



Hinweis:

Gegen diese Verfügung wurde von mehreren Parteien Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie ist daher nicht rechtskräftig (Stand Dezember 2021).

Verfügung

vom 2. Dezember 2013

in Sachen

Untersuchung **81.21-0014** gemäss Artikel 27 KG
betreffend

Abreden im Bereich Luftfracht

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

und

wegen verbotener Verhaltensweise gemäss Artikel 8 Absatz 1 LVA

gegen

1. [...],
alle vertreten durch Homburger AG, RA Dr. Franz Hoffet,
RA Dr. Gerald Brei, Prime Tower, Hardstrasse 201, Postfach 314, 8037 Zürich,
2. **Korean Air Lines Co. Ltd.**,
vertreten durch Baur Hürlimann AG, RA Dr. German Grüniger, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich,
3. **Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.**, und deren Tochtergesellschaft **Polar Air Cargo Worldwide, Inc.**,
beide vertreten durch Lenz & Staehelin Rechtsanwälte,
RA Dr. Marcel Meinhardt, RA Mario Strebel, Bleicherweg 58, 8027 Zürich,
4. **South African Airways (PTY) Ltd.**,

vertreten durch Prager Dreifuss AG, RA Dr. Christoph Tagmann, Schweizerhof-Passage 7, 3001 Bern,

5. **Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A.**,
vertreten durch Altenburger Ltd legal + tax, RA Massimo Calderan, Seestrasse 39, 8700 Küsnacht ZH,
6. **AMR Corporation** und deren Tochtergesellschaft **American Airlines, Inc.**,
beide vertreten durch Bill Isenegger Ackermann AG Rechtsanwälte, RA Dr. Urs Isenegger, RA Daniela Diederichs-Fischli, Witikonstrasse 61, Postfach, 8032 Zürich,
7. **United Continental Holdings, Inc.**, und deren Tochtergesellschaft **United Air Lines, Inc.**,
beide vertreten durch Baker & McKenzie, RA Philippe Reich, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich,
8. **SAS AB** und deren Tochtergesellschaften **Scandinavian Airlines A/S** und **SAS Cargo Group A/S**,
alle vertreten durch Meyerlustenberger Lachenal, Me Christophe Rapin, 65, rue du Rhône, Case postale 3199, 1211 Genève 3,
9. [...],
beide vertreten durch Steptoe & Johnson, RA Jean Rusotto, c/o Me Christiane de Senarclens, LALIVE & Associés, 35 rue de la Mairie, Case postale 6569, 1211 Genève 6,
10. **Singapore Airlines Limited** und deren Tochtergesellschaft **Singapore Airlines Cargo Pte. Ltd.**,
beide vertreten durch Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte, RA Dr. Jürg Borer, RA Dr. Michael Vlcek, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich,
11. [...],
vertreten durch Prager Dreifuss AG, RA Dr. Philipp Zurkinden, RA Bernhard Lauterburg, Schweizerhof-Passage 7, Postfach 7556, 3001 Bern,
12. [...],
vertreten durch Wenger & Vieli AG, RA Dr. Frank Scherrer, Dufourstrasse 56, Postfach 1285, 8034 Zürich,
13. [...],
vertreten durch Walder Wyss AG, RA Dr. Reto Jacobs, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
14. [...],
alle vertreten durch RVMH Avocats, Me Albert Righini, Me Guillaume Vodoz, 5, rue Gourgas, Case postale 31, 1211 Genève 8.

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten),
Evelyne Clerc, Winand Emons, Daniel Lampart, Jürg Niklaus,
Thomas Pletscher, Armin Schmutzler, Henrique Schneider, Johann Zürcher

Übersicht

A	Sachverhalt	12
A.1	Gegenstand der Untersuchung	12
A.2	Parteien	12
A.2.1	Einleitung	12
A.2.2	[...]	13
A.2.3	[...]	13
A.2.4	Korean Air Lines Co. Ltd.	14
A.2.5	Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.	14
A.2.6	South African Airways (PTY) Ltd.	15
A.2.7	Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A.	15
A.2.8	AMR Corporation (American Airlines, Inc.)	15
A.2.9	United Continental Holdings, Inc.,(United Air Lines, Inc.)	16
A.2.10	SAS AB (SAS-Gruppe).....	16
A.2.11	[...].....	16
A.2.12	Singapore Airlines Limited.....	17
A.2.13	[...].....	17
A.2.14	[...].....	17
A.2.15	[...].....	17
A.2.16	[...].....	18
A.2.17	Tabellarische Übersicht Parteien.....	18
A.3	Verfahren.....	20
A.3.1	Verfahrensgeschichte.....	20
A.3.2	Zeitliche Übersicht zu den Selbstanzeigen	27
A.3.3	Ausländische Verfahren	28
A.3.4	Anträge der Parteien im Rahmen von Artikel 30 Absatz 2 KG	29
A.3.5	Stellungnahmen der Parteien zum Verfahren	31
A.4	Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts	46
A.4.1	Vorbemerkungen.....	46
A.4.2	Beschreibung Luftfrachtdienstleistungen	48
A.4.3	Wesentliche Methoden und Struktur der Kontakte.....	50
A.4.4	Treibstoffzuschläge	51
A.4.5	[...]	54
A.4.6	Kriegsrisikozuschläge.....	54
A.4.7	Zollabfertigungszuschläge für die USA.....	55
A.4.8	Frachtraten.....	56
A.4.9	Kommissionierung von Zuschlägen.....	57
A.4.10	Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier	59
A.4.11	Stellungnahmen der Parteien zur Sachverhaltsfeststellung	60
B	Erwägungen	81
B.1	Geltungsbereich.....	81
B.1.1	Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens	83
B.1.2	EU-Luftverkehrsabkommen.....	88

B.1.3	Stellungnahmen der Parteien zum Geltungsbereich	105
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	117
B.2.1	Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens	117
B.2.2	EU-Luftverkehrsabkommen	117
B.2.3	Stellungnahmen der Parteien zu vorbehaltenen Vorschriften	118
B.3	Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die anzuwendenden Bestimmungen	120
B.3.1	Einleitung	120
B.3.2	Stellungnahmen der Parteien zu Subsumtion im Allgemeinen	121
B.3.3	Subsumtion EU-Luftverkehrsabkommen	126
B.3.4	Subsumtion Kartellgesetz	149
B.4	Massnahmen	229
B.4.1	Anordnung von Massnahmen	229
B.4.2	Sanktionierung	230
C	Kosten	265
C.1	Stellungnahmen der Parteien zu den Kosten	265
C.1.1	Stellungnahme Atlas (Polar)	265
C.1.2	Stellungnahme South African	266
C.1.3	Stellungnahme Alitalia	266
C.1.4	Stellungnahme AMR (American)	267
C.1.5	Stellungnahme United	267
C.1.6	Stellungnahme [...]	267
C.2	Ergebnis	267
D	Ergebnis	269
E	Dispositiv	271
F	Anhang	273

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	12
A.1	Gegenstand der Untersuchung	12
A.2	Parteien	12
A.2.1	Einleitung	12
A.2.2	[...]	13
A.2.3	[...]	13
A.2.4	Korean Air Lines Co. Ltd.	14
A.2.5	Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.	14
A.2.6	South African Airways (PTY) Ltd.	15
A.2.7	Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A.	15
A.2.8	AMR Corporation (American Airlines, Inc.)	15
A.2.9	United Continental Holdings, Inc.,(United Air Lines, Inc.)	16
A.2.10	SAS AB (SAS-Gruppe)	16
A.2.11	[...]	16

A.2.12	Singapore Airlines Limited.....	17
A.2.13	[...].....	17
A.2.14	[...].....	17
A.2.15	[...].....	17
A.2.16	[...].....	18
A.2.17	Tabellarische Übersicht Parteien.....	18
A.3	Verfahren.....	20
A.3.1	Verfahrensgeschichte.....	20
A.3.2	Zeitliche Übersicht zu den Selbstanzeigen.....	27
A.3.3	Ausländische Verfahren.....	28
A.3.4	Anträge der Parteien im Rahmen von Artikel 30 Absatz 2 KG.....	29
A.3.5	Stellungnahmen der Parteien zum Verfahren.....	31
A.3.5.1	Stellungnahme [...].....	31
A.3.5.2	Stellungnahme Atlas (Polar).....	32
A.3.5.3	Stellungnahme South African.....	35
A.3.5.4	Stellungnahme AMR (American).....	37
A.3.5.5	Stellungnahme United.....	37
A.3.5.6	Stellungnahme SAS (Scandinavian).....	38
A.3.5.7	Stellungnahme Singapore.....	39
A.3.5.8	Stellungnahme [...].....	40
A.3.5.9	Stellungnahme [...].....	41
A.3.5.10	Stellungnahme [...].....	41
A.4	Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts.....	46
A.4.1	Vorbemerkungen.....	46
A.4.2	Beschreibung Luftfrachtdienstleistungen.....	48
A.4.3	Wesentliche Methoden und Struktur der Kontakte.....	50
A.4.4	Treibstoffzuschläge.....	51
A.4.4.1	Einleitung.....	51
A.4.4.2	Zeitliche Betrachtung der Kontakte.....	53
A.4.4.3	Lokale Kontakte.....	53
A.4.4.4	Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Treibstoffzuschläge.....	53
A.4.5	[...].....	54
A.4.6	Kriegsrisikozuschläge.....	54
A.4.6.1	Lokale Kontakte ^[...]	54
A.4.6.2	Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Kriegsrisikozuschläge.....	54
A.4.7	Zollabfertigungszuschläge für die USA.....	55
A.4.7.1	Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Zollabfertigungszuschläge für die USA.....	55
A.4.8	Frachtraten.....	56
A.4.8.1	Lokale Kontakte.....	56
A.4.8.2	Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Frachtraten.....	56
A.4.9	Kommissionierung von Zuschlägen.....	57
A.4.9.7	Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Kommissionierung von Zuschlägen.....	58
A.4.10	Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier.....	59
A.4.10.6	Lokale Kontakte ^[...]	59

A.4.10.7	Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier	59
A.4.11	Stellungnahmen der Parteien zur Sachverhaltsfeststellung	60
A.4.11.1	Stellungnahme Korean	60
A.4.11.2	Stellungnahme Atlas (Polar)	62
A.4.11.3	Stellungnahme South African	63
A.4.11.4	Stellungnahme Alitalia	65
A.4.11.5	Stellungnahme AMR (American)	67
A.4.11.6	Stellungnahme United	71
A.4.11.7	Stellungnahme SAS (Scandinavian)	72
A.4.11.8	Stellungnahme Singapore	74
A.4.11.9	Stellungnahme [...]	76
A.4.11.10	Stellungnahme [...]	78
A.4.11.11	Stellungnahme [...]	80
B	Erwägungen	81
B.1	Geltungsbereich	81
B.1.1	Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens	83
B.1.1.1	Verhältnis Völkerrecht und Schweizer Recht	85
B.1.1.2	Fazit: Bilaterale Abkommen und Anwendung Kartellgesetz in Bezug auf bestimmte Strecken	87
B.1.2	EU-Luftverkehrsabkommen	88
B.1.2.1	Frage der Zuständigkeit der WEKO	88
B.1.2.2	Frage der anwendbaren Bestimmungen	90
B.1.2.2.1	Verhältnis zwischen EU-Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz	90
(i)	Grundsätze der Auslegung von Staatsverträgen	91
(ii)	Auslegung nach dem Wortlaut	92
(iii)	Auslegung nach dem Ziel und Zweck des Vertrages	95
(iv)	Auslegung nach Treu und Glauben	98
(v)	Auslegung nach dem Zusammenhang	98
(vi)	Zwischenergebnis	98
(vii)	Ergänzende Auslegungsmittel	99
(viii)	Weitere Quellen zur Frage der anwendbaren Bestimmungen	99
(ix)	Auslegungsergebnis	100
B.1.2.2.2	EU-Luftverkehrsabkommen und andere bilaterale Luftverkehrsabkommen	101
B.1.2.3	Fazit EU-Luftverkehrsabkommen	103
B.1.2.4	Transporte auf dem Landweg	103
B.1.3	Stellungnahmen der Parteien zum Geltungsbereich	105
B.1.3.1	Stellungnahme Atlas (Polar)	105
B.1.3.2	Stellungnahme South African	105
B.1.3.3	Stellungnahme AMR (American)	107
B.1.3.4	Stellungnahme United	108
B.1.3.5	Stellungnahme SAS (Scandinavian)	110
B.1.3.6	Stellungnahme Singapore	112
B.1.3.7	Stellungnahme [...]	114

B.1.3.8	Stellungnahme [...]	115
B.1.3.9	Stellungnahme [...]	116
B.1.3.10	Stellungnahme [...]	116
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	117
B.2.1	Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens	117
B.2.2	EU-Luftverkehrsabkommen.....	117
B.2.3	Stellungnahmen der Parteien zu vorbehaltenen Vorschriften	118
B.2.3.1	Stellungnahme [...]	118
B.2.3.2	Stellungnahme AMR (American)	119
B.2.3.3	Stellungnahme United	119
B.2.3.4	Stellungnahme SAS (Scandinavian).....	120
B.2.3.5	Stellungnahme Singapore	120
B.3	Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die anzuwendenden Bestimmungen	120
B.3.1	Einleitung	120
B.3.2	Stellungnahmen der Parteien zu Subsumtion im Allgemeinen.....	121
B.3.2.1	Stellungnahme [...]	121
B.3.2.2	Stellungnahme South African	122
B.3.2.3	Stellungnahme Alitalia	123
B.3.2.4	Stellungnahme United	123
B.3.2.5	Stellungnahme SAS (Scandinavian).....	124
B.3.2.6	Stellungnahme Singapore	125
B.3.2.7	Stellungnahme [...]	125
B.3.2.8	Stellungnahme [...]	126
B.3.3	Subsumtion EU-Luftverkehrsabkommen	126
B.3.3.1	Vereinbarungen.....	127
B.3.3.1.1	Grundsätze	127
B.3.3.1.2	Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall	130
(i)	Treibstoffzuschläge	130
(ii)	[...]	131
(iii)	Kriegsrisikozuschläge.....	131
(iv)	Zollabfertigungszuschläge für die USA.....	132
(v)	Frachtraten.....	133
(vi)	Kommissionierung von Zuschlägen.....	134
B.3.3.2	Eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung.....	134
B.3.3.2.1	Grundsätze	134
B.3.3.2.2	Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall	136
B.3.3.2.3	Zwischenergebnis	138
B.3.3.3	Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	138
B.3.3.4	Effekte auf den Handel zwischen den Vertragsparteien des EU-Luftverkehrsabkommens	139
B.3.3.5	Anwendung von Artikel 8 Absatz 3 LVA	140
B.3.3.6	Stellungnahmen der Parteien zu Subsumtion EU-Luftverkehrsabkommen.....	141
B.3.3.6.1	Stellungnahme [...]	141
B.3.3.6.2	Stellungnahme Korean	142
B.3.3.6.3	Stellungnahme Atlas (Polar).....	142

B.3.3.6.4	Stellungnahme South African	144
B.3.3.6.5	Stellungnahme Alitalia	145
B.3.3.6.6	Stellungnahme AMR (American)	145
B.3.3.6.7	Stellungnahme Singapore	147
B.3.3.6.8	Stellungnahme [...]	148
B.3.3.7	Ergebnis	149
B.3.4	Subsumtion Kartellgesetz	149
B.3.4.1	Wettbewerbsabrede	149
B.3.4.2	Gesamtabrede	150
B.3.4.2.1	Die Gesamtabrede im Bereich der Luftfracht	152
B.3.4.2.2	Stellungnahmen der Parteien zur Gesamtabrede	152
(i)	Stellungnahme [...]	152
(ii)	Stellungnahme Atlas (Polar)	153
(iii)	Stellungnahme Alitalia	153
(iv)	Stellungnahme AMR (American)	153
(v)	Stellungnahme United	154
(vi)	Stellungnahme SAS (Scandinavian)	154
(vii)	Stellungnahme Singapore	155
(viii)	Stellungnahme [...]	156
B.3.4.2.3	Fazit Gesamtabrede: Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG	156
B.3.4.3	Eventualiter: Einzelprüfung	157
B.3.4.3.1	Treibstoffzuschläge	157
(i)	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	157
(ii)	Wettbewerbsbeschränkung bei Treibstoffzuschlägen	158
B.3.4.3.2	Kriegsrisikozuschläge	159
(i)	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Kriegsrisikozuschlägen	159
(ii)	Wettbewerbsbeschränkung bei Kriegsrisikozuschlägen	159
B.3.4.3.3	Zollabfertigungszuschläge für die USA	160
(i)	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Zollabfertigungszuschlägen für die USA	160
(ii)	Wettbewerbsbeschränkung bei Zollabfertigungszuschlägen für die USA	160
B.3.4.3.4	Frachtraten	161
(i)	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Frachtraten	161
(ii)	Wettbewerbsbeschränkung bei Frachtraten	162
B.3.4.3.5	Kommissionierung von Zuschlägen	162
(i)	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei der Kommissionierung von Zuschlägen	162
(ii)	Wettbewerbsbeschränkung bei der Kommissionierung von Zuschlägen	163
B.3.4.3.6	Stellungnahmen der Parteien zur Einzelprüfung	163
(i)	Stellungnahme [...]	163
(ii)	Stellungnahme Korean	163
(iii)	Stellungnahme Alitalia	164
B.3.4.3.7	Fazit Einzelprüfung: Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG	164
B.3.4.4	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	165
B.3.4.4.1	Vorliegen einer horizontalen Preisabrede	165

B.3.4.4.2 Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG	168
B.3.4.4.3 Relevanter Markt	169
B.3.4.4.4 Frage der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG	171
(i) Vorbemerkungen	171
(ii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – USA	173
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	173
<i>Potenzieller Wettbewerb</i>	176
(iii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz - Singapur	179
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	179
<i>Potenzieller Wettbewerb</i>	182
(iv) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – Tschechische Republik	183
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	183
<i>Potenzieller Wettbewerb</i>	186
(v) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – Pakistan	187
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	187
(vi) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – Vietnam	190
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	190
(vii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke USA – Schweiz	193
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	193
<i>Potenzieller Wettbewerb</i>	196
(viii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Singapur – Schweiz	197
<i>Aktueller Wettbewerb</i>	197
<i>Potenzieller Wettbewerb</i>	200
(ix) Zwischenfazit Aussenwettbewerb	201
(x) Innenwettbewerb	202
(xi) Zwischenfazit Innenwettbewerb	204
B.3.4.4.5 Stellungnahmen der Parteien zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	204
(i) Stellungnahme [...]	204
(ii) Stellungnahme South African	207
(iii) Stellungnahme AMR (American)	208
(iv) Stellungnahme United	209
(v) Stellungnahme SAS (Scandinavian)	209
(vi) Stellungnahme Singapore	210
(vii) Stellungnahme [...]	212
(viii) Stellungnahme [...]	212
B.3.4.4.6 Ergebnis zur Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG	214
B.3.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	215
B.3.4.5.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit	218

B.3.4.5.2	Quantitatives Element der Erheblichkeit	218
B.3.4.5.3	Stellungnahmen der Parteien zur erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs	219
(i)	Stellungnahme [...]	219
(ii)	Stellungnahme South African	220
(iii)	Stellungnahme United	220
(iv)	Stellungnahme Singapore	221
(v)	Stellungnahme [...]	222
(vi)	Stellungnahme [...]	223
B.3.4.5.4	Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis	224
B.3.4.6	Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen	224
B.3.4.6.1	Keine Effizienz- beziehungsweise Rechtfertigungsgründe	224
(i)	Keine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten	225
(ii)	Keine Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren	225
(iii)	Keine Förderung der Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen	226
(iv)	Keine rationellere Nutzung von Ressourcen	226
B.3.4.6.2	Stellungnahmen der Parteien	227
(i)	Stellungnahme Singapore	227
B.3.4.6.3	Zwischenergebnis: Keine Rechtfertigungsgründe	227
B.3.4.6.4	Frage der Notwendigkeit	227
B.3.4.6.5	Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	228
B.3.4.7	Ergebnis	228
B.4	Massnahmen	229
B.4.1	Anordnung von Massnahmen	229
B.4.2	Sanktionierung	230
B.4.2.1	Allgemeines	230
B.4.2.1.1	Stellungnahmen der Parteien zur Sanktionierung im Allgemeinen	230
(i)	Stellungnahme South African	230
(ii)	Stellungnahme AMR (American)	231
(iii)	Stellungnahme United	231
(iv)	Stellungnahme SAS (Scandinavian)	232
(v)	Stellungnahme Singapore	232
(vi)	Stellungnahme [...]	232
(vii)	Stellungnahme [...]	233
(viii)	Stellungnahme [...]	233
(ix)	Stellungnahme [...]	234
B.4.2.2	Tatbestandselemente von Artikel 49a Absatz 1 KG	235
B.4.2.2.1	Unternehmen	235
(i)	Grundsätze	235
(ii)	Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall	235
B.4.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise	235
(i)	Grundsätze	235
(ii)	Spezialfall EU-Luftverkehrsabkommen	236
(iii)	Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall	236
B.4.2.3	Vorwerfbarkeit	238

B.4.2.3.1 Grundsätze	238
B.4.2.3.2 Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall	238
B.4.2.3.3 Stellungnahmen der Parteien zur Vorwerfbarkeit	240
(i) Stellungnahme United	240
(ii) Stellungnahme SAS (Scandinavian).....	240
(iii) Stellungnahme Singapore	241
B.4.2.4 Sanktionsbemessung	242
B.4.2.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen	242
B.4.2.4.2 Maximalsanktion	242
B.4.2.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung.....	245
(i) Basisbetrag	245
(ii) Dauer des Verstosses	249
(iii) Erschwerende und mildernde Umstände.....	250
B.4.2.4.4 Stellungnahmen der Parteien zur Sanktionsbemessung	253
(i) Stellungnahme Korean.....	253
(ii) Stellungnahme Atlas (Polar).....	254
(iii) Stellungnahme Alitalia.....	254
(iv) Stellungnahme AMR (American).....	255
(v) Stellungnahme United	256
(vi) Stellungnahme SAS (Scandinavian).....	257
(vii) Stellungnahme Singapore	257
(viii) Stellungnahme [...]	258
(ix) Stellungnahme [...]	258
(x) Stellungnahme [...]	259
B.4.2.5 Zwischenergebnis	260
B.4.2.6 Bonusmeldungen – Vollständiger / teilweiser Verzicht der Belastung.....	260
B.4.2.6.1 Grundsätze zum Verzicht der Belastung	260
(i) Vollständiger Erlass der Sanktion.....	260
(ii) Reduktion der Sanktion	261
B.4.2.6.2 Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall	262
B.4.2.6.3 Stellungnahmen der Parteien zum Sanktionserlass / zur Sanktionsreduktion.....	263
(i) Stellungnahme [...]	263
(ii) Stellungnahme South African	263
(iii) Stellungnahme [...]	263
(iv) Stellungnahme [...]	263
(v) Stellungnahme [...]	264
B.4.2.7 Ergebnis.....	264
C Kosten	265
C.1 Stellungnahmen der Parteien zu den Kosten	265
C.1.1 Stellungnahme Atlas (Polar).....	265
C.1.2 Stellungnahme South African	266
C.1.3 Stellungnahme Alitalia.....	266
C.1.4 Stellungnahme AMR (American).....	267
C.1.5 Stellungnahme United	267

C.1.6	Stellungnahme [...]	267
C.2	Ergebnis	267
D	Ergebnis	269
E	Dispositiv	271
F	Anhang	273

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Beurteilung der Frage, ob im Bereich Luftfrachttransport tätige Unternehmen an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) sowie unzulässigen Vereinbarungen oder Verhaltensweisen nach Artikel 8 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (EU-Luftverkehrsabkommen, LVA; SR 0.748.127.192.68) beteiligt waren. Namentlich ist zu prüfen, ob Unternehmen an möglicherweise unzulässigen Abreden oder Vereinbarungen / Verhaltensweisen über Frachtraten, Treibstoffzuschläge, [...], Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) sowie über die Kommissionierung von Zuschlägen beteiligt waren.

A.2 Parteien

A.2.1 Einleitung

2. Nach Artikel 39 KG sind auf die kartellrechtlichen Verfahren die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

3. Gemäss Artikel 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

4. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit.¹ Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Verfahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähige Person auch handlungsfähig ist.² Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Artikel 17 f. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

¹ Vgl. Urteil des BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008, E. 3.2.

² Vgl. Urteil des BGer 2C_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3.

5. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.³

6. Im Kartellgesetz besteht die Spezialität, dass dieses nach Artikel 2 KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung ab. Auch wenn das Kartellgesetz nach Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbereich unterwirft, ändert dies nichts daran, dass nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Verfügungsadressat sein kann. Dies hat zur Folge, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.⁴

7. Soweit vorliegend ein Konzern verfahrensbeteiligt ist⁵, ist zu berücksichtigen, dass diesem weder Rechts- noch Handlungsfähigkeit zukommt. Da der Konzern somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungsadressat sein kann, ist im Einzelfall zu prüfen, welchen Rechtsträgern beziehungsweise welchen juristisch selbständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung eröffnet werden muss.⁶ Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesellschaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Entscheide aber auf der Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung, gefällt, sind nach der Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) beide Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.⁷ Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.⁸

A.2.2 [...]

[...]

A.2.3 [...]

11. Die [...] (nachfolgend: [...]) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.⁹ Im [...] Konzern sind die für den Luftfrachtbereich zuständigen Organisationseinheiten die [...] (nachfolgend: [...]) und die [...] (nachfolgend: [...])¹⁰ mit ihrer Luftfrachtdivision [...] ([...]).¹¹ Die vollständige Übernahme von [...] durch [...] erfolgte im Jahr [...].¹² Allerdings gab die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) die Übernahme von [...] durch [...] schon

³ Vgl. Urteil des BGer 9C_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148.

⁴ Vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 2 KG N 21.

⁵ Vgl. dazu ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Auflage, 2005, (nachfolgend: VON BÜREN, Der Konzern), 8.

⁶ Vgl. VON BÜREN, Der Konzern (Fn 5), 485.

⁷ Vgl. RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

⁸ Vgl. RPW 2007/2, 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; bestätigt im Urteil des BVerG, RPW 2010/2, 336 f E. 4.5, *Publigruppe SA/WEKO* sowie im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁹ [...].

¹⁰ [...].

¹¹ Vgl. act. [...].

¹² [...].

am [...] frei.¹³ Es bestehen Hinweise, dass [...] bereits im [...] [...] mitkontrollierte.¹⁴ Im Folgenden wird daher von einer Konzernzugehörigkeit von [...] zur [...] -Gruppe ab [...] ausgegangen.

12. Zum [...] -Konzern gehört seit dem Jahr [...] auch die [...] (nachfolgend: [...]).¹⁵ [...] verkauft ein breites Angebot im Linien-, Cargo- und Charterverkehr mit Schwerpunkt auf Flügen nach Zentral- und Osteuropa und in den Nahen Osten, ergänzt um Flüge nach Nordamerika und Asien.¹⁶ Innerhalb von [...] gibt es keine Organisationseinheit für den Luftfrachtbereich mit eigener Rechtspersönlichkeit.¹⁷

13. Soweit nachfolgend der [...] -Konzern als beteiligtes Unternehmen zu qualifizieren ist, erweisen sich [...] als materielle Verfügungsadressatin sowie [...] und [...] als formelle Verfügungsadressatinnen. Allen vier Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.4 Korean Air Lines Co. Ltd.

14. Korean Air Lines Co. Ltd. (nachfolgend: Korean) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.¹⁸ Korean Air erbringt ihre Luftfrachttransporte mit der Korean Air Cargo (nachfolgend: Korean Cargo), eine wirtschaftlich und organisatorisch selbständige, aber rechtlich unselbständige Einheit innerhalb der Organisationsstruktur von Korean.¹⁹

15. In der Schweiz führt Korean Air zwei Geschäftsstellen, eine am Flughafen in Zürich-Kloten und eine am Flughafen Basel-Mulhouse. In Zürich werden sowohl Passagiertransporte als auch Luftfrachttransporte angeboten. Luftfrachttransporte von und nach Zürich erfolgen jedoch nur im Gepäckraum von Passagierflugzeugen und nicht mit Luftfrachtflugzeugen. In Basel hingegen bietet Korean nur Luftfrachttransporte mit Luftfrachtflugzeugen und keine Passierflüge an.²⁰

16. Korean hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.

A.2.5 Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.

17. Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., (nachfolgend: AAWW) ist ein weltweit tätiges Luftfrachtunternehmen.²¹ AAWW ist durch ihre beiden operativen Tochtergesellschaften, Atlas Air, Inc., (nachfolgend: Atlas) und Polar Air Cargo Worldwide, Inc., (nachfolgend: Polar) im Luftfrachtgeschäft hauptsächlich in den USA und Asien tätig.²²

18. In der Schweiz hat der AAWW Konzern keine Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen. Der AAWW-Konzern ist in der Schweiz nur über Polar tätig. Polar führt ihre Aktivitäten in der Schweiz mit einem Generalverkaufsagenten aus (Aircraft AG).

¹³ [...].

¹⁴ Vgl. act. [...].

¹⁵ [...].

¹⁶ [...].

¹⁷ Vgl. act. [...].

¹⁸ Vgl. act. [...].

¹⁹ Vgl. act. [...].

²⁰ Vgl. act. [...].

²¹ AAWW, Corporate Background, <<http://www.atlasair.com/holdings/corporate-background.html>> (27.5.2011).

²² Vgl. act. [...].

19. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den AAWW-Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet²³, erweist sich AAWW als materielle und Polar als formelle Verfügungsadressatin. Beiden Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.6 South African Airways (PTY) Ltd.

20. South African Airways (PTY) Ltd. (nachfolgend: South African) ist eine der führenden Fluggesellschaften in Afrika mit dem grössten Streckennetzwerk in Afrika.²⁴ Bei South African ist South African Airways Cargo (nachfolgend: South African Cargo) die Luftfrachtdivision.

21. South African hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung. In Ermangelung eigener Rechtspersönlichkeit kommt demgegenüber South African Cargo keine Parteistellung zu.

A.2.7 Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A.

22. Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A. (nachfolgend: Alitalia) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.²⁵ Die Aktivität der Luftfracht wird von Alitalia über eine eigene interne Division (ohne eigene Rechtspersönlichkeit) Alitalia Cargo durchgeführt.

23. Alitalia wurde mit Entscheid des Präsidenten der italienischen Regierung vom 29. August 2008 ab 3. September 2008 unter ausserordentliche Verwaltung gestellt. Mit Entscheid des Ordentlichen Gerichts von Rom (Konkursabteilung) vom 5. September 2008 wurde Alitalia ab 5. September 2008 als insolvent erklärt.²⁶ Gemäss Angaben von Alitalia hat diese, zusammen mit ihrer Gruppengesellschaft Alitalia Servizi S.p.A. in Amministrazione Straordinaria, im Rahmen der Spezialliquidation der Gruppe die «Divisione Full Cargo» mit Vertrag vom 1. April 2009 der Alis Aerolinee Italiane S.p.A. und deren Gruppengesellschaft Cargotalia S.p.A. verkauft.²⁷

24. Alitalia hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.²⁸

A.2.8 AMR Corporation (American Airlines, Inc.)

25. AMR Corporation (nachfolgend: AMR) ist das Mutterunternehmen von American Airlines, Inc., (nachfolgend: American).²⁹ American ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.³⁰ Innerhalb von American ist die Organisationseinheit American Airlines Cargo (nachfolgend: American Cargo) ein unselbständiger Geschäftsbereich von American.³¹

26. In der Schweiz verfügt American über eine Zweigniederlassung.³²

²³ Vgl. dazu auch nachfolgende Rz 69.

²⁴ South African, Über uns, <http://www.flysaa.com/Journeys/about_US.action> (27.5.2011).

²⁵ Vgl. act. [...].

²⁶ Vgl. act. [...].

²⁷ Vgl. act. [...].

²⁸ Mit Schreiben vom 2. März 2012 teilte das Sekretariat Alitalia mit, dass sich das Verfahren nach wie vor gegen Alitalia richtet (act. 2. März 2012, S 1).

²⁹ Vgl. act. [...]; act. [...].

³⁰ American, Eine globale Fluggesellschaft, <<http://www.americanairlines.ch/intl/ch/ueberUns/globalAirline.jsp>> (27.5.2011).

³¹ Vgl. act. [...].

³² Vgl. act. [...].

27. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den AMR-Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet, erweist sich AMR als materielle und American als formelle Verfügungsadressatin. Beiden Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.9 United Continental Holdings, Inc.,(United Air Lines, Inc.)

28. United Continental Holdings, Inc.,(nachfolgend: UCH) ist die Holdinggesellschaft von United Air Lines, Inc.,(nachfolgend: United).³³ United ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.³⁴ Die Frachtabteilung United Airlines Cargo (nachfolgend: United Cargo) ist eine Organisationseinheit von United ohne eigene Rechtspersönlichkeit.³⁵

29. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den UCH-Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet, erweist sich UCH als materielle und United als formelle Verfügungsadressatin. Beiden Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.10 SAS AB (SAS-Gruppe)

30. SAS AB ist die Muttergesellschaft der SAS-Gruppe.³⁶ Die Luftverkehrsaktivitäten der SAS-Gruppe beinhalten Scandinavian Airlines, Widerøe und Blue1.³⁷ Scandinavian Airlines A/S (nachfolgend: Scandinavian) fliegt sowohl Destinationen mit hohem Passagieraufkommen in Skandinavien als auch internationale Destinationen an. Zu Scandinavian gehört auch die SAS Cargo Group A/S (Scandinavian Cargo), welche für den Luftfrachtbereich zuständig ist.³⁸

31. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den SAS-Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet, erweist sich SAS AB als materielle Verfügungsadressatin sowie Scandinavian und Scandinavian Cargo als formelle Verfügungsadressatinnen. Allen drei Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.11 [...]

32. [...] (nachfolgend: [...]) ist die Konzernmuttergesellschaft der [...]-Gruppe.³⁹ Zur [...]Gruppe gehört auch die [...] (nachfolgend: [...]). [...] ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.⁴⁰ Innerhalb von [...] gibt es eine Luftfrachtabteilung (nachfolgend: [...]) ohne eigene Rechtspersönlichkeit.⁴¹

33. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den [...]Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet, erweist sich [...] als materielle und [...] als formelle Verfügungsadressatin. Beiden Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

³³ About United Continental Holdings, <<http://www.unitedcontinentalholdings.com/index.php?section=about>> (27.5.2011).

³⁴ United, Worldwide sites, <http://www.unitedairlines.ch/core/english/AU/worldwide_sites.html?navSource=topnav&linkTitle=worldwidesites> (27.5.2011)

³⁵ Vgl. act. [...].

³⁶ SAS Group Annual Report & Sustainability Report 2010, S 65; act. [...].

