Konzern (Singapore und Singapore Cargo), [...] und [...]Konzern ([...]) im Zeitraum frühestens Januar 2000 bis längstens Februar 2006 über Treibstoffzuschläge

(vgl. Abschnitt A.4.4.4), [...] Kriegsrisikozuschläge (vgl. Abschnitt A.4.6.2), Zollabfertigungszuschläge für die USA (vgl. Abschnitt A.4.7.1), Frachtraten (vgl. Abschnitt A.4.8.2) und die Kommissionierung von Zuschlägen (vgl. Abschnitt A.4.9.1) abgesprochen haben. 1840. Verschiedene, von der Schweiz mit Drittstaaten abgeschlossene Luftverkehrsabkommen sehen die Möglichkeit der Tarifkoordination vor (vgl. Abschnitt B.1.1.2). Zudem ist mit Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens am 1. Juni 2002 für die Schweiz eine neue Situation für wettbewerbsrechtliche Beurteilungen im Bereich Luftverkehr entstanden. Durch Auslegung des EU-Luftverkehrsabkommens nach den Kriterien der Vertragsrechtskonvention gelangt die WEKO zum Schluss, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Artikel 11 Absatz 2 LVA sowohl die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens als auch das schweizerische

937 Vgl. act. [...]. 938 Die Verfahrensgebühren setzen sich zusammen aus 1/14 für den Verfahrensaufwand per 27. Februar 2012 und 1/14 für den Verfahrensaufwand der Schlussredaktion der Endverfügung (vgl. act. [...]).

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 268

Kartellrecht anzuwenden haben. Dabei genießt das EU-Luftverkehrsabkommen Vorrang, das heisst im Falle einer nach EU-Luftverkehrsabkommen zulässigen Verhaltensweise kann kein Verbot nach Kartellgesetz ausgefällt werden. Andererseits kann auch keine nach EU-Luftverkehrsabkommen unzulässige Verhaltensweise durch die Bestimmungen des Kartellgesetzes gerechtfertigt sein. Soweit jedoch beide Wettbewerbsregeln ein Verhalten als unzulässig erklären, steht das EU-Luftverkehrsabkommen einer Sanktion nach schweizerischem Kartellgesetz nicht entgegen (vgl. Abschnitt B.1.2.2.1). 1841. Bei der Frage nach den anwendbaren Bestimmungen gilt es zu berücksichtigen, dass die Schweiz völkerrechtlich verpflichtet ist, die einzelnen Abkommen mit Nicht-EU-Ländern einzuhalten, mithin diese dem EU-Luftverkehrsabkommen und dem Kartellgesetz vorgehen. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben das EU-Luftverkehrsabkommen zusammen mit dem Kartellgesetz letztlich in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern anzuwenden: Vereinigte Staaten von Amerika, Singapur, Tschechische Republik (bis zum 30. April 2004, weil EU-Beitritt am 1. Mai 2004), Pakistan und Vietnam. 1842. Aus der Analyse der anwendbaren Bestimmungen folgt, dass Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 zwar auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden können. Eine allfällige Unzulässigkeit hätte indes keine weitere Rechtsfolge und würde im Dispositiv keinen Niederschlag finden (vgl. Abschnitt B.3.1). 1843. [...] 1844. Die von den Parteien getroffenen Absprachen über Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen betreffen alle die Festsetzung des Preises für Luftfrachtleistungen. Dadurch koordinierten die Beteiligten ihr Preisverhalten bezüglich der Bereitstellung von Luftfrachtleistungen. Die Zuwiderhandlung weist eine einheitliche Natur auf: die Preiskoordination (vgl. Abschnitt B.3.3.2). 1845. Aufgrund der Kontakte liegen zwischen den am Verfahren beteiligten Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen gemäss europäischer Rechtsprechung vor. Es liegen Zuwiderhandlungen von zwei Gruppen vor. Für die Gruppe der am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...] ergibt der festgestellte Sachverhalt einen Widerhandlungszeitraum von Juni 2002 bis Februar 2006. Für die

Gruppe [...]Polar ist eine Zuwiderhandlungsdauer von Juni 2004 bis November 2005 erstellt. 1846. Die Zuwiderhandlungen beider Gruppen erfüllen je das Kriterium einer einzigen und fort- dauernden Zuwiderhandlung im Sinne der europäischen Rechtsprechung. Zweck der jeweili- gen Zuwiderhandlung war die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbe- werbs. Die einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlungen beider Gruppen waren geeignet den Handel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zu beeinträchtigen. 1847. Es ist daher festzustellen, dass vorliegenden Vereinbarungen und abgestimmten Ver- haltensweisen einerseits der am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Ali- talia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...] sowie andererseits von [...] und Polar mit Artikel 8 Absatz 1 LVA unvereinbar und verboten sind. 1848. Die von den Parteien getroffenen Absprachen über Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozu- schläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen stellen zudem eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar (vgl. Abschnitt B.3.4.3.7). 1849. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Ab- satz 3 KG kann für folgende Strecken weder mit einem wirksamen Aussenwettbewerb noch mit einem wirksamen Innenwettbewerb widerlegt werden: Schweiz – USA, Schweiz –