³⁷ SAS Group Annual Report & Sustainability Report 2010, S 31.

³⁸ SAS Group Annual Report & Sustainability Report 2010, S 33 f.; vgl. act. [...].

³⁹ Vgl. act. [...].

⁴⁰ [...].

⁴¹ [...].

A.2.12 Singapore Airlines Limited

34. Singapore Airlines Limited (nachfolgend: Singapore) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.⁴² Der Luftfrachtbereich von Singapore wird seit Juli 2001 als eigenständiges Unternehmen Singapore Airlines Cargo Pte. Ltd (nachfolgend: Singapore Cargo) betrieben.⁴³

35. In der Schweiz wickelt Singapore Cargo ihre Aktivitäten mit einer eigenen Zweigniederlassung ab.⁴⁴

36. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den Singapore-Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet, erweist sich Singapore als materielle und Singapore Cargo als formelle Verfügungsadressatin. Beiden Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.13 [...]

37. [...] (nachfolgend: [...]) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen, das planmässige Luftfracht- und Passagiertransporte anbietet.⁴⁵ Der Geschäftsbereich Luftfracht von [...], einschliesslich Planung, Verkauf & Marketing sowie Operations, wird durch eine separate, jedoch rechtlich nicht selbstständige, Organisationseinheit innerhalb der Unternehmensstruktur von [...] betrieben (nachfolgend: [...]).⁴⁶

38. In der Schweiz hat [...] eine Zweigniederlassung.⁴⁷

39. [...] hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.

A.2.14 [...]

40. [...] (nachfolgend: [...]) ist ein weltweit tätiges Luftfrachtunternehmen.⁴⁸

41. In der Schweiz verfügt [...] über eine Zweigniederlassung.⁴⁹

42. [...] hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.

A.2.15 [...]

43. [...] ([...]) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.⁵⁰ Die Luftfrachttransporte von [...] werden von [...] (nachfolgend: [...]) durchgeführt.⁵¹ [...] ist eine Division von [...]. Als Division von [...] hat [...] keine eigene Rechtspersönlichkeit.

44. [...] hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.

⁴² Singapore – About Us, <http://www.singaporeair.com/en_UK/about-us/> (27.5.2011).

⁴³ Vgl. act. [...].

⁴⁴ Vgl. act. [...].

⁴⁵ [...].

⁴⁶ Vgl. act. [...].

⁴⁷ Vgl. act. [...]; act. [...].

⁴⁸ [...].

⁴⁹ Vgl. act. [...].

⁵⁰ [...].

⁵¹ Vgl. act. [...].

A.2.16 [...]

45. [...] (nachfolgend: [...]) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.⁵² Seit [...]⁵³ besteht [...] aus den beiden Luftverkehrsunternehmen [...] (nachfolgend: [...]) und [...] (nachfolgend: [...]).⁵⁴ Innerhalb von [...] werden die Luftfrachttätigkeiten durch die Abteilungen [...] und [...] ausgeführt. [...] und [...] haben keine eigene Rechtspersönlichkeit.⁵⁵ Die beiden Abteilungen unterstehen einem gemeinsamen Management.⁵⁶

46. In der Schweiz verfügt [...] über eine Zweigniederlassung in [...].⁵⁷

47. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den [...]Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet, erweisen sich [...] als materielle Verfügungsadressatin sowie [...] und [...] als formelle Verfügungsadressatinnen. Allen drei Gesellschaften kommt im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

A.2.17 Tabellarische Übersicht Parteien

Tabelle 1: Tabellarische Übersicht Parteien

Unternehmen		Parteien	Verfügungsadressat	Eröffnungsdatum	act.	Rechtsvertretung / Zustelldomizil
[...]Konzern	[...]	[...]	materiell	[...]	[...]	Homburger AG RA Dr. Franz Hoffet RA Dr. Gerald Brei Prime Tower Hardstrasse 201 Postfach 314 8037 Zürich
		[...]	formell	[...]	[...]	
	[...]	[...]	formell	[...]	[...]	
	[...]	[...]	formell	[...]	[...]	
Korean	KE	Korean	materiell	[...]	[...]	Baur Hürlimann AG RA Dr. German Grüniger Bahnhofplatz 9 Postfach 1867 8021 Zürich
AAWW-Konzern		AAWW	materiell	[...]	[...]	Lenz & Staehelin Rechtsanwälte RA Dr. Marcel Meinhardt RA Mario Strebel Bleicherweg 58 8027 Zürich
	PO	Polar	formell	[...]	[...]	
South African	SA	South African	materiell	[...]	[...]	Prager Dreifuss AG RA Dr. Christoph Tagmann Schweizerhof- Passage 7 3001 Bern

⁵² Vgl. act. [...].

⁵³ [...].

⁵⁴ Vgl. act. [...]; act. [...].

⁵⁵ Vgl. act. [...]; act. [...].

⁵⁶ Vgl. act. [...].

⁵⁷ Vgl. act. [...].

Unternehmen		Parteien	Verfügungs- adressat	Eröff- nungsda- tum	act.	Rechtsvertretung / Zustellendomizil
Alitalia	AZ	Alitalia	materiell	[...]	[...]	Altenburger Ltd legal + tax RA Massimo Calde- ran Seestrasse 39 8700 Küsnacht ZH
AMR-Konzern		AMR	materiell	[...]	[...]	Bill Isenegger Ackermann AG Rechtsanwälte RA Dr. Urs Isenegger RA Daniela Die- derichs-Fischli Witikonstrasse 61 Postfach 8032 Zürich
	AA	American	formell	[...]	[...]	
UCH-Konzern		UCH	materiell	[...]	[...]	Baker & McKenzie RA Philippe Reich Holbeinstrasse 30 8034 Zürich
	UA	United	formell	[...]	[...]	
SAS-Konzern		SAS AB	materiell	[...]	[...]	Meyerlustenberger Lachenal Me Christophe Rapin 65, rue du Rhône Case postale 3199 1211 Genève 3
	SK	Scandinavian	formell	[...]	[...]	
		Scandinavian Cargo	formell	[...]	[...]	
[...] -Konzern	[...]	[...]	materiell	[...]	[...]	Steptoe & Johnson RA Jean Rusotto c/o Me Christiane de Senarclens LALIVE & Associés 35 rue de la Mairie Case postale 6569 1211 Genève 6
		[...]	formell	[...]	[...]	
Singapore- Konzern	SQ	Singapore	materiell	[...]	[...]	Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte RA Dr. Jürg Borer RA Dr. Michael Vlcek Löwenstrasse 19 Postfach 1876 8021 Zürich
		Singapore Cargo	formell	[...]	[...]	
[...]	[...]	[...]	materiell	[...]	[...]	Prager Dreifuss AG RA Dr. Philipp Zur- kinder RA Bernhard Lauter- burg Schweizerhof- Passage 7 Postfach 7556 3001 Bern
[...]	[...]	[...]	materiell	[...]	[...]	Wenger & Vieli AG RA Dr. Frank Scher- rer Dufourstrasse 56 Postfach 1285 8034 Zürich

Unternehmen		Parteien	Verfügungs- adressat	Eröff- nungsda- tum	act.	Rechtsvertretung / Zustelldomizil
[...]	[...]	[...]	materiell	[...]	[...]	Walder Wyss AG RA Dr. Reto Jacobs Seefeldstrasse 123 Postfach 1236 8034 Zürich
[...] -Konzern		[...]	materiell	[...]	[...]	RVMH Avocats Me Albert Righini 5, rue Gourgas Case postale 31 1211 Genève 8
	[...]	[...]	formell	[...]	[...]	
	[...]	[...]	formell	[...]	[...]	

48. Soweit im Folgenden aus redaktionellen Gründen die Bezeichnungen von einzelnen Gesellschaften oder Teilen davon verwendet werden, ist grundsätzlich auch der entsprechende Konzern gemeint. Beispielsweise erfasst die Bezeichnung [...] grundsätzlich auch den [...] -Konzern und umgekehrt.

A.3 Verfahren

A.3.1 Verfahrensgeschichte

49. Am 23. Dezember 2005 erstattete [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Sekretariats der WEKO (nachfolgend: Sekretariat).⁵⁸

50. Mit Schreiben vom 10. Januar 2006 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Selbstanzeige.⁵⁹

51. [...] gab am 2. Februar 2006 eine weitere Selbstanzeige mündlich zu Protokoll.⁶⁰

52. Am 13. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung betreffend Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht gemäss Artikel 27 KG. Die Eröffnung der Untersuchung erfolgte gegen [...].⁶¹

53. Am 14. Februar 2006 führte das Sekretariat Hausdurchsuchungen [bei ...] durch.⁶²

54. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO dehnte das Sekretariat am 20. Februar 2006 die Untersuchung auf folgende Unternehmen aus: [...], Singapore Airlines Cargo Pte Ltd., [...], Scandinavian Airlines Cargo (SAS Cargo Group A/S), United Airlines Cargo (United Airlines, Inc.), American Airlines Cargo (American Airlines, Inc.), [...], Alitalia Cargo (Alitalia – Linee Aeree Italiane – Società per Azioni), South African Airways

⁵⁸ Vgl. act. [...].

⁵⁹ Vgl. act. [...].

⁶⁰ Vgl. act. [...].

⁶¹ Vgl. act. [...], act. [...] und act. [...].

⁶² Vgl. act. [...], act. [...], act. [...] und act. [...].

Cargo (South African Airways (Pty) Ltd.), Polar Air Cargo, Inc., Korean Air Cargo (Korean Air Lines Co Ltd.), und weitere an den Abreden beteiligten Unternehmen.⁶³

55. [...] gab am 23. und 27. Februar 2006 weitere Selbstanzeigen mündlich zu Protokoll.⁶⁴

56. Die Eröffnung wurde am 2. März 2006 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und am 7. März 2006 im Bundesblatt (BBI) bekannt gegeben.⁶⁵

57. Mit Schreiben vom 3. März 2006 erhob [...] Einsprache gegen die Durchsuchung [sichergestellter Beweismittel].⁶⁶

58. Am 6. März 2006 erstattete [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Sekretariats der WEKO.⁶⁷ Die Empfangsbestätigung erfolgte mit Schreiben vom 8. März 2006.⁶⁸

59. [...] hielt mit Schreiben vom 15. März 2006 an der Einsprache gegen die Untersuchung der beschlagnahmten Gegenstände E-0001 bis E-0004 fest.⁶⁹ Mit Schreiben vom 16. März 2006 teilte [...] mit, dass sie auf die Einsprache gegen die Durchsuchung verzichtet.⁷⁰

60. [...] gab – ebenfalls für ihre Konzerntöchter – am 24. März 2006 weitere Selbstanzeigen mündlich zu Protokoll ab.⁷¹

61. Am 27. März 2006 erstattete [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Sekretariats der WEKO.⁷² Das Sekretariat bestätigte den Eingang der Selbstanzeige von [...] mit Schreiben vom 30. März 2006.⁷³

62. Mit Schreiben vom 30. Mai 2006 gab [...] die Einwilligung zur Entsiegelung der [der sichergestellten Beweismittel].⁷⁴

63. [...] gab am 31. Mai 2006 und im Zeitraum vom 26. bis 28. September 2006 weitere Selbstanzeigen mündlich zu Protokoll.⁷⁵

64. Am 30. Oktober 2013 erstattete [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Sekretariats der WEKO.⁷⁶ Die Eingangsbestätigung erfolgte mit Schreiben vom 2. November 2008.⁷⁷

65. [...] gab am 19. Januar 2007 eine weitere Selbstanzeige mündlich zu Protokoll.⁷⁸

⁶³ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...] und act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...] und act. [...].

⁶⁴ Vgl. act. [...] und act. [...].

⁶⁵ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 2.3.2006, Nr. 43 S 41 und BBI 2006 2707.

⁶⁶ Vgl. act. [...].

⁶⁷ Vgl. act. [...].

⁶⁸ Vgl. act. [...].

⁶⁹ Vgl. act. [...].

⁷⁰ Vgl. act. [...].

⁷¹ Vgl. act. [...] und act. [...].

⁷² Vgl. act. [...].

⁷³ Vgl. act. [...].

⁷⁴ Vgl. act. [...].

⁷⁵ Vgl. act. [...] und act. [...].

⁷⁶ Vgl. act. [...].

⁷⁷ Vgl. act. [...].

⁷⁸ Vgl. act. [...].

66. Am 8. Mai 2007 erstattete [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Sekretariats der WEKO.⁷⁹ Den Eingang der Selbstanzeige bestätigte das Sekretariat mit Schreiben vom 12. Juni 2007.⁸⁰

67. Am 13. Juni 2007 gab [...] eine weitere Selbstanzeige mündlich zu Protokoll.⁸¹

68. [...] gab am 9. August 2007 eine weitere Selbstanzeige mündlich zu Protokoll.⁸²

69. Am 11. März 2008 erfolgte die Erweiterung des Untersuchungsgegenstands auf Abreden über die Kommissionierung und Frachtraten.⁸³ Mit gleichem Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass sich die Untersuchung gegen alle konzernmässig verbundenen und affilierten Gesellschaften richtet, deren Rechte und Pflichten von einer zukünftigen Verfügung der WEKO berührt sein könnten. Mit gleichem Schreiben erhielten die Parteien einen Fragebogen.⁸⁴

70. Die Beantwortungen der Fragen durch die Parteien erfolgten mit Schreiben, welche vom Zeitraum zwischen dem 11. April 2008 und 13. Juni 2008 datieren.⁸⁵

71. Mit Schreiben vom 24. Juni 2008 forderte das Sekretariat von [...] zusätzliche Beweismittel und Informationen.⁸⁶ Die angeforderten zusätzlichen Beweismittel und Informationen präziserte das Sekretariat mit Schreiben vom 25. August 2008.⁸⁷ Auf die zusätzlich angeforderten Informationen und Beweismittel antwortete [...] mit Schreiben vom 27. Oktober 2008, [...] mit Schreiben vom 13. Oktober 2008 und Selbstanzeige vom 13. Oktober 2008 (mündliche Protokollerklärung), [...] mit Schreiben vom 14./17. November 2008 und Selbstanzeige vom 14./17. November 2008 (mündliche Protokollerklärung) und [...] mit Selbstanzeige vom 23. Oktober 2008 (mündliche Protokollerklärung).⁸⁸

72. Am 3. und 4. September 2008 erstattete [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Sekretariats der WEKO.⁸⁹ Dies wurde mit Schreiben vom 8. September 2008 vom Sekretariat bestätigt.⁹⁰

73. [...] gab am 9. Oktober 2008 eine weitere Selbstanzeige mündlich zu Protokoll.⁹¹ Das Sekretariat bestätigte den Eingang dieser Selbstanzeige mit Schreiben vom 9. Oktober 2008.⁹²

74. [...] gab am 19. Dezember 2008 eine weitere Selbstanzeige mündlich zu Protokoll.⁹³

⁷⁹ Vgl. act. [...].

⁸⁰ Vgl. act. [...].

⁸¹ Vgl. act. [...].

⁸² Vgl. act. [...].

⁸³ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...].

⁸⁴ Vgl. act. [...].

⁸⁵ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...].

⁸⁶ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...] und act. [...].

⁸⁷ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...] und act. [...].

⁸⁸ Vgl. act. [...]; act. [...] und act. [...]; act. [...] und act. [...]; act. [...].

⁸⁹ Vgl. act. [...].

⁹⁰ Vgl. act. [...].

⁹¹ Vgl. act. [...].

⁹² Vgl. act. [...].

⁹³ Vgl. act. [...].

75. [...] ⁹⁴, [...] ⁹⁵, American ⁹⁶, Alitalia ⁹⁷, Polar ⁹⁸, [...] ⁹⁹ und South African ¹⁰⁰ beantragten Ak-
teneinsicht.

76. Zu Fragen im Zusammenhang mit dem EU-Luftverkehrsabkommen konsultierte das
Sekretariat das Integrationsbüro EDA/EVD (nachfolgend: IB EDA/EVD) ¹⁰¹, das Staatssekre-
tariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: SECO) ¹⁰², das Bundesamt für Zivilluffahrt BAZL
(nachfolgend: BAZL) ¹⁰³, das Bundesamt für Justiz (nachfolgend: BJ) ¹⁰⁴ und die Mission der
Schweiz bei der Europäischen Union (nachfolgend: Mission) ¹⁰⁵.

77. Das Sekretariat fragte am 29. November 2011 bei der Luftfracht-Abteilung der Interna-
tional Air Transport Association IATA (nachfolgend: IATA) nach Daten und Informationen
über Luftfrachtleistungen. ¹⁰⁶ Am 9. Dezember 2011 stellte IATA Daten und Informationen zur
Verfügung. ¹⁰⁷ Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 fragte das Sekretariat IATA ein zweites
Mal nach Daten und Informationen über Luftfrachtleistungen. ¹⁰⁸ IATA übermittelte dem Sek-
retariat diese Daten und Informationen am 28. Mai 2012. ¹⁰⁹ Es handelt sich dabei um Luft-
frachtleistungen, welche die IATA mit dem Abrechnungssystem Cargo Accounts Settlement
Systems CASS (nachfolgend: CASS) erfasst. Gemäss IATA vereinfacht CASS die Rech-
nungsstellung und Abrechnung zwischen Luftverkehr- und Speditionsunternehmen. ¹¹⁰

78. Mit Schreiben des Sekretariats vom 14. Mai 2012 ¹¹¹, 16. Mai 2012 ¹¹², 28. August
2012 ¹¹³, 8. November 2012, 10. Dezember 2012 ¹¹⁴, 10./11. Januar 2013 ¹¹⁵, 15. Mai 2013 ¹¹⁶,
28. August 2013 ¹¹⁷, 9. September 2013 ¹¹⁸, 5. November 2013 ¹¹⁹, 19. November 2013 ¹²⁰ und

⁹⁴ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...].

⁹⁵ Vgl. act. [...].

⁹⁶ Vgl. act. [...].

⁹⁷ Vgl. act. [...].

⁹⁸ Vgl. act. [...], act. [...].

⁹⁹ Vgl. act. [...].

¹⁰⁰ Vgl. act. [...].

¹⁰¹ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...]. Mit Bundesratsentscheid vom 29. Juni 2011 ist das
für Europafragen zuständige Integrationsbüro neu ausschliesslich dem Eidgenössischen Departement
für auswärtige Angelegenheiten EDA unterstellt (Medienmitteilung vom 29. Juni 2011: Reorganisation
der Departemente, <www.news.admin.ch> (1. Juli 2011)). Diese Massnahme trat am 1. Januar 2013
in Kraft.

¹⁰² Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...].

¹⁰³ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...].

¹⁰⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

¹⁰⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

¹⁰⁶ Vgl. act. [...].

¹⁰⁷ Vgl. act. [...].

¹⁰⁸ Vgl. act. [...].

¹⁰⁹ Vgl. act. [...].

¹¹⁰ <http://www.iata.org/ps/financial_services/Pages/cass.aspx?NRMODE=Unpublished>
(18.06.2012).

¹¹¹ Vgl. act. [...].

¹¹² Vgl. act. [...].

¹¹³ Vgl. act. [...].

¹¹⁴ Vgl. act. [...].

¹¹⁵ Vgl. act. [...].

¹¹⁶ Vgl. act. [...].

¹¹⁷ Vgl. act. [...].

¹¹⁸ Vgl. act. [...] und act. [...].

vom 29. November 2013¹²¹ wurde den Parteien Akteneinsicht in das Hauptdossier «81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht» gewährt. Zu diesem Zweck wurde den Parteien in der Beilage zu den Schreiben ein Datenträger mit den Dokumenten des Hauptdossiers in elektronischer Form zugestellt. Die Akteneinsicht wurde in Anwendung von Artikel 27 VwVG eingeschränkt. So wurden insbesondere verschiedene Amts- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzt.

79. Mit Schreiben vom 27. Juli 2012¹²² ersuchte [...] um Offenlegung der Aktenstücke Nr. 84, 102, 227 und 246 sowie im Weigerungsfall um Erlass einer entsprechenden anfechtbaren Verfügung. Mit Schreiben vom 31. Juli 2012¹²³ ersuchte [...] um Offenlegung der Aktenstücke Nr. 84, 99, 102, 219, 227 und 246.

80. Das Gesuch von [...] wurde mit Zwischenverfügung des Sekretariats vom 20. August 2012¹²⁴ abgewiesen. [...] wurde mit Schreiben des Sekretariats vom 20. August 2012 mitgeteilt, dass dem Ersuchen um Offenlegung der fraglichen Aktenstücke nicht stattgegeben werde. Soweit [...] auf der Offenlegung bestehe, könne eine anfechtbare Verfügung verlangt werden.¹²⁵ Mit Schreiben vom 13. September 2012 fragte [...] nach den Gründen für die Ablehnung ihres Gesuchs bezüglich Aktenstücke act. 99 und act. 219.¹²⁶ Das Sekretariat teilt [...] mit Schreiben vom 17. September 2012 mit, dass die Einschränkung der Akteneinsicht in Bezug auf die Dokumente act. 99 und act. 219 aufgrund des öffentlichen Interessens erfolgt.¹²⁷

81. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2012, eingelangt beim Sekretariat am 29. Oktober 2012, ersuchte [...] um Ausfertigung des Antrages des Sekretariats in französischer Sprache beziehungsweise im Falle der Weigerung um Erlass einer entsprechenden, anfechtbaren Verfügung.

82. Das Gesuch von [...] auf Übersetzung des Antrags in die französische Sprache wurde mit Zwischenverfügung des Sekretariats vom 5. November 2012¹²⁸ abgewiesen. Auf die dagegen erhobene Beschwerde von [...] trat das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 5. Dezember 2012 nicht ein.¹²⁹

83. Seit dem 4. September 2012 wurde den Parteien Einsicht in die Selbstanzeigedossiers gewährt.¹³⁰ Vorgängig stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 28. August 2012 den Parteien für die Einsicht in die Selbstanzeigedokumente eine Einhaltungszusage zu, damit sich die Einsicht nehmenden Parteien und deren Rechtsvertretungen verpflichteten, dass sie die Akteneinsicht in Selbstanzeigedokumente nur zum Zweck der Verteidigung im rubrizierten Untersuchungsverfahren wahrnehmen würden und die Inhalte und die Dokumente nicht an Dritte oder andere Behörden weitergegeben oder in anderen Verfahren verwendet werden dürften.¹³¹ [...] teilte mit Schreiben vom 11. September 2012 mit, dass sie zum damaligen Zeit-

¹¹⁹ Vgl. act. [...].

¹²⁰ Vgl. act. [...].

¹²¹ Vgl. act. [...].

¹²² Vgl. act. [...].

¹²³ Vgl. act. [...].

¹²⁴ Vgl. act. [...].

¹²⁵ Vgl. act. [...].

¹²⁶ Vgl. act. [...].

¹²⁷ Vgl. act. [...].

¹²⁸ Vgl. act. [...].

¹²⁹ Vgl. act. [...].

¹³⁰ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...], act. [...].

¹³¹ Vgl. act. [...].

punkt keine persönliche Einsicht in die Selbstanzeigen nehmen wolle, sich diese Möglichkeit jedoch für einen späteren Zeitpunkt vorbehalte.¹³² Im Vorfeld zur Einsicht in die Selbstanzeigen wurde den Parteien bereits mit Schreiben des Sekretariats vom 2. März 2012 mitgeteilt, dass die Selbstanzeigedossiers nur in geheimnisbereinigter Form einsehbar sein würden. Zudem wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass die Selbstanzeigen nur am Sitz der Behörde und ohne die Möglichkeit des Erstellens von Kopien würden eingesehen werden können. Den Parteien wurde dabei die Möglichkeit gegeben, innerhalb der gesetzten Frist Einwände gegen dieses Vorgehen zu erheben, wovon in der Folge keine Partei Gebrauch machte.¹³³

84. Die Zusendung des Antrags des Sekretariats an die Parteien zur Stellungnahme gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG erfolgte am 8. November 2012.

85. Mit Schreiben vom 16. Januar 2013 ersuchte Polar um umfassende Offenlegung der Aktenstücke Nr. 84, 99, 102, 219, 225, 227 und 246.¹³⁴ Das Sekretariat teilte Polar mit Schreiben vom 17. Januar 2013 mit, dass diesem Gesuch nicht stattgegeben werden kann. Betreffend die Aktenstücke Nr. 84, 102, 227 und 246 verwies das Sekretariat für die Begründung auf die Zwischenverfügung vom 20. August 2012.¹³⁵ Betreffend die Aktenstücke 99 und 219 teilte das Sekretariat Polar mit, dass sich die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts bezüglich der fraglichen Schreiben des Integrationsbüros EDA/EVD auch auf Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe a VwVG stützt. Es ist im öffentlichen Interesse der Eidgenossenschaft, dass diese Information geheim bleibt. Beim in Aktenstück Nr. 225 entfernten Dokument schliesslich handelt es sich um das Schreiben des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 24. September 2008, welches das Sekretariat im Rahmen der Zustellung der Zwischenverfügung vom 14. Mai 2012 Polar übermittelt hat.¹³⁶

86. Singapore reichte mit Schreiben vom 16. Januar 2013 einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung ein.¹³⁷

87. Die Stellungnahmen der Parteien gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG zum Antrag des Sekretariats vom 8. November 2012 gingen beim Sekretariat im Zeitraum 22. Januar 2013 bis 24. April 2013 ein.¹³⁸ Zudem nahm Scandinavian mit Schreiben vom 11. Juli 2013 Stellung zur Stellungnahme von [...] vom 20. Februar 2013.¹³⁹

88. Mit Datum vom 8. Juli 2013 erhielten die Parteien ein Schreiben mit den Daten und der Vorgehensweise der Anhörungen.¹⁴⁰ Ein Schreiben mit den Vorladungen zu den Anhörungen und weiteren Informationen folgte mit Datum vom 24. Juli 2013.¹⁴¹ Folgende Parteien wurden zu Anhörungen vorgeladen: South African, American, [...], Polar, [...], Scandinavian und United. Zu den Anhörungen stellten verschiedene Parteien Verfahrensanhörungen: South African stellte am 22. Juli 2013 einen Antrag auf unentgeltliche Simultanübersetzung Deutsch-Englisch.¹⁴² Dieser Antrag wurde mit Schreiben vom 14. August 2013, unter Verweis auf die internationale Tätigkeit von South African und genügend Zeit für Übersetzungen durch die

¹³² Vgl. act. [...].

¹³³ Vgl. act. [...].

¹³⁴ Vgl. act. [...].

¹³⁵ Vgl. act. [...].

¹³⁶ Vgl. act. [...].

¹³⁷ Vgl. act. [...].

¹³⁸ Vgl. act. [...] (AZ), act. [...] (KE), act. [...] ([...]), act. [...] ([...]), act. [...] ([...]), act. [...] ([...]), act. [...] (AA), act. [...] (UA), act. [...] (SK), act. [...] (PO), act. [...] ([...]), act. [...] (SA), act. [...] ([...]) und act. [...] (SQ).

¹³⁹ Vgl. act. [...].

¹⁴⁰ Vgl. act. [...].

¹⁴¹ Vgl. act. [...].

¹⁴² Vgl. act. [...].

Parteien selber, abgewiesen.¹⁴³ Singapore stellte mit Schreiben vom 25. Juli 2013 nachträglich Antrag auf Anhörung.¹⁴⁴ Dieser Antrag wurde mit Schreiben vom 14. August 2013 gutgeheissen und Singapore wurde nachträglich vorgeladen.¹⁴⁵ American stellte mit Schreiben vom 29. Juli 2013 Antrag auf Verlängerung der Redezeit von 15 Minuten auf 30 Minuten und Antrag auf unentgeltliche Übersetzung Deutsch-Englisch während der Anhörung.¹⁴⁶ Der Antrag auf Verlängerung der Redezeit und der Antrag auf unentgeltliche Übersetzung wurden abgewiesen. Allerdings wurde American im Sinne ihres Subeventualantrags erlaubt, eine Übersetzung auf eigene Kosten zu organisieren.¹⁴⁷ Polar stellte mit Schreiben vom 13. August 2013 mehrere Anträge: Verschiebung des Anhörungstermins von Polar vom 9. September 2013 auf den 16. September 2013; Möglichkeit zur Stellungnahme und Befragung gegenüber [...] während der Anhörung; Möglichkeit zur Kommunikation in englischer Sprache; Simultanübersetzung Deutsch-Englisch während den Anhörungen; Erstellen der Protokolle in Originalsprache.¹⁴⁸ Dem Antrag auf Verschiebung des Anhörungstermins wurde nicht stattgegeben. Eine Befragung anderer Parteien und kurze Stellungnahme zu Äusserungen anderer Parteien während der Anhörungen wurde zugelassen. Die Anträge auf unentgeltliche Simultanübersetzung Deutsch-Englisch, zur Kommunikation in englischer Sprache und Erstellen der Protokolle in Originalsprache wurden abgewiesen.¹⁴⁹ In der Folge stellte Polar mit Schreiben vom 22. August 2013 Antrag auf Wiedererwägung der Ablehnung des Antrags auf Verschiebung des Anhörungstermins vom 9. auf den 16. September 2013.¹⁵⁰ Diesem Antrag auf Wiedererwägung wurde nicht stattgegeben.¹⁵¹ [...] widerrief mit Schreiben vom 16. August 2013 ihren Antrag auf Anhörung und teilte gleichzeitig mit, dass [...] indessen vollumfänglich an den übrigen Anträgen sowie ihrer Begründung festhalte und wiederholte die aus ihrer Sicht wesentlichen Aspekte der Stellungnahme vom 22. März 2013 zum Antrag des Sekretariats.¹⁵² Dem sinngemäss gestellten Antrag auf Aufhebung der Vorladung von [...] zur Anhörung am 9. September 2013 wurde stattgegeben.¹⁵³

89. Mit Schreiben vom 28. August 2013 erhielten die Parteien ein aktualisiertes Anhörungsprogramm.¹⁵⁴

90. Am 9. September 2013 fanden die Anhörungen vor der WEKO von South African, [...], Polar und American statt.¹⁵⁵ Am 16. September 2013 fanden die Anhörungen vor der WEKO von Singapore, [...], Scandinavian und United statt.¹⁵⁶ Die angehörten Parteien erhielten das jeweilige Anhörungsprotokoll und die entsprechende Audioaufnahme mit Schreiben vom 24. September 2013 zur Unterschrift.¹⁵⁷ Bis am 9. Oktober 2013 schickten die angehörten Parteien dem Sekretariat unterschriebene Protokolle in geänderter Form oder mit Änderungsanträgen zurück.¹⁵⁸ In der Folge verglich das Sekretariat die Änderungen und Änderungsanträge mit den Audioaufnahmen der Anhörungen. Weil Parteien Änderungen vornahmen, die

¹⁴³ Vgl. act. [...].

¹⁴⁴ Vgl. act. [...].

¹⁴⁵ Vgl. act. [...].

¹⁴⁶ Vgl. act. [...].

¹⁴⁷ Vgl. act. [...].

¹⁴⁸ Vgl. act. [...].

¹⁴⁹ Vgl. act. [...].

¹⁵⁰ Vgl. act. [...].

¹⁵¹ Vgl. act. [...].

¹⁵² Vgl. act. [...].

¹⁵³ Vgl. act. [...].

¹⁵⁴ Vgl. act. [...].

¹⁵⁵ Vgl. act. [...].

¹⁵⁶ Vgl. act. [...].

¹⁵⁷ Vgl. act. [...].

¹⁵⁸ Vgl. act. [...].

von den Audioaufnahmen abweichen und wegen der Einarbeitung von Änderungsanträgen in die Protokolle erhielten [...], Scandinavian, South African, [...], United und Polar die überarbeiteten Protokolle erneut zur Unterschrift.¹⁵⁹ Die angehörten Parteien erhielten ein gegengezeichnetes Exemplar der Anhörungsprotokolle mit Schreiben vom 22. Oktober 2013¹⁶⁰ und vom 5. November 2013¹⁶¹.

91. Im Nachgang zu den Anhörungen sandten [...], Scandinavian und [...] den Wettbewerbsbehörden zusätzliche Dokumente zur Ergänzung ihrer Ausführungen während der Anhörung.¹⁶² Zudem stellte Polar in Bezug auf die Anhörung von [...] vom 16. September 2013 zwei Anträge. Beim ersten Antrag handelt es sich um eine Änderung des Protokolls der Anhörung von [...] vom 16. September 2013: Polar beantragt die Protokollierung einer Aussage, welche in englischer Sprache erfolgte. Als zweiten Antrag fordert Polar die Einvernahme eines bestimmten Mitarbeiters von [...] zu den vorgeworfenen Verhaltensweisen.¹⁶³

92. Mit Schreiben vom 8. November 2013 sendete Singapore einen Vorschlag mit angepasstem Antrag. Der Haupt Gesichtspunkt dieser Anpassung liege in der Verringerung des Detaillierungsgrades der im Antrag enthaltenen Informationen. Mit dieser Verringerung erfolge eine inhaltliche Beschränkung auf Verhaltensweisen in der Schweiz und hinsichtlich Koordination auf Stufe Hauptquartier auf die von [...] beschriebene «Kerngruppe».¹⁶⁴

A.3.2 Zeitliche Übersicht zu den Selbstanzeigen

93. Im Rahmen von Selbstanzeigen gaben sieben Unternehmen mündliche Protokollerklärungen ab. Tabelle 2 gibt eine Übersicht zu den Selbstanzeigen.

Tabelle 2: Übersicht der Selbstanzeigen

Datum erste Erklärung/Eingabe	Datum weitere Erklärungen/Eingaben	Partei
23. Dezember 2005		[...]
	2. Februar 2006	
	23. Februar 2006	
	27. Februar 2006	
	24. März 2006	
	24. März 2006	
	31. Mai 2006	
	26.-28. September 2006	
	13. Juni 2007	
	19. Dezember 2008	
6. März 2006		[...]
	19. Januar 2007	
	9. August 2007	
27. März 2006		[...]
	11. Mai 2007	
	11. Mai 2007	
	11. Mai 2007	
	11. Mai 2007	

¹⁵⁹ Vgl. act. [...].

¹⁶⁰ Vgl. act. [...].

¹⁶¹ Vgl. act. [...], [...], [...], [...] und [...].

¹⁶² Vgl. act. [...], [...] und [...].

¹⁶³ Vgl. act. [...].

¹⁶⁴ Vgl. act. [...].

Datum erste Erklärung/Eingabe	Datum weitere Erklärungen/Eingaben	Partei
	14. August 2007	
	14./17. November 2008	
	14./17. November 2008	
	14./17. November 2008	
30. Oktober/27. Oktober 2006		[...]
	14. Dezember 2006	
	13. Oktober 2008	
	13. Oktober 2008	
8. Mai 2007		[...]
	27. Oktober 2008	
3.-4. September 2008		[...]
	9. Oktober 2008	

A.3.3 Ausländische Verfahren

94. Die Schweiz ist nicht die einzige Jurisdiktion, in welcher die Verhaltensweise der Luftverkehrsunternehmen Gegenstand kartellrechtlicher Verfahren war.

95. In der EU hat die Kommission elf Luftfrachtunternehmen wegen der Bildung eines weltweiten Kartells, das Luftfrachtdienste im Europäischen Wirtschaftsraum beeinträchtigte, Geldbussen in Höhe von insgesamt 799 445 000 Euro auferlegt.¹⁶⁵ Dabei kommt die EU-Kommission zum Schluss, dass eine einzige und fortgesetzte Zuwiderhandlung («single and continuous infringement») vorliegt. Allerdings fochten einige Parteien diesen Entscheid an. Deshalb ist der Entscheid noch nicht rechtskräftig.¹⁶⁶

96. In den USA klagte das «Department of Justice» (nachfolgend: DoJ) insgesamt 22 Luftverkehrsunternehmen und 21 Führungskräfte im Zusammenhang mit einer Untersuchung betreffend Preisabreden in der Luftfrachtindustrie an. Bis zum 30. November 2011 wurden Bussen im Betrag von mehr als 1,8 Milliarden US-Dollar ausgesprochen und 4 Führungskräfte zu Gefängnisstrafen verurteilt.¹⁶⁷

97. Verfahren im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Luftverkehrsunternehmen im Bereich Luftfracht fanden schliesslich noch in weiteren Jurisdiktionen statt.¹⁶⁸ In diesen Verfahren wurden soweit ersichtlich ebenfalls Geldstrafen ausgesprochen.

¹⁶⁵ Medienmitteilung der EU-Kommission vom 9. November 2010, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1487_de.htm> (16.10.2012).

¹⁶⁶ KOMM, ABl. 2011 C 95/10, Rechtssache T-67/11, *Klage Martinair Holland/Kommission*; KOMM, ABl. 2011 C 89/23, Rechtssache T-56/11, *Klage SAS Cargo Group u. a./Kommission*; KOMM, ABl. 2011 C 89/21, Rechtssache T-43/11, *Klage Singapore Airlines und Singapore Airlines Cargo PTE/Kommission*; KOMM, ABl. C 80/31, Rechtssache T-46/11, *Klage Deutsche Lufthansa u. a./Kommission*; KOMM, ABl. 2011 C 80/27, Rechtssache T-40/11, *Klage Lan Airlines und Lan Cargo/Kommission*; KOMM, ABl. 2011 C 80/26, Rechtssache T-39/11, *Klage Cargolux Airlines/Kommission*; KOMM, ABl. 2011 C 72/32, Rechtssache T-38/11, *Klage Cathay Pacific Airways/Kommission*.

¹⁶⁷ Medienmitteilung des «Department of Justice» vom 30. November 2011, <<http://www.justice.gov/opa/pr/2011/November/11-at-1554.html>> (16.10.2012).

¹⁶⁸ Vgl. beispielsweise Neuseeland, Medienmitteilung der «Commerce Commission» vom 29. Juni 2012 <<http://www.comcom.govt.nz/media-releases/detail/2012/japan-airlines-admits-role-in-air-cargo-cartel-ordered-to-pay-2-275-million>> (16.10.2012); Australien, Medienmitteilung der «Australian Competition & Consumer Commission» vom 17. Mai 2010 <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/928664/fromItemId/927069>> (16.10.2012); Kana-

A.3.4 Anträge der Parteien im Rahmen von Artikel 30 Absatz 2 KG

98. [...] stellt folgende Anträge:¹⁶⁹

- Die Sachverhaltsdarstellung sei in der endgültigen Verfügung im Sinne der Begründung in der Stellungnahme vom 20. Februar 2013 (Rz 5 bis 7 und Rz 10 bis 14) zu präzisieren.
- Die Untersuchung sei im Hinblick auf Frachtraten und eine Gesamtabrede im Bereich Luftfracht ohne Folgen für [...] einzustellen.
- Ziffer 1 des Dispositivs sei wie folgt zu ergänzen: «Den Parteien [...] wird untersagt, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbands oder einer gemäss dem anwendbaren Wettbewerbsrecht zulässigen Allianz bezüglich ...»
- Die Kosten der Untersuchung seien insoweit anteilig vom Staat zu tragen.

99. Korean stellt folgenden Antrag:¹⁷⁰

- Es sei für die Berechnung der im Antrag des Sekretariats vom 8. November 2012 in Aussicht gestellte Sanktion der um den Dauerzuschlag erhöhte Basisbetrag gestützt auf Artikel 6 SVKG¹⁷¹ um mindestens 25 % herabzusetzen.

100. Atlas (Polar) stellt folgende Anträge:¹⁷²

- Das Verfahren gegen Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., und Polar Air Cargo Worldwide, Inc., sei ohne weitere Konsequenzen einzustellen.
- Eventualiter sei gegen Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., und Polar Air Cargo Worldwide, Inc., keine Busse auszusprechen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.
- Es sei die Aussage eines bestimmten Mitarbeiters von [...] während der Anhörung von [...] vom 16. September 2013 in das Protokoll aufzunehmen.¹⁷³
- Es sei die Einvernahme eines bestimmten Mitarbeiters von [...] für die Befragung zu den vorgeworfenen Verhaltensweisen anzuordnen.¹⁷⁴

101. South African stellt folgende Anträge:¹⁷⁵

- Das Verfahren Nr. 81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht sei gegenüber South African Airways (PTY) Ltd ohne Folgen einzustellen.
- Unter Kostenfolge zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

da, Medienmitteilung des «Competition Bureau» vom 19. Juli 2012

<<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03482.html>> (16.10.2012); Korea, Presseartikel vom 28. Mai 2010 im «international transport journal»

<http://www.transportjournal.com/index.php?id=425&tx_ttnews%5BpS%5D=1275462594&tx_ttnews%5Btt_news%5D=18743&tx_ttnews%5BbackPid%5D=505&cHash=5b6ec4fb51b40b2fe073d617c305686b> (16.10.2012).

¹⁶⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

¹⁷⁰ Vgl. act. [...].

¹⁷¹ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁷² Vgl. act. [...].

¹⁷³ Vgl. act. [...].

¹⁷⁴ Vgl. act. [...].

¹⁷⁵ Vgl. act. [...].

102. Alitalia stellt sinngemäss folgende Anträge:¹⁷⁶

- Es sei das Verfahren gegen Alitalia ohne Kostenfolge zulasten Alitalia einzustellen.
- Eventualiter sei die Kostenbeteiligung von Alitalia zu reduzieren.

103. AMR (American) stellt folgende Anträge:¹⁷⁷

- Es sei das Verfahren gegen American Airlines, Inc., und AMR Corporation vollumfänglich einzustellen. Es sei zudem festzustellen, dass American Airlines, Inc., und AMR Corporation nicht gegen Artikel 5 KG und/oder Artikel 8 LVA verstossen haben.
- Eventualiter: Es sei von einer Sanktion gegen American Airlines, Inc., und AMR vollständig abzusehen.
- Sub-eventualiter: Es sei der Bussenbetrag, mit dem American Airlines, Inc., und AMR Corporation belastet werden sollen, massiv zu reduzieren.
- Sub-sub-eventualiter: Es sei der im Antrag dargestellte Sachverhalt im Sinne der vorliegenden Stellungnahme zu berichtigen und es sei der Antrag im Sinne der obigen Rechtsbegehren 1-3 abzuändern.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

104. United stellt folgende Anträge:¹⁷⁸

- Die Untersuchung 81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfahrt sei einzustellen, soweit sie sich gegen United Continental Holdings, Inc., und United Air Lines, Inc., richtet, und es sei formell festzustellen, dass United Continental Holdings, Inc., und United Air Lines, Inc., weder Artikel 5 Absatz 3 oder 1 Kartellgesetz noch Artikel 8 des Bilateralen Luftverkehrsübereinkommens mit der EU verletzt haben.
- Für den Fall, dass die Untersuchung 81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht gegen United Continental Holdings, Inc., und United Air Lines, Inc., nicht eingestellt wird, sei davon abzusehen, United Continental Holdings, Inc., und United Air Lines, Inc., eine Sanktion gemäss Art. 49a Kartellgesetz aufzuerlegen.
- Die Kosten und Auslagen der Untersuchung 81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht seien von der WEKO zu tragen.

105. Scandinavian stellt sinngemäss folgenden Antrag:¹⁷⁹

- Die Untersuchung 81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht sei gegenüber Scandinavian einzustellen.

106. [...] stellt sinngemäss folgende Anträge:¹⁸⁰

- [...] hat keine Bemerkungen zu den im Antrag des Sekretariats erwähnten Tatsachen.
- [...] hat keine Bemerkungen zur Höhe der beantragten Sanktion.
- Es seien [...] 1/14 der Gesamtgebühr für den Verfahrensaufwand bis zum Tag, an dem das Sekretariat das Schreiben von [...] vom 7. Februar 2013 bestätigt¹⁸¹, zuzüglich 1/14

¹⁷⁶ Vgl. act. [...].

¹⁷⁷ Vgl. act. [...].

¹⁷⁸ Vgl. act. [...].

¹⁷⁹ Vgl. act. [...].

¹⁸⁰ Vgl. act. [...].

¹⁸¹ Total 799 166 Franken, Anteil [...] ausmachend 57 083 Franken; vgl. act. [...].

der Gesamtkosten für den Verfahrensaufwand der für die Schlussredaktion der abschliessenden Verfügung und deren Publikation entsteht, aufzuerlegen.

107. Singapore stellt folgenden Antrag:¹⁸²

- Die vorliegende Untersuchung sei bezüglich Singapore vorbehaltlos und ohne Kostenfolge einzustellen.

108. [...] stellt folgende Anträge:¹⁸³

- Das Verfahren Nr. 81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht sei gegenüber [...] ohne Folgen einzustellen.
- Eventualiter: Die im Antrag vorgesehene Sanktion gegen [...] sei zu streichen.
- Aus dem Antrag seien alle Sachverhaltselemente, die nicht den schweizerischen Markt beziehungsweise Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten betreffen, zu entfernen.
- Unter Kostenfolge zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

109. [...] stellt folgende Anträge:¹⁸⁴

- Die Untersuchung gegen [...] sei ohne Kostenfolge einzustellen.
- Eventualiter: Von einer Sanktion gegen [...] und einer Auferlegung von Kosten sei abzusehen.
- Subeventualiter: Die Sanktion gegen [...] sei um die Hälfte zu reduzieren, von Kostenfolgen sei abzusehen.

110. [...] stellt folgende Anträge:¹⁸⁵

- Die Untersuchung sei ohne Folgen für [...] einzustellen.
- Eventualiter, für den Fall der Abweisung von Antrag 1, sei gegenüber [...] auf die Verhängung einer Sanktion zu verzichten.
- Subeventualiter, für den Fall der Abweisung der Anträge 1 und 2, sei gegenüber [...] eine Sanktion von maximal 158 286 Franken zu verhängen.

111. [...] stellt sinngemäss folgende Anträge:¹⁸⁶

- Die Untersuchung gegen [...] sei einzustellen.
- Eventualiter: Es sei [...] keine Sanktion aufzuerlegen.
- Subeventualiter: Es sei die Sanktion gegenüber [...] substanziell zu reduzieren.

A.3.5 Stellungnahmen der Parteien zum Verfahren

A.3.5.1 Stellungnahme [...]

112. [...] vertritt die Ansicht, dass die Dauer der Untersuchung mit siebeneinhalb Jahren bei Weitem zu lang sei. Es sei praktisch nicht mehr möglich, zu einzelnen Sachverhaltsfragen heute noch Feststellungen zu treffen. Bei dieser Sachlage sei eine effektive Verteidigung o-

¹⁸² Vgl. act. [...].

¹⁸³ Vgl. act. [...].

¹⁸⁴ Vgl. act. [...].

¹⁸⁵ Vgl. act. [...].

¹⁸⁶ Vgl. act. [...].

der auch Mitwirkung an der Ermittlung des Sachverhalts einfach nicht mehr möglich. Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Verstössen müsse in dieser Situation hinter jenes eines korrekten Verfahrens zurücktreten, und auch hinter das Interesse einer richtigen Entscheidung. Es spreche deshalb sehr vieles dafür, dass die Verfolgungsverjährung eingetreten sei, und alles spreche dafür, diese Untersuchung einzustellen.¹⁸⁷

113. Zur Dauer der Untersuchung gilt es festzuhalten, dass die anzuwendenden wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen keine Verjährungsnormen enthalten. Würden wettbewerbsrechtliche Sachverhalte einer Verjährung unterliegen, dann müsste auch das Bundesgericht diese von Amtes wegen berücksichtigen. Das Bundesgericht tut dies jedoch nicht. Bei Kartellverfahren, insbesondere Verfahren mit Sanktionen, berücksichtigt das Bundesgericht einzig den Beschleunigungsgrundsatz gemäss Artikel 29 Absatz 1 BV^{188, 189}. Daraus ist zu schliessen, dass für Verwaltungssanktionen gemäss Kartellgesetz eine eigentliche Verjährung nicht vorgesehen ist.

A.3.5.2 Stellungnahme Atlas (Polar)

114. Polar macht geltend, dass der Antrag die falschen Verfügungsadressatinnen nenne. Nur Polar Air Cargo, Inc., sei während des Zeitraumes des behaupteten Kartellrechtsverstosses im Luftfrachtgeschäft tätig gewesen. Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., Atlas Air, Inc., und Polar Air Cargo Worldwide, Inc., hätten keine (Luftfracht-)Tätigkeiten in Europa ausgeübt. Zudem sei über Polar Air Cargo, Inc., beziehungsweise die Atlas-Gruppe ein Konkursverfahren nach US-amerikanischem Recht (sog. Chapter 11 Verfahren) eröffnet worden. Mit Wirkung per Juli 2004 sei Polar Air Cargo, Inc., beziehungsweise die Atlas-Gruppe von sämtlichen Ansprüchen befreit worden. Dies betreffe auch sämtliche Sachverhalte, die Forderungen bis zu diesem Zeitpunkt begründen könnten, also sämtliche Sachverhalte im Antrag mit Ausnahme des Sachverhalts betreffend die Kommissionierung von Zuschlägen. Schliesslich sei Polar Air Cargo, Inc., seit Juli 2007 nicht mehr im Luftfrachtgeschäft tätig.¹⁹⁰

115. Dazu ist zunächst festzustellen, dass sich in kartellrechtlicher Hinsicht das vorliegende Verfahren gegen die Atlas-Gruppe als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes richtet. Wie Polar im Jahresbericht 2007 selber ausführt, ist Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., mit hauptsächlich zwei operierenden Tochtergesellschaften tätig: Atlas Air, Inc., und Polar Air Cargo Worldwide, Inc..¹⁹¹ Vor dem 28. Juni 2007 war Polar Air Cargo Worldwide, Inc., die Muttergesellschaft von Polar Air Cargo, Inc..¹⁹² Im Juni 2007 übernahm Polar Air Cargo, Inc., die Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Polar LLC). Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., bezeichnet alle vier Gesellschaften kollektiv als «the Company»: «Holdings, Atlas, Polar and Polar LLC are referred to collectively as the "Company" "we," "us" or "our"». Somit ist Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., als materielle Verfügungsadressatin und Polar Air Cargo Worldwide, Inc., als formelle Verfügungsadressatin zu bezeichnen. Folglich sind die richtigen Verfügungsadressatinnen erfasst. Ob zusätzlich Polar Air Cargo, Inc., als formelle Verfügungsadressatin in Frage käme, ist nicht entscheidend. Dementsprechend ist auch das geltend gemachte Konkursverfahren nach US-amerikanischem Recht gegen Polar Air Cargo, Inc., nicht relevant. Denn eine etwaige Vollstreckung richtet sich in erster Linie an die Konzernmuttergesellschaft Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Atlas-Gruppe entgegen den Angaben von Polar nicht Konkurs ging.¹⁹³

¹⁸⁷ Vgl. act. [...].

¹⁸⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁸⁹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 134 f. E. 11, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

¹⁹¹ Vgl. act. [...]

¹⁹² Vgl. dazu auch act. [...].

¹⁹³ Vgl. dazu auch act. [...].

Die Atlas-Gruppe hat vielmehr ein Verfahren nach «Chapter 11» des US-amerikanischen Insolvenzrechts angestrengt.¹⁹⁴ Dieses Verfahren hat eine Unternehmenssanierung und nicht zwangsläufig den Untergang des Unternehmens zum Ziel. Sodann ist auch nicht von Bedeutung, dass Polar Air Cargo, Inc., nach eigenen Angaben seit Juli 2007 nicht mehr im Luftfrachtgeschäft tätig ist.

116. Polar macht weiter geltend, das Verfahren sei einzustellen, weil die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten sei. Die Frage der Verfolgungsverjährungsfrist richte sich dabei nach den einschlägigen strafrechtlichen Regelungen und Grundsätzen. In Anwendung von Artikel 333 Absatz 1 StGB¹⁹⁵ und Artikel 109 StGB in Verbindung mit Artikel 103 StGB gelte eine Verjährungsfrist von drei Jahren, womit vorliegend die Verjährung eingetreten sei. Dies gelte selbst wenn das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht oder Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe b KG (analog) anwendbar wären.¹⁹⁶

117. Wie Polar zu Recht ausführt, enthalten die anzuwendenden wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen wie bereits erwähnt keine Verjährungsnormen. Es kann auf die Ausführungen in Randziffer 113 verwiesen werden. Selbst wenn man aber aufgrund des strafrechtlichen Charakters der kartellrechtlichen Sanktionen analog zum Strafgesetzbuch Verjährungsfristen konstruieren wollte, kann der Argumentation von Polar nicht gefolgt werden. Der blosse Umstand, dass die kartellrechtliche Sanktion auf einen bestimmten Geldbetrag lautet, besagt noch nicht, dass der sanktionierte Kartellrechtsverstoss in seinem Unrechtsgehalt einer Übertretung im Sinne des Strafgesetzbuches entspricht. So ist etwa auch im Bereich der Strafbarkeit von Unternehmen (Art. 102 StGB) umstritten, welche Verjährungsfristen gelten. Dass Artikel 102 StGB, welcher die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen regelt, eine Busse vorsieht, bedeutet nicht, dass damit eine Übertretung vorliegt.¹⁹⁷ Wenn das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid *Terminierungspreise im Mobilfunk* ausführt, «dass es für das Genügen einer einmaligen gerichtlichen Überprüfung (mit voller Kognition) letztlich auf [...] die Nähe dieser Verwaltungssanktionen zu strafrechtlichen Übertretungen (mit Bussefolge gem. Art. 106 Abs. 1 StGB) ankommt»¹⁹⁸, bedeutet dies nicht, dass es sich bei Verwaltungssanktionen vom Unrechtsgehalt her um Übertretungen handelt. Im zitierten Entscheid geht es nicht um die hier interessierende Thematik, insbesondere die Verjährung, sondern vielmehr um die EMRK-Konformität des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens.

118. Auch aus den allgemeinen verjährungsrechtlichen Bestimmungen von Artikel 333 Absatz 1 StGB lässt sich daher nichts für den vorliegenden Fall ableiten. Darüber hinaus ist in Erwägung zu ziehen, dass Artikel 56 Absatz 1 KG für Strafsanktionen gemäss Artikel 54 KG eine relative Verjährungsfrist von fünf Jahren vorsieht. Davon ausgehend, dass es sich bei Artikel 54 KG, anders als bei Artikel 49a KG, um eine strafrechtliche Übertretung handelt, würde Artikel 333 Absatz 6 Buchstabe b StGB somit zu einer neuen Verjährungsfrist von zehn Jahren führen. Selbst wenn also entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für Artikel 49a KG eine Verjährungsfrist gelten würde, könnte diese kaum kürzer ausfallen als für die Strafsanktionen gemäss Artikel 54 KG. Immerhin dürfte der Unrechtsgehalt der Wettbewerbsverstösse im Sinne von Artikel 49a KG regelmässig schwerer wiegen als derjenige von Verstössen gegen behördliche Anordnungen gemäss Artikel 54 KG. Somit ist so oder anders keine Verjährung eingetreten.

119. Polar bringt zudem vor, das Verfahren sei auch zufolge überlanger Verfahrensdauer einzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass sich ein kartellrechtliches Verfahren, das vier Jahre und vier Monate gedauert habe, an der oberen Grenze der

¹⁹⁴ Vgl. <<http://www.atlasair.com/holdings/financial-news.asp>> (23.09.2013).

¹⁹⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0).

¹⁹⁶ Vgl. act. [...], act. [...].

¹⁹⁷ Vgl. MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heinz Hausheer (Hrsg.), 2006, S. 72 und 262 ff.

¹⁹⁸ BVGE 2011/32, RPW 2010/2, 272 E. 5.5.5, *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

zulässigen (Höchst-)Verfahrensdauer befinde. Die Verfahrensdauer im zitierten Fall sei nur gerade noch aufgrund der Komplexität des Falles und der vielen verfahrensleitenden Massnahmen zu rechtfertigen gewesen. Vorliegend dauere die Untersuchung bereits mehr als sieben Jahre. Die vom Bundesverwaltungsgericht angesprochene längst mögliche Verfahrensdauer sei also bei Weitem überschritten.¹⁹⁹

120. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die Verfahrensdauer aus der Komplexität und dem Umfang des vorliegenden Sachverhalts und der zu beantwortenden Rechtsfragen, insbesondere bezüglich dem Verhältnis zwischen europäischem und schweizerischem Wettbewerbsrecht, ergibt. Die besondere Komplexität und der Umfang des Verfahrens widerspiegeln sich im Zeitbedarf der Parteien für ihre Stellungnahmen. Entgegen der üblichen Frist von einem Monat beziehungsweise maximal zwei Monaten, benötigten die Parteien bis zu fünf Monate für die Stellungnahme.²⁰⁰ Weiter ist auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen VSW-Richtlinien hinzuweisen. Anders als das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet das Bundesgericht die Verfahrensdauer nicht «als an der äusseren Grenze und als gerade noch zu rechtfertigen», sondern als nicht übermässig.²⁰¹ Auch im vorliegenden Verfahren war die Erarbeitung des Sachverhalts sehr aufwändig. Insbesondere erwies sich der Umfang der Selbstanzeigen als sehr gross (über 7500 Seiten). Entscheidend ist ebenfalls, dass es sich um einen Pilotfall handelt: Es ist der erste Fall mit Hausdurchsuchungen und Selbstanzeigen. Bereits daher stellte sich eine Vielzahl neuer Fragen. Hinzu kommt, dass in diesem Fall nicht nur das Kartellgesetz Berücksichtigung findet. Es ist eine Vielzahl von Staatsverträgen zu berücksichtigen. Dabei ist insbesondere auch dem Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht Rechnung zu tragen. Für das erstinstanzliche Verfahren weist der vorliegende Fall eine ungleich grössere Komplexität als der erwähnte Fall in Sachen VSW-Richtlinien auf. Schliesslich sind im vorliegenden Verfahren auch ungleich mehr Parteien involviert. Daher kann selbst die gerade noch zulässige Höchstdauer von viereinhalb Jahren des Bundesverwaltungsgerichts, welche durch das Bundesgericht relativiert wurde, für das vorliegende Verfahren nicht herangezogen werden. Insgesamt ist unter Würdigung aller Umstände in Anlehnung an das Bundesgericht nicht von einer übermässigen Verfahrensdauer auszugehen, welche eine Sanktionsreduktion oder Einstellung des Verfahrens rechtfertigen würde.

121. Des Weiteren verweist Polar auf Verfahren der EU-Kommission und des DoJ. Die EU-Kommission und das DoJ hätten den gleichen Sachverhalt und insbesondere auch das Verhalten von Polar untersucht. Dabei hätte keine dieser Behörden das Verhalten von Polar als kartellrechtswidrig qualifiziert.²⁰²

122. Hierzu muss darauf hingewiesen werden, dass der von Polar geltend gemachte Ausgang der ausländischen Verfahren kein Präjudiz für die Beurteilung durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden darstellt.

123. Polar macht auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Das Sekretariat habe die Einsicht in seine Korrespondenz mit der EU-Kommission verweigert. Sollte die EU-Kommission die Interpretation des EU-Luftverkehrsabkommen durch das Sekretariat nicht teilen, sei das eine Tatsache, die offengelegt werden müsse, weil sie die Argumente von Polar in Bezug auf die Zuständigkeit der WEKO stärken würde. Zudem sei anzunehmen, dass der Inhalt dieser Korrespondenz das Sekretariat zumindest indirekt beeinflusst habe. Geheimhaltungsgründe, insbesondere Gründe der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweizerischen Eidgenossenschaft in Bezug auf die genannte Korrespondenz, seien nicht ersichtlich.²⁰³

¹⁹⁹ Vgl. act. [...].

²⁰⁰ Vgl. act. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...].

²⁰¹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 134 f. E. 11, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁰² Vgl. act. [...], act. [...].

²⁰³ Vgl. act. [...].

124. Dieser Auffassung von Polar ist nicht zu folgen. Das Sekretariat hat die Einschränkung der Akteneinsicht in der Verfügung vom 20. August 2012 ausführlich dargelegt.²⁰⁴ Für die Begründung kann darauf verwiesen werden: Eine Missachtung der Geheimhaltungsinteressen der Europäischen Union könnte zu erheblichen aussenpolitischen Friktionen führen, insbesondere in Bezug auf den bilateralen Weg zwischen der Schweiz und der EU. Eine Einsichtnahme in die Korrespondenz mit der EU-Kommission erscheint daher als ausgeschlossen. Die EU-Kommission verlangt, dass der Inhalt keinen Personen ausserhalb der Behörden zugänglich gemacht wird. Somit ist ein milderer Eingriff in die Verfahrensrechte der Parteien als die Verweigerung der Einsichtnahme unter den gegebenen Umständen zur Erreichung des angestrebten Schutzzwecks gemäss Artikel 27 Absatz 1 VwVG nicht möglich. Entsprechend fand eine Prüfung der Verhältnismässigkeit statt, wie sie die Bundesverfassung vorsieht.

125. Weiter macht Polar eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte geltend, indem keine Anhörung vor dem Sekretariat stattgefunden habe und die Atlas-Gruppe nie zum materiellen Sachverhalt befragt worden sei. Sodann sei das Datum der Anhörung von Polar vor der WEKO so gelegt worden, dass kein Vertreter von Polar habe anwesend sein können.²⁰⁵

126. Dem ist entgegenzuhalten, dass kein Anspruch der Parteien besteht, vom Sekretariat im Rahmen der Untersuchung befragt beziehungsweise angehört zu werden. Das rechtliche Gehör der Parteien ist durch die Möglichkeit der schriftlichen Stellungnahme gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG gewährt. Überdies hatte Polar Gelegenheit gehabt, ihre Position gegenüber der WEKO im Rahmen der Anhörung darzulegen. Abgesehen davon ist auf die schriftliche Befragung von Polar durch das Sekretariat hinzuweisen.²⁰⁶ Insbesondere enthält der Fragebogen eine Rubrik, unter der Polar die Möglichkeit hatte, alle aus ihrer Sicht relevanten Angaben zu machen.²⁰⁷ In Bezug auf die Anhörung vor der WEKO, ist festzuhalten, dass die Information über das Datum der Anhörungen frühzeitig erfolgte.²⁰⁸ Zudem wurde es Polar offen gelassen, welche natürliche Person das Unternehmen an der Anhörung vertreten soll.²⁰⁹ Es kann damit keine Rede davon sein, dass kein Vertreter von Polar hätte anwesend sein können. Folglich sind die Verfahrensrechte in keiner Weise verletzt.

A.3.5.3 Stellungnahme South African

127. South African macht geltend, sie werde zu Unrecht als materielle Verfügungsadressatin im vorliegenden Verfahren qualifiziert. Gegenüber South African liege kein wettbewerbswidriges Verhalten vor beziehungsweise könne ein solches nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.²¹⁰

128. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Ausgang eines Verfahrens nicht darüber entscheidet, ob einem Rechtssubjekt Parteistellung beziehungsweise Verfügungsadressatschaft zukommt. Parteistellung hat die Person, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll und nicht bloss diejenige Person, deren Rechte oder Pflichten durch die Verfügung letztlich auch tatsächlich geregelt werden (vgl. Rz 5). Selbst wenn also South African kein wettbewerbswidriges Verhalten nachgewiesen werden könnte, wäre South African als Partei beziehungsweise materielle Verfügungsadressatin zu qualifizieren.

129. South African bringt vor, dass die Einsichtnahme in den Inhalt der Korrespondenz zwischen dem Sekretariat und der EU-Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) mit der Be-

²⁰⁴ Vgl. act. [...].

²⁰⁵ Vgl. act. [...].

²⁰⁶ Vgl. act. [...], act. [...] und act. [...].

²⁰⁷ Vgl. act. [...].

²⁰⁸ Vgl. act. [...].

²⁰⁹ Vgl. act. [...].

²¹⁰ Vgl. act. [...].

gründung verweigert worden sei, dass wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gestützt auf Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe a VwVG eine Geheimhaltung erforderlich machen würden. Soweit ersichtlich, habe dazu die von Artikel 27 Absatz 1 VwVG verlangte Interessenabwägung nie stattgefunden. Zudem sei nicht ersichtlich, wie die Handhabung und Auslegung des EU-Luftverkehrsabkommens die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen könnten. Jedenfalls sei eine solche Beeinträchtigung nicht dargelegt worden. Aus dem sich direkt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Artikel 29 Absatz 2 BV abgeleiteten Recht auf Akteneinsicht folge, dass den Parteien die diesbezügliche Korrespondenz uneingeschränkt offen zu legen sei.²¹¹

130. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 124 verwiesen werden.

131. Zudem macht South African eine Gehörsverletzung geltend, indem das Sekretariat im Antrag nicht auf die Rüge der überlangen Verfahrensdauer eingegangen sei. Die Parteien hätten daher auf allfällige Argumente der WEKO gar nicht eingehen können.²¹² Zudem habe South African zu einzelnen rechtlichen Punkten nicht Stellung nehmen können, welche South African im Vorfeld zum Antrag des Sekretariats bereits explizit aufgeworfen habe, weil diese Punkte weder vom Sekretariat beantwortet worden noch in den Antrag eingeflossen seien.²¹³

132. Dazu ist zunächst auf die Erwägungen in Randziffer 120 zu verweisen, wonach keine überlange Verfahrensdauer vorliegt. Zudem konnte South African ohne Weiteres Stellung zur Verfahrensdauer nehmen und darlegen, weshalb diese aus ihrer Sicht überlang ist.²¹⁴ Für die Beurteilung der Verfahrensdauer werden insbesondere keine Umstände berücksichtigt, welche South African nicht bekannt waren. Es besteht auch keine Pflicht für das Sekretariat, im Rahmen seines Antrages in Bezug auf alle erwähnten Kritikpunkte einzeln zu argumentieren, weshalb seine Vorgehensweise oder Beurteilung nicht zu beanstanden ist. Es ist vielmehr an den Parteien, im Rahmen ihrer Stellungnahmen das Vorgehen oder die Beurteilung des Sekretariats allenfalls zu beanstanden. Schliesslich ist auch anzumerken, dass sich eine Behörde nicht mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.²¹⁵

133. Weiter bringt South African vor, dass das Verfahren in der EU gegenüber South African eingestellt worden sei. Die EU-Behörden hätten offensichtlich keine Indizien für ein unzulässiges wettbewerbswidriges Verhalten seitens South African gefunden. Der Antrag dürfte sich über weite Strecken auf dieselben Informationen und Dokumente stützen wie sie dem Verfahren in der EU zu Grunde gelegen hätten. Deshalb sei nicht nachvollziehbar, dass die schweizerischen Behörden in ihrer Beurteilung hinsichtlich des Verhaltens von South African zu einem völlig konträren Ergebnis zu demjenigen der EU-Behörden gelangen könnten. Dies führe letztlich gegenüber South African zu einem widersprüchlichen und damit rechtlich unhaltbaren Ergebnis.²¹⁶

134. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 122 verwiesen werden.

135. South African macht weiter geltend, dass das Verfahren gegen South African infolge Verjährung einzustellen sei, soweit es nicht bereits mangels einer Tätigkeit und entspre-

²¹¹ Vgl. act. [...], act. [...].

²¹² Vgl. act. [...].

²¹³ Vgl. act. [...].

²¹⁴ Vgl. act. [...].

²¹⁵ Vgl. etwa Urteil des BGer 1C_333/2012 vom 18.3.2013, E. 3, m. w. H.

²¹⁶ Vgl. act. [...], act. [...].

chenden Umsätzen auf den relevanten Märkten einzustellen sei und das Kartellgesetz im vorliegenden Fall überhaupt zur Anwendung komme, was bestritten werde.²¹⁷

136. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 f. verwiesen werden.

137. South African macht zudem geltend, dass das Verfahren gegen South African auch infolge (über-)langer Verfahrensdauer und wegen Missachtung des Beschleunigungsgebots einzustellen sei.²¹⁸

138. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden.

A.3.5.4 Stellungnahme AMR (American)

139. American erwähnt in Bezug auf die Verfahren in anderen Jurisdiktionen, dass sowohl die EU-Kommission als auch das DoJ festgestellt hätten, dass American nicht an den untersuchten Absprachen teilgenommen habe. Es sei daher kaum plausibel, dass American jedoch an Absprachen betreffend die Schweiz teilgenommen haben soll – einem Land, von wo aus lediglich zwei beziehungsweise eine Strecke(n) bedient worden sei (eine davon sei im Jahr 2007 eingestellt worden) und wo American während des Hauptteils der relevanten Untersuchungsperiode lediglich zwei Angestellte gehabt habe.²¹⁹

140. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 122 verwiesen werden. Es spielt daher auch keine Rolle, ob die Ausführungen von American aufgrund der von anderen Parteien eingereichten Unterlagen²²⁰ zu relativieren sind. Die ausländischen Verfahren sind unabhängig ihres jeweiligen Ausgangs für das vorliegende Verfahren nicht präjudizierend.

141. Zudem bringt American vor, dass vorliegendes Verfahren das Beschleunigungsgebot verletze. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots müsse eine Milderung der Sanktion, ein Verzicht auf Strafe oder die Einstellung des Verfahrens zur Folge haben.²²¹

142. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden.