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 269

Singapur, Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004, USA – Schweiz, Singapur – Schweiz (vgl. Abschnitt B.3.4.4.5). 1850. Auf folgenden Strecken kann die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden: Schweiz – Tsche- chische Republik für 2005 bis Februar 2006 (wobei die WEKO für diesen Zeitraum für diese Strecke nicht mehr zuständig ist), Schweiz – Pakistan, Schweiz – Vietnam. 1851. Für die Strecken Tschechische Republik – Schweiz, Pakistan- Schweiz und Vietnam – Schweiz weisen die IATA-CASS-Daten keine Transporte aus, weshalb diese Strecken nicht mehr weiter berücksichtigt werden. 1852. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bewirkt eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG mindestens als erheblich zu qualifizieren ist. Dies gilt sowohl für die Strecken, für die die gesetzliche Vermutung widerlegt werden kann, als auch – im Sinne einer Selbst-Wenn-Beurteilung – für die Strecken, für die die gesetzliche Vermutung nicht wi- derlegt werden kann (vgl. Abschnitt B.3.4.5.3). 1853. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Artikel 5 Absatz 2 KG liegen nicht vor (vgl. Abschnitt B.3.4.6). Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 KG betreffend folgender Strecken (vgl. Abschnitt 1636): Schweiz – USA, USA – Schweiz, Schweiz – Singapur, Singapur – Schweiz, Schweiz – Tschechische Republik (für die Jahre 2000 bis 2004), Schweiz – Pakistan und Schweiz – Vietnam. 1854. Die Parteien [...], Korean Air Lines Co. Ltd., Atlas Air Worldwide Holdings Inc., Polar Air Cargo Worldwide Inc., South African Airways (PTY) Ltd., Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A., AMR Corporation, American Airlines, Inc., United Continental Holdings Inc., United Air Lines Inc., SAS AB, Scandinavian Airlines A/S, SAS Cargo Group A/S, [...], Singapore Airlines Limi- ted, Singapore Airlines Cargo Pte. Ltd., [...] und [...] ist unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) zu untersagen, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preisele-

mente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen (vgl. Abschnitt B.4.1), soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist oder im Rahmen einer Allianz erfolgt, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliegt. 1855. Korean Air Lines Co. Ltd., Atlas Air Worldwide Holdings Inc., South African Airways (PTY) Ltd., Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A., AMR Corporation, United Continental Holdings Inc., SAS AB, [...], Singapore Airlines Limited, [...] und [...] sind an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Abschnitt B.4.2). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung von total 11 080 092 Franken angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Abschnitt B.4.2.6.3): 1856. Im Übrigen ist das Verfahren einzustellen. 1857. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Randziffer 1854 genannten Parteien die Verfahrenskosten von total 1 313 630 Franken zu tragen (vgl. Abschnitt C).

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 30 Absatz 1 KG: 1. Den Parteien [...], Korean Air Lines Co. Ltd., Atlas Air Worldwide Holdings Inc., Polar Air Cargo Worldwide Inc., South African Airways (PTY) Ltd., Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A., AMR Corporation, American Airlines, Inc., United Continental Holdings Inc.,

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 270

United Air Lines Inc., SAS AB, Scandinavian Airlines A/S, SAS Cargo Group A/S, [...], Singapore Airlines Limited, Singapore Airlines Cargo Pte. Ltd., [...] und [...] wird untersagt, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist oder im Rahmen einer Allianz erfolgt, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliegt. 2. Folgende Parteien werden für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten wegen Beteiligung an der gemäss Artikel 8 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68) in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 1 und 3 Buchstabe a KG unzulässigen Preisabrede mit folgenden Beträgen belastet: - Korean Air Lines Co. Ltd. Fr.

E. 41

421 - Atlas Air Worldwide Holdings, Inc. Fr. 62 301 - AMR Corporation Fr. 2 225 310 - United Continental Holdings, Inc. Fr. 2 085 486 - SAS AB Fr. 95 793 - [...] Fr. [...] - Singapore Airlines Limited Fr. 1 688 825 3. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt. 4. Die Verfahrenskosten von 1 313 630 Franken, bestehend aus einer Gebühr von 1 303 890 Franken und Auslagen von 9740 Franken, werden nachfolgenden Parteien folgendermassen auferlegt:

[...] 5. Die Verfügung ist zu eröffnen an: [...]