A.3.5.5 Stellungnahme United

143. United bringt vor, dass andere Jurisdiktionen das angebliche Luftfrachtkartell zwischen spezifischen Fluggesellschaften eingehend untersucht und diese Untersuchungen abgeschlossen hätten. Diese Jurisdiktionen (einschliesslich die EU, die USA, Australien, Kanada, Südafrika, Neuseeland und Südkorea) hätten im Rahmen ihrer Untersuchungen im Wesentlichen denselben Sachverhalt geprüft wie den vorliegenden. Diese Untersuchungen hätten nie den Beweis erbracht, dass United eine dieser Schuldigen gewesen sei, selbst wenn die am Kartell beteiligten Unternehmen offengelegt hätten, wer die anderen Kartellmitglieder gewesen seien.²²² Andere Jurisdiktionen, welche ein solches Luftfrachtkartell nachgewiesen hätten, hätten sich auf die Geständnisse der Kartellteilnehmer verlassen, welche die eigene Beteiligung und Schuld zugegeben und die anderen Kartellmitglieder ausdrücklich identifiziert hätten. United sei in keiner Jurisdiktion, welche das Luftfrachtkartell untersucht habe, gebüsst oder zu Strafschadenersatz verurteilt worden.²²³

144. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 122 verwiesen werden.

²¹⁷ Vgl. act. [...], act. [...].

²¹⁸ Vgl. act. [...], act. [...].

²¹⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

²²⁰ Vgl. bspw. act. [...].

²²¹ Vgl. act. [...], act. [...].

²²² Vgl. act. [...], act. [...].

²²³ Vgl. act. [...], act. [...].

145. United macht geltend, dass das Sekretariat das verfassungsmässige Recht von United auf eine Beendigung des Verfahrens binnen vernünftiger Frist im vorliegenden Fall zweifels- ohne in eklatanter Weise verletzt habe. Im Hinblick auf die Rechtsfolge einer Verletzung des Rechts einer Partei auf ein faires und öffentliches Verfahren binnen vernünftiger Frist ge- mäss Artikel 6 Absatz 1 EMRK²²⁴, das heisse unter anderem der Verpflichtung der Untersu- chungsbehörde, diese zu beenden, fordere United die Einstellung des vorliegenden Verfah- rens, soweit es gegen United gerichtet sei.²²⁵

146. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden.

147. United macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in mehrfacher Hinsicht geltend. United habe dem Sekretariat dargelegt, weshalb United nicht weiter in das vorliegende Ver- fahren involviert sein solle. Diese Eingabe habe das Sekretariat bloss zur Kenntnis genom- men und sich geweigert, auf die Anliegen von United einzugehen. Zudem seien die Verfah- rensrechte von United durch die Weigerung des Sekretariats verletzt worden, ihr bereits vor dem Erstellen eines Antrags eine Anhörung zu gewähren. Darüber hinaus habe das Sekreta- riat das rechtliche Gehör auch dahin gehend verletzt, dass es United nicht Zugang zu rele- vanten Dokumenten bezüglich seiner eigenen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts gewährt habe, ohne dabei die sich gegenüberstehenden Interessen angemessen in Erwä- gung zu ziehen und gegeneinander abgewogen zu haben.²²⁶

148. Diese Vorbringen von United sind unbegründet. Gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG kön- nen die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Diese Möglichkeit hat United wahrgenommen. Somit konnte United, anders als geltend ge- macht, das Recht wahrnehmen, zum Entscheidenantrag Stellung zu nehmen, bevor der Ent- scheid ergeht. Über die Durchführung einer Anhörung beschliesst die WEKO. Ein Anspruch auf eine Stellungnahme vor Zusendung des Antrags im Rahmen von Artikel 30 Absatz 2 KG besteht nicht. Ebenso wenig besteht ein Anspruch auf Anhörung vor dem Sekretariat im Rahmen der Erarbeitung des Antrags. Das Sekretariat hat sich an die Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes gehalten.

A.3.5.6 Stellungnahme SAS (Scandinavian)

149. Scandinavian macht geltend, dass SAS Cargo sich unabhängig von ihren Mutterge- sellschaften verhalten habe. Das Sekretariat vermöge nicht nachzuweisen, dass die Mutter- gesellschaften effektiven Einfluss auf die Entscheidungen von SAS Cargo gehabt hätten.²²⁷

150. Dazu gilt es zunächst festzuhalten, dass die Konzernzugehörigkeit von SAS Cargo zur SAS-Gruppe unbestritten ist. Zugestandenermassen wurde SAS Cargo im Jahr 2001 auch eine rechtlich eigenständige Gesellschaft innerhalb der SAS-Gruppe.²²⁸ Allerdings fokussiert SAS Cargo im Rahmen der «Core SAS»-Strategie seit dem Jahr 2009 exklusiv auf soge- nannte «belly freight»-Transporte.²²⁹ Bei diesen «belly freight»-Transporten ist SAS Cargo auf die Passagierflugzeuge von SAS angewiesen. Dadurch übt die SAS-Gruppe zumindest ab dem Jahr 2009 effektiv Kontrolle über SAS Cargo aus. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Frage der Verfügungsadressatschaft nach den Umständen im Zeitpunkt des Erlas- ses der Verfügung richtet. Es ist anzumerken, dass sich Scandinavian widersprüchlich ver-

²²⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

²²⁵ Vgl. act. [...].

²²⁶ Vgl. act. [...].

²²⁷ Vgl. act. [...].

²²⁸ <<http://www.sascargo.com/SASCargo/About/Milestones.aspx>> (5.4.2013).

²²⁹ Bei «Core SAS» handelt es sich um einen erneuerten strategischen Ansatz für die gesamte SAS- Gruppe, Service And Simplicity – SAS Group Annual Report & Sustainability Report 2008 <http://www.sasgroup.net/SASGROUP_IR/AdditionalFiles/2008en.pdf> (5.4.2013), S 8.

hält, wenn sie einerseits angibt, SAS Cargo sei unabhängig innerhalb der SAS-Gruppe und sich andererseits auf eine Allianzvereinbarung zwischen der Muttergesellschaft der SAS-Gruppe und [...] beruft.

151. Scandinavian macht geltend, dass verwaltungsrechtliche Verfahren innerhalb angemessener Zeit abgeschlossen werden müssten. Das Bundesverwaltungsgericht habe eine Verfahrensdauer von viereinhalb Jahren als sehr lang eingeschätzt. Anspruch auf eine angemessene Frist basiere auf Artikel 6 Absatz 1 EMRK und Artikel 29 Absatz 1 und 2 BV. Es sei klar, dass ein Verfahren mit Dauer von mehr als sieben Jahren wie im vorliegenden Fall bei Weitem die angemessenen Grenzen überschreite.²³⁰

152. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden.

A.3.5.7 Stellungnahme Singapore

153. Singapore macht geltend, das Verfahren sei wegen übermässig langer Verfahrensdauer einzustellen. Das Verfahren dauere bereits mehr als sieben Jahre. Zudem sei festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörde im Zeitraum vom 9. Oktober 2008 bis 29. November 2011 passiv geblieben sei und keine wesentlichen Untersuchungshandlungen vorgenommen habe. Dies entspreche einem Zeitraum von ungefähr drei Jahren während der hängigen Untersuchung, in welchem keine wesentliche Untersuchungsmassnahme durch die verantwortliche Behörde getroffen worden sei. Der vorliegende Fall weise jedenfalls keine besondere oder ungewöhnliche Komplexität der Sache im Vergleich zu anderen kartellrechtlichen Untersuchungen auf. Es gehe auch nicht um einen Leitentscheid beziehungsweise Präzedenzfall wie im Fall Publigroupe. Zudem sei auf die vergleichbare Untersuchung bei der Europäischen Kommission mit einer Dauer von rund fünf Jahren hinzuweisen.²³¹

154. Dazu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 120 verwiesen werden. Entgegen der Ansicht von Singapore geht es vorliegend insbesondere in Bezug auf das EU-Luftverkehrsabkommen sehr wohl um einen Leitentscheid. Wie weit dabei Aufwand für Sachverhaltsabklärungen notwendig war oder nicht, ist nicht entscheidend. Auch im von Singapore erwähnten Entscheid des Bundesgerichts in Sachen VSW-Richtlinien ging es nicht um komplexe Sachverhaltsabklärungen. Vielmehr ging es im Fall VSW-Richtlinien um rechtliche Fragen. Gemäss Bundesgericht war zu berücksichtigen, «dass es sich um einen Pilotfall handelte, der eine Vielzahl neuer Fragen stellte, und dass die Vorinstanz zunächst ihre Funktion als Gericht nach Art. 6 EMRK in einem Verfahren mit Strafcharakter definieren musste».²³² Schliesslich gilt es auch festzuhalten, dass nicht von der Untätigkeit einer Behörde gesprochen werden kann, nur weil in einem bestimmten Zeitraum keine Korrespondenz geführt wurde und sich entsprechend keine Aktenstücke im Aktenverzeichnis finden lassen.

155. Singapore folgert, dass Singapore über Singapore Cargo keine Kontrolle ausübe. Daher solle Singapore nicht Adressatin einer Entscheidung der Schweizer Wettbewerbsbehörden sein. Seit Juli 2001 werde das Cargo-Geschäft selbstständig durch Singapore Airlines Cargo betrieben, zuvor sei dies ein Geschäftszweig von Singapore Airlines gewesen. Gemäss den Statuten von Singapore Airlines Cargo werde deren Geschäftstätigkeit durch den Singapore Airlines Cargo Verwaltungsrat geführt. Alle Vertragsbeziehungen zwischen Singapore Airlines und Singapore Airlines Cargo bestünden unter «arms-length»-Bedingungen. Die Wettbewerbsbehörden müssten alle relevanten Fakten und Informationen, die von den betroffenen Unternehmen angeboten würden, prüfen und insbesondere nachweisen, dass Singapore Kontrolle über Singapore Cargo ausgeübt habe und in diesem Rahmen das Ver-

²³⁰ Vgl. act. [...].

²³¹ Vgl. act. [...], act. [...].

²³² Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 135 E. 11.3, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

halten von Singapore Cargo nicht unabhängig, sondern von Singapore gelenkt gewesen sei.²³³

156. Dazu gilt es zunächst festzuhalten, dass die Konzernzugehörigkeit von Singapore Cargo zur Singapore-Gruppe unbestritten ist. Zugestandenermassen wurde Singapore Cargo im Jahr 2001 auch eine rechtlich eigenständige Gesellschaft innerhalb der Singapore-Gruppe. Allerdings bezeichnet Singapore ihre Tochtergesellschaft Singapore Cargo als eine ihrer hauptsächlichen Tochtergesellschaften. Singapore Cargo operiert teilweise mit eigenen Frachtflugzeugen. Daneben bewirtschaftet Singapore Cargo auch den Frachtraum der Passagierflugzeuge von Singapore.²³⁴ Eine Koordination zwischen Singapore und Singapore Cargo ist damit notwendig. Weiter erstatten die Geschäftssegmente (Singapore Cargo ist eines davon) direkt dem Management von Singapore einen Bericht. Das Management von Singapore überprüft die Ergebnisse der einzelnen Geschäftssegmente regelmässig, um Ressourcen an die Segmente zu verteilen und um deren Leistung zu bewerten. Nach Angaben von Singapore ist davon auszugehen, dass Singapore Cargo die Konzernmuttergesellschaft quartalsmässig über die finanziellen Resultate informiert.²³⁵ Aus diesen Ausführungen folgt, dass Singapore Cargo nicht als wirtschaftlich unabhängig von Singapore anzusehen ist.²³⁶ Zudem kauft Singapore Cargo nach eigenen Angaben «belly space» nur bei Singapore ein und nicht bei anderen Luftverkehrsunternehmen.²³⁷ Daran ändert auch nichts, dass Singapore Cargo im Rahmen von Allianzen die Möglichkeit hätte, Transporte auch durch andere Luftverkehrsunternehmen durchzuführen.²³⁸ Demnach kann das Verhältnis zwischen Singapore und Singapore Cargo nicht gleich wie ein solches zwischen unabhängigen Dritten betrachtet werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Angaben von Singapore im Verfahren der EU-Kommission Singapore auch Partei sei, dies als Muttergesellschaft von Singapore Cargo. Dabei würde im Verfahren der EU-Kommission Singapore Cargo als die Akteurin bezeichnet und Singapore unter dem Titel «parent liability», also Haftung der Muttergesellschaft, in das Verfahren miteinbezogen.²³⁹ Im vorliegenden Verfahren verhält es sich somit ähnlich.

157. Singapore macht sodann geltend, sie wisse gar nicht, mit welcher Begründung überhaupt Singapore [Konzernmuttergesellschaft] in das Verfahren einbezogen worden sei.²⁴⁰

158. Entgegen dieser Behauptung von Singapore führt der Antrag des Sekretariats aus, dass gemäss Rechtsprechung in Sachen Publigroupe²⁴¹ bei Konzernverhältnissen die Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin erfasst werden (vgl. Abschnitt A.2.1).

A.3.5.8 Stellungnahme [...]

159. [...] kritisiert, dass im vorliegenden Fall die Aktenstücke Nr. 84, 99, 102, 219, 227 und 246 entfernt beziehungsweise teilweise abgedeckt worden seien. Die WEKO habe jedoch die Voraussetzungen von Artikel 36 BV nicht rechtsgenügend dargelegt – insbesondere die

²³³ Vgl. act. [...], act. [...].

²³⁴ Vgl. Singapore Airlines - Our Subsidiaries, <http://www.singaporeair.com/en_UK/about-us/sia-history/sia-subsiadiaries/> (4.6.2013).

²³⁵ Vgl. act. [...].

²³⁶ Vgl. Jahresbericht «Singapore Airlines – Annual Report 2011/2012» <http://www.singaporeair.com/jsp/cms/en_UK/global_header/annualreport.jsp> (4.6.2013), S 119.

²³⁷ Vgl. act. [...].

²³⁸ Vgl. act. [...].

²³⁹ Vgl. act. [...].

²⁴⁰ Vgl. act. [...].

²⁴¹ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 114 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Verhältnismässigkeit der Entfernung –, weshalb eine rechtmässige Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nicht auszumachen sei.²⁴²

160. In Bezug auf die Aktenstücke Nr. 84, 102, 227 und 246 hat das Sekretariat die Einschränkung der Akteneinsicht in der Verfügung vom 20. August 2012 ausführlich dargelegt.²⁴³ Für die Begründung kann darauf verwiesen werden. Betreffend die Aktenstücke Nr. 99 und 219 ist festzustellen, dass sich die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts bezüglich der fraglichen Schreiben des Integrationsbüros EDA/EVD auch auf Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe a VwVG stützt. Die Offenlegung der fraglichen Passagen würde die nicht öffentlichen Verhandlungen der bilateralen Verträge zwischen der Eidgenossenschaft und der EU offenbaren. Es ist im öffentlichen Interesse der Eidgenossenschaft, dass diese Information geheim bleibt. Somit fand eine Prüfung der Verhältnismässigkeit statt, wie sie die Bundesverfassung vorsieht.

A.3.5.9 Stellungnahme [...]

161. [...] macht geltend, dass die Vorwürfe gegenüber [...] verjährt seien. Sanktionen gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG hätten Strafcharakter. Die Verjährungsbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht²⁴⁴ würden daher sinngemäss gelten. Für Verstösse gegen Artikel 5 Absatz 3 KG gelte somit eine Verfolgungsverjährungsfrist von längstens vier (wenn Art. 11 VStrR i. V. m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB angewendet werde) oder eine Verfolgungsverjährungsfrist von drei Jahren (wenn Art. 109 StGB angewendet werde). Ohne analoge Anwendung dieser Vorschriften wären Verstösse gegen Artikel 5 Absatz 3 KG unverjährbar. Unverjährbare Straftaten gäbe es im schweizerischen Recht grundsätzlich nicht.²⁴⁵

162. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 f. verwiesen werden.

163. Weiter macht [...] einen Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot geltend. Die Gesamtdauer sei als überlang zu bezeichnen. Zudem sei das Verfahren offensichtlich verschleppt worden.²⁴⁶

164. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 120 und 154 verwiesen werden.

A.3.5.10 Stellungnahme [...]

165. [...] macht geltend, das Verfahren sei gemäss Artikel 11 Absatz 1 VStrR in Verbindung mit Artikel 333 Absatz 5 Buchstabe b aStGB seit mindestens Februar 2010 verjährt. Das Kartellgesetz und die KG-Sanktionsverordnung enthielten keine Bestimmungen zur Verjährung in Bezug auf Sanktionen gemäss Artikel 49a KG. Auch das EU-Luftverkehrsabkommen schweige sich über die Frist für eine Sanktionierung aus. Weil Artikel 49a KG strafrechtlichen Charakter aufweise, gelangten die Bestimmungen des schweizerischen Strafrechts zur Anwendung. Demzufolge sei die Verjährung spätestens im Februar 2010 eingetreten.²⁴⁷ Zusätzlich würde die europäische Rechtsprechung²⁴⁸ bestätigen, dass die Verjährungsfrage in den Bereichen Transport und Wettbewerb Gegenstand einer vollständigen und detaillierten

²⁴² Vgl. act. [...].

²⁴³ Vgl. Rz 124.

²⁴⁴ Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

²⁴⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁴⁶ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁴⁷ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁴⁸ Urteil des EuG vom 27.06.2012 T-372/10 *Bolloré/Kommission*, Slg. 2012 0000 Rz 116 m. w. H. (beim EuGH anhängig); Urteil des EGMR Coëme und andere gegen Belgien vom 22.6.2000.

Regelung sein müsse, um die Einhaltung der grundlegenden Anforderung der Rechtssicherheit zu garantieren.²⁴⁹

166. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 113 und 117 f. verwiesen werden. In Bezug auf die geltend gemachte europäische Regelung ist anzufügen, dass diese für die Schweiz nicht anwendbar ist. Aus der geltend gemachten europäischen Rechtsprechung lässt sich auch keine Pflicht für die schweizerischen Wettbewerbsbehörden ableiten, eine Regelung der Verjährungsfrage aufzustellen. Zudem ist anzumerken, dass Artikel 25 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L1 vom 4.1.2003 (nachfolgend: VO 1/2003) eine relative Verjährungsfrist von fünf Jahren und eine absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren statuiert.

167. Weiter macht [...] geltend, dass die Verfahrenseröffnung gegenüber [...] gegen Artikel 29 Absatz 2 BV verstosse. Aus dem Gehörsanspruch in Artikel 29 Absatz 2 BV fliesse die Pflicht für die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung. Die WEKO habe die Verfahrenseröffnung gegenüber [...] nicht begründet.²⁵⁰

168. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Antrag die Begründung der Verfahrenseröffnung gegen [...] ausführt (vgl. Rz 6 f.). Daraus geht klar hervor, dass Konzerne als Ganzes erfasst werden, auch wenn das Verhalten nicht von der Konzernmutter ausgeübt wurde. Bei [...] handelt es sich um einen Konzern.

169. Zudem macht [...] geltend, dass [...] zusammen mit [...] und mit [...] nicht ein einziges Unternehmen gemäss Artikel 2 KG bilde. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Publigroupe würde ein Konzern nur dann als ein einziges Unternehmen gemäss Artikel 2 KG qualifiziert, wenn die Konzernmutter die Tochtergesellschaften kontrollieren könne und effektiv auch kontrolliere. Dabei hätte die WEKO zu beweisen, dass die fraglichen Tochtergesellschaften über gar keine Handelsfreiheit gegenüber ihrer Muttergesellschaft auf dem Markt verfügen würden.²⁵¹ Im europäischen Gerichtsverfahren sei die Verfügungsadressatschaft der Konzernmutter [...] ebenfalls Streitgegenstand. Diese Frage sei noch nicht entschieden.²⁵²

170. Dazu gilt es zunächst festzuhalten, dass die Konzernzugehörigkeit von [...] und [...] zu [...] unbestritten ist. Dabei folgt das Kartellgesetz einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: 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.²⁵³ Entgegen der Ansicht von [...] ist dafür nicht der Beweis nötig, dass gar keine Handlungsfreiheit der Tochtergesellschaft besteht. [...] erfasst ihre zwei operativen Tochtergesellschaften [...] und [...] in ihrer konsolidierten Jahresrechnung. Dabei führt der Jahresfinanzbericht aus: «[...]»²⁵⁴ Aufgrund der Konsolidierung geht [...] selber von einer Ausübung der Kontrolle über [...] und [...] aus. Dies deckt sich mit der Festlegung eines gruppenweiten Strategierahmens durch den

²⁴⁹ Vgl. act. [...].

²⁵⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁵¹ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁵² Vgl. act. [...].

²⁵³ 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 BVerfG, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²⁵⁴ [...]

Vorstand («Board of Directors») von [...].²⁵⁵ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass [...] die Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG in ihrem Namen und im Namen ihrer Tochtergesellschaften [...] und [...] eingereicht hat.²⁵⁶ Dabei verlangt Artikel 49a Absatz 2 KG, dass «das Unternehmen» die Selbstanzeige einreicht.

171. Überdies könnte [...] nicht für Verhaltensweisen verantwortlich gemacht werden, welche vor dem Zusammenschluss von [...] und [...] erfolgt seien. In diesem Zusammenhang verweist [...] auf einen Entscheid des Europäischen Gerichtshofes (nachfolgend: EuGH) vom 16. November 2000.²⁵⁷ Gemäss diesem Entscheid könne eine Muttergesellschaft für Verhaltensweisen ihrer Tochtergesellschaften vor deren Übernahme nicht verantwortlich erklärt werden.²⁵⁸

172. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Unternehmen [...] und [...] im Zug des Zusammenschlusses vollständig im Unternehmen [...] aufgegangen sind. Entsprechend bestehen [...] und [...] nicht mehr als eigenständige Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG. Demzufolge ist auch die kartellrechtliche Verantwortlichkeit der früheren Unternehmen [...] und [...] durch den Zusammenschluss auf [...] übergegangen. Die zitierte Rechtsprechung des EuGH kann vorliegend nicht herangezogen werden, da diese nicht in Anwendung von Artikel 2 KG erfolgt ist.

173. [...] macht sodann geltend, die Führung eines Verfahrens gegen [...] verletze das Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit und der individuellen Strafzumessung. Diese Prinzipien seien entsprechend der europäischen Rechtsprechung (der Antrag beziehe sich mehrmals darauf) und aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Sanktion gemäss Kartellgesetz zu befolgen.²⁵⁹

174. Dem ist entgegenzustellen, dass sich der Antrag mehrmals auf die europäische Rechtsprechung bezieht. Aber diese Bezugnahme erfolgt einzig im Rahmen der Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens. Soweit es um die Anwendung von Artikel 2 und 49a KG geht, nimmt der Antrag keinen Bezug auf die europäische Rechtsprechung. Im Übrigen befolgt der Antrag die von [...] genannten Prinzipien: Die Sanktion erfolgt für jedes Unternehmen individuell (vgl. Rz 1721 und Rz 1735 f.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Sanktion gemäss Artikel 49a KG einem Unternehmen aufzuerlegen ist und nicht jedem Verfügungsadressaten einzeln. Daran ändert nichts, dass je nach den Umständen Unternehmen und Unternehmensträger auseinanderfallen (vgl. Rz 7).

175. [...] macht auch geltend, dass das Recht auf Information über die ihr gegenüber gemachten Vorhalte in einer ihr verständlichen Sprache verletzt sei, weil der Antrag nur in deutscher Sprache übermittelt worden sei. Damit sei auch das Prinzip der Waffengleichheit im Verfahren verletzt. Dazu beruft sich [...] auf die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung, der Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2). Bei [...] handle es sich um Gesellschaften ausländischen Rechts, welche die deutsche Sprache nicht anwendeten. [...] seien der deutschen Sprache nicht mächtig, insbesondere nicht über das genügende Niveau in Bezug auf die Eigenschaften des vorliegenden Verfahrens. Zudem sei sich die WEKO der Notwendigkeit eines sprachlichen Beistands (in Französisch) bewusst. Seit Beginn sei die Korrespondenz mit [...] immer auf Französisch geführt worden. Die WEKO habe mit anderen Parteien und Behörden in mehreren Sprachen kommuniziert (Deutsch, Französisch, Englisch). [...] habe vor dem Versand des Antrags keine Hinweise auf die ihr gegen-

²⁵⁵ [...]

²⁵⁶ Vgl. [...].

²⁵⁷ Urteil des EuGH vom 16.11.2000 C-279/98 P *Kommission/Cascades SA*, Slg. 2000 I-09693, Rz 79.

²⁵⁸ Vgl. act. [...].

²⁵⁹ Vgl. act. [...].

über gemachten Vorwürfe gehabt. Es sei inakzeptabel, dass die WEKO eine sprachliche Benachteiligung ausgerechnet mit dem Versand des Antrages eingeführt habe.²⁶⁰

176. Dazu ist zunächst in Erwägung zu ziehen, dass sich hinsichtlich der Verfahrenssprache dem Kartellgesetz keine Regelungen entnehmen lassen, weshalb die Bestimmungen von Artikel 33a VwVG zur Anwendung gelangen. Gemäss Artikel 33a Absatz 1 VwVG wird das Verfahren «in einer der vier Amtssprachen geführt, in der Regel in der Sprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden». Eine Bundesbehörde trifft die Sprachwahl in jedem Einzelfall zwingend und für alle verbindlich.²⁶¹ Die Behörde entscheidet (meist stillschweigend) sinnvollerweise um der Effizienz und Rechtssicherheit willen einheitlich für das ganze Verfahren.²⁶² Reichen mehrere Parteien zeitgleich sprachlich unterschiedliche Begehren ein, liegt es nahe, sich für die Sprache zu entscheiden, die am wenigsten Aufwand, Kosten und Verzögerung verursacht sowie am meisten Verständlichkeit sichert. Beginnt das Verfahren von Amtes wegen, ohne private Begehren, trifft dasselbe zu.²⁶³ Im vorliegenden Fall entschied das Sekretariat auf Deutsch als Verfahrenssprache. Dies erfolgte stillschweigend, indem bereits das Eröffnungsschreiben vom 13. Februar 2006 in deutscher Sprache abgefasst wurde. Dabei ist einzuräumen, dass [...] eine französischsprachige Übersetzung des Eröffnungsschreibens erhalten hat. [...] wurde demgegenüber die deutsche Originalversion zugestellt. Als ausschlaggebend für die Sprachwahl kann einerseits die Sprache der ersten Selbstanzeige angesehen werden. Zudem führt andererseits eine (klare) Mehrheit der Parteien ihre Korrespondenz in deutscher Sprache.

177. Zu den von [...] geltend gemachten Verletzungen der Verfahrensgarantien gemäss Bundesverfassung, Menschenrechtskonvention und UNO-Pakt II ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das kartellrechtliche Sanktionsverfahren im Sinne von Artikel 49a KG gemäss Bundesgericht strafrechtlichen beziehungsweise «strafrechtsähnlichen» Charakter hat.²⁶⁴ Es ist aber unbestrittenermassen kein Strafverfahren im Sinne der Strafprozessordnung²⁶⁵. Die strafrechtlichen Verfahrensgarantien sind demnach zwar grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist jedoch bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.²⁶⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat weit weniger Verfahrensmittel, insbesondere Zwangsmassnahmen, zur Verfügung hat, als dies bei einer «eigentlichen» Strafverfolgungsbehörde wie einer Staatsanwaltschaft der Fall ist. Es besteht mithin viel weniger Ausgleichsbedarf im Sinne der Herstellung der Waffengleichheit zwischen Ankläger und Beschuldigtem als dies in einem Strafprozess der Fall wäre. Die Tragweite der von [...] vorgebrachten Garantien betreffend die Verfahrenssprache braucht indes vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden. Selbst wenn diese vollumfänglich Anwendung in Kartellrechtsverfahren finden würden, verfangen die Vorbringen von [...] nicht: Im vorliegenden Zusammenhang interessieren insbesondere Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe a EMRK und Artikel 14 Ziffer 3 Buchstabe a UNO-Pakt II. Danach hat die angeklagte Person das Recht, «in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden». Ein Recht auf Übersetzung der gesamten Gerichtsakte besteht dagegen nicht. Selbst die schriftliche Übersetzung der Anklageschrift kann entbehrlich sein, wenn der Angeklagte aufgrund vorangehender Vernehmungen hinreichend über die ihm zur Last gelegten

²⁶⁰ Vgl. act. [...].

²⁶¹ Vgl. THOMAS PFISTERER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, (nachfolgend: Kommentar VwVG), Art. 33a VwVG N 6.

²⁶² Vgl. PFISTERER (Fn 261), in: Kommentar VwVG, Art. 33a VwVG N 10; vgl. dazu analog für den Bundesstrafprozess Urteil des Bundesgerichts 6B_108/2010 vom 22. Februar 2011, E. 5.4.3.

²⁶³ Vgl. PFISTERER (Fn 261), in: Kommentar VwVG, Art. 33a VwVG N 10.

²⁶⁴ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

²⁶⁵ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

²⁶⁶ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

Tatbestände informiert wurde und sich aus seinem Verteidigungsvorbringen ergibt, dass er den Inhalt der Anklage verstanden hat.²⁶⁷

178. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass [...] selber am 8. Mai 2007 eine Selbstanzeige eingereicht hat. Es kann mithin nicht gesagt werden, dass [...] nicht wüsste, was Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Zudem ist in Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe a EMRK und Artikel 14 Ziffer 3 Buchstabe a UNO-Pakt II nur von einer «verständlichen Sprache» die Rede. Dabei ist keineswegs abwegig anzunehmen, dass dem [...]Konzern auch die deutsche Sprache verständlich ist. Zwar dürfte insbesondere [...] eher als [...] qualifiziert werden – soweit eine juristische Person überhaupt einer bestimmten Sprache mächtig sein kann. Bezüglich [...] erfolgte die Kommunikation im vorliegenden Verfahren jedoch zumindest teilweise in deutscher Sprache, ohne dass seitens [...] der Einwand erhoben worden wäre, sie sei als Partei dieser Sprache nicht mächtig. Es ist somit davon auszugehen, dass Deutsch eine für [...] verständliche Sprache im Sinne der genannten Verfahrensgarantien ist. Immerhin unterhält [...] auch deutschsprachige Internetseiten.²⁶⁸

179. [...] macht weiter geltend, durch die Weigerung der Übersetzung der gegen [...] erhobenen Vorwürfe, die Nichtgewährung der unentgeltlichen sprachlichen Unterstützung sowie der Funktionenkumulation der WEKO sei das Recht von [...] auf ein faires Verfahren sowie das Prinzip der Waffengleichheit verletzt. Zudem sei der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Die der deutschen Sprache mächtigen Parteien seien im Vorteil, da sie den Antrag unmittelbar und vollständig verstehen könnten. Diese könnten sich auch entsprechend besser verteidigen.²⁶⁹

180. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass entsprechend dem zuvor Ausgeführten (Rz 176 ff.) kein Anspruch auf Übersetzung besteht. Die Nichtübersetzung beziehungsweise die Nichtgewährung der unentgeltlichen sprachlichen Unterstützung stellen demnach auch keinen Verstoss gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren oder das Prinzip der Waffengleichheit dar. Zudem ist anzumerken, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 5. Dezember 2012²⁷⁰ festgehalten hat, es sei [...] als einem der weltweit führenden Lufttransportunternehmen unbenommen, den Antrag selber zu übersetzen («dans ces circonstances, les frais de traduction de la proposition du secrétariat ne sauraient constituer un dommage d'un poids tel que les recourantes seraient empêchées de faire valoir leur droit»). Zur beanstandeten Funktionenkumulation ist festzuhalten, dass die Behördenorganisation im schweizerischen Kartellrechtsverfahren den verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien insgesamt gerecht wird.²⁷¹

181. Zur Frage der Gleichbehandlung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die gesetzlich vorgesehene Wahl einer Verfahrenssprache (Art. 33a VwVG) bei verschiedensprachigen Parteien immer zu einer gewissen Ungleichbehandlung führt. Dies ist allerdings keine Eigenart des Verwaltungsverfahrens sondern auch in der Strafprozessordnung²⁷² und der Zivilprozessordnung²⁷³ vorgesehen. Soweit in der Festlegung einer einheitlichen Verfahrenssprache überhaupt eine rechtsungleiche Behandlung der Parteien im Sinne von Artikel 8 BV gesehen werden kann, wären die Voraussetzungen für eine Einschränkung dieses Grundrechts gemäss Artikel 36 BV ohne Weiteres gegeben. Abgesehen davon ist gar kein relevanter Nach-

²⁶⁷ Vgl. JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 3. Auflage 2009, (nachfolgend: EMRK-Kommentar), 255 N 284.

²⁶⁸ [...]

²⁶⁹ Vgl. act. [...].

²⁷⁰ Vgl. act. [...].

²⁷¹ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 119 ff. E. 4, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁷² Art. 67 StPO.

²⁷³ Art. 129 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

teil ersichtlich, wenn etwa [...] den Antrag schneller und einfacher versteht als [...], zumal die Parteien im vorliegenden Verfahren nicht in einem kontradiktorischen Verhältnis stehen.

182. [...] macht weiter geltend, ihr Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist gemäss Artikel 29 Absatz 1 BV, Artikel 6 Ziffer 1 EMRK und Artikel 14 Ziffer 3 Buchstabe c UNO-Pakt II sei bei einer Verfahrensdauer von mehr als siebeneinhalb Jahren verletzt. Zudem sei das Sekretariat dabei während einer Zeitspanne von 25½ Monaten (17. Dezember 2008 bis 2. Februar 2011) vollständig untätig geblieben. Auch sei die Verfahrensdauer nicht mit der Komplexität des Falles begründet. Die Verfahrensdauer als Ganzes sowie die lange Untätigkeit seien nicht zu rechtfertigen und müssten zu einem Verzicht auf eine Sanktion oder zumindest zu einer erheblichen Sanktionsreduktion führen.²⁷⁴

183. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 120 und 154 verwiesen werden.

184. [...] bringt sodann vor, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei durch die verweigerte Einsichtnahme in die Aktenstücke Nr. 84, 102, 227 und 246 verletzt worden.²⁷⁵

185. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 124 verwiesen werden.

A.4 Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts

A.4.1 Vorbemerkungen

186. Die Wettbewerbsbehörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedienen sich nötigenfalls folgender Beweismittel: a. Urkunden; b. Auskünfte der Parteien; c. Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen; d. Augenschein; e. Gutachten von Sachverständigen (Art. 39 KG i. V. m. Art. 12 VwVG). Die Wettbewerbsbehörden würdigen dabei die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP²⁷⁶). Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.²⁷⁷

187. Nach Praxis der WEKO und der Lehre ist auch die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien gegeben.²⁷⁸ Dabei kann auf die im Strafrecht entwickelte Rechtsprechung verwiesen werden, wonach auch indirekte, mittelbare Beweise, sogenannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird geschlossen, dass eine nicht direkt bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig. Da ein Indiz jedoch immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Schluss auf eine andere Tatsache zulässt, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel. Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine be-

²⁷⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁷⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

²⁷⁶ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

²⁷⁷ Vgl. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 12 VwVG N 17; BSK KG- ZIRLICK/ TAGMANN (Fn 4), Art. 30 KG N 99; BSK KG-BILGER (Fn 4), Art. 39 KG N 62.