Wettbewerbskommission

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

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 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.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 271

F Anhang Anhang 1: Übersicht der relevanten Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und anderen Ländern (Stand 14. Februar 2011)

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen 1 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (EU-Luftverkehrsabkommen, LVA; SR 0.748.127.192.68); in Kraft seit 1. Juni 2002 Art. 8 Abs. 1: Mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken, insbesondere a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen; b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen; c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen; d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden; e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Art. 9: Mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens oder in einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen: a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher; c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden; d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. 2 Abkommen vom 2. Mai 1956 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über den Luftverkehr (mit Notenaustausch) (Abkommen CH-DE; SR 0.748.127.191.36) Art. 11 Abs. 1: Die Tarife, die auf den nach Artikel 2, Absatz 2, festgelegten Linien für Fluggäste und Fracht anzuwenden sind, werden unter Berücksichtigung aller Faktoren, insbesondere der Kosten des Betriebes, eines angemessenen Gewinns, der besonderen Gegebenheiten der verschiedenen Linien und der von anderen Unternehmen, welche die gleiche Linie ganz oder teilweise betreiben, verwendeten Tarife festgesetzt. Bei der Festsetzung soll nach den Bestimmungen der folgenden Absätze verfahren werden. Art. 11 Abs. 2: Die Tarife werden, wenn möglich, für

jede Linie durch Vereinbarung der beteiligten bezeichneten Unternehmen festgesetzt. Hierbei sollen sich die bezeichneten Unternehmen nach den Beschlüssen richten, die auf Grund des Tariffestsetzungsverfahrens des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) angewendet werden können, oder die bezeichneten Unternehmen sollen sich, nach einer Beratung mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleiche Linie ganz oder teilweise betreiben, wenn möglich unmittelbar untereinander verständigen.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 3 Abkommen vom 15. Dezember 1975 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Korea über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-RK; SR 0.748.127.192.81) Art. 10 Abs. 1: Die Tarife für alle vereinbarten Linien sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die durch andere Luftverkehrsunternehmen angewendet werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 10 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich in gegenseitigem Einvernehmen durch die bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dieses Einvernehmen soweit als möglich zu erreichen, indem sie das Tariffestsetzungsverfahren anwenden, das durch die internationale Organisation aufgestellt worden ist, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 272

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen 4 Abkommen vom 15. Juni 1995 über den Luftverkehr zwischen der Regierung der Schweiz und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika (Abkommen CH-US; AS 1997 1076) Art. 11 Abs. 1: Jede Partei gewährt den bezeichneten Unternehmen der beiden Parteien gleiche und gerechte Möglichkeiten, miteinander in dem durch dieses Abkommen erfassten internationalen Luftverkehr in Wettbewerb zu treten. Art. 12 Abs. 1: Jede Partei lässt zu, dass die Preise für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen festgelegt werden. [...] Das Abkommen vom 15. Juni 1995 zwischen der Schweiz und den USA wird durch das Abkommen vom 21. Juni 2010 zwischen der Schweiz und den USA ersetzt (Art. 19 Abkommen CH-USA 2010)

Abkommen vom 21. Juni 2010 über den Luftverkehr zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika (mit Anhängen) (SR 0.748.127.193.36) Für vorliegendes Verfahren wegen Inkrafttreten im Jahr 2010 nicht berücksichtigt. 5 Abkommen vom 19. Oktober 1959 über die Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und der Südafrikanischen Union (Abkommen CH-SA; AS 1961 892) Art. 4 Abs. 1: Die Flugpreise und Tarife, die von den bezeichneten Unternehmen der Parteien erhoben werden und die auf diesen Linien angewandten Beförderungsbedingungen sollen denjenigen entsprechen, die vom Internationalen Luftverkehrsverband (IATA) vereinbart und von den Luftfahrtbehörden der Parteien genehmigt worden sind. Art. 4 Abs. 2: Wenn der Internationale Luftverkehrsverband diesen Flugpreisen und Tarifen nicht zustimmt oder wenn eine solche Zustimmung von den Luftfahrtbehörden einer Partei nicht genehmigt worden ist, so werden sich die

Luftfahrtbehörden der Parteien bemühen, eine Einigung über die Flugpreise und Tarife, welche die bezeichneten Unternehmungen anwenden sollen, zu erzielen. Das Abkommen vom 19. Oktober 1959 zwischen der Schweiz und der Südafrikanischen Union wird mit dem Abkommen vom 8. Mai 2007 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Südafrika aufgehoben.

Luftverkehrsabkommen vom 8. Mai 2007 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Südafrika (mit Anhang) (SR 0.748.127.191.18) Für vorliegendes Verfahren wegen Inkrafttreten im Jahr 2007 nicht berücksichtigt. 6
Abkommen vom 4. Juni 1956 über Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und Italien (Abkommen CH-IT; SR 0.748.127.194.541) Art. 6: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn, und die besonderen Gegebenheiten jeder Linie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht zu ziehen sind. Die Empfehlungen des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) sind ebenfalls zu berücksichtigen. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten Unternehmungen mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken befliegen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 7
Vereinbarung vom 19. Dezember 1949 zwischen der Schweiz und Österreich über den Luftverkehr (Abkommen CH-AT; SR 0.748.127.191.63) Art. 4 Bst. a: Die Tarife sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die jeder Linie eigenen Merkmale, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, sowie die Tarife anderer Luftverkehrsunternehmen auf dem gleichen Flugwege zu berücksichtigen sind. Den Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) ist ebenfalls Rechnung zu tragen. Die vorgesehenen Tarife unterliegen der Genehmigung der Luftfahrtbehörden der vertragschliessenden Teile.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 273