²⁷⁸ Vgl. RPW 2012/2, 385 Rz 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

stimmte Tatsache hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis zu schliessen.²⁷⁹

188. Als Beweismittel zur Ermittlung des Sachverhalts gemäss Artikel 12 VwVG in Verbindung mit Artikel 39 KG gelten wie erwähnt unter anderen Auskünfte von Parteien. Bei der Beschuldigung durch eine Selbstanzeigerin handelt es sich um die Auskunft einer Partei über das Zustandekommen einer Vereinbarung. Diese Beschuldigung kann bestritten werden, was aber nichts daran ändert, dass ein Beweismittel über eine direkt zu beweisende Tatsache (d. h. die Vereinbarung) vorliegt. Eine andere Frage ist, ob diesem Beweismittel Glauben zu schenken ist beziehungsweise genügend Beweiskraft zukommt. Dabei handelt es sich aber um eine Frage zum Beweismass und zur Beweiswürdigung. Mit den Selbstanzeigen liegen direkte Beweismittel über Vereinbarungen und somit über Absprachen vor. Die Aussagen aus den Selbstanzeigen sind glaubwürdig: Sie können mit beschlagnahmten oder eingereichten Dokumenten (insbesondere E-Mails und Protokolle) untermauert werden. Es liegen keine Indizien vor, wonach die Selbstanzeigen darauf abzielen, Konkurrenten zu Unrecht zu bezichtigen, um vom Bonusprogramm profitieren zu können. Daher bestehen keine Gründe, wonach die im Rahmen der Selbstanzeigen gemachten Aussagen in Zweifel zu ziehen wären.

189. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes: Grundsätzlich ist in ordentlichen Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist, wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist.²⁸⁰

190. Hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass jedoch herabgesetzt und es muss nur, aber immerhin, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben sein: In seinem Entscheid vom 29. Juni 2012 führt das Bundesgericht aus²⁸¹, es sei nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig sei. So sei etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit seien kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürften mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen. Der kartellrechtliche Sanktionstatbestand unterscheide sich insoweit nicht von komplexen Wirtschaftsdelikten des ordentlichen Strafrechts.

²⁷⁹ Vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4.8.2009, E. 2.3.

²⁸⁰ Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 278), 118 m. w. H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m. w. H.

²⁸¹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

A.4.2 Beschreibung Luftfrachtdienstleistungen

191. Heute wird per Luftfracht annähernd das ganze Spektrum der Waren des modernen Welthandels wie beispielsweise Maschinen, Textilien oder Gemüse befördert.²⁸² Die Cargo-Märkte werden grundsätzlich von zwei grossen Anbietergruppen geprägt: Luftverkehrsunternehmen im Verbund mit den Luftfrachtspeditionen und integrierte Systemanbieter (auch als Integratoren bezeichnet).²⁸³ Die erste Anbietergruppe stellt das klassische Modell der Transportwirtschaft dar: Speditionen und Luftverkehrsunternehmen arbeiten zusammen.²⁸⁴ In diesem Fall wendet sich die verladende Wirtschaft oder kurz der Verlader für den Versand der Ware an eine Spedition. Die Spedition übernimmt für den Verlader die Abwicklung und Organisation des Transportes. Für den eigentlichen Transport der Ware kann die Spedition ein anderes Unternehmen beauftragen. Dieses Unternehmen wird als Frachtführer bezeichnet. Frachtführer können Lkw-Unternehmen, Reedereien, Eisenbahnverkehrsunternehmen oder Luftverkehrsunternehmen sein. Teilweise verfügen die Speditionen auch über eigene Transportmittel, um den Transport teilweise oder ganz selbst durchzuführen.

192. Demgegenüber bieten die integrierten Unternehmen alle Logistik- und Transportdienstleistungen aus einer Hand an. Weil die integrierten Unternehmen die Ware beim Kunden abholen und sie auch selbst dem Empfänger zustellen, wird auch von einem «door-to-door-service» gesprochen. Alle Elemente der Transportkette führt das integrierte Unternehmen in Eigenregie durch. Beispiele für diese Unternehmen sind DHL, UPS, TNT oder FedEx. Dementsprechend verfügen die integrierten Unternehmen über eigene Frachtflugzeuge.

193. Es können grundsätzlich vier verschiedene Typen von Luftfrachtunternehmen unterschieden werden. Einen ersten Typ stellen die Unternehmen dar, die Luftfracht als eigenständiges Geschäft betreiben. Diese Luftverkehrsunternehmen betreiben zu diesem Zweck auch Nur-Frachter. Beim zweiten Typ handelt es sich um die sogenannten «belly-carrier» (auch gemischte oder kombinierte Luftverkehrsunternehmen genannt). Für belly-carrier besteht das Hauptgeschäft in der Passagierbeförderung. Meistens sind die Kosten der belly-carrier bereits durch den Passagiertransport gedeckt. Die zusätzliche Beförderung von Fracht stellt ein interessantes Zusatzgeschäft dar. Allerdings verfügen belly-carrier über begrenzte Frachtkapazitäten und es gibt Beförderungsbeschränkungen wie zum Beispiel beim Transport von Gefahrgut. Den dritten Typ stellen Luftfrachtunternehmen dar, welche die Frachtbeförderung mit reinen Frachtflugzeugen bewerkstelligen und als belly-carrier kombinieren. Dem vierten Typ sind die integrierten Unternehmen zuzuordnen.

194. Die meisten Luftfrachtunternehmen bieten mehrere Dienstleistungen wie Stückguttransporte («general cargo»), Eilbeförderung («express cargo») oder Kühltransporte an.²⁸⁵

195. Luftfrachtdienstleistungen werden für Strecken von einem Flughafen (Ausgangsflughafen) zu einem anderen Flughafen (Zielflughafen) angeboten.²⁸⁶ Für diese Strecken wird jeweils ein einziger Luftfrachtbrief («airwaybill») ausgestellt. Im Luftfrachtbrief sind Ausgangs- und Bestimmungsort aufgeführt.²⁸⁷ Selbst wenn ein Transport aus mehreren Strecken besteht und Teilstrecken auf dem Landweg zurückgelegt werden, wird nur ein einziger Luftfrachtbrief ausgestellt. Grundsätzlich führen die Luftverkehrsunternehmen Transporte von einem Ausgangsflughafen zu einem Bestimmungsflughafen durch. In gewissen Fällen führen die Luftverkehrsunternehmen den Transport oder Teile davon mit anderen Mitteln durch. So

²⁸² Vgl. FRANK LITTEK, Luftfracht, 2006, (zit. LITTEK, Luftfracht), 8 ff.; act. [...].

²⁸³ Vgl. LITTEK (Fn 282), Luftfracht, 9 ff.; act. [...]; act. [...].

²⁸⁴ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

²⁸⁵ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

²⁸⁶ Vgl. act. [...].

²⁸⁷ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

erbringen die Luftverkehrsunternehmen Transporte auf dem Landweg, beispielsweise bei kurzen Strecken oder bei einer Teilstrecke für den Transfer von einem Flughafen zu einem anderen.

196. Aufgrund der punktuellen Infrastruktur der Luftfahrt umfasst die Transportkette in den allermeisten Fällen mehrere Etappen. Der eigentliche Lufttransport wird durch vor- und rückwärtige Transportwege ergänzt (Vor- und Nachläufe zu beziehungsweise ab Flugplätzen, meist Strassentransport). Unabhängig von der tatsächlichen Transportart, werden unter Luftfracht alle als solche deklarierten Güter zusammengefasst.²⁸⁸ So wird bei Transporten mit mehreren Strecken ein einziger Luftfrachtbrief²⁸⁹ ausgestellt, der Ausgangs- und Bestimmungsort enthält.²⁹⁰ Dabei erhält jede Teilstrecke eine eigene Flugnummer, selbst wenn es sich um eine Teilstrecke auf dem Landweg handelt.

197. Für die verschiedenen Dienstleistungen an verschiedene Bestimmungsorte berechnen die Luftverkehrsunternehmen ihren Kunden Frachtraten auf einer pro-Kilogramm-Basis.²⁹¹ Die pro-Kilogramm-Basis richtet sich nach dem tatsächlichen Gewicht («actual weight») oder dem anzurechnenden Gewicht («chargeable weight») gemäss einer Formel, welche das Volumen von Fracht mit geringer Dichte berücksichtigt. Diese Raten werden üblicherweise mit den Speditionen für eine Verkehrssaison von sechs Monaten oder auf einer ad hoc-Basis ausgehandelt. Nur in Ausnahmefällen verhandeln die Luftfrachtunternehmen die Frachtraten direkt mit der verladenden Wirtschaft.

198. Die Preisbildung weist eine beträchtliche Komplexität auf.²⁹² Typischerweise verfügen die lokalen Verkaufsorganisationen über einen gewissen Grad an Flexibilität für die Aushandlung von Frachtraten in Abhängigkeit von angebotenen und nachgefragten Mengen.²⁹³ Gemäss [...] bestand diese Flexibilität beispielsweise bei der Auswahl des Wechselkurses.²⁹⁴ So sei einmal der IATA-Wechselkurs zur Anwendung gelangt, ein anderes Mal der Tageskurs. Zusätzlich zu den verhandelten Raten verrechnen die Luftfrachtunternehmen verschiedene Zuschläge, um ihre Kosten für Treibstoff oder zusätzliche Sicherheitsmassnahmen zu decken.

199. Alleine könne kein Luftverkehrsunternehmen alle wichtigen Frachtdestinationen der Welt mit ihrem eigenen Netzwerk und genügenden Frequenzen erreichen.²⁹⁵ Deshalb seien Abkommen zwischen einzelnen Luftverkehrsunternehmen üblich, um die Netzwerkabdeckung oder den Flugplan zu verbessern. Diese Abkommen können verschiedene Formen annehmen: als einfache Vereinbarungen über Kapazitätskäufe oder verschiedene Grade von Kosten- und Ertragsteilvereinbarungen. Innerhalb der Industrie werden solche Abkommen oft als «joint ventures» bezeichnet, dies selbst dann, wenn es sich tatsächlich nur um Vereinbarungen über Kapazitätskäufe handelt.²⁹⁶

²⁸⁸ BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2011, 98 Ziff. 5.1, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (17.7.2011).

²⁸⁹ Vgl. Der Luftfrachtbrief oder «air waybill» ist das Beförderungspapier im Luftverkehr (HANS-HELMUT GRANDJOT, Leitfaden Luftfracht – Ein Lehr- und Handbuch, 2. Auflage 2002, (zit. GRANDJOT, Leitfaden Luftfracht), 140 Ziff. 7.3.1).

²⁹⁰ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

²⁹¹ Vgl. act. [...].

²⁹² Vgl. act. [...]; RIGAS DOGANIS, Flying Off Course – Airline Economics and Marketing, 2010, (zit. DOGANIS, Flying Off Course), 309 ff.; GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 154 ff.

²⁹³ Vgl. act. [...]; act. [...].

²⁹⁴ Vgl. act. [...].

²⁹⁵ Vgl. act. [...]; act. [...].

²⁹⁶ Vgl. act. [...].

200. Zudem bilden Luftverkehrsunternehmen multilaterale Allianzen. Die Allianz ist eine Form der Kooperation.²⁹⁷ Allianzen zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich mit langfristigen und vor allem grösseren Vorhaben beschäftigen, und dass sie von gewichtigen international tätigen Unternehmen geschlossen werden. Die grössten Luftfrachtallianzen sind WOW und SkyTeam. Der Kern von Allianzen ist meistens das Code-Sharing. Dabei werden nicht nur einzelne Strecken der Kooperationspartner aufeinander abgestimmt, vielmehr werden die gesamten Streckennetze der einzelnen Partner miteinander verknüpft und optimiert.²⁹⁸

201. [...]

202. Luftverkehrsunternehmen können in einem Land für die Abwicklung ihrer Luftfracht-tätigkeiten selbständig tätig sein oder über einen Generalverkaufsagenten. Der Agent ist eine vom Luftfrachtführer bevollmächtigte Person oder ein bevollmächtigtes Unternehmen, um alle bei der Eingangs- und Ausgangsabfertigung der Flugzeuge und im Zusammenhang mit deren Passagieren, Ladungen oder Besatzung anfallenden Formalitäten zu erledigen.²⁹⁹ Beim Frachtführer handelt es sich um das Unternehmen, das den eigentlichen Transport einer Ware durchführt.³⁰⁰ Wird ein Transport von einem Verloader in Auftrag gegeben, organisiert ihn in der Regel eine Spedition. Diese beauftragt verschiedene Frachtführer mit der Durchführung des Auftrags.

203. Tabelle 3 enthält die Luftverkehrsunternehmen, die angeben, dass sie in der Schweiz über Generalverkaufsagenten tätig sind.

Tabelle 3: Luftverkehrsunternehmen mit Tätigkeit in der Schweiz über Generalverkaufsagent

[...]

204. [...]

Tabelle 4: [...]

[...]

205. [...]

206. [...]

A.4.3 Wesentliche Methoden und Struktur der Kontakte

207. Aufgrund der im Rahmen der Selbstanzeigen gemachten Angaben kann festgestellt werden, dass verschiedene Unternehmen spätestens ab dem Jahr 2000 bis ins Jahr 2006 Gespräche geführt und Kontakte unterhalten haben, die verschiedene Zuschläge für Lufttransportdienstleistungen betreffen.³⁰¹ Gewisse Kontakte fanden bereits im Jahr 1999 statt.³⁰² Einzelne Selbstanzeigerinnen gaben zudem an, dass die Kontakte vereinzelt bis anfangs 2006 andauerten.³⁰³ Entsprechend den vorliegenden Beweismitteln, insbesondere den Angaben der Selbstanzeigerinnen, kann es als erwiesen angesehen werden, dass alle am

²⁹⁷ Vgl. GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 109; act. [...].

²⁹⁸ Vgl. GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 112 f.; das Code Sharing ist ein Marketingabkommen, welches einer Fluglinie gestattet, Flüge unter eigener Flugnummer (Code) zu verkaufen, obwohl der Flug ganz oder teilweise von einer anderen Fluglinie durchgeführt wird.

²⁹⁹ Vgl. LITTEK (Fn 282), Luftfracht, 167; DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 121.

³⁰⁰ Vgl. LITTEK (Fn 282), Luftfracht, 169.

³⁰¹ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

³⁰² Vgl. act. [...]; act. [...].

³⁰³ Vgl. act. [...]; act. [...], act. [...].

Verfahren beteiligten Parteien zumindest während des Zeitraums von Anfang 2000 bis Ende 2005 Kontakte mit anderen Luftverkehrsunternehmen hatten.³⁰⁴

208. [...] Es ist daher davon auszugehen, dass [die Abreden die Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern betrafen: USA, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.]

209. Im Folgenden werden die Kontakte zwischen den Wettbewerbern beschrieben. Es handelt sich dabei um Kontakte in Bezug auf Treibstoffzuschläge (fuel surcharges), [...] auf Kriegsrisikozuschläge (war risk surcharges), auf Zollabfertigungszuschläge (customs clearance surcharges), auf Frachtraten und auf die Kommissionierung von Zuschlägen (commissioning of surcharges). Die Gliederung folgt diesen Kategorien von Kontakten.

A.4.4 Treibstoffzuschläge

A.4.4.1 Einleitung

210. Nach Angaben von [...] hätten die meisten Luftfrachtunternehmen im Dezember 1999 gleichzeitig per Februar 2000 Treibstoffzuschläge pro Kilogramm Fracht eingeführt. Diese Zuschläge basierten auf einem Treibstoffindex: je nach Schwellenwert («trigger point»), den die Treibstoffpreise erreichten, wurde ein Treibstoffzuschlag in vorbestimmter Höhe verrechnet.³⁰⁵ Die Treibstoffzuschläge und –indices der Luftverkehrsunternehmen knüpften an den Preisindex von IATA an.³⁰⁶ Allerdings veröffentlichte IATA ihren Preisindex nie, weil verschiedene Bundesbehörden diesen Preisindex nicht genehmigten (insbesondere das United States Department of Transportation).³⁰⁷

211. Ein Indexmechanismus für Treibstoffzuschläge kann beispielsweise folgendermassen aussehen:³⁰⁸ Die Höhe des Treibstoffzuschlages richtet sich nach dem Treibstoffpreisindex. Dieser Treibstoffpreisindex basiert auf den wöchentlichen Preisen für Flugbenzin auf den fünf Spotmärkten Rotterdam, Singapur, USA Westküste, USA Ostküste und dem Golf. Dann wird der aktuelle Preis mit dem Basispreis von 0.5335 amerikanischen Dollar pro amerikanische Gallone (Index = 100) verglichen. Entsprechend diesem Vergleich erfolgt die Einführung, Erhöhung, Reduktion oder Aufhebung von Treibstoffzuschlägen gemäss Tabelle 5. Sobald der Treibstoffpreisindex einen dieser Schwellenwerte durchquert und auf der neuen Höhe für mindestens zwei aufeinanderfolgende Wochen bleibt, wird der Treibstoffzuschlag angepasst.

³⁰⁴ Vgl. zudem act. [...]; act. [...]; act. [...].

³⁰⁵ Vgl. act. [...]; act. [...].

³⁰⁶ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...].

³⁰⁷ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

³⁰⁸ Vgl. act. [...]; act. [...]; vgl. auch act. [...]; vgl. auch act. [...]; vgl. auch act. [...].

Tabelle 5: Beispiel Treibstoffindex für Treibstoffzuschläge

Introduction/Increase	Reduction/ Withdrawal
Index 115 = USD 0.05 per kg	Index 270 = USD 0.35 per kg
Index 135 = USD 0.10 per kg	Index 245 = USD 0.30 per kg
Index 165 = USD 0.15 per kg	Index 220 = USD 0.25 per kg
Index 190 = USD 0.20 per kg	Index 195 = USD 0.20 per kg
Index 215 = USD 0.25 per Kg	Index 170 = USD 0.15 per kg
Index 240 = USD 0.30 per Kg	Index 145 = USD 0.10 per kg
	Index 120 = USD 0.05 per kg
	Index 100 = withdrawn

212. Teilweise bezeichneten die Luftverkehrsunternehmen die verschiedenen Beträge gemäss Indexwerten auch als Stufe («level»). Beispielsweise sprechen Luftverkehrsunternehmen bei einer Erhöhung in den Treibstoffzuschlägen von einem Schritt auf die nächst höhere Stufe.

213. Unterschiede bei den Treibstoffzuschlägen bestanden [auf allen fünf vorliegend relevanten Strecken] in der Berücksichtigung von Kurz- und Langstrecken: Einige Unternehmen wendeten unabhängig von der Strecke immer den gleichen Treibstoffzuschlag an. Andere Unternehmen berücksichtigten bei der Höhe der Treibstoffzuschläge die Unterscheidung zwischen Kurz- und Langstrecken.³⁰⁹

214. Bei der Bekanntgabe von Erhöhungen der Treibstoffzuschläge ging es nach Angaben von [...] jeweils um Image- und Marketingaspekte.³¹⁰ Eine Möglichkeit sei es gewesen, jeweils dem Heimluftverkehrsunternehmen («home carrier») oder einem grossen Luftfrachtunternehmen zu folgen («follow the national carrier or main competitor»).³¹¹ Dies habe jedoch nicht auf einer Abstimmung zwischen den Unternehmen beruht.³¹²

215. Zwischen den Unternehmen fanden zugestandenermassen Kontakte in Bezug auf die Einführung von Treibstoffzuschlägen, in Bezug auf eine einheitliche Methode für Treibstoffzuschläge und über die Einführung von neuen Schwellenwerten für die Treibstoffzuschläge statt.³¹³ Zur Frage der vorübergehenden Einstellung der Erhöhung der Treibstoffzuschläge fanden ebenfalls Kontakte statt. Zu den Themen im Rahmen der Kontakte gehörten auch der Austausch von Informationen über die Absichten in Bezug auf Änderungen in der Methodik und die gegenseitige Zusage/Absicherung, die gleichen Schritte zu unternehmen.³¹⁴

216. Die Kontakte zwischen den Unternehmen erfolgten mit E-Mail, Telefongesprächen und an Treffen.³¹⁵ In diesem Zusammenhang ist auf die regelmässigen Treffen der [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] hinzuweisen, die in den Jahren 2000 bis 2005 mehrmals jährlich stattfanden.³¹⁶

³⁰⁹ Vgl. act. [...]; act. [...].

³¹⁰ Vgl. act. [...].

³¹¹ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...].

³¹² Vgl. act. [...].

³¹³ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

³¹⁴ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

³¹⁵ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

³¹⁶ Vgl. act. [...].

217. Nach Aussage von [...] war unter den [in Verbindung stehenden] Luftfrachtunternehmen in der Schweiz [...] ein relativ weitgehendes Informationssystem implementiert.³¹⁷ Es hätten ausdrückliche Gespräche hinsichtlich der Höhe und des Zeitpunktes der Einführung von Treibstoffzuschlägen stattgefunden.³¹⁸ Die Unternehmen hätten sich beispielsweise per E-Mail für Treffen verabredet: «Wie Ihr schon wisst geht 's um die nächste Runde. Ich wäre froh wenn Ihr's am 30.04.04 / 08.30 unten in der Pizzeria einrichten könnt (geht nicht lange) damit wir so schnell als möglich [die Anderen] informieren können.»³¹⁹ Oder beispielsweise erhielten [die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] für die Auslösung des Informationsaustausches eine E-Mail [...] mit dem Inhalt: «It is time again to exchange information». Daraufhin teilten die Luftverkehrsunternehmen ihre Absichten mit Kopie [...] anderen Gesellschaften mit. Unter gewissen Umständen beschränkten sich die E-Mails auch auf einen kleineren Kreis von Unternehmen.³²⁰

A.4.4.2 Zeitliche Betrachtung der Kontakte

[...]

A.4.4.3 Lokale Kontakte

[...]

A.4.4.4 Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Treibstoffzuschläge

499. Die Darstellung der Kontakte zu den Treibstoffzuschlägen basiert auf Selbstanzeigen, E-Mails, Sitzungsprotokollen, Notizen, Medienmitteilungen, Informationsschreiben und weiteren Dokumenten wie beispielsweise Auflistung von Telefonanrufen oder Präsentationsunterlagen. In Bezug auf diese Quellen kann festgehalten werden, dass die darin enthaltenen Informationen konsistent miteinander und widerspruchsfrei sind. Daher können die dargestellten Kontakte als erwiesen angesehen werden.

500. Für die nachfolgende rechtliche Beurteilung ist somit zusammengefasst von folgendem Sachverhalt auszugehen: Im Zusammenhang mit Treibstoffzuschlägen fanden Kontakte zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen statt. Die Kontakte bestanden im Zeitraum Januar 2000 bis Februar 2006. Konkret können [...], Korean, South African, Alitalia, American, United und Singapore im Rahmen [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] Kontakte für den Zeitraum Januar 2000 bis Februar 2006 nachgewiesen werden. In Bezug auf [...] können Kontakte im Zeitraum April 2000 bis Februar 2006 nachgewiesen werden. Für Polar bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Juni 2004 bis November 2005. Scandinavian können schliesslich Kontakte im Zeitraum Januar 2000 ([...]) bis November 2005 nachgewiesen werden.

501. Mit den Kontakten erfolgte ein regelmässiger Informationsaustausch. Im Rahmen dieser Kontakte wurden auch Abmachungen bezüglich Treibstoffzuschlägen getroffen. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Treibstoffzuschlägen, die Änderungen von Treibstoffzuschlägen sowie den Zeitpunkt und die Beträge dieser Änderungen.

502. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden durch telefonische und persönliche Gespräche, an multilateralen Treffen und mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [...] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. [Systematisch sammeln und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen die-

³¹⁷ Vgl. act. [...]; act. [...].

³¹⁸ Vgl. act. [...]; act. [...].

³¹⁹ Vgl. act. [...]; act. [...].

³²⁰ Vgl. act. [...].

ses Systems regelmässig Informationen über Treibstoffzuschläge und jeweils auch im Zeitraum von Änderungen der Treibstoffzuschläge.]

503. [...]

504. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte [in Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern statt: USA, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.]

505. An den Kontakten im Zusammenhang mit Treibstoffzuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

Tabelle 6: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Treibstoffzuschlägen beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
Polar
South African
Alitalia
American
United
Scandinavian
Singapore

A.4.5 [...]

[...]

Tabelle 7: [...]

A.4.6 Kriegsrisikozuschläge

[...]

A.4.6.1 Lokale Kontakte[...]

[...]

A.4.6.2 Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Kriegsrisikozuschläge

578. Die Darstellung der Kontakte zu Kriegsrisikozuschlägen basiert auf Selbstanzeigen, auf E-Mails, auf Sitzungsprotokollen, auf Notizen, auf Medienmitteilungen, auf Informationsschreiben und weiteren Dokumenten wie beispielsweise Auflistung von Telefonanrufen oder Präsentationsunterlagen. In Bezug auf diese Quellen kann festgehalten werden, dass die darin enthaltenen Informationen konsistent miteinander und widerspruchsfrei sind. Daher können die dargestellten Kontakte als erwiesen angesehen werden.

579. Für die nachfolgende rechtliche Beurteilung ist somit zusammengefasst von folgendem erstellten Sachverhalt auszugehen: Im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen fanden

Kontakte zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen statt. Diese Kontakte bestanden im Zeitraum Ende Januar 2003 bis Anfang April 2003.

580. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Kriegsrisikozuschläge. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Kriegsrisikozuschlägen, die Höhe beziehungsweise den Betrag von Kriegsrisikozuschlägen sowie die Aufhebung von Kriegsrisikozuschlägen.

581. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden im Rahmen von telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [...] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. [Systematisch sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen dieses Systems Informationen über Kriegsrisikozuschläge.]

582. [...]

583. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte [im Zusammenhang mit Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern statt: USA, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.]

584. An den Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

Tabelle 8: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
South African
Alitalia
American
United
Singapore

A.4.7 Zollabfertigungszuschläge für die USA³²¹

[...]

A.4.7.1 Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Zollabfertigungszuschläge für die USA

613. Die Darstellung der Kontakte zu Zollabfertigungszuschlägen für die USA basiert auf Selbstanzeigen, auf E-Mails, Sitzungsprotokollen, auf Medienmitteilungen, auf Informationsschreiben und weiteren Dokumenten wie beispielsweise Auflistung von Telefonanrufen oder Präsentationsunterlagen. In Bezug auf diese Quellen kann festgehalten werden, dass die darin enthaltenen Informationen konsistent miteinander und widerspruchsfrei sind. Daher können die dargestellten Kontakte als erwiesen angesehen werden.

³²¹ Für die Zollabfertigungszuschläge gibt es viele Begriffe: US-Customs Fee, AAMS (Air Automated Manifest System) Fee, House Air Waybill Fee, Advances Electronic Cargo Charge, NCTS (New Customs Transit System) (vgl. act. [...]; act. [...]).

614. Für die nachfolgende rechtliche Beurteilung ist somit zusammengefasst von folgendem erstellten Sachverhalt auszugehen. Im Zusammenhang mit Zollabfertigungszuschlägen für die [Strecke zwischen der Schweiz und] USA fanden Kontakte zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen statt. Zwischen den Luftverkehrsunternehmen [...] und [...] bestanden diese Kontakte nachweislich von April 2003 bis Juli 2004. Zwischen [...] und Polar fand ein Kontakt im Juli 2004 statt.

615. Mit den Kontakten erfolgten ein Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Zollabfertigungszuschlägen für die USA. In Bezug auf die Luftverkehrsunternehmen [...] und [...] erfolgte der Informationsaustausch gar regelmässig [...]. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA, die Höhe beziehungsweise den Betrag dieser Zuschläge sowie den Zeitpunkt.

616. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen geschahen im Rahmen von telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt. [...]

617. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die Strecke zwischen der Schweiz und USA statt], weil es sich um Zollabfertigungszuschläge für die USA handelt.

618. An den Kontakten im Zusammenhang mit Zollabfertigungszuschlägen für die USA waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

Tabelle 9: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Zollabfertigungszuschlägen für die USA beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Polar

A.4.8 Frachtraten

[...]

A.4.8.1 Lokale Kontakte

[...]

A.4.8.2 Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Frachtraten

709. Die Darstellung der Kontakte zu Frachtraten basiert auf Selbstanzeigen, auf E-Mails, Sitzungsprotokollen, auf Medienmitteilungen, auf Informationsschreiben und weiteren Dokumenten wie beispielsweise Auflistung von Telefonanrufen oder Präsentationsunterlagen. In Bezug auf diese Quellen kann festgehalten werden, dass die darin enthaltenen Informationen konsistent miteinander und widerspruchsfrei sind. Daher können die dargestellten Kontakte als erwiesen angesehen werden.

710. Für die nachfolgende rechtliche Beurteilung ist somit zusammengefasst von folgendem erstellten Sachverhalt auszugehen: Im Zusammenhang mit Frachtraten fanden Kontakte zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen statt. Diese Kontakte bestanden im Zeitraum 2000 bis November 2005. Im Zusammenhang mit Frachtraten ist insbesondere auf [...] zwei «Air-Cargo Workshop» [...] hinzuweisen. Themen dieser Treffen waren der Stopp der Ertragsrückgänge, Informationen bezüglich Erträgen und Kapazitäten [...]. Zudem einigten sich die Luftverkehrsunternehmen auf Mindestraten für das ad-hoc-Geschäft [...]. Das gemeinsame Ziel der Luftverkehrsunternehmen war die Erhöhung der Raten.

711. Konkret bestehen Kontakte für folgende Luftverkehrsunternehmen:

- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis November 2005,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis November 2005,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis September 2004,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis August 2005,
- für Korean bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- für South African bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum August 2004 bis August 2005,
- für Alitalia bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- für United bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Februar 2003,
- für Singapore bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis August 2005.

712. Mit den Kontakten verbunden waren ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Höhe von Frachtraten.

713. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mittels telefonischer und persönlicher Gespräche, mit E-Mail-Verkehr sowie in multilateralen Treffen statt.

714. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte [im Zusammenhang mit Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern statt: USA, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.]

715. An den Kontakten im Zusammenhang mit Frachtraten waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

716. Tabelle 10: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Frachtraten beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
South African
Alitalia
United
Singapore

A.4.9 Kommissionierung von Zuschlägen

[...]

A.4.9.7 Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Kommissionierung von Zuschlägen

746. Die Darstellung der Kontakte zur Kommissionierung von Zuschlägen basiert auf Selbstanzeigen, auf E-Mails, auf Sitzungsprotokollen, auf Notizen, auf Medienmitteilungen, auf Informationsschreiben und weiteren Dokumenten wie beispielsweise Auflistung von Telefonanrufen oder Präsentationsunterlagen. In Bezug auf diese Quellen kann festgehalten werden, dass die darin enthaltenen Informationen konsistent miteinander und widerspruchsfrei sind. Daher können die dargestellten Kontakte als erwiesen angesehen werden.

747. Für die nachfolgende rechtliche Beurteilung ist somit zusammengefasst von folgendem Sachverhalt auszugehen: Im Zusammenhang mit der Kommissionierung von Zuschlägen fanden Kontakte zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen statt. Die Kontakte bestanden im Zeitraum spätestens ab November 2003 bis Februar 2006. Konkret können [...], Korean, South African, Alitalia, American, United und Singapore [...] Kontakte für den Zeitraum November 2003 bis Juni 2005 nachgewiesen werden.

748. Zusätzlich lassen sich folgende Kontakte [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] nach Juni 2005 nachweisen:

- für [...] bestehen Kontaktnachweise mit anderen Luftverkehrsunternehmen im Zeitraum Juli 2005 bis Februar 2006,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise mit anderen Luftverkehrsunternehmen im Juli 2005,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Juli 2005,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Juli 2005,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Juli 2005 bis Januar 2006,
- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Juli 2005 bis Februar 2006,
- für Alitalia bestehen Kontaktnachweise im Juli 2005,
- für Singapore bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Juli 2005 bis Januar 2006.

749. [Zudem] lassen sich folgende Kontakte nachweisen:

- für [...] bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Mai 2005 bis Oktober 2005,
- für Polar bestehen Kontaktnachweise im Juli 2005.

750. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Kommissionierung von Zuschlägen. Insbesondere betrafen die Kontakte die Weigerung der Luftverkehrsunternehmen, die Speditionsunternehmen, welche für die Luftverkehrsunternehmen die Zuschläge erhoben und einzogen, mit einer Kommission zu entschädigen.

751. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mittels telefonischer und persönlicher Gespräche sowie mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [...] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. [Systematisch sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen dieses Systems Informationen über die Kommissionierung von Zuschlägen.] Ebenfalls versicherten sich die Luftverkehrsunternehmen [...] gegenseitig, an die Speditionsunternehmen keine Kommissionierung zu bezahlen.

752. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte [in Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern statt: USA, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.]

753. An den Kontakten im Zusammenhang mit der Kommissionierung von Zuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

754. Tabelle 11: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit der Kommissionierung von Zuschlägen beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
South African
Alitalia
American
Polar
United
Singapore

A.4.10 Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier³²²

[...]

A.4.10.6 Lokale Kontakte^[...]

[...]

A.4.10.7 Schlussfolgerung rechtserheblicher Sachverhalt Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier

788. Die Darstellung der Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier basiert auf Selbstanzeigen, auf E-Mails, Sitzungsprotokollen, auf Medienmitteilungen, auf Informationsschreiben und weiteren Dokumenten wie beispielsweise Auflistung von Telefonanrufen oder Präsentationsunterlagen. In Bezug auf diese Quellen kann festgehalten werden, dass die darin enthaltenen Informationen konsistent miteinander und widerspruchsfrei sind. Daher können die dargestellten Kontakte als erwiesen angesehen werden.

789. Für die nachfolgende rechtliche Beurteilung ist somit zusammengefasst von folgendem erstellten Sachverhalt auszugehen: Zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen fanden Kontakte auf Stufe Hauptquartier statt. Diese Kontakte bestanden in den Jahren 2001 bis 2005, vereinzelt bis in das Jahr 2006. Im Zusammenhang mit Kontakten zwischen Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier ist insbesondere auf [...] zwei «Air-Cargo Workshop» [...] hinzuweisen. Themen dieser Treffen waren der Stopp der Ertragsrückgänge, Informationen bezüglich Erträgen und Kapazitäten [...]. Zudem einigten sich die Luftverkehrsunternehmen auf Mindestraten für das ad-hoc-Geschäft [...]. Das gemeinsame Ziel der Luftverkehrsunternehmen war die Erhöhung der Raten.

790. Mit den Kontakten erfolgte ein regelmässiger Informationsaustausch zu verschiedenen Themen des Bereiches Luftfracht. Zu diesen Themen gehörten auch Zuschläge und Frachtraten.

791. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mittels telefonischer und persönlicher Gespräche, mit E-Mail-Verkehr sowie multilateralen Treffen statt.