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen 8 Vereinbarung vom 22. Juni 1950 über Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und Dänemark (Abkommen CH-DK; SR 0.748.127.193.14) Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat bezeichnet eine Luftverkehrsunternehmung für den Betrieb der vereinbarten Linien und bestimmt den Zeitpunkt der Eröffnung dieser Linien. Anhang II: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Luftverkehrslinie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, sowie die Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) in Betracht zu ziehen sind. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die schweizerische und dänische Unternehmung mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der

Genehmigung der zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 7 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 9 Abkommen vom 30. Dezember 1954 über den regelmäßigen Luftverkehr zwischen der Schweiz und Norwegen (Abkommen CH-NO; SR 0.748.127.195.98) Art. 1 Abs. 2: Jeder Vertragsstaat bezeichnet für den Betrieb der vereinbarten Linien eine Luftverkehrsunternehmung und bestimmt das Datum der Eröffnung dieser Linien. Art. 4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe festgesetzt, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Linie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht zu ziehen sind. Die Empfehlungen des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) sind ebenfalls zu berücksichtigen. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten schweizerischen und norwegischen Unternehmungen mit den Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken befliegen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich diese Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Art. 9 dieses Abkommens vorgesehene Verfahren angewendet. 10 Vereinbarung vom 18. Oktober 1950 über Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und Schweden (mit Anhang) (Abkommen CH-SE; SR 0.748.127.197.14) Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat bezeichnet eine Luftverkehrsunternehmung für den Betrieb der vereinbarten Linien und bestimmt den Zeitpunkt der Eröffnung dieser Linien. Anhang II: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Luftverkehrslinie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, sowie die Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) in Betracht zu ziehen sind. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die schweizerische und schwedische Unternehmung mit den Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 7 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 11 Abkommen vom 24. Mai 1956 über Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und Japan (Abkommen CH-JP; SR 0.748.127.194.63) Art. 10 Abs. 1: Die auf die genehmigten Linien angewandten Tarife werden in vernünftiger Höhe festgesetzt, wobei alle Bewertungsgrundlagen, im besondern die Betriebsunkosten, ein vernünftiger Gewinn, die besonderen Gegebenheiten jeder Linie (wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit) und die durch andere Luftverkehrsunternehmungen auf jedem Abschnitt des vereinbarten Flug-

weges angewandten Tarife zu berücksichtigen sind. Diese Tarife sind gemäss den Bestimmungen dieses Artikels festzusetzen. Art. 10 Abs. 2: Nach Möglichkeit einigen sich die bezeichneten Unternehmungen auf die gemäss dem Tariffestsetzungsverfahren des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) angewandten Tarife. Wenn dies unmöglich ist, bilden die auf jedem der vereinbarten Flugwege anzuwendenden Tarife Gegenstand einer Verständigung zwischen den bezeichneten Unternehmungen. In

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 274

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen allen Fällen sind diese Tarife den Luftfahrtbehörden der beiden Vertragsstaaten zur Genehmigung zu unterbreiten. 12 Abkommen vom 28. Februar 1969 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik von Singapur über den regelmässigen Luftverkehr zwischen ihren Gebieten und darüber hinaus (Abkommen CH-SP; SR 0.748.127.196.89) Art. 8 Abs. 1: Jede Vertragspartei gewährt dem von der anderen Vertragspartei bezeichneten Unternehmen gleiche und gerechte Möglichkeiten, um bei der Zurverfügungstellung internationaler Luftverkehrslinien, die von diesem Abkommen erfasst werden, in freien Wettbewerb zu treten. Art. 10 Abs. 1: Jede Vertragspartei lässt zu, dass die Tarife für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktorientierten Erwägungen festgelegt werden. Eingriffe von Seiten der Vertragsparteien beschränken sich auf: (a) die Verhinderung unvernünftiger, diskriminierender Tarife oder Praktiken; und (b) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden. [...] Art. 10 Abs. 4: Unbeachtet der Absätze (1) bis (3) dieses Artikels erlaubt jede Vertragspartei: a) jedem Unternehmen einer Vertragspartei mit einem tieferen oder wettbewerbsfähigeren Tarif gleichzuziehen, der von jedem anderen Unternehmen für internationalen Luftverkehr zwischen den Gebieten der Vertragsparteien vorgeschlagen oder erhoben wird; und b) jedem Unternehmen einer Vertragspartei mit einem tieferen oder wettbewerbsfähigeren Preis gleichzuziehen, der von jedem anderen Unternehmen für internationalen Luftverkehr zwischen dem Gebiet der anderen Vertragspartei und einem Drittland vorgeschlagen oder erhoben wird. Der Begriff «gleichziehen», wie er hier angewandt wird, bedeutet das Recht, für eine zeitlich beschränkte Dauer einen gleichen Tarif anzuwenden, unter Anwendung beschleunigter Massnahmen, soweit diese notwendig sind, ungeachtet unterschiedlicher Bedingungen bezüglich Linienführung, Anforderungen für einen Rückflug, Anschlüssen, Art des Service oder des Flugzeugtyps. 13 Abkommen vom 26. Januar 1988 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Hong Kong über den Luftlinienverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-HK; SR 0.748.127.194.16) Art. 9 Abs. 2: Die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei anwendbaren Tarife sind in vernünftiger Höhe festgelegt, unter Einschluss aller bestimmenden Elemente, einschliesslich der Betriebskosten, der Interessen der Benutzer, eines vernünftigen Gewinnes, der Besonderheiten jeder Linie und der Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen erhoben werden. Art. 9 Abs. 3: Die im Absatz 2 dieses Artikels erwähnten Tarife können zwischen den bezeichneten Unternehmen vereinbart werden, die nach Rücksprache mit anderen Unternehmen deren Genehmigung einholen. Wenn das bezeichnete Unternehmen die Zustimmung der anderen bezeichneten Unternehmen zum Tarif nicht erlangen kann, oder wenn kein anderes bezeichnetes Unternehmen die gleiche Strecke bedient, kann das bezeichnete Unternehmen Tarife unterbreiten und die Luftfahrtbehörde kann diese genehmigen. «Die gleiche Strecke» bedeutet in diesem

Zusammenhang die Strecke, die bedient wird, und nicht die festgelegte Strecke. 14
Abkommen vom 9. April 1951 über den Luftverkehr zwischen der Schweiz und dem
Grossherzogtum Luxemburg (Abkommen CH-LU; SR 0.748.127.195.18) Art. 1 Bst. b:
Jeder Vertragsstaat bezeichnet für den Betrieb der vereinbarten Linien eine
Luftverkehrsunternehmung und bestimmt den Zeitpunkt der Eröffnung dieser Linien. Art.
4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des
Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Luftverkehrslinie,
wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht gezogen werden müssen. Die
Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) sind ebenfalls zu
berücksichtigen. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten
Unternehmungen zu diesem Zweck mit den Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten,
welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der
Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des
Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender
zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über
Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 15
Vereinbarung vom 5. April 1950 zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich
von Grossbritannien und Nordirland über Luftverkehrslinien Art. 1 Abs. 2: Für jede
vereinbarte Linie wird vom Vertragsstaat, dem das Recht zur Errichtung dieser Linie
zusteht, eine Luftverkehrsunternehmung bezeichnet. Art. 4 Abs. 2: Die im vorstehenden
Absatz 1 erwähnten Tarife sollen, wenn möglich, für jede im Anhang festgelegte Strecke
von den bezeichneten Unternehmungen nach Beratung mit den übrigen ganz oder
teilweise die gleiche Strecke befliegenden Luftverkehrsunternehmungen vereinbart werden;
diese Vereinbarung soll, wenn möglich, zu Stande kommen durch Anwendung des
711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 275

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen (Abkommen CH-GB; SR 0.748.127.193.67)
Tarifbildungsverfahrens des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA). Die so
vereinbarten Tarife sind den Luftfahrtbehörden beider Vertragsstaaten zur Genehmigung zu
unterbreiten.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des
Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender
zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über
Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 16
Provisorische Vereinbarung vom 7. März 1949 zwischen der Schweiz und den
Niederlanden betreffend Luftverkehrslinien (Abkommen CH-NL; SR 0.748.127.196.36)
Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat wird eine oder mehrere Luftverkehrsunternehmungen für
den Betrieb der vereinbarten Linien bezeichnen und das Datum der Eröffnung dieser
Linien bestimmen. Art. 4: Die Tarife werden gemeinsam zwischen den bezeichneten
Unternehmungen in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des
Betriebes, ein normaler Gewinn und die jeder Linie eigenen Merkmale in Betracht zu ziehen
sind. Bei der Festlegung dieser Ansätze soll den Empfehlungen des Internationalen
Lufttransportverbandes (IATA) ebenfalls Rechnung getragen werden. Mangels solcher
Empfehlungen haben sich die schweizerischen und niederländischen Unternehmungen mit
den die gleichen Strecken bedienenden Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten zu
beraten. Die Ansätze sind der Genehmigung durch die zuständigen Luftfahrtbehörden der

Vertragsstaaten unterworfen. Falls die Unternehmungen zu keiner Einigung gelangen oder wenn eine der Luftfahrtbehörden diese Ansätze nicht billigt, werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 9 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 17 Abkommen vom 2. Mai 2001 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Indien über den Luftlinienverkehr (Abkommen CH-IN; SR 0.748.127.194.23) Art. 13 Abs. 1: Die Tarife, die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei für die von diesem Abkommen erfassten Dienste angewandt werden, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Interessen der Benutzer, der Betriebskosten, der besonderen Merkmale der Dienste, der Kommissionssätze, eines vernünftigen Gewinnes, der Tarife anderer Unternehmen und andere wirtschaftliche Überlegungen zum Marktgeschehen in Betracht zu ziehen sind. Art. 13 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden, wenn möglich, in gegenseitigem Einvernehmen von den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dafür soweit als möglich das Tariffestlegungsverfahren der internationalen Organisation anzuwenden, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet. 18 Mit Frankreich kein Abkommen⁹³⁹

Ab 1. Juni 2002 EU- Luftverkehrsabkommen

19 Abkommen vom 14. Juni 1978 zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Republik Indonesien über den Luftlinienverkehr (Abkommen CH-ID; SR 0.748.127.194.27) Art. 8 Abs. 1: Die Tarife, die jedes bezeichnete Unternehmen im Zusammenhang mit Beförderungen, die Punkte im Gebiet der Vertragsparteien umfassen, anzuwenden hat, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen angewandt werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 8 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich in gegenseitigem Einvernehmen von den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dafür soweit als möglich das Tariffestsetzungsverfahren der internationalen Organisation anzuwenden, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet. 20 Abkommen vom 8. März 1952 über den Luftverkehr zwischen der Schweiz und Art. 4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Luftverkehrslinie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit sowie die

939 Andere Luftverkehrsabkommen (Stand 14. Februar 2011),
<<http://www.bazl.admin.ch/themen/internationales/00308/00368/index.html?lang=de>>
(20.6.2011).