³²² Vgl. act. [...].

792. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz und folgenden Ländern statt: USA, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.]

793. An den Kontakten unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

794. Tabelle 12: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten auf Stufe Hauptquartier beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
South African
Singapore

A.4.11 Stellungnahmen der Parteien zur Sachverhaltsfeststellung

A.4.11.1 Stellungnahme Korean

795. Korean macht bezüglich Treibstoffzuschläge, [...] und Kriegsrisikozuschläge geltend, dass sie [auf den vorliegend relevanten Strecken] strikt die Strategie des «follow the national carrier» verfolgt und nicht aktiv an den jeweiligen Diskussionen mitgewirkt habe. Es seien lediglich vier E-Mails zu finden, die von einem Mitarbeiter von Korean an die [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] verschickt worden seien. Die Kontakte zwischen den verschiedenen Luftverkehrsunternehmen seien unterschiedlich intensiv gewesen, was in der zusammenfassenden Sachverhaltsdarstellung nicht reflektiert werde.³²³

796. [...]

797. Zum ersten Vorbringen von Korean kann festgehalten werden, dass der geschilderte Sachverhalt sehr wohl das unterschiedliche Ausmass der Beteiligung der verschiedenen Luftverkehrsunternehmen widerspiegelt. Dies geht denn auch in die Sanktionsbemessung ein (vgl. Rz 1723 und Rz 1735 f.).

798. [...]

799. Betreffend Frachtraten macht Korean geltend, dass sich die Erhebungen der WEKO hinsichtlich vermeintlicher Abreden zu Frachtraten ausschliesslich auf Vorgänge ausserhalb der Schweiz fokussieren würden. Es werde nicht substantiiert dargelegt, ob und inwieweit Frachtraten in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und dem Ausland abgesprochen worden seien. [...]

800. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass es im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung zunächst darum geht, zu zeigen, ob bestimmte Kontakte stattgefunden haben. [...] Ohne umfassende Abklärung und Darstellung des Sachverhalts kann die Frage nicht beantwortet werden, ob sich die festgestellten Kontakte auch auf die Schweiz auswirkten. Soweit die fehlende Auswirkung dazu führt, dass die fraglichen Sachverhalte nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes beziehungsweise in die Zuständigkeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörden fallen, versteht es sich von selbst, dass diese nicht weiter geprüft werden. Es wäre jedoch abwegig, zu verlangen, dass die Wettbewerbsbehörden zunächst die Auswirkung feststellen müssten, bevor sie die für die Auswirkung ursächlichen Kontakte abklären dürften.

³²³ Vgl. act. [...].

801. Der Auffassung, dass Kontakte im Ausland keine Auswirkungen in der Schweiz gehabt hätten kann auch nicht gefolgt werden, weil im Ausland stattfindende Kontakte Strecken in die Schweiz sehr wohl betreffen können. [...]

802. [...] Nicht entscheidend dabei ist das betriebswirtschaftliche Interesse eines Luftverkehrsunternehmens an einer bestimmten Strecke. [...]

803. [...] Dies bedeute aber, dass Korean den Informationsaustausch zwischen den Konkurrenten, abgesehen von wenigen Ausnahmen, lediglich zur Kenntnis genommen und nicht zu beeinflussen versucht habe.

804. Dazu ist anzumerken, dass entsprechend dem festgestellten Sachverhalt nicht davon auszugehen ist, dass Korean den Informationsaustausch in irgendeiner Weise beeinflusst hat beziehungsweise zu beeinflussen versucht hat. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es nicht entscheidend ist, inwiefern Korean [...] den Informationsaustausch zu beeinflussen versucht hat. [...] Denn nach ständiger europäischer Rechtsprechung ist die Tatsache, dass sich ein Unternehmen den Ergebnissen von Sitzungen mit offensichtlich wettbewerbsfeindlichem Gegenstand nicht beugt, nicht geeignet, es von seiner vollen Verantwortlichkeit für seine Teilnahme am Kartell zu entlasten, wenn es sich nicht offen vom Inhalt der Sitzungen distanziert hat. Selbst wenn man annimmt, dass das Marktverhalten eines Unternehmens nicht dem vereinbarten Verhalten entsprach, ändert dies somit nichts an seiner Verantwortlichkeit für eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung (vgl. Rz 1157). Dementsprechend ist eine aktive Beeinflussung für die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit gar nicht erforderlich.

805. [...]

806. [...] Es ist den schweizerischen Wettbewerbsbehörden dabei nicht verwehrt, internationale Sachverhalte abzuklären. Bereits an dieser Stelle kann jedoch darauf hingewiesen werden, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden bei Strecken zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten nicht zuständig sind (vgl. Abschnitt B.1.2.1).

807. [...]

808. Dieser Ansicht von Korean ist zu widersprechen. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Luftverkehrsunternehmen Kontakte in Bezug auf Frachtraten betreffend [...] die Schweiz hatten.

809. [...]

810. Korean bringt vor, dass die zusammenfassenden Schlussfolgerungen die Intensität und Massgeblichkeit der einzelnen Beiträge der Luftverkehrsunternehmen nicht reflektierten. Seitens Korean seien niemals Vorkehrungen in Bezug auf die Kommissionierung von Zuschlägen getroffen worden. Der Informationsaustausch sei ausschliesslich, und wenn überhaupt, im Rahmen des Informationsflusses via [die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] erfolgt und habe sich [auf den vorliegend relevanten Strecken] an der «follow the national carrier» Strategie orientiert.³²⁴

811. Dazu ist anzumerken, dass entsprechend dem festgestellten Sachverhalt nicht davon auszugehen ist, dass Korean sich proaktiv engagiert hat [...]. Indes ist für die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit aber auch gar kein proaktives Engagement erforderlich (vgl. Rz 804). Somit bleibt die Beteiligung von Korean am Informationsaustausch erstellt.

³²⁴ Vgl. act. [...].

A.4.11.2 Stellungnahme Atlas (Polar)

812. Polar bringt vor, dass im Kartellrecht das Beweismass des Vollbeweises gelte. Der Antrag erfülle dieses Beweismass nicht. Zwar könnte hinsichtlich gewisser ökonomischer Zusammenhänge ein tieferes Beweismass gelten. Darunter fielen jedoch nicht Tatsachen, mit denen ein spezifisches Verhalten bewiesen werden soll. In dieser Hinsicht dürfe die Frage, welches Beweismass anwendbar sei, nicht mit jener nach der Zulässigkeit von Indizienbeweisen verwechselt werden. Ausserdem gelte für die Frage, ob ein Beweis als erbracht anzusehen sei, stets die Regel «in dubio pro reo».³²⁵

813. Dazu ist zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 190 zu verweisen.

814. Gemäss dem Grundsatz «in dubio pro reo» ist bis zum rechtskräftigen Nachweis der Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist. Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Sachrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat.³²⁶ Der Grundsatz «in dubio pro reo» verlangt als Beweiswürdigungsregel somit stets den Vollbeweis. Entsprechend der zitierten Rechtsprechung in Sachen «Publigroupe» ist dieser aber nicht in jedem Fall zu erbringen. Mithin kann den Ausführungen von Polar, wonach für die Frage, ob ein Beweis als erbracht anzusehen sei, stets die Regel «in dubio pro reo» gelte, nicht gefolgt werden.

815. Nichts anderes ergibt sich aus dem Antrag des Sekretariats. Der Antrag stützt sich auf die einschlägige Rechtsprechung. Aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgt unzweifelhaft, dass das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nur für solche Sachumstände gilt, deren Erstellung mittels Vollbeweises aufgrund der Natur der Sache – wie dies namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall ist – gar nicht erst möglich oder jedenfalls nicht zumutbar ist. Der Antrag richtet sich nach diesen Vorgaben. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass zwischen Beweislast und –würdigung sowie den anwendbaren Auslegungsgrundsätzen zu unterscheiden ist. Allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen unterliegen den Regeln der Gesetzesinterpretation. Der Grundsatz «in dubio pro reo» hat dort keine Bedeutung.³²⁷

816. Polar bringt vor, dass die überwiegende Mehrheit der Bonusmeldungen nebst den im Verfahren involvierten [Luftverkehrsunternehmen] regelmässig diverse weitere Luftfrachtunternehmen erwähne [...]. Daher sei das Sekretariat verpflichtet gewesen, [all diese Luftverkehrsunternehmen] in das vorliegende Verfahren einzubeziehen und den dargelegten Informationsaustausch [...] weiter zu untersuchen. Demgegenüber habe das Sekretariat seine Untersuchung willkürlich auf Polar ausgedehnt. Somit verletze der Verfügungsentwurf das Rechtmässigkeits- und Rechtsgleichheitsprinzip.³²⁸

817. Zur Frage der Verfahrensbeteiligung der verschiedenen [Luftverkehrsunternehmen] gilt es anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht; ein Gesetzesverstoss ist somit auch dann zu ahnden, wenn die Behörde dies in einem anderen Fall unterlassen hat.³²⁹

818. Polar bringt im Rahmen der Anhörung von [...] vor, dass ein Mitarbeiter von [...] im Rahmen eines amerikanischen Zivilverfahrens (in welchem Polar Air Cargo, Inc., beteiligt

³²⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

³²⁶ Vgl. BGE 124 IV 86, E. 2a.

³²⁷ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³²⁸ Vgl. act. [...].

³²⁹ Vgl. beispielsweise Urteil des BGer 1P.407/2006 vom 9.1.2007, E 3.2.

sei) unter Eid habe aussagen müssen. Dazu könne gesagt werden, dass der Mitarbeiter unter Eid und im Kreuzverhör ausgesagt habe, er könne sich nicht an irgendwelche Absprachen zwischen Polar und [...] erinnern und sodann ausgesagt habe, er könne sich nicht an irgendwelche Kommunikation zwischen Polar-Mitarbeitern und [...] -Mitarbeitern erinnern, die bezüglich Treibstoffzuschlägen oder Frachtzuschlägen oder sonst irgendwelchen Zuschlägen stattgefunden hätte. Mit anderen Worten, er könne sich an keinerlei Kommunikation erinnern zwischen Polar und [...] bezüglich der vorliegend relevanten Sachverhalte.³³⁰

819. Dazu kann auf die vorliegenden Beweismittel im Rahmen des festgestellten Sachverhalts (Abschnitt A.4) und die Entgegnung von [...] ³³¹, dass die Kommunikation zwischen Polar und [...] belegt sei, verwiesen werden. Daran ändert auch nichts, wenn mehrere Jahre später bestimmte Mitarbeiter von [...] nicht mehr an diese Kommunikation erinnern können. Daher erübrigt sich zum heutigen Zeitpunkt auch, bestimmte Mitarbeiter nochmals zu befragen. Denn selbst wenn sich diese heute nicht mehr an die Kommunikation erinnern könnten, würde dies die ursprünglichen Aussagen von [...] nicht entkräften.

A.4.11.3 Stellungnahme South African

820. South African weist darauf hin, dass die Eröffnung des Verfahrens sowie die Auswahl der Verfügungsadressaten/Parteien offensichtlich nicht nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgt und damit willkürlich sei. Anders sei nicht zu erklären, dass andere Luftverkehrsunternehmen [...] keine Verfügungsadressaten im vorliegenden Verfahren seien, obwohl auch diese offenkundig am angeblichen Informationsaustausch beteiligt gewesen seien. Die Wettbewerbsbehörden verletzen damit den Untersuchungsgrundsatz und würden gegen die Beweiswürdigungsregeln verstossen.³³²

821. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 817 verwiesen werden. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist damit nicht gegeben. Die Beweiswürdigungsregeln sind in diesem Zusammenhang nicht relevant.

822. South African führt aus, dass gemäss Sekretariat der Indizienbeweis zulässig sein solle und das Beweismass herabgesetzt sei. Dies treffe nicht zu. Für den Nachweis des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung, welche mit direkten Sanktionen bedroht sei, müsse daher in Anlehnung an den Beweismassstab im Strafrecht grundsätzlich ein Vollbeweis erbracht werden. Die Wettbewerbsbehörden dürften daher eine Tatsache erst als erwiesen betrachten, wenn sie von deren Vorhandensein dergestalt überzeugt seien, dass das Gegenteil unwahrscheinlich erscheine, wobei bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht genüge. Zudem seien auch die grundlegenden Prinzipien des strafrechtlichen Verfahrens einzuhalten. Dazu gehörten unter anderem auch die Unschuldsvermutung sowie der Grundsatz «in dubio pro reo». Dabei hätten die Behörden nicht nur nach be-, sondern auch nach entlastendem Material zu suchen und dieses ebenfalls in die Beweiswürdigung einfließen zu lassen.³³³

823. Zur Zulässigkeit des Indizienbeweises ist darauf hinzuweisen, dass es hierbei um die Frage der Art der Beweisführung geht. Es geht nicht um die Beweiswürdigung beziehungsweise das Beweismass. Die Beweisführung mittels Indizien ist sowohl nach kartellrechtlicher wie auch nach ständiger strafrechtlicher Praxis ohne Weiteres zulässig (vgl. Rz 187). Hinsichtlich des relevanten Beweismasses beziehungsweise des Grundsatzes «in dubio pro reo» kann auf die Ausführungen in den Randziffern 813 bis 815 verwiesen werden. Im Übrigen ist unbestritten, dass das Sekretariat allfällige entlastende Argumente und Beweise in

³³⁰ Vgl. act. [...].

³³¹ Vgl. act. [...].

³³² Vgl. act. [...], act. [...].

³³³ Vgl. act. [...], act. [...].

der gleichen Art und Weise wie belastende Argumente und Beweise zu untersuchen hat. Dieser Pflicht ist das Sekretariat vorliegend denn auch nachgekommen.

824. South African bringt zudem vor, dass im Kartellverwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gelte. Danach werde von den Behörden verlangt, dass sie sich unvoreingenommen und ohne Bindung an Beweisregeln davon überzeugten, ob sich die behaupteten Tatsachen wirklich so zugetragen hätten oder nicht. Der Antrag stütze sich primär und teilweise auch nur auf einzelne, subjektive Angaben derjenigen Parteien, welche eine Selbstanzeige eingereicht hätten, sowie auf deren umfangreichen eingereichten Unterlagen (diverse E-Mails, Sitzungsprotokolle etc.). Objektive Beweise wie etwa eine explizite, schriftlich abgefasste Vereinbarung, welche ein bewusstes und gewolltes wettbewerbswidriges Zusammenwirken der Parteien belegen würde, existierten nicht. Belastende Schlussfolgerungen im Antrag, welche sich, wenn überhaupt, lediglich auf eine einzige Aussage eines einzigen Selbstanzeigers stützten, sich aber durch keine weiteren Beweise belegen liessen, erwiesen sich von vornherein als untauglich, zumal eine einzige, ungeprüfte Behauptung den beweismässigen Anforderungen an den Nachweis einer angeblichen Wettbewerbsbeschränkung nicht genügen könne. Zudem seien die Aussagen in den Selbstanzeigeprotokollen kritisch zu hinterfragen. Es sei auch davon auszugehen, dass die Protokollaussagen wegen mangelndem Erinnerungsvermögen über weite Strecken ungenau, unklar oder verfälscht sein dürften. Ohne Überprüfung der von den Selbstanzeigen stammenden Informationen verletze der Antrag auch die Untersuchungsmaxime.³³⁴

825. Dazu ist festzuhalten, dass Aussagen beziehungsweise Angaben im Rahmen einer Selbstanzeige ohne Weiteres Beweismittel darstellen. Der Antrag nimmt eine freie Beweiswürdigung dieser Beweismittel vor. Die Angaben im Rahmen der Selbstanzeigen werden von den eingereichten Urkunden gestützt. Es liegen keine Beweismittel vor, welche die Angaben in den Selbstanzeigen entkräften würden. Die vorliegenden Beweismittel stellen «objektive Beweise» dar. So ist darauf hinzuweisen, dass South African selber zweifelsfreie Schlussfolgerungen aus dem «umfangreichen zur Verfügung stehenden Datenmaterial» betreffend die Rolle von [...] zieht.³³⁵ Eine explizite, schriftlich abgefasste Vereinbarung ist nicht nötig. Wie bereits erwähnt, ist die Beweisführung auch mittels Indizien möglich. Der Antrag stützt sich auch nicht auf eine einzige Aussage eines einzigen Selbstanzeigers ab. Vielmehr berücksichtigt der Antrag alle vorliegenden Beweismittel als Ganzes. Im Übrigen muss ohnehin kein Vertragswerk im eigentlichen Sinne vorliegen. Es genügt, wenn bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.³³⁶

826. South African bringt vor, dass die ins Recht gelegte Korrespondenz in Bezug auf South African über ihren Verkaufsagenten erfolgt sei. Es sei weder belegt noch nachgewiesen, dass die Verkaufsagenten nicht doch eigenmächtig gehandelt hätten. Es sei nicht erstellt, dass die Agenten im Fall von South African tatsächlich im Auftrag von South African gehandelt hätten und South African auf die angeblichen Tarifabsprachen überhaupt irgendeinen Einfluss gehabt habe. Zudem sei der Verkaufsagent von South African offenbar nicht nur für sie tätig gewesen, sondern auch für andere Luftfahrtunternehmen. South African habe ihre Preise unabhängig festgelegt. Schliesslich habe sich South African (meistens) passiv und ohne aktive Beteiligung verhalten.³³⁷

827. Dazu gilt es zunächst festzuhalten, dass South African unbestrittenermassen [zu den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen zählte]. [...]

828. An der Verantwortlichkeit für eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung ändert überdies auch das Vorbringen von South African nichts, wonach South African ihre Preise

³³⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

³³⁵ Vgl. act. [...].

³³⁶ Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*, Slg. 1972 00619 Rz .

³³⁷ Vgl. act. [...], act. [...].

unabhängig festgelegt habe. Denn South African distanzierte sich vom Informationsaustausch [...] nicht. Damit hat South African am Informationsaustausch teilgenommen.

829. Gemäss South African seien die zur Diskussion stehenden Informationen/Daten durch die einzelnen Luftfahrtunternehmen regelmässig beziehungsweise in den meisten Fällen³³⁸ bereits vor der Mitteilung [an die anderen Luftverkehrsunternehmen] öffentlich zugänglich gemacht worden. Es fehle daher gemäss Literatur bereits am Kriterium der Vertraulichkeit und der Aktualität, zumal aufgrund des Austausches von bereits veröffentlichten Daten kein kartellrechtswidriges Verhalten vorliegen könne. Zudem könne nicht von homogenen Dienstleistungen ausgegangen werden, da verschiedene, variierende Zuschläge sowie ein unterschiedlicher Adressatenkreis der Informationen zur Diskussion stünden und die Zuschläge nur einen geringen Anteil am Gesamtpreis ausmachen würden. Zudem seien die Reaktionen der jeweiligen Luftverkehrsunternehmen unterschiedlich ausgefallen. Von einem einheitlichen Vorgehen könne in diesem Kontext nicht die Rede sein.³³⁹

830. Zum Argument der Bereitstellung von öffentlich bekannten Informationen ist zu sagen, dass selbst in diesem Fall eine Beteiligung am Informationsaustausch bestehen würde. Selbst wenn die fraglichen Informationen von South African öffentlich bekannt gewesen sein sollten, gelangte South African an sensible Informationen anderer Luftverkehrsunternehmen. Weiter kann wiederum auf die europäische Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit für eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung verwiesen werden (vgl. Rz 1157). Nicht entscheidend ist sodann, wie die Reaktionen der einzelnen Luftverkehrsunternehmen jeweils ausfielen. Denn bei einer Abrede, welche über längere Zeit andauert, können im Laufe der Zeit nicht nur die Teilnehmer ändern, es kann auch sein, dass diese Teilnehmer unterschiedlich stark engagiert sind oder unterschiedliche Rollen einnehmen.³⁴⁰

831. South African bringt zur Sachverhaltsfeststellung vor, dass die im Antrag genannten Kontakte und Beweismittel keine rechtswidrigen Handlungen von South African nachweisen würden. Zudem geht South African davon aus, dass sogar die Kontakte teilweise nicht rechtsgenügend nachgewiesen seien. Weiter bringt South African vor, dass South African hinsichtlich gewisser, an den Kontakten beteiligter Luftverkehrsunternehmen nicht in Wettbewerb gestanden sei.³⁴¹

832. Dazu ist festzuhalten, dass sich South African selber im Wesentlichen auf dieselben Beweismittel, wie sie im Antrag genannt werden, stützt. South African nimmt dabei aber eine andere Würdigung vor als das Sekretariat. Dem Vorbringen, dass gewisse Luftverkehrsunternehmen keine Konkurrenz von South African gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Erstens führt South African dieses Vorbringen nicht weiter aus. Zweitens verlangt Artikel 5 Absatz 3 KG nur, dass die Unternehmen der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Eine gleichzeitige Tätigkeit auf dem gleichen relevanten Markt ist keine notwendige Bedingung für eine unzulässige Wettbewerbsabrede.

A.4.11.4 Stellungnahme Alitalia

833. Alitalia führt im Zusammenhang mit dem Beweismass aus, dass bei einem einzelnen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, in welchem ausdrücklich kein Vollbeweis verlangt worden sei, kaum von «bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung» gesprochen werden könne. Vielmehr würden sich grosse Teile der Lehre für den strikten Beweis aussprechen, was angesichts der möglichen drakonischen Sanktionen durchaus Sinn mache. In diesem Zusammenhang sei ZIRLICK/TAGMANN beizupflichten, wenn sie dafür plädierten, dass

³³⁸ Vgl. act. [...].

³³⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁴⁰ Vgl. RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditonsbereich*.

³⁴¹ Vgl. act. [...].

bei sanktionsbedrohten Tatbeständen entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Beweismass im Strafrecht der Vollbeweis verlangt werden solle.³⁴²

834. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 813 verwiesen werden.

835. Alitalia macht geltend, dass der vom Sekretariat als erstellt erachtete Sachverhalt in Bezug auf Alitalia auf ungenügenden Beweisen gründe. Im Wesentlichen werde Alitalia nur aufgrund ihrer [Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] unterstellt, dass sie betreffend verschiedener Zuschläge regelmässig Informationen ausgetauscht und Abmachungen getroffen habe. Mehrmals würden bloss Kontakte, die im Rahmen [dieser Verbindungen] stattgefunden hätten [...] oder der Umstand, dass ein Angestellter von Alitalia im E-Mail-Verteiler gewesen sei, als Beweis angeführt. Aus den Ausführungen des Sekretariates dränge sich auch der Eindruck auf, [die Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] sei als Plattform für die Besprechung von Zuschlägen geschaffen worden, was aber nicht zutrefte. [...] In Anbetracht der geringen Luftfrachtstätigkeit sowie aus der geringen Anzahl der gegenüber Alitalia als Beweis angerufenen Dokumente erhelle, dass Alitalia im Vergleich zu anderen von der Untersuchung betroffenen Luftfrachtunternehmen eine völlig untergeordnete Rolle gespielt habe. Durch die jeweilige Zusammenfassung des als erstellt erachteten Sachverhalts verwische das Sekretariat die Relationen. Dies sei insofern von grosser Bedeutung, als im Rahmen der Erwägungen auf einen pauschalisierten, verschwommenen Sachverhalt abgestellt werde und dadurch die Stellung der Alitalia auf dem Markt und die Tatsache, dass kaum Hinweise für die behauptete Beteiligung bestünden, unter den Teppich gewischt werde. Die tabellarische Visualisierung der an den Kontakten beteiligten Unternehmen verstärke diese Wirkung zusätzlich.³⁴³

836. Zu diesen Ausführungen ist zunächst festzuhalten, dass zwischen Sachverhalts- und Rechtsfragen zu unterscheiden ist. Die Ausführungen von Alitalia beziehen sich im Wesentlichen auf Rechtsfragen. Nämlich, ob die festgestellten Kontakte zur Teilnahme an einer Abrede genügen. In dieser Hinsicht ist etwa unbestritten, dass Alitalia [in Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] war. Ob diese bewiesene [Verbindung] und den damit im Zusammenhang stehenden Kontakten, deren Vorhandensein von Alitalia auch nicht bestritten werden, [...] eine Teilnahme an einem wettbewerbswidrigen Verhalten (gemäss LVA oder KG) darstellen, ist eine Rechtsfrage (vgl. Abschnitt B.3). Im Übrigen ist auf die Ausführungen in Randziffer 827 zu verweisen.

837. [...]

838. Zu Treibstoffzuschlägen führt Alitalia aus, dass nur vereinzelt Hinweise auf Kontakte von Alitalia mit anderen Luftverkehrsunternehmen bestünden. Von Regelmässigkeit könne bei dieser Beweislage keine Rede sein. Deshalb bestreitet Alitalia, dass sie regelmässig Informationen ausgetauscht und Abmachungen betreffend Treibstoffzuschläge getroffen habe. Alitalia könne lediglich aufgrund ihrer [Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] weder ein regelmässiger Informationsaustausch noch die automatische Kenntnis aller [damit im Zusammenhang stehenden Informationen] unterstellt werden.³⁴⁴

839. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 836 ff. verwiesen werden.

840. [...]

841. [...]

842. Alitalia macht geltend, dass 2003 verschiedene Luftverkehrsunternehmen im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg sogenannte Kriegsrisikozuschläge eingeführt hätten. Alitalia habe zu diesem Zeitpunkt kaum noch Cargo-Tätigkeiten ausgeführt, insbesondere nicht auf

³⁴² Vgl. act. [...].

³⁴³ Vgl. act. [...].

³⁴⁴ Vgl. act. [...].

den Strecken, welche im Rahmen dieser Untersuchung in die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission fallen. Im Antrag würden jene Unternehmen aufgeführt, die betreffend Kriegsrisikozuschläge miteinander in Kontakt gestanden hätten. Alitalia gehöre nicht zu diesen Unternehmen. Darüber hinaus habe Alitalia auch nicht am Treffen [...] teilgenommen. Mithin werde bestritten, dass Alitalia regelmässig Informationen ausgetauscht und Abmachungen in Bezug auf Kriegsrisikozuschläge getroffen habe. Alitalia könne wiederum lediglich aufgrund ihrer [Verbindungen mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] weder ein regelmässiger Informationsaustausch noch die automatische Kenntnis aller [damit in Zusammenhang stehenden Informationen] unterstellt werden.³⁴⁵

843. Zu den Ausführungen von Alitalia kann zunächst festgehalten werden, dass das Ausmass ihrer Tätigkeiten im Bereich Luftfracht für die Teilnahme an den Kontakten unerheblich ist (vgl. Rz 1123). Sodann kann zur Teilnahme an den Kontakten im Rahmen [der Verbindungen mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] wiederum auf die Ausführungen in den Randziffern 836 ff. verwiesen werden.

844. Betreffend Frachtraten führt Alitalia aus, dass sich die Hinweise, welche allenfalls für Kontakte von Alitalia mit anderen Luftfrachtunternehmen sprechen würden, nur auf das Ausland [...] beziehen würden. Das Sekretariat scheine aufgrund dieser Auslandkontakte automatisch darauf zu schliessen, dass sie Auswirkungen in der Schweiz zeitigten. Dieser Argumentation könne nicht gefolgt werden, solche Auswirkungen seien vom Sekretariat nicht nachgewiesen worden. Folglich sei die Wettbewerbskommission auch nicht für deren Beurteilung zuständig. Insofern werde bestritten, dass Alitalia betreffend Frachtraten an regelmässigem Informationsaustausch sowie an Abmachungen beteiligt gewesen sei.³⁴⁶

845. Hierzu kann auf die die Ausführungen in den Randziffern 800 f. verwiesen werden.

846. Alitalia macht geltend, dass gemäss Sekretariat für Juli 2005 Kontakte zwischen Alitalia und anderen Luftverkehrsunternehmen betreffend die Kommissionierung von Zuschlägen nachgewiesen werden könnten. [...] Abgesehen davon werde der als erstellt erachtete Sachverhalt insoweit bestritten, als Alitalia die Beteiligung an regelmässigem Informationsaustausch und Abmachungen über die Kommissionierung von Zuschlägen unterstellt würde. Dass die Beteiligung von Alitalia von November 2003 bis Juli 2005 gedauert haben soll, sei nach dem Gesagten unverständlich. Die [Verbindungen mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] und die Auflistung in [dem damit zusammenhängenden E-Mail-Austausch] per se genügen nicht, um Alitalia regelmässigen Informationsaustausch und Absprachen zu unterstellen.³⁴⁷

847. Im Gegensatz zur Ansicht von Alitalia genügt eine [Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] und vor allem eine Auflistung [in dem damit zusammenhängenden E-Mail-Austausch] sehr wohl per se für eine Teilnahme an einem regelmässigen Informationsaustausch (vgl. Rz 804).

A.4.11.5 Stellungnahme AMR (American)

848. American bringt vor, dass gemäss den anwendbaren Gesetzesbestimmungen sowohl das Sekretariat als auch die WEKO die Beweislast für den Nachweis einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kartellgesetz und für die Beteiligung von American an solchen Zuwiderhandlungen tragen würden. In Bezug auf das EU-Luftverkehrsabkommen sei auf die europäische Rechtsprechung zu verweisen, wonach die Kommission die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen zu beweisen und die Beweismittel beizubringen habe, durch die das Vorliegen der eine Zuwiderhandlung darstellenden Tatsa-

³⁴⁵ Vgl. act. [...].

³⁴⁶ Vgl. act. [...].

³⁴⁷ Vgl. act. [...].

chen rechtlich hinreichend bewiesen würden. Mit Bezug auf die Schweiz gelte das Untersuchungsverfahren beziehungsweise die Untersuchungsmaxime. Dabei sei darauf hinzuweisen, dass der Untersuchungsgrundsatz auch eine Verpflichtung der Behörden enthalte, allfällige entlastende Argumente und Beweise in der gleichen Art und Weise wie belastende Argumente und Beweise zu untersuchen. Das Sekretariat habe es klar versäumt, allfällige entlastende Beweise mit Bezug auf American zu untersuchen. Zudem habe das Sekretariat die Tatsache ausser Acht gelassen, dass [...] American als Kartellmitglied nicht genannt habe, als [...] das Kartell dem Sekretariat am 23. Dezember 2005 notifiziert habe.³⁴⁸

849. Was die Beweisführungspflicht beziehungsweise die Beweisführungslast angeht, stellt American nicht in Frage, dass auch der Antrag des Sekretariats von der Beweisführungslast der Wettbewerbsbehörden ausgeht. Was den Vorwurf der Ausserachtlassung von entlastenden Beweisen angeht, kann dem Vorbringen von American jedoch nicht gefolgt werden. Es ist unbestritten, dass das Sekretariat allfällige entlastende Argumente und Beweise in der gleichen Art und Weise wie belastende Argumente und Beweise zu untersuchen hat. Dieser Pflicht ist das Sekretariat vorliegend denn auch nachgekommen. Dass das Sekretariat einzelne Beweismittel anders würdigt als die Parteien, besagt nicht, dass das Sekretariat nur belastende Beweismittel berücksichtigen würde, entlastende hingegen nicht. So stützt sich etwa auch American selber im Wesentlichen auf dieselben Beweismittel, wie sie im Antrag genannt werden, nimmt dabei aber eine andere Würdigung vor als das Sekretariat. Für eine Beteiligung von American an einer Abrede ist nicht entscheidend, ob eine Selbstanzeigerin American ausdrücklich im Protokoll nennt, sofern Beweismittel die Beteiligung nachweisen.

850. Zum Beweismass führt American aus, dass dieses verlange, dass klare und konsistente Beweise für eine Verletzung vorlägen. Konkret bedeute dies gemäss Artikel 6 EMRK, dass Beweise vorliegen müssten, die keinen vernünftigen Zweifel an einer Zuwiderhandlung zuließen. Mit den im Antrag aufgeführten Beweisen und Begründungen genüge das Sekretariat diesen Anforderungen nicht. Das Sekretariat führe aus, dass insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge und der volle Beweis nicht erbracht werden müsse. Dies werde bestritten und stehe zudem im Widerspruch zum Beweismass des Vollbeweises, welches die WEKO kürzlich in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, somit in einem sanktionsbedrohten Fall, angewendet habe.³⁴⁹

851. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Sekretariat in der von American bemängelten Passage einzig die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKO/WEF) anführt. Nachfolgend präzisiert das Sekretariat die Frage des Beweismasses hinsichtlich sanktionsbedrohter Tatbestände. Des Weiteren kann auf die Ausführungen in Randziffer 815 verwiesen werden.

852. American macht geltend, dass trotz des Umfangs des Antrags und der darin enthaltenen Beweise gegen tatsächliche Kartellmitglieder sich im Antrag keine schlüssige Begründung oder entsprechende Beweise betreffend die angebliche Teilnahme von American fänden. Zwar hält American fest, dass die Verfahrensakten in allen Einzelheiten ein Kartell wie aus dem Lehrbuch beschreiben würden, in welchem zahlreiche Elemente der Preisfestsetzung koordiniert wurden, und an dem Mitarbeiter bis in die oberste Führungsebene der beteiligten Konzerne beteiligt gewesen wären. Die Teilnahme von American am Kartell werde aber lediglich unter Verweis auf den sporadischen Austausch von Informationen durch American im Rahmen ihrer [Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] und nur hinsichtlich eines einzigen Aspekts des Kartells – den Treibstoffzuschlägen – begründet. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sich das Verhalten von American in diesem Zusammenhang nicht in irgendeiner erheblichen Weise von demjenigen zahlreicher anderer [in Verbindung stehender Luftverkehrsunternehmen], gegen die keine Untersuchung eröffnet worden sei,

³⁴⁸ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁴⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

unterscheide. Der Antrag versuche in diesem Zusammenhang nicht einmal eine Begründung zu liefern, wie sich das Verhalten von American von demjenigen [der anderen Luftverkehrsunternehmen] unterscheiden haben solle. American's unaufgeforderter Erhalt von E-Mails mit Informationen zu Treibstoffzuschlägen anderer Luftfrachtunternehmen könne auf keinen Fall eine Grundlage für Sanktionen gegen American sein. Ein gelegentliches Bereitstellen durch American von öffentlich bekannten Informationen über ihren eigenen Treibstoffzuschlag könne ebenso wenig Grundlage für eine Sanktionierung sein. American habe auch nicht regelmässig an [Treffen mit anderen Luftverkehrsunternehmen] teilgenommen. Überdies sei American in der ersten Selbstanzeige von [...] nicht als Mitglied dieses Kartells genannt, was vom Sekretariat vollumfänglich ignoriert werde.³⁵⁰ Zudem bringt American vor, dass American ihre Preise autonom unmittelbar an ihrer Hauptgeschäftsstelle in den Vereinigten Staaten festlegen würde. Änderungen bei Luftfrachtraten, Zuschlägen und Kommissionen von American würden alle von der «Cargo Revenue Management-Gruppe» festgelegt und implementiert. American habe dementsprechend ohne die Kenntnis und die Mitwirkung der Hauptgeschäftsstelle nicht an dem im Antrag umschriebenen Kartell teilnehmen können.³⁵¹

853. Weiter führt American zusammenfassend aus, dass die Anschuldigungen des Sekretariats auf untauglichen Beweisen beruhen würden. Gemäss American unterteilten sich diese untauglichen Beweise in sechs Kategorien: 1. Kommunikationen zwischen anderen Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung von American, in denen auf öffentliche Information von American Bezug genommen werde; 2. Passive Teilnahme an Sitzungen [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] und Erhalt von Sitzungsprotokollen sowie E-Mails, auf die American nicht geantwortet habe; 3. Im Rahmen [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ausgetauschte Informationen, auf die American nicht geantwortet habe; 4. Austausch von öffentlichen, nicht sensitiven Informationen; 5. Unterlagen, die aus dem Zusammenhang gerissen würden; Kommunikationen zwischen American und dem «national carrier» in einer Zeitspanne, in welcher die zwei Luftverkehrsunternehmen eine Allianz gebildet hätten, die von den USA mit kartellrechtlicher Immunität ausgestattet und die auch unter europäischem und schweizerischem Recht geschützt worden sei.³⁵²

854. Zu diesen Ausführungen kann zunächst analog auf die Ausführungen in den Randziffern 827 f. und 836 f. verwiesen werden. American distanzierte sich vom Informationsaustausch [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] nur in Bezug auf Frachtraten. In Bezug auf andere Elemente hat sich American nicht vom Informationsaustausch distanziert. Damit hat American am Informationsaustausch teilgenommen. Insbesondere ist auch auf die E-Mail-Kette vom Juni 2004 hinzuweisen (vgl. Rz 292). Im Rahmen dieser E-Mail-Kette äussert sich American folgendermassen: «Ich schliesse mich der Meinung von [...] in einigen Punkten an. Es kann nicht angehen, dass wir auf der einen Seite eine Arbeitsgruppe in die Welt rufen, mit dem Ziel den Schweizer Markt attraktiver zu gestalten, indem wir Airlines vereinter und konsequenter auftreten und zwar in allen Belangen und auf der anderen Seite geben wir, wie jetzt klar zu sehen, ein derart uneiniges Bild ab, was jeden weiteren Kommentar eruebrigt. Bevor wir mit dem Projekt 'development swiss market' weiterverfahren, waere es doch angebracht, sich die Ziele nochmals ganz genau vor Augen zu fuhren.»³⁵³ Der Interpretation von American, wonach diese E-Mail aufzeige, dass American unangemessene Diskussionen [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] über die Gestaltung von Preisen nicht toleriert habe, kann nicht gefolgt werden.³⁵⁴ Vielmehr zeigt die E-Mail, dass American in allen Belangen ein vereinteres und konsequen-

³⁵⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁵¹ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁵² Vgl. act. [...], act. [...].

³⁵³ Vgl. act. [...].

³⁵⁴ Vgl. act. [...].

teres Vorgehen befürwortete. Überdies zeigt diese E-Mail-Kette beispielhaft, dass American selber ohne jegliche Vorbehalte an der Kommunikation beteiligt war.

855. Betreffend die geltend gemachte Ungleichbehandlung bei der Verfahrensbeteiligung kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 817 verwiesen werden. [...]

856. Zum Argument der Bereitstellung von öffentlich bekannten Informationen kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 830 verwiesen werden. Zudem hat American mit der Bereitstellung von Informationen mitgeholfen, das System des gegenseitigen Austausches von Informationen am Laufen zu halten. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine Nicht-Nennung von American im ersten mündlichen Selbstanzeigeprotokoll nicht gegen eine Teilnahme von American am Informationsaustausch spricht. Insgesamt zeigen die Verfahrensakten, dass American an verschiedenen Kontakten beteiligt war. Dabei ist unerheblich, auf welcher hierarchischen Ebene diese Beteiligung stattfand. American wird als Ganzes als Unternehmen erfasst. Daher ist eine Beteiligung an der Abrede auf Stufe Hauptquartier nicht notwendig.

857. Dem Vorbringen, dass Unterlagen aus dem Zusammenhang gerissen oder gar falsch dargestellt würden, ist zu widersprechen. Von einer falschen Wiedergabe kann nicht die Rede sein. Die Beweismittel werden so wiedergegeben, wie sie vorliegen. Zudem handelt es sich bei der Sachverhaltsfeststellung um eine Darlegung der Akten. Diese Darlegung zeigt eine Vielzahl von Kontakten mit Bezug zu American. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Selbstanzeigerinnen ihre Dokumente im Rahmen von Bonusmeldungen einbringen. Dadurch setzen die Selbstanzeigerinnen ihre Dokumente in einen bestimmten Zusammenhang.

858. Inwiefern American sich wie behauptet auf kartellrechtliche Immunität berufen kann, ist im Rahmen des Geltungsbereiches (vgl. Abschnitt B.1) zu klären.

859. Schliesslich bringt American vor, der Antrag bilde keine ausreichende Grundlage für die Gewähr rechtlichen Gehörs für American. Trotz des Umfangs des Antrags sei es American vorliegend nicht möglich zu verstehen, weshalb American beschuldigt werde, am behaupteten Kartell teilgenommen zu haben. An keiner Stelle des Antrags werde klar beschrieben, weshalb American der Teilnahme an dem Kartell beschuldigt werde. Stattdessen werde American wiederholt mit den anderen Adressaten des Antrags in Verbindung gebracht, deren Verhalten sich vollständig von demjenigen von American unterschieden habe.³⁵⁵

860. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt.³⁵⁶ Dabei ist klar, dass sich dies nur auf den Entscheid der Behörde bezieht. Inwiefern sich diese Rechtsprechung auch auf den Antrag des Sekretariats anwenden lässt, ist unklar. Diese Frage braucht vorliegend indes nicht geklärt zu werden, da aus dem Antrag klar hervorgeht, was American vorgeworfen wird: Die Teilnahme an einem [...] organisierten Informationsaustausch betreffend Elemente des Luftfrachtpreises. Offensichtlich war American in der Folge in der Lage, zum Antrag ausführlich Stellung zu nehmen. Der Ansicht, dass American nicht wisse, was ihr vorgeworfen werde, kann dem-

³⁵⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁵⁶ Vgl. BGE 129 I 232, E. 3.2.

nach nicht gefolgt werden. Selbst wenn man annehmen wollte, der Antrag müsse aufgrund des strafrechtlichen Charakters des KG-Sanktionsverfahrens³⁵⁷ den Ansprüchen an eine strafrechtliche Anklageschrift beziehungsweise dem Anklageprinzip³⁵⁸ genügen, erwiese sich der vorliegende Antrag damit als rechtskonform.

861. Bezüglich Kriegsrisikozuschläge geht American davon aus, dass die Auflistung von American ein Flüchtigkeitsfehler bei der Erstellung von Tabelle 8 zu sein scheine, da das Sekretariat [die Verbindung zu den anderen Luftverkehrsunternehmen] als solche nicht als Verstoss gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften einstuft.³⁵⁹

862. Hierzu gilt es festzuhalten, dass es sich bei der Auflistung von American bei der Beteiligung an Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen nicht um einen Flüchtigkeitsfehler handelt. American hatte spätestens ab Oktober 2001 Zugang zu den [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen ausgetauschten Informationen]. In Bezug auf Kriegsrisikozuschläge hat sich American nicht vom Informationsaustausch distanziert. Damit hat American am Informationsaustausch bezüglich Kriegsrisikozuschläge teilgenommen (vgl. Rz 830 und Rz 854).

A.4.11.6 Stellungnahme United

863. United macht geltend, dass das Sekretariat vorliegend den erforderlichen Beweisstandard nicht erfülle. Das Sekretariat vermöge nicht, ohne berechtigte Zweifel nachzuweisen, dass United anwendbares Recht verletzt habe. Es sei nicht bewiesen, dass United an einer Abrede zur Preisfestsetzung beteiligt gewesen sei, welche die Beseitigung oder erhebliche Einschränkung wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt bezweckte. Auch sei nicht nachgewiesen, dass eine allfällige Abrede eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt bewirkt habe. Es sei denn auch nicht nachgewiesen, dass die allfällige Unzulässigkeit eines solchen Verhaltens nicht widerlegt werden könne. Dies gelte auch für die Frage der Rechtfertigung der vorgeworfenen erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz.³⁶⁰

864. Dazu ist zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 851 zu verweisen, wonach zwischen Beweislast und –würdigung sowie den anwendbaren Auslegungsgrundsätzen zu unterscheiden ist. Es ist ausserdem zu wiederholen, dass nicht nur ein einziges Beweismass zur Anwendung kommt. So dürfen, wie ausgeführt, die Anforderungen an den Nachweis ökonomischer Zusammenhänge nicht übertrieben werden (vgl. Rz 834). Dies stellt auch United zu Recht nicht in Frage.³⁶¹

865. United bringt vor, dass keiner ihrer Wettbewerber United als Kartellmitglied bezeichnet oder irgendwelche Beweismittel beigelegt habe, um Uniteds Beteiligung an einem globalen oder irgendeinem anderen Kartell bezüglich Gebühren und Zuschläge für Luftfrachtdienstleistungen zu beweisen. Es sei vielmehr geradezu so, dass [...] als Teil ihrer ersten freiwilligen Selbstanzeige ausdrücklich zu Protokoll gegeben habe, dass United nicht am untersuchten Kartell beteiligt sei.³⁶²

866. Dem ist entgegenzuhalten, dass [...] im Rahmen der ersten mündlichen Protokollerklärung vom 23. Dezember 2005 keineswegs ausdrücklich ausgeführt hat, dass United nicht am

³⁵⁷ Vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³⁵⁸ Vgl. STEFAN HEIMGARTNER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2011, Art. 325 StPO N 18 ff.

³⁵⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁶⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁶¹ Vgl. act. [...].

³⁶² Vgl. act. [...].

untersuchten Kartell beteiligt sei. Vielmehr führt [...] aus, dass auch Gespräche mit Gesellschaften geführt worden seien, «mit denen [...] bestehen, nämlich United Airlines und Scandinavian Airlines Cargo». Und weiter: «Es gibt weitere Beweise dafür, dass zwischen [...], SAS, Singapore Airlines und United Airlines bezüglich Änderungen der Methodologie der Treibstoffzuschläge Kontakte stattgefunden haben.»³⁶³ Es kann somit nicht gesagt werden, United sei von keinem anderen Unternehmen der Beteiligung am Informationsaustausch bezichtigt worden.

867. Zudem macht United geltend, eine allfällige Kommunikation zwischen dem Generalverkaufsagenten von United und anderen Luftfrachtunternehmen [...] sei wettbewerbsrechtlich gar nicht relevant. Der Generalverkaufsagent von United habe keinerlei Befugnisse gehabt, irgendwelche Zuschläge festzusetzen, abzuändern oder auf solche zu verzichten. Im selben Umfang, in dem somit Informationen zu United durch deren Generalverkaufsagenten [...] ausgetauscht hätten werden können, seien diese Informationen bereits öffentlich gewesen. Es habe auch keine Kommunikation des Generalverkaufsagenten an die Entscheidungsträger bei United gegeben. Zudem hätten sämtliche Informationen, welche der Generalverkaufsagent erhalten habe, keinen Einfluss auf die Treibstoffzuschläge in der Schweiz gehabt. [...] Ausserdem macht United geltend, dass das Sekretariat keinen Unterschied zwischen den am harten Kartell Beteiligten und den blossen passiven Empfängern von Informationen treffe.³⁶⁴

868. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 827 f. verwiesen werden: United hat sich vom Informationsaustausch [...] nicht distanziert. Damit hat United am Informationsaustausch teilgenommen.

A.4.11.7 Stellungnahme SAS (Scandinavian)

869. Scandinavian macht geltend, dass Scandinavian in der Schweiz bis Frühling 2002 über eigenes Personal verfügt habe, dieses aber über keine Entscheidungsbefugnisse verfügt habe. Sämtliche Entscheide seien am Hauptsitz von Scandinavian getroffen worden, «même si cela impliquait que SAS Cargo ne suive pas l'accord conclu entre le transporteur local et les autres transporteurs». Das Personal von Scandinavian habe lediglich öffentlich verfügbare Informationen bereitgestellt.³⁶⁵

870. Dazu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 827 f. verwiesen werden: Scandinavian hat sich vom Informationsaustausch [...] nicht distanziert. Damit hat Scandinavian am Informationsaustausch teilgenommen.

871. Weiter bringt Scandinavian vor, dass sie nicht über die Kontakte von [...] mit anderen Luftverkehrsunternehmen informiert gewesen sei. Im Gegenteil, [...] habe Scandinavian versichert, dass ihre bilaterale Kommunikation von den Wettbewerbsregeln freigestellt sei. Diese freigestellten Kontakte würden die Hauptbeweise hinsichtlich Treibstoffzuschläge bis in das Jahr 2002 und die einzigen Beweise für die Zeitspanne ab Mai 2002 darstellen.³⁶⁶ In Bezug auf die Kontakte von [...] mit anderen Luftverkehrsunternehmen führt Scandinavian aus, dass diese im Rahmen von persönlichen Netzwerken stattgefunden hätten («réseau des anciens»). Zu diesen Netzwerken hätten die Mitarbeiter von Scandinavian nicht gehört.³⁶⁷ Für Scandinavian sei es aufgrund der Anzahl von Luftverkehrsunternehmen mit gleichzeitigen

³⁶³ Vgl. act. [...].

³⁶⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁶⁵ Vgl. act. [...].

³⁶⁶ Vgl. act. [...], act. [...], act. [...] (act. [...]).

³⁶⁷ Vgl. act. [...].

und parallelen Änderungen der Treibstoffzuschläge gar nicht möglich gewesen zu erahnen, ob und welche Luftverkehrsunternehmen unzulässige Kontakte unterhalten hätten.³⁶⁸

872. Darauf ist zunächst zu entgegnen, dass etwaige Freistellungen durch ausländische Behörden (EU-Kommission und Amerikanisches Verkehrsministerium [U.S. Department of Transportation; nachfolgend: DoT]) keine Bindungswirkung für die schweizerischen Wettbewerbsbehörden entfalten (vgl. die nachfolgenden Ausführungen in Randziffer 1105). Zudem führt Scandinavian selber aus, dass sie systematisch die internen E-Mails von [...] in Kopie erhalten habe: «Pour presque chacun des huit événements relatifs à la surtaxe sur le carburant impliquant des communications entre les sièges respectives de SAS Cargo et [...], SAS Cargo peut prouver qu'il figurait en copie en tant que destinataire direct des communiqués internes de [...]»³⁶⁹ Gemäss festgestelltem Sachverhalt informiert [...] intern über ihre Kontakte mit anderen Luftverkehrsunternehmen (vgl. Abschnitt A.4.4). Somit war Scandinavian entgegen ihrer Behauptung über die Kontakte zwischen [...] und anderen Luftverkehrsunternehmen informiert. So hat Scandinavian [...] den Kontakt behalten: [...]

873. Weiter macht Scandinavian geltend, dass sie lediglich an zwei Treffen ([...]) teilgenommen hätten. Gemäss Scandinavian würden diese zwei Treffen keine unzulässigen Abreden beweisen.³⁷⁰

874. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Kontakte nicht nur an Treffen stattfanden. [...]

875. Dann bringt Scandinavian bezüglich des Beweismasses unter Verweis auf die Literatur vor, dass die WEKO den Vollbeweis der Beteiligung eines Unternehmens an einer Absprache erbringen müsse. Die WEKO müsse die bewusste und gewollte Beteiligung des Unternehmens an der kollektiven Handlung mit dem gemeinsamen Ziel der Beschränkung des Wettbewerbs auf einem Markt zeigen. Einfache Vermutungen würden nicht genügen. Wenn die Behörde den Vollbeweis für die konstitutiven Elemente nicht erbringen könne, dann trage sie die Konsequenzen. Die Darlegung der Teilnahme an einem harten Kartell enthalte keine ökonomische Einschätzung. Demnach könne hierfür keine wie vom Sekretariat signalisierte Ausnahme zur Regel des Vollbeweises vorliegen. Zudem hätten die im Antrag vorgelegten Beweismittel keine Beweiskraft. Es handle sich nicht um direkte Beweise in Bezug auf Scandinavian, sondern ausschliesslich um Berichte anderer Luftverkehrsunternehmen oder bloss um indirekte Beweise. Indirekte Beweise oder Beweise vom Hörensagen hätten gemäss Literatur und der Rechtsprechung des EuGH keine oder nur eine untergeordnete Bedeutung. Insgesamt erfülle der Antrag die Beweiserfordernisse in Bezug auf Scandinavian nicht.³⁷¹

876. Dazu ist zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 851 zu verweisen, wonach zwischen Beweislast und –würdigung sowie den anwendbaren Auslegungsgrundsätzen zu unterscheiden ist. Es ist ausserdem zu wiederholen, dass nicht nur ein einziges Beweismass zur Anwendung kommt. So dürfen, wie ausgeführt, die Anforderungen an den Nachweis ökonomischer Zusammenhänge nicht übertrieben werden (vgl. Rz 834). Betreffend die Beweisführung mittels indirekter Beweise beziehungsweise Indizien kann auf die Ausführungen in Randziffer 187 verwiesen werden.

877. Scandinavian bringt auch vor, [andere Luftverkehrsunternehmen] seien ebenfalls an den genannten Kontakten beteiligt gewesen. Allerdings hätte die Handlungen dieser Luftverkehrsunternehmen keine Verantwortung nach sich gezogen.³⁷²

³⁶⁸ Vgl. act. [...].

³⁶⁹ Vgl. act. [...].

³⁷⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁷¹ Vgl. act. [...].

³⁷² Vgl. act. [...], act. [...].

878. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 855, 872 und 874 verwiesen werden.

879. Scandinavian macht geltend, dass sich Scandinavian auf die Weitergabe von bereits öffentlich zugänglich gemachten Informationen beschränkt habe. Es sei darum gegangen, die Treibstoffzuschläge von Scandinavian an das Rechnungssystem CASS zu melden. In diesem Zusammenhang habe es sich auch um Erwartungshaltungen anderer Luftverkehrsunternehmen zum Verhalten von Scandinavian gehandelt.³⁷³

880. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 830 verwiesen werden. In Bezug auf die Einspeisung von Informationen in das Rechnungssystem CASS ist festzustellen, dass Scandinavian erwiesenermassen Kontakte mit [...] in Bezug auf Treibstoffzuschläge hatte. Die Teilnahme von Scandinavian am Informationsaustausch beeinflusste und vereinfachte die Erwartungsbildung und –haltung der anderen Luftverkehrsunternehmen.

881. Scandinavian bringt vor, dass die Kontakte von Scandinavian an den Treffen [...] vor dem 1. Juni 2002 stattgefunden hätten. Diese Treffen hätten somit ausserhalb des relevanten Zeitrahmens stattgefunden. Ziel dieser Treffen sei nicht die Koordination von Treibstoffzuschlägen gewesen. Das Zusammentragen der Informationen an diesen Treffen hätte nach deren öffentlichen Bekanntgabe stattgefunden. [...]

882. Dazu gilt es festzuhalten, dass der Zeitpunkt 1. Juni 2002 für die Feststellung des Sachverhaltes nicht entscheidend ist. Zur Subsumtion von Sachverhalten vor dem 1. Juni 2002 kann auf Abschnitt B.3 verwiesen werden. Die Darstellung der erwähnten [...] Treffen dient denn auch zur Vervollständigung des Gesamtbildes [...]

883. Scandinavian bemängelt die Feststellung, dass Scandinavian von den Kontakten [...] wusste und Scandinavian den Kontakt zu den anderen Luftverkehrsunternehmen [...] aufrecht hielt. Diese zwei Behauptungen seien unbegründet und würden auf nachweislich inexakten Fakten beruhen. [...] Ebenfalls würden auch die bilateralen Kontakte mit [...] keine Kenntnis von dem unzulässigen Verhalten der anderen Luftverkehrsunternehmen implizieren.³⁷⁴

884. Zuerst ist erneut darauf hinzuweisen, dass Scandinavian [...] den Kontakt behalten hatte: [...] Abgesehen davon kannte Scandinavian [das zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] implementierte Netzwerk für den Informationsaustausch. Indem Scandinavian mit [...] Informationen austauschte, musste Scandinavian zwangsläufig davon ausgehen, dass diese in das Netzwerk [...] gelangen würden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Scandinavian nach eigenen Angaben systematisch die internen E-Mails von [...] in Kopie erhalten hätte.³⁷⁵

A.4.11.8 Stellungnahme Singapore

885. Singapore bringt vor, dass der überwiegende Teil der im Antragsentwurf enthaltenen Darstellung der Beteiligung der Hauptquartiere bloss die übliche Überwachung der lokalen Preissetzung durch das Management innerhalb international tätiger Unternehmen darstelle. [...]

886. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es nicht alleine um die Beteiligung der Hauptquartiere geht. Der Antrag stellt bei der Feststellung des Sachverhalts und bei der Subsumtion auch nicht nur auf die Kontakte auf Stufe Hauptquartier ab. Zudem gehen die nachgewiesenen Kontakte über eine blossige Überwachung der lokalen Preissetzung innerhalb eines Unternehmens hinaus. Denn die Kontakte fanden zwischen verschiedenen Luftverkehrsunter-

³⁷³ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁷⁴ Vgl. act. [...].

³⁷⁵ Vgl. act. [...].

nehmen statt. Exemplarisch zeigt sich dies gerade für Singapore am nachgewiesenen Informationsaustausch [mit den anderen in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen].

887. Weiter bringt Singapore vor, das Verkaufspersonal in [der Schweiz] habe Instruktionen erhalten, welche auf die Anwendung der eigenen vertraulichen und individuellen internen Berechnungsmethode abgestellt hätten.³⁷⁶

888. Zu diesen Ausführungen kann zunächst analog auf die Ausführungen in den Randziffern 827 f. und 836 f. verwiesen werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Singapore [...] massgeblich zum Informationsaustausch [...] beigetragen hat (vgl. bspw. die E-Mail vom 30. Juni 2005: «[...] It is time again to exchange information. I therefore depend on your indication about on how much do you charge and your implementation date (if not based on actual weight please let me know). [...] AND SQ will be charging new CHF 0.57 with effective from 11. July 2005»³⁷⁷).

889. Singapore bestreitet die Sachverhaltsdarstellung im Antrag. Die Vorbringen, auf die der Antrag verweise, stützten nicht die Darstellung eines angeblichen komplexen Netzwerks von Kontakten [...], um Anpassungen der Treibstoffzuschläge zu koordinieren. Vielmehr beträfen die im Antrag beschriebenen Kontakte [...] Verhaltensweisen, die [...] rechtmässig gewesen seien und keinen wesentlichen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt hätten. Singapore bestreite die Kontakte [mit den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] nicht. Fraglich sei aber, wie man diese rechtlich dann auswerten müsse: [...] Die von der Selbstanzeigerin angezeigten Aktivitäten der [...] Luftfrachtgesellschaften der «Kerngruppe» wiesen eine andere Natur auf, [...]. Allerdings sei Singapore weder Teil dieser Verhaltensweise gewesen noch habe sie von deren Existenz gewusst.³⁷⁸

890. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 832 verwiesen werden. [...]

891. Singapore macht in Bezug auf Kriegsrisikozuschläge und Frachtraten geltend, dass keine Beweise existierten, die eine Abrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise betreffend Kriegsrisikozuschläge und eine Beschränkung des Wettbewerbs für den Verkauf von Luftverkehrsdiensten auf [den vorliegend relevanten Strecken] aufzeigten und sogar noch weniger Beweise, welche eine Verknüpfung von Singapore Cargo zu einer solchen Abrede oder abgestimmten Verhaltensweise zeigten.³⁷⁹

892. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass Singapore [...] am Informationsaustausch betreffend Kriegsrisikozuschläge teilnahm beziehungsweise sich nicht explizit davon distanzierte.

893. In Bezug auf die Kommissionierung von Zuschlägen macht Singapore geltend, dass die Vorbringen im Antrag nicht die tatsächlichen Verhältnisse widerspiegeln würden, sondern es werde darin eine Überbewertung einzelner Vorfälle vorgenommen, ohne diese in den richtigen Zusammenhang zu stellen. Die fraglichen Kontakte hätten in Wahrheit eine Auseinandersetzung innerhalb der Luftfrachtindustrie zwischen der Gruppe der Fluggesellschaften und der Gruppe der Spediteure bezüglich der angemessenen Auslegung einer standardisierten Vertragsklausel in der vertraglichen Beziehung zwischen den Spediteuren und den Fluggesellschaften betroffen. Die Kontakte beträfen die Koordination zwischen Konkurrenten in Bezug auf die Auslegung der standardisierten Vertragsbestimmungen, welche die Beziehungen mit den wichtigsten Kunden regeln würden. Namentlich bildeten die IATA Beschlüsse, die das IATA Cargo Agency Programm begründet hätten, Bestandteil der kommerziellen Beziehungen zwischen den Spediteuren und den Fluggesellschaften. Der IATA Beschluss 801 begründe die Struktur des Standardvertrages zwischen den Fluggesellschaften und den

³⁷⁶ Vgl. act. [...].

³⁷⁷ Vgl. act. [...]; vorne Rz 217 und Rz [...].

³⁷⁸ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁷⁹ Vgl. act. [...].

Spediteuren. Die Auseinandersetzung zwischen der Gruppe der Fluggesellschaften und der Gruppe der Spediteure habe die Bedeutung des Begriffs «andere Gebühren» («other charges») im IATA Beschluss 801 betroffen.³⁸⁰

894. Dieser Interpretation der vorliegenden Beweismittel kann nicht gefolgt werden. Aufgrund der Beweismittel kann nicht von einer blossen Koordination in Bezug auf die Auslegung von standardisierten Vertragsbestimmungen gesprochen werden. Vielmehr bestätigten und bekräftigten die Luftverkehrsunternehmen, sich gegenseitig, keine Kommissionen auf den Zuschlägen zu gewähren.

895. Singapore merkt an, dass der Antrag fälschlicherweise annehme, dass vorliegend von einem herabgesetzten Beweismass ausgegangen werden könne.³⁸¹

896. Diese Anmerkung ist unzutreffend. Der Antrag geht nicht von einem durchwegs herabgesetzten Beweismass aus: Es kann auf die Ausführungen in den Randziffern 813 bis 815 verwiesen werden.

897. Singapore bringt sodann vor, dass der Antrag eine überbordende Menge an Hintergrundinformationen zu Verhaltensweisen enthalte, welche weder in die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission falle, noch irgendeinen Einfluss oder Zusammenhang zu möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen oder Praktiken in der Schweiz aufweisen würde. Ähnliches gelte auch bezüglich der detaillierten Beschreibung von Hintergrundtatsachen, welche sich vor Juni 2002 hätten ereignet haben sollen, also zu einem Zeitpunkt, für welchen der WEKO keine Sanktionsbefugnis zukomme. Die Erfassung derart detaillierter Hintergrundinformationen sei nicht notwendig, um das Untersuchungsverfahren für die Schweiz zu einem Abschluss zu bringen. Es genüge eine inhaltliche Beschränkung auf Verhaltensweisen in der Schweiz und hinsichtlich Koordinationsaktivitäten auf Stufe Hauptquartier eine Beschränkung auf die von [...] beschriebene «Kerngruppe».³⁸²

898. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen unter Randziffer [...] verwiesen werden. In Bezug auf den Zeitraum ohne Sanktionsbefugnis der WEKO gilt es festzuhalten, dass die Frage nach der Sanktionsbefugnis der WEKO ohne Bedeutung für die Feststellung des Sachverhalts und für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Verhaltensweise ist (vgl. Rz 924).

A.4.11.9 Stellungnahme [...]

899. [...] macht geltend, es sei unklar, wie der Kreis der Parteien bestimmt worden sei. Offensichtlich sei aber, dass mehrere Fluggesellschaften, die in den Akten des Sekretariats der WEKO ebenfalls als Adressaten oder Absender von Nachrichten im Rahmen von Preisrunden im Treibstoffzuschlagsbereich nach dem 1. April 2004 explizit und sogar mehrmals aufgeführt seien, nicht als Adressaten der Untersuchung beziehungsweise als Parteien erwähnt würden. Dies treffe unter anderem auf Unternehmen wie [...] und weitere zu. Weshalb diese Fluggesellschaften nicht in das Verfahren involviert worden seien beziehungsweise die in der Bekanntmachung zur Untersuchungseröffnung der WEKO genannten und im Antrag als Parteien bezeichneten Unternehmen «berücksichtigt» worden seien, sei unklar. Es sei offensichtlich, dass auch in diesem elementaren Punkt das Sekretariat der WEKO den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig abgeklärt habe und eine willkürliche Auswahl der Untersuchungsadressaten beziehungsweise Parteien getroffen habe. Völlig unverständlich sei dieser Fehler bei [...], die - wie übrigens auch [...] - im relevanten Zeitraum die Schweiz im Unterschied zu [...] direkt angefliegen habe [...] [...] Obwohl dies bereits aus seiner eigenen Darstellung der verschiedenen Preisrunden geschlossen werden könne, habe das Sekretari-

³⁸⁰ Vgl. act. [...].

³⁸¹ Vgl. act. [...].

³⁸² Vgl. act. [...].

at der WEKO diese Abläufe aber offensichtlich nicht erkannt, was abermals auf eine unvollständige Sachverhaltserhebung zurückzuführen sei.³⁸³

900. Betreffend die geltend gemachte Ungleichbehandlung bei der Verfahrensbeteiligung kann auf die Ausführungen in Randziffer 817 verwiesen werden.

901. [...] bemängelt, dass das Sekretariat den Sachverhalt bis weit über den für die Sanktionierung nach dem KG entscheidenden Zeitpunkt des 1. April 2004 zurück darstelle. Für die Festlegung einer KG-Sanktion, wie im Antrag vorgesehen, könne lediglich das Verhalten ab dem genannten Zeitpunkt herangezogen werden.³⁸⁴ Ebenso würden die Ausführungen [...] über Kriegsrisikozuschläge nur einen Zeitraum bis spätestens Frühjahr 2004 betreffen. Deshalb würden [...] Kriegsrisikozuschläge keine Sachverhalte darstellen, die ein «KG-Sanktionsverfahren» rechtfertigen würden.³⁸⁵

902. Dazu kann analog auf die Ausführungen in Randziffer 882 verwiesen werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Verhaltensweisen auch ohne Sanktion einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterliegen. Dies trifft gerade für Sachverhalte vor dem 1. April 2004 zu (vgl. nachfolgend Rz 1119).

903. In Bezug auf Treibstoffzuschläge macht [...] geltend, das Sekretariat vermöge den Beweis nicht zu erbringen, dass die von [...] weitergegebenen Informationen nicht schon öffentlich bekannt gewesen seien. Eine Weitergabe öffentlich bekannter Informationen stelle keine kartellrechtlich relevante Handlung dar. Das Sekretariat habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt. Die vorliegende Sachverhaltsfeststellung bilde kein genügendes Tatsachengrundament. Deshalb sei das Verfahren gegenüber [...] einzustellen. Für [...] sei auch fraglich, welchem Zweck die Aufzählung von Kontakten auf den Strecken diene, die von der WEKO aufgrund bilateraler Luftverkehrsabkommen gar nicht erfasst werden könnten.³⁸⁶

904. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 830 verwiesen werden. Die Beteiligung von [...] am Informationsaustausch zeigt sich beispielhaft anhand [eines Treffens im April 2003]. An diesem Treffen dankte [...] für die aktive Teilnahme bei der Einigung auf den gleichen Betrag bei der Einführung von Treibstoffzuschlägen. An diesem [...] Treffen nahm auch [...] teil. Weiter ist erstellt, dass auch [...] Zugang [zum Informationsaustausch zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] hatte (vgl. Rz 827). Schliesslich ist [...] auch entgegenzuhalten, dass sie selber im Rahmen einer Selbstanzeige ein nach ihrem Dafürhalten kartellrechtswidriges Verhalten gemeldet hat.

905. [...] kritisiert weiter die Darstellung von Kontakten zwischen [...] und anderen Luftverkehrsunternehmen in Bezug auf Frachtraten. Die entsprechenden Ausführungen im Antrag und daraus gezogenen Schlüsse seien schleierhaft beziehungsweise geradezu abenteuerlich. Es stehe fest, dass zwischen den genannten Kontakten und vorliegendem Verfahren kein Zusammenhang bestehe.³⁸⁷

906. Diese Kritik von [...] ist nicht nachvollziehbar. Es handelt sich sowohl bei den kritisierten Darstellungen als auch bei den Schlussfolgerungen um die eigenen Ausführungen von [...] im Rahmen ihrer Selbstanzeige: [...] selber hat diese Ausführungen und Schlussfolgerungen zu Protokoll gegeben. Daher muss zwischen den genannten Kontakten und vorliegendem Verfahren ein Zusammenhang bestehen.³⁸⁸

³⁸³ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁸⁴ Vgl. act. [...].

³⁸⁵ Vgl. act. [...].

³⁸⁶ Vgl. act. [...].

³⁸⁷ Vgl. act. [...].

³⁸⁸ Vgl. act. [...].

907. [...] bringt vor, dass es vor 2004 vereinzelte Stimmen innerhalb [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] gegeben habe, die sich über den Ratenpreiskampf beschwert hätten, es sei aber nie zu einem entsprechenden Informationsaustausch gekommen. Zudem [hätten sich die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen in einem Brief] gerade aus kartellrechtlichen Gründen geweigert, Listen mit gleichzeitigen Nettoraten-Änderungen zu liefern. Auch deshalb sei das Verfahren gegenüber [...] einzustellen.³⁸⁹

908. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Sachverhaltsfeststellungen sehr wohl einen Informationsaustausch belegen. Daran ändert auch nichts, dass [die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im fraglichen Brief festgehalten haben], dass «no rates and rate changes will be discussed [...] due to the antitrust regulation». Wie die Sachverhaltsfeststellungen zeigen, wurde [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] entgegen diesen Äusserungen sehr wohl über Frachtraten gesprochen (vgl. Rz 619 und Rz 660).

909. Betreffend die Kommissionierung von Zuschlägen macht [...] geltend, [...]. Es sei nur um die Koordinierung [...] zur rechtlichen Abklärung und adäquaten Reaktion gegen Forderungen wie diejenige der Spediteure gegangen.³⁹⁰

910. Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass [...] im Rahmen ihrer Selbstanzeige selber auf die Kontakte betreffend die Kommissionierung von Zuschlägen hingewiesen hat.³⁹¹ Wenn [...] diese Kontakte im Rahmen von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG als Wettbewerbsbeschränkung meldet, ist es widersprüchlich, wenn [...] nun ausführt, es sei nur um die Koordinierung [...] zur rechtlichen Abklärung und adäquaten Reaktion gegen Forderungen der Speditionen gegangen und damit lägen keine Absprachen vor.