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen der Philippinischen Republik (Abkommen CH-PH; SR 0.748.127.196.45) Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) in Betracht zu ziehen sind. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten Unternehmungen zu diesem Zweck mit den Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind den Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zur Genehmigung zu unterbreiten. 21 Abkommen vom 22. November 1984 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Königreichs Thailand über den Luftverkehr zwischen ihren Gebieten und darüber hinaus – Änderung des Abkommens vom 19. Februar 1998/10. März 1998 (Abkommen CH-TH; AS 2002 23) Art. 14 Abs. 1: Die Tarife, die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei für die von diesem Abkommen erfassten Dienste angewandt werden, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Interessen der Benutzer, der Betriebskosten, der besonderen Merkmale der Dienste, der Kommissionssätze, eines vernünftigen Gewinns, der Tarife anderer Unternehmen und andere wirtschaftliche Überlegungen zum Marktgeschehen in Betracht zu ziehen sind. Art. 14 Abs. 3: Die Tarife können nach Konsultationen zwischen den betroffenen designierten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und mit anderen Luftverkehrsunternehmen, soweit zuständig, vereinbart werden. Eine solche Übereinkunft kann durch Anwendung der entsprechenden internationalen Tarifkoordinationsmechanismen erreicht werden. Weder darf eine der Vertragsparteien die Teilnahme an multilateralen Tarifkoordinationen unter Unternehmen zur Bedingung für die Annahme irgendeines Tarifes machen, noch darf eine der Vertragsparteien die Teilnahme an einer solchen multilateralen Tarifkoordination verhindern oder erfordern. Jedes bezeichnete Unternehmen kann nach eigener Wahl Tarife individuell entwickeln.

Abkommen vom 18. Januar 2010 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Königreichs Thailand über den Luftverkehr zwischen ihren Gebieten und darüber hinaus (mit Anhang) (SR 0.748.127.197.45) Für vorliegendes Verfahren wegen Inkrafttreten im Jahr 2010 nicht berücksichtigt. 22 Abkommen vom 12. November 1973 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Volksrepublik China über den zivilen Luftverkehr (Abkommen CH-CN; SR 0.748.127.192.49) 940 Art. 10 Abs. 1: Die von den durch die beiden Vertragsparteien bezeichneten Unternehmen auf den vereinbarten Linien erhobenen Tarife sind in einer vernünftigen Höhe festzusetzen, unter Einschluss aller bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinns, der besonderen Merkmale der Linien sowie der Tarife von anderen Unternehmen, die regelmässige Luftverkehrslinien auf den gleichen Strecken oder einem Teil derselben oder ähnlichen Strecken betreiben. Art. 10 Abs. 2: Die für die vereinbarten Linien anwendbaren Tarife bilden Gegenstand eines Einverständnisses zwischen den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und sind den Luftfahrtbehörden der beiden Vertragsparteien mindestens dreissig Tage vor dem für ihr Inkrafttreten vorgesehenen Zeitpunkt zur Genehmigung zu unterbreiten. [...] Wenn die bezeichneten Unternehmen sich auf keinen dieser Tarife einigen können, oder wenn die Luftfahrtbehörden der einen Vertragspartei von keinem der zwischen den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien vereinbarten Tarife befriedigt sind, so werden sich die Luftfahrtbehörden der beiden Vertragsparteien im gegenseitigen Einverständnis bemühen, einen angemessenen Tarif zu bestimmen. 23 Luftverkehrsabkommen vom 20.

Februar 1975 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Kanada Art. 11 Abs. 1: Die Tarife für die Beförderungen auf den vereinbarten Linien, die von und nach dem Gebiet der anderen Vertragspartei führen, sind zwischen den bezeichneten Unternehmen aufgrund der Marktkräfte festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, der besonderen Merkmale der Linien, der Erzielung eines vernünftigen Gewinnes,

940 Das Abkommen CH-CN umfasst auch die Region Taiwan. Seit der Anerkennung der Volksrepublik China am 17. Januar 1950 anerkennt die Schweiz die «Republik China», wie die taiwanesischen Behörden sich auch heute noch bezeichnen, nicht mehr. Die Schweiz hält seither konsequent an ihrer Ein-China-Politik fest, das heisst, sie anerkennt in ihren bilateralen Beziehungen und auf internationaler Ebene nur ein China, nämlich die Volksrepublik China mit Regierungssitz in Peking. (Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Bilaterale Beziehungen Schweiz – Taiwan, <<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/reps/asia/vchn/bilchi/biltai.html>> (21.6.2011))

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 277

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen (Abkommen CH-CA; SR 0.748.127.192.32) der Tarife anderer bezeichneter Unternehmen und andere wirtschaftliche Überlegungen, die sich auf den Markt auswirken, in Betracht zu ziehen sind. Art. 11 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels genannten Tarife können einzeln oder, nach Belieben des bezeichneten Unternehmens oder der bezeichneten Unternehmen, in gemeinsamer Absprache oder in Absprache mit anderen Unternehmen festgesetzt werden. Jedes bezeichnete Unternehmen ist nur seinen eigenen Luftfahrtbehörden gegenüber verantwortlich für die wirtschaftliche Rechtfertigung seiner Tarife. 24 Abkommen vom 24. März 1960 über Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und Belgien (Abkommen CH-BE; SR 0.748.127.191.72) Art. 4: Die Tarife für alle vereinbarten Linien sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle mitbestimmenden Einflüsse zu berücksichtigen sind, wie die Betriebskosten, ein vernünftiger Gewinn, die besonderen Gegebenheiten der betreffenden Linie und die Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder zum Teil die gleiche Strecke befliegen, angewendet werden. Die Tarife werden gemäss folgenden Grundsätzen festgesetzt: 1. Die Tarife werden wenn möglich im Einvernehmen zwischen den bezeichneten Unternehmen und nach Beratung mit anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder zum Teil die gleiche Strecke befliegen, festgesetzt. Diese Abmachung hält sich soweit als möglich an die Empfehlungen des Internationalen Luftverkehrsverbandes. Die auf diese Weise vereinbarten Tarife sind den Luftfahrtbehörden der Vertragsparteien zur Genehmigung vorzulegen. Wenn die Luftfahrtbehörden einer Vertragspartei diese Tarife nicht genehmigen, haben sie es den Luftfahrtbehörden der anderen Vertragspartei schriftlich binnen 15 Tagen vom Zeitpunkt der Mitteilung dieser Tarife hinweg, oder binnen einer anders vereinbarten Frist anzuzeigen.

Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 25 Abkommen vom 17. Juli 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Tschechischen Republik über den Luftverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-CZ, SR 0.748.127.197.43) Art. 16 Abs. 1: Die Tarife, die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei für die von diesem Abkommen erfassten Dienste angewandt werden, sind

in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Interessen der Benutzer, der Betriebskosten, der besonderen Merkmale des Dienstes, der Kommissionsansätze, eines vernünftigen Gewinnes, der Tarife anderer Unternehmen und andere wirtschaftliche Überlegungen zum Marktgeschehen in Betracht zu ziehen sind. Art. 16 Abs. 2: Die Luftfahrtbehörden achten insbesondere auf Tarife, gegen die Einwände bestehen können auf Grund der Tatsache, dass sie unvernünftigerweise diskriminierend sind, übermässig hoch oder über Gebühr einschränkend zufolge Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, künstlich tief als Folge direkter oder indirekter Hilfe oder Unterstützung, oder die überrissen sind. Art. 16 Abs. 8: Für Beförderungen zwischen den Gebieten der Vertragsparteien gestatten die Luftfahrtbehörden dem bezeichneten Unternehmen der anderen Vertragspartei, mit jedem Tarif für das gleiche Städtepaar gleichzuziehen, der gegenwärtig zur Anwendung durch ein Unternehmen einer jeden Vertragspartei oder durch ein Unternehmen eines Drittstaates zugelassen ist.

Ab 1. Mai 2004 (EU-Beitritt) Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind. 26 Abkommen vom 19. Juli 1967 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik Ungarn über den regelmässigen Luftverkehr (SR 0.748.127.194.18; Abkommen CH-HU) Art. 11 Abs. 1: Die Tarife für alle vereinbarten Linien sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die durch andere Luftverkehrsunternehmungen angewendet werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 11 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich durch eine Verständigung zwischen den bezeichneten Unternehmungen der beiden Vertragsparteien festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmungen haben soweit als möglich dieses Einvernehmen zu erreichen, in dem sie das Tariffestsetzungsverfahren anwenden, das durch die internationale Organisation aufgestellt worden ist, welche regelmässig diese Materie ordnet.

Ab 1. Mai 2004 (EU-Beitritt) Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 278

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen 27 Provisorische Vereinbarung vom 16. Februar 1949 betreffend Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und der Türkei (mit Anhang) (Abkommen CH-TR, SR 0.748.127.197.63) Art. 4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die jeder Linie eigenen Merkmale, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht zu ziehen sind. Die schweizerischen und türkischen Unternehmungen beraten sich zu diesem Zweck mit den Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung durch die zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten unterworfen. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 9 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet. 28 Abkommen vom 15. Dezember 1975 zwischen der Schweizerischen Eidgen-