A.4.11.10 Stellungnahme [...]

911. [...] bringt vor, dass für [...] eine Beteiligung an der Abrede über Treibstoffzuschläge erst ab Oktober 2001 nachgewiesen sei.³⁹²

912. Dazu ist festzuhalten, dass [...] lediglich eine andere Würdigung der Beweismittel vornimmt als das Sekretariat.

913. [...]

914. [...]

915. [...] bringt dann vor, die EU-Kommission habe das Verfahren in Bezug auf Kriegsrisikozuschläge eingestellt. Dies lege nahe, auch das Verfahren vor der WEKO einzustellen, soweit es sich auf die Kriegsrisikozuschläge beziehe. Zudem bestünde kein Nachweis, dass Kriegsrisikozuschläge auf den relevanten Strecken tatsächlich erhoben worden seien. «Nach den [...] vorliegenden Informationen und nach bestem Wissen hat [...] keine Anhaltspunkte, in Kontakte betreffend die WRS [Kriegsrisikozuschläge] auf den hier relevanten Strecken involviert gewesen zu sein». [...] habe in der Schweiz auch keine Kriegsrisikozuschläge veranschlagt. Auch habe [...] keinen Beitrag zu einer allfälligen Wettbewerbsabrede über Kriegsrisikozuschläge geleistet.³⁹³

916. Zum Vorbringen betreffend Einstellung durch die EU-Kommission kann auf die Ausführungen in Randziffer 122 verwiesen werden. Betreffend den fehlenden Nachweis der Einführung von Kriegsrisikozuschlägen auf den relevanten Strecken ist festzuhalten, dass [...] am

³⁸⁹ Vgl. act. [...].

³⁹⁰ Vgl. act. [...].

³⁹¹ Vgl. act. [...].

³⁹² Vgl. act. [...].

³⁹³ Vgl. act. [...], act. [...].

Informationsaustausch beteiligt war, auch in Bezug auf das Element Kriegsrisikozuschläge. Es ist darauf hinzuweisen, dass wie nachfolgend gezeigt, eine Gesamtabrede (vgl. Abschnitt B.3) vorliegt. Daher ist es unerheblich, auf welche Strecken die einzelnen Elemente dieser Abrede Anwendung fanden. Schliesslich ist in Erinnerung zu rufen, dass [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a KG eingereicht hat, welche auch die Kriegsrisikozuschläge betrifft.³⁹⁴ Das Vorbringen von [...], wonach die Kontakte zwischen [...] und [...] auf rein bilateraler Basis stattgefunden hätten und [...] nicht mit einer Weitergabe durch [...] habe rechnen müssen, überzeugt nicht. [...] war das System des Informationsaustausches sehr wohl bekannt. [...] durfte nicht darauf vertrauen, dass die an [...] übermittelten Informationen nicht weitergegeben würden.

917. [...] bringt ebenfalls zu Zollabfertigungszuschlägen für die USA vor, dass die EU-Kommission diesbezüglich das Verfahren wegen «unzureichender Beweise» eingestellt habe.³⁹⁵ Die Kontakte [...] hätten einheitliche technische Standards bezweckt. Die Kontakte [...] bildeten jedoch keine Ursache für eine allfällige Wettbewerbsabrede und hätten dazu auch keinen Beitrag geleistet.³⁹⁶

918. Zum Vorbringen betreffend Einstellung durch die EU-Kommission kann wiederum auf die Ausführungen in Randziffer 122 verwiesen werden. Zudem ist ebenfalls festzuhalten, dass [...] lediglich eine andere Würdigung der Beweismittel vornimmt als das Sekretariat.

919. Ebenfalls zur Kommissionierung von Zuschlägen bringt [...] vor, dass [...] nicht daran beteiligt gewesen sei. Die Kontakte über die Kommissionierung von Zuschlägen hätten aber nicht die Wirkung einer Abrede, die den Wettbewerb auf den hier zur Diskussion stehenden Strecken beeinträchtigt hätte. Es sei die konstante Geschäftspolitik von [...] gewesen, Zuschläge nicht zu kommissionieren. Diesen Entscheid hätte [...] unabhängig von den anderen Parteien getroffen. Zudem sei Mitarbeitern von [...] verboten gewesen, sich an multilateralen Diskussionen zur Kommissionierung zu beteiligen.³⁹⁷

920. An der Verantwortlichkeit für eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung ändert das Vorbringen von [...] nichts, wonach [...] ihre Preise unabhängig festgelegt habe. Denn entgegen der Auffassung von [...] distanzierte sich [...] keineswegs vom Informationsaustausch [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen]. [...] nimmt lediglich eine andere Würdigung der Beweismittel vor als das Sekretariat. Es mag zutreffen, dass bei [...] intern die Anweisung an die Mitarbeiter bestand, sich nicht an multilateralen Diskussionen zur Kommissionierung zu beteiligen. Allerdings zeigt der Sachverhalt, dass sich [...] nicht von den entsprechend geführten Diskussionen distanziert hat. Überdies besprach [...] noch im Februar 2006 die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen mit [...] (vgl. Rz 745). Damit hat [...] am Informationsaustausch teilgenommen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich [...] mit dieser Auffassung selber widerspricht. Einerseits verwendet [...] das Verfahren in der EU mehrfach als Referenzpunkt.³⁹⁸ Andererseits gilt das Verfahren in der EU für [...] offenbar bei der Kommissionierung von Zuschlägen nicht als richtungsweisend. Immerhin war in der EU die Kommissionierung von Zuschlägen Teil des entsprechenden Verfahrens.³⁹⁹

921. [...] bringt dann auch zu Frachtraten vor, dass [...] weder an Abreden betreffend Frachtraten auf den hier relevanten Strecken noch an einer [...] «Gesamtabrede» über Frachtraten beteiligt gewesen sei. Zudem habe die EU-Kommission die Untersuchung betreffend Frachtraten «wegen unzureichender Beweise» eingestellt. Keine ausländische Wettbewerbsbehör-

³⁹⁴ Vgl. act. [...].

³⁹⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁹⁶ Vgl. act. [...].

³⁹⁷ Vgl. act. [...], act. [...].

³⁹⁸ Vgl. act. [...].

³⁹⁹ Medienmitteilung der EU-Kommission vom 9. November 2010, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1487_de.htm> (16.10.2012).

de habe in diesem Kontext festgestellt, dass es bei Frachtraten eine Absprache gegeben habe. Auch der Antrag stelle fest, [...] sei an Abreden über Frachtraten nicht beteiligt gewesen. An anderer Stelle aber gehe der Antrag aber trotzdem davon aus, dass [...] zwischen 2000 und Juni 2003 an solchen Abreden beteiligt gewesen sein könnte.⁴⁰⁰ Frachtraten, anders als Zuschläge, könnten nicht generell, [...] festgelegt werden. [...] Der Antrag erbringe in keiner Art und Weise einen Nachweis, dass für jede einzelne Strecke eine Absprache betreffend Frachtraten stattgefunden habe.⁴⁰¹

922. Zum Vorbringen betreffend Einstellung durch die EU-Kommission kann wiederum auf die Ausführungen in Randziffer 122 verwiesen werden. Die Beteiligung von [...] an den Kontakten zu Frachtraten ist rechtsgenügend nachgewiesen (vgl. Abschnitt A.4.8). Nichts anderes stellt der Antrag fest. Der von [...] geltend gemachte Widerspruch besteht nicht. Aus der von [...] angeführten Tabelle 37 geht lediglich hervor, dass [...] für Frachtraten nicht sanktioniert wird. Dies liegt aber nicht an der fehlenden Beteiligung von [...]. Vielmehr kann einzig eine Beteiligung von [...] im sanktionsrelevanten Zeitraum nicht nachgewiesen werden. Zudem ist eine Abrede über einen einzigen bestimmten Preis auch nicht notwendig (vgl. Rz 1562).

A.4.11.11 Stellungnahme [...]

923. [...] macht geltend, die gegenüber [...] in Bezug auf Frachtraten, Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA gemachten Vorhalte könnten nicht aufrechterhalten werden: Erstens enthalte der entsprechende Entscheid der EU mangels ausreichenden Beweises keinen Verstoß betreffend Frachtraten, Kriegsrisikozuschlägen und Zollabfertigungszuschlägen für die USA. Zweitens habe [...] nie Kriegsrisikozuschläge eingeführt. Und drittens werde im Antrag selber ausgeführt, dass [...] betreffend Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA nicht sanktioniert werden könne.⁴⁰²

924. Betreffend die von [...] erwähnte Entscheidung der EU-Kommission ist auf die Ausführungen in Randziffer 122 zu verweisen. Betreffend die Einführung von Kriegsrisikozuschlägen durch [...] ist festzuhalten, dass der Antrag eine solche Einführung nicht behauptet. [...] beziehungsweise [...] war [...] am entsprechenden Informationsaustausch beteiligt. Zudem hat zumindest [...] Kriegsrisikozuschläge nach eigenen Angaben von [...] [...] eingeführt (vgl. Rz 559). Sodann trifft es zwar zu, dass betreffend Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA gegenüber [...] keine Sanktionen ausgesprochen werden können, da die entsprechenden Verhaltensweisen in einen Zeitraum fallen, in welchem das Kartellgesetz beziehungsweise dessen Übergangsbestimmungen noch keine direkten Sanktionen vorsah (vgl. nachfolgend Rz 1675 f.). Dies bedeutet aber nicht, dass die fraglichen Verhaltensweisen nicht auf ihre Vereinbarkeit mit den schon vor dem 1. April 2004 geltenden Wettbewerbsvorschriften hin überprüft werden könnten (vgl. nachfolgend Rz 1119).

925. [...] macht weiter geltend, dass die WEKO nur den Sachverhalt betreffend Strecken feststellen könne, für welche sie zuständig sei und für welche keine die Tarifkoordination vorsehenden Luftverkehrsabkommen bestünden. Diesbezüglich erfülle der Antrag jedoch das erforderliche Beweismass nicht.⁴⁰³

926. Zum Umfang der Sachverhaltsfeststellung ist auf die Ausführungen in den Randziffern [...] und 800 zu verweisen. Betreffend das anzuwendende Beweismass kann auf die Ausführungen in den Randziffern 813 bis 815 verwiesen werden.

⁴⁰⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁰¹ Vgl. act. [...].

⁴⁰² Vgl. act. [...].

⁴⁰³ Vgl. act. [...], act. [...].

927. [...] führt weiter aus, dass Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA auf der Strecke Schweiz-Tschechische Republik nie angewendet worden seien. Zudem enthalte der Antrag keinen Beweis für die Teilnahme von [...] an Diskussionen betreffend Frachtraten, Kommissionierung von Zuschlägen und Treibstoffzuschläge auf der Strecke Schweiz-Tschechische Republik. Dasselbe gelte auch für die Strecken Schweiz-Pakistan und Schweiz-Vietnam. Auf den Strecken Schweiz-Singapur und Singapur-Schweiz habe [...] keine Zollabfertigungszuschläge für die USA erhoben. [...] habe auf diesen Strecken auch keine Kriegsrisikozuschläge eingeführt. Die Kriegsrisikozuschläge von [...] seien ausserhalb des sanktionsrelevanten Zeitraums erhoben worden. Betreffend Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen bestünden keine Beweise für eine Beteiligung von [...] an einer Abrede. Betreffend Treibstoffzuschläge falle die Mehrheit der Sachverhalte nicht in den sanktionsrelevanten Zeitraum. Für die Strecke USA-Schweiz habe [...] keine Zollabfertigungszuschläge für die USA angewendet. Für die Strecke Schweiz-USA könne keine Sanktion ausgesprochen werden, da [...] die Zollabfertigungszuschläge für die USA im Juli 2004 eingestellt haben. Die Kriegsrisikozuschläge habe [...] auf den Strecken Schweiz-USA und USA-Schweiz nie eingeführt. Betreffend Treibstoffzuschläge, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen enthalte der Antrag keine Beweise für eine Beteiligung von [...].⁴⁰⁴

928. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Sachverhalt unter Berücksichtigung des erforderlichen Beweismasses rechtsgenügend erstellt ist (vgl. Rz 926). Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a KG eingereicht hat.⁴⁰⁵ Weiter ist zu wiederholen, dass für die Feststellung des Sachverhalts und für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Verhaltensweise der sanktionsrelevante Zeitraum ohne Bedeutung ist (vgl. Rz 924). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass wie nachfolgend gezeigt, eine Gesamtabrede vorliegt. Daher ist es unerheblich auf welche Strecken die einzelnen Elemente dieser Abrede Anwendung fanden. Der individuelle Umfang der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an den einzelnen Elementen der Gesamtabrede wird im Rahmen der Sanktionsbemessung gebührend berücksichtigt (vgl. Rz 1721).

929. [...]

930. Hierzu kann auf die die Ausführungen in den Randziffern 800 f. verwiesen werden. Entsprechend ist weder eine Verletzung der von Artikel 13 BV geschützten Privatsphäre noch eines Amts- oder Geschäftsgeheimnisses gemäss Artikel 25 KG ersichtlich.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

931. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

932. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Im vorliegenden Fall bieten die Luftverkehrsunternehmen ihre Leistungen mit eigenen Konzerngesellschaften oder über Generalverkaufsagenten an. Die in das vorliegende Verfahren involvierten Luftverkehrsunternehmen fallen unter den Unternehmensbegriff von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG.

933. Im Zusammenhang mit Sachverhalten im Bereich Luftverkehr bestehen Abkommen zwischen der Schweiz und anderen Staaten. Gemäss BAZL wird der Luftverkehrsbereich stark von internationalen Beziehungen beeinflusst: «Neben multilateralen Abkommen exis-

⁴⁰⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁰⁵ Vgl. act. [...].

tierten eine Vielzahl von bilateralen Abkommen, welche mit den jeweiligen Staaten separat ausgehandelt wurden. Diese Abkommen präzisieren sowohl die Rechte der jeweiligen Fluggesellschaften, als auch die zu benutzenden Luftstrassen.»⁴⁰⁶

934. Die Schweiz hat mit über 140 Staaten solche Abkommen geschlossen. Die Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und anderen Ländern, welche im vorliegenden Verfahren aufgrund der Verfahrensparteien und Nennungen relevant sind, sind in Anhang 1 dargestellt.

935. Im Zusammenhang mit den Luftverkehrsabkommen führt der Bundesrat zur Entwicklung der schweizerischen Luftfahrtspolitik aus, dass sich in den in den 70er Jahren – ausgehend von den USA – tiefgreifende Veränderungen anbahnten. Sie wirkten sich seit den 90er Jahren auch in der Schweiz massiv aus: «Die Liberalisierung des amerikanischen Luftverkehrs hat in einer ersten Phase zu einer Öffnung des Luftverkehrsmarktes und dadurch zu einem grösseren Angebot an Fluggesellschaften geführt.»⁴⁰⁷ In Europa habe sich das System des staatlichen Monopolschutzes und der Preisabsprachen bis in die 90er Jahre gehalten. Die Europäische Gemeinschaft (nachfolgend: EG) beziehungsweise die EU habe mit dem dritten Liberalisierungspaket, in Kraft seit 1993, nun gleiche Bedingungen für alle Marktteilnehmer geschaffen.

936. Auch in der Schweiz ging der Trend in Richtung Liberalisierung. Der Bund hat sich von der aktiven Unterstützung und Steuerung der nationalen Fluggesellschaft und von den Bauvorhaben auf den Flughäfen zurückgezogen. In der Politik wuchs die Überzeugung, dass die staatliche Einflussnahme auf die Luftfahrt auf ein Minimum zu reduzieren und der Luftverkehr den Marktkräften und dem privaten Unternehmertum zu überlassen sei. Der Staat solle sich auf die Sicherstellung von günstigen Rahmenbedingungen beschränken. Im Zuge dieser Liberalisierung ist es auch zum Abschluss von sogenannten «Open Skies Abkommen» gekommen, um bestehende verkehrsrechtliche Beschränkungen aufzuheben.⁴⁰⁸

937. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Luftfahrt als Wirtschaftsfaktor in der globalisierten Welt von heute eine wichtige Rolle einnimmt. Für die Schweiz als kleine und offene Volkswirtschaft ist das Luftfahrtangebot ein – neben anderen – wichtiger Standortfaktor. Im Bereich Luftfracht (bestehend aus den drei Segmenten Airlines, Fracht-Handling und Logistik/Spedition) betrug die direkte Wertschöpfung im Jahr 2008 rund 1 Milliarde Schweizer Franken, die Beschäftigung 2600 Vollzeitstellen. 250 Millionen Schweizer Franken Wertschöpfung ergaben sich dank der Luftfracht bei den Vorleistern der Luftfrachtbetriebe auf den Flugplätzen (indirekter Effekt).⁴⁰⁹ Die Schweizer Luftfracht ist ein entscheidender Wettbewerbsfaktor für den Wirtschaftsstandort Schweiz. Sie trägt massgeblich zur Stärkung der Schweizer Wirtschaft und zur Sicherung von Arbeitsplätzen im Inland bei.⁴¹⁰

938. Aufgrund der besonderen Stellung des EU-Luftverkehrsabkommens wird im Folgenden zunächst auf die übrigen Abkommen und anschliessend gesondert auf das EU-Luftverkehrsabkommen eingegangen.

⁴⁰⁶ <<http://www.bazl.admin.ch/themen/internationales/00308/index.html?lang=de>> (18.1.2011).

⁴⁰⁷ Bericht vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtspolitik der Schweiz 2004, BBI 2005 1781, 1793 Ziff. 1.4.1.

⁴⁰⁸ Bericht vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtspolitik der Schweiz 2004, BBI 2005 1781, 1794 Ziff. 1.4.1.

⁴⁰⁹ BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2011, 98 Ziff. 5.1, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (17.7.2011).

⁴¹⁰ JOACHIM EHRENTAL, JOERG S HOFSTETTER, WOLFGANG STÖLZLE, Die St. Galler Luftfracht-Studie – Luftfracht als Wettbewerbsfaktor des Wirtschaftsstandortes Schweiz, 2010, (zit. EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE, St. Galler Luftfracht-Studie), 7.

B.1.1 Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens

939. Hinsichtlich des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes ist zunächst die Frage zu klären, inwiefern das Kartellgesetz überhaupt auf Sachverhalte Anwendung findet, welche in den Geltungsbereich der genannten Abkommen fallen. Auf den ersten Blick ist dabei weniger entscheidend, ob sich ein allfälliger Vorrang der Abkommen aus der derogatorischen Kraft des Völkerrechts gegenüber dem nationalen Recht ergibt oder ob die Abkommen gegebenenfalls als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG zu qualifizieren sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Kartellgesetz gar keine Anwendung findet, soweit ein Abkommen nationales Recht derogiert und dieses Abkommen eine Materie abschliessend regelt. Mithin ginge diesfalls das entsprechende Abkommen dem Kartellgesetz gänzlich vor und nicht bloss wenn die Bestimmungen des Abkommens Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG nicht zulassen.

940. Für eine Betrachtung des Verhältnisses zwischen bestehendem Völkerrecht (bilaterale Luftverkehrsabkommen) und Landesrecht (Kartellgesetz) ist zuerst auf den Begriff «Tarife» einzugehen, den die Luftverkehrsabkommen verwenden. Einige Abkommen enthalten zum Begriff Tarife eine ähnliche Begriffsbestimmung. Diese Abkommen verstehen als Tarife die Preise, die für die Beförderung von Fluggästen, Gepäck und Fracht erhoben werden, sowie die Bedingungen, unter welchen diese Preise anzuwenden sind, einschliesslich Preise und Bedingungen für die Vermittlung und für andere zusätzliche Dienste, ausgenommen Entschädigungen und Bedingungen für die Beförderung von Postsendungen (Abkommen CH-SA, CH-IN, CH-ID, CH-TH, CH-CA, CH-KR, CH-PK, CH-AE, CH-VN und CH-EG). Diese Bedeutung für Tarife entspricht der Begriffsbestimmung gemäss der Europäischen Zivilluftfahrtkonferenz (nachfolgend: ECAC).⁴¹¹ Nach der im ECAC-Abkommen von 1967 getroffenen Definition bedeutet im Luftverkehr der «Ausdruck Tarif die Preise, die für die Beförderung von Fluggästen und Fracht zu zahlen sind und die Bedingungen, nach denen sie berechnet werden, einschliesslich der Preise oder Bedingungen für die Beförderung von Post.»⁴¹²

941. Gemäss Definition nach ECAC-Abkommen fallen unter den Begriff Tarif einzelne Preis-elemente und Bedingungen für die Berechnung der Preise. Bei Übertragung auf den vorliegenden Fall stellen somit (Netto-)Frachtraten, Zuschläge und die Kommissionierung von Zuschlägen Elemente dar, welche dem Begriff Tarif zuzuordnen sind.

942. Dann ist bei den dargestellten Abkommen darauf hinzuweisen, dass zwischen der Schweiz und Frankreich (zumindest seit dem Jahr 2000) kein Luftverkehrsabkommen bestand (vgl. Anhang 1). Eine Kollision zwischen Völkerrecht und Landesrecht besteht in dieser Hinsicht nicht. Somit stellt sich in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Frankreich die Frage für einen allfälligen Vorrang von Völkerrecht gegenüber Landesrecht vor Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens nicht.

943. Weiter ist auf die Abkommen CH-US, CH-SP, CH-CZ, CH-PK und CH-VN hinzuweisen. Diese Abkommen enthalten keine Regelungen, welche die Koordination von Tarifen zwischen den Unternehmen vorsehen. Das Abkommen CH-US sieht vor, dass die Unternehmen miteinander in dem durch das Abkommen CH-US erfassten internationalen Luftverkehr in Wettbewerb treten. Im Rahmen des Abkommens CH-SP ist in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Singapur vorgesehen, dass die Tarife für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen selbständig festgelegt werden. Die Abkommen CH-CZ und

⁴¹¹ Die ECAC wurde im Jahr 1955 auf Initiative des Europarats gegründet. Sie ist gleichzeitig eine unabhängige Regionalorganisation der ICAO. Heute gehören der ECAC 42 Mitgliedstaaten an, darunter auch die Schweiz (<<http://www.bazl.admin.ch/themen/internationales/00304/index.html?lang=de>> (6.7.2011)).

⁴¹² [WILHELM POMPL, Luftverkehr – Eine ökonomische und politische Einführung, 3. Aufl., Berlin Heidelberg 1998 (zit. POMPL)], 167. Es gibt Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und anderen Ländern, welche Entschädigungen und Bedingungen für die Beförderung von Postsendungen vom Begriff Tarif ausnehmen (z. B. Abkommen CH-SA).

CH-VN sehen sogar vor, dass die Luftfahrtbehörden insbesondere auf Tarife achten, 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. Im Rahmen des Abkommens CH-PK erlangen die Tarife durch den Entscheid des betroffenen Unternehmens Gültigkeit.

944. Somit sehen die Abkommen CH-US, CH-SP, CH-CZ, CH-PK und CH-VN eine Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen Luftverkehrsunternehmen über Tarife nicht vor. Eine Kollision zwischen Völkerrecht und Landesrecht im vorliegenden Kontext besteht nicht. Somit stellt sich diesbezüglich die Frage für einen allfälligen Vorrang von Völkerrecht gegenüber Landesrecht nicht.

945. Demgegenüber enthalten die anderen Abkommen Bestimmungen, welche sich auf die Möglichkeit der Tarifkoordination beziehen. Im Rahmen der Abkommen CH-HK und CH-TH sind die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei anwendbaren Tarife 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 (vgl. Anhang 1). Dabei können die Tarife zwischen den bezeichneten Unternehmen sowie anderen Luftverkehrsunternehmen (soweit zuständig) vereinbart werden. Damit liegt eine Kann-Formulierung vor: Die Unternehmen können eine Tarifkoordination vornehmen, müssen aber nicht.

946. Für die restlichen Abkommen CH-DE, CH-RK, CH-SA, CH-IT, CH-AT, CH-DK, CH-NO, CH-SE, CH-JP, CH-LU, CH-GB, CH-NL, CH-IN, CH-ID, CH-PH, CH-CN, CH-CA, CH-BE, CH-HU, CH-TR, CH-KR, CH-LK, CH-AE und CH-EG zeigt Anhang 1, dass diese ähnliche Regelungen für die Tariffestsetzung beinhalten. Vereinfacht dargestellt sehen die Regelungen folgendermassen aus: Wenn möglich koordinieren die bezeichneten Unternehmen die Tarife unter Berücksichtigung gewisser Faktoren wie beispielsweise angemessener Gewinn, Betriebskosten oder spezielle Eigenschaften der bedienten Strecken. Mit anderen Worten: Die Unternehmen sollen eine Tarifkoordination vornehmen.⁴¹³ Um diese Koordination zu erreichen, sollen sich die bezeichneten Unternehmen nach den Beschlüssen richten, die auf Grund des Tariffestsetzungsverfahrens des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) angewendet werden können. Alternativ ist auch eine direkte Verständigung zwischen den bezeichneten Unternehmen nach Rücksprache mit Drittunternehmen möglich. Schliesslich sind die Tarife den zuständigen Behörden in beiden Ländern zur Genehmigung zu unterbreiten. Diese Tarifgenehmigung durch doppelte Zustimmung von Abflug- und Zielstaat («double approval») ist die restriktivste Form der Tarifgenehmigung.⁴¹⁴ Falls sich die bezeichneten Unternehmen nicht über die Tarife einigen können oder erklärt sich ein Vertragsstaat mit den zur Genehmigung vorgelegten Tarifen nicht einverstanden, so sollen die entsprechenden Behörden die Tarife festsetzen.

947. Weil die Abkommen CH-HK, CH-TH, CH-DE, CH-RK, CH-SA, CH-IT, CH-AT, CH-DK, CH-NO, CH-SE, CH-JP, CH-LU, CH-GB, CH-NL, CH-IN, CH-ID, CH-PH, CH-CN, CH-CA, CH-BE, CH-HU, CH-TR, CH-KR, CH-LK, CH-AE und CH-EG die Möglichkeit der Tarifkoordination vorsehen, kollidieren diese mit dem Kartellgesetz. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht.

⁴¹³ POMPL (Fn 412), 189, 189.

⁴¹⁴ POMPL (Fn 412), 189.

B.1.1.1 Verhältnis Völkerrecht und Schweizer Recht

948. Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Schweizer Recht bestimmt sich nach Ansicht des Bundesrates⁴¹⁵ nach den drei klassischen Kriterien Geltung, Anwendbarkeit und Rang.⁴¹⁶ Was die Geltung des Völkerrechts in der Schweiz betrifft, so folgt diese traditionell dem monistischen System. Weil die schweizerische Rechtsordnung monistisch ist, gilt der Grundsatz der unmittelbaren Geltung des Völkerrechts: Völkerrecht wird mit seinem Inkrafttreten Teil des Landesrechts.⁴¹⁷

949. Zweites Kriterium ist die Anwendbarkeit. Beim Kriterium der Anwendbarkeit gilt in der Schweiz, dass die Normen des Völkerrechts in der Schweiz grundsätzlich direkt anwendbar sind.⁴¹⁸ Als direkt anwendbar (justiziabel, «self-executing») gelten Normen, die genügend konkret und bestimmt sind, dass natürliche oder juristische Personen daraus direkt Rechte und Pflichten ableiten und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend machen oder einklagen können.⁴¹⁹ Umgekehrt bedeutet dies, dass die rechtsanwendenden Behörden und die Gerichte solche Völkerrechtsnormen direkt umsetzen können.

950. Damit Private aus völkerrechtlichen Bestimmungen Rechte ableiten können, müssen diese nach übereinstimmender Auffassung von Bundesgericht und Bundesrat im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrags betrachtet unbedingt und eindeutig genug formuliert sein, um eine direkte Wirkung erzeugen und in einem konkreten Fall angewendet werden beziehungsweise die Grundlage für eine Entscheidung darstellen zu können (Justiziabilität). Damit Privaten Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen oder Beschlüssen erwachsen, sind diese ausserdem in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts zu publizieren.

951. Aufgrund der Formulierungen in den betrachteten bilateralen Luftverkehrsabkommen kann davon ausgegangen werden, dass die relevanten Bestimmungen in Bezug auf die Tarifkoordination konkret und klar genug sind, damit sie angewendet werden können. Die Bedingung der Justiziabilität ist erfüllt. Die zweite Bedingung der Publikation in der Amtlichen Sammlung ist für die betrachteten Luftverkehrsabkommen ebenfalls gegeben.

952. Das dritte Kriterium, der Rang, wirft mehr Fragen auf. Diese Fragen werden in der schweizerischen Rechtsordnung nicht alle klar beantwortet. Dies gilt beispielsweise für den Fall eines Konflikts zwischen einer Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung einerseits und dem Völkerrecht andererseits. Artikel 190 BV hält lediglich fest: «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.» Das Bundesgericht geht grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus: Nach der sogenannten Schubert-Praxis⁴²⁰ «ist zu vermuten, dass der eidgenössische Gesetzgeber sich an Vorschriften der ordnungsgemäss abgeschlossenen Staatsverträge halten wollte, es wäre denn, er hätte einen allfälligen Widerspruch zwischen einer Bestimmung des Landesrechts und dem internationalen Recht bewusst in Kauf genommen.» Auch in der Lehre anerkennt die Mehrheit den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts.⁴²¹ Beide, Bundesgericht und Lehre, anerkennen aber gewisse Ausnahmen. Immerhin kann der Erlass eines bewusst gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstossenden Gesetzes durch die Bundesversamm-

⁴¹⁵ Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht – Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, BBl 2010, 2263, 2264 (nachfolgend: Völkerrechtsbericht).

⁴¹⁶ Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2301 Ziff. 8.1.

⁴¹⁷ Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2302 f. Ziff. 8.2 m. w. H.

⁴¹⁸ Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2303 f. Ziff. 8.3 m. w. H.

⁴¹⁹ Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2286 Ziff. 5.3.

⁴²⁰ Vgl. BGE 99 Ib 39.

⁴²¹ Vgl. Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2306 Ziff. 8.4.

lung auch als Auftrag aufgefasst werden, den betreffenden Vertrag neu auszuhandeln oder ihn zu kündigen.⁴²² Zu relativieren ist die Schubert-Praxis im Hinblick auf sogenannt zwingendes Völkerrecht («ius cogens»), welches stets Vorrang genießt.⁴²³ Bei den Luftverkehrsabkommen handelt es sich aber unzweifelhaft nicht um zwingendes Völkerrecht.

953. Ein Mittel, um Völkerrecht und Landesrecht in Einklang zu bringen, ist die völkerrechtskonforme Auslegung von Landesrecht.⁴²⁴ Im vorliegenden Fall scheidet dieses Mittel allerdings für die Abkommen mit Möglichkeiten für eine Tarifkoordination. Die Bestimmungen von Artikel 5 KG über unzulässige Wettbewerbsabreden können nicht so ausgelegt werden, dass kein Konflikt mit den Abkommen besteht, welche die Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen den Unternehmen über Tarife vorsehen.

954. Somit stellt sich die Frage, ob die bilateralen Luftverkehrsabkommen dem Kartellgesetz vorgehen oder umgekehrt. Entsprechend der bundesgerichtlichen Schubert-Praxis ist folglich zu prüfen, ob der Gesetzgeber mit dem Kartellgesetz den Widerspruch zwischen Artikel 5 KG und den Tarifkoordinationsbestimmungen in den genannten Luftverkehrsabkommen bewusst in Kauf genommen hat. Anzumerken ist, dass die nach dem 1. Juli 1996⁴²⁵ abgeschlossenen Luftverkehrsabkommen ungeachtet der Frage des Vorrangs des Völkerrechts nach dem Grundsatz des späteren Rechts («lex posterior derogat legi priori») ohnehin vorgehen. Nicht weiterführend ist demgegenüber vorliegend der Grundsatz des Vorrangs des Spezialgesetzes («lex specialis derogat legi generali»).

955. Für den vorliegenden Fall bestehen zur Fragestellung einer bewussten Abweichung von der Regel Völkerrecht vor Landesrecht keine Hinweise, dass die Einführung des Kartellgesetzes als Auftrag für die Neuaushandlung oder Kündigung von bilateralen Luftverkehrsabkommen aufgefasst wurde. Auch ist aus dem Kartellgesetz und der Botschaft zum Kartellgesetz⁴²⁶ nicht ersichtlich, dass die Bundesversammlung mit der Einführung des Kartellgesetzes gleichzeitig den Bundesrat mit der Neuaushandlung oder der Kündigung der bilateralen Luftverkehrsabkommen beauftragt hätte. Zusätzlich sind die Artikel 58 f. KG zu den Ausführungen internationaler Abkommen zu erwähnen. Artikel 58 f. KG sollen die Möglichkeit eröffnen, in der Schweiz liegende Ursachen von Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen, die sich im Ausland auswirken, falls diese Wirkungen mit den Wettbewerbsregeln von Staatsverträgen unvereinbar sind und damit gerechnet werden muss, dass eine Vertragspartei zu unerwünschten Gegenmassnahmen greift.⁴²⁷ Für solche Sachverhalte mit Berührungspunkten zu einem internationalen Abkommen beschreiben Artikel 58 f. KG die Vorgehensweise. Damit enthält das Kartellgesetz explizit Bestimmungen, wonach internationale Abkommen Beachtung finden und nicht ohne weiteres übergangen werden.

956. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit dem Kartellgesetz bewusst das Risiko einer Abweichung von den bilateralen Luftverkehrsabkommen in Kauf genommen hat. Dementsprechend geht bei einem Konflikt zwischen dem Kartellgesetz und einem bilateralen Luftverkehrsabkommen in Bezug auf eine Tarifkoordination das Völkerrecht dem Landesrecht vor.

957. Weil die fraglichen Luftverkehrsabkommen als völkerrechtliche Verträge im vorliegenden Fall dem Kartellgesetz vorgehen, kann offen bleiben, wie die sich andernfalls berechnete Frage nach vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG zu beantworten wäre.

⁴²² Vgl. Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2311 Ziff. 8.6.2.

⁴²³ Vgl. BGE 133 II 450, E. 7.

⁴²⁴ Vgl. Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2306 Ziff. 8.5.

⁴²⁵ Datum Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 1 bis 3 KG.

⁴²⁶ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 468 (nachfolgend: Botschaft KG 95).

⁴²⁷ BBI 1995 I 468, 623 ff., Ziff. 28.

B.1.1.2 Fazit: Bilaterale Abkommen und Anwendung Kartellgesetz in Bezug auf bestimmte Strecken

958. In Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und den Ländern in Tabelle 13 sehen die jeweiligen Luftverkehrsabkommen die Möglichkeit der Tarifkoordination vor. Zudem gehen diese Luftverkehrsabkommen dem Kartellgesetz