nossenschaft und der Republik Korea über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-KR; SR 0.748.127.192.81) Art. 10 Abs. 1: Die Tarife für alle vereinbarten Linien sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die durch andere Luftverkehrsunternehmen angewendet werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 10 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich in gegenseitigem Einvernehmen durch die bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dieses Einvernehmen soweit als möglich zu erreichen, indem sie das Tariffestsetzungsverfahren anwenden, das durch die internationale Organisation aufgestellt worden ist, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet. 29 Abkommen vom 19. Mai 1966 zwischen der Schweiz und Ceylon über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-LK; AS 1967 983) Art. 12 Abs. 1: Die von der Unternehmung der einen Vertragspartei für die Beförderung nach oder von dem Gebiet der anderen Vertragspartei zu erhebenden Tarifen sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes und der Tarife anderer Unternehmungen in Betracht zu ziehen sind. Art. 12 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich durch die bezeichneten, interessierten Unternehmungen, die auf der ganzen oder einem Teil der Strecke Luftverkehr betreiben, vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung soll womöglich durch das Tariffestsetzungsverfahren, das durch die internationale Organisation festgesetzt wird, welche üblicherweise die Tarife regelt, erreicht werden.

Abkommen vom 17. April 2007 über den Luftlinienverkehr zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Demokratischen Sozialistischen Republik Sri Lanka (mit Anhang) (SR 0.748.127.197.12) Für vorliegendes Verfahren wegen Inkrafttreten im Jahr 2010 nicht berücksichtigt. 30 Abkommen vom 10. März 2001 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Islamischen Republik Pakistan über den Luftlinienverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-PK; SR 0.748.127.196.23) Art. 14 Abs. 1: Jede Vertragspartei lässt zu, dass die Preise für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen festgelegt werden. Eingriffe seitens der Parteien beschränken sich auf a) die Verhinderung von unbilligen Diskriminierungspreisen oder -praktiken; b) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden; c) den Schutz der Konsumenten vor Preisen, die aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung einer beherrschenden Stellung unvernünftig hoch oder einschränkend sind. Art. 14 Abs. 4: Unbeachtet der Absätze 1–3 dieses Artikels verlangen die Luftfahrtbehörden keine Unterbreitung von Tarifen für die Beförderung von Fracht zwischen Punkten in ihren Gebieten. Diese Tarife erlangen durch den Entschluss des betroffenen Unternehmens Gültigkeit. 31 Abkommen vom 13. März 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Arabischen Emiraten über die Errichtung regelmässiger Luftverkehrslinien zwischen Art. 11 Abs. 2: Die Tarife, die das bezeichnete Unternehmen einer Vertragspartei für Beförderungen von oder nach dem Gebiet der anderen Vertragspartei anzuwenden hat, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen angewandt werden, in Betracht zu ziehen sind. Art.

11 Abs. 3: Die in Absatz 2 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich zwischen den bezeichneten Unternehmen der beiden

711.112-00003/COO.2101.111.6.412012 279

Luftverkehrsabkommen Bemerkungen ihren Gebieten und darüber hinaus (mit Anhang) (Abkommen CH-AE; SR 0.748.127.193.25) Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise die Strecke befliegen, festgesetzt. Dieses Einvernehmen wird wenn möglich dadurch erreicht, indem das Tariffestsetzungsverfahren des Internationalen Luftverkehr-Verbandes zur Anwendung kommt. 32 Abkommen vom 6. Dezember 1979 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Sozialistischen Republik Vietnam über den Luftverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-VN; SR 0.748.127.197.89) Art. 12 Abs. 1: Die Tarife, die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei für die von diesem Abkommen erfassten Dienste angewandt werden, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Interessen der Benutzer, der Betriebskosten, der besonderen Merkmale der Dienste, der Kommissionssätze, eines vernünftigen Gewinnes, der Tarife anderer Unternehmen und andere wirtschaftliche Überlegungen zum Marktgeschehen in Betracht zu ziehen sind. Art. 12 Abs. 3: Die Luftfahrtbehörden achten besonders auf Tarife, gegen die Einwände bestehen können aufgrund der Tatsache, dass sie unvernünftigerweise diskriminierend sind, übermässig hoch oder über Gebühren einschränkend zufolge Missbrauchs einer beherrschenden Stellung, künstlich tief als Folge direkter oder indirekter Hilfe oder Unterstützung oder die überrissen sind. Art. 12 Abs. 7: Für die Beförderung zwischen den Gebieten der Vertragsparteien gestatten die Luftfahrtbehörden dem oder den bezeichneten Unternehmen der anderen Vertragspartei, mit jedem Tarif für das gleiche Städtepaar gleichzuziehen, der gegenwärtig zur Anwendung durch ein Unternehmen einer jeden Vertragspartei oder eines Drittstaates zugelassen ist. 33 Abkommen vom 30. Juli 1995 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Arabischen Republik Ägypten über den Luftlinienverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-EG; SR 0.748.127.193.21) Art. 13 Abs. 1: Die Tarife, die jedes bezeichnete Unternehmen in Zusammenhang mit Beförderungen von oder nach dem Gebiet der anderen Vertragspartei anzuwenden hat, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie, der Interessen der Benutzer und der Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen angewandt werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 13 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich in gegenseitigem Einvernehmen von den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dafür soweit als möglich das Tariffestsetzungsverfahren der internationalen Organisation anzuwenden, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.

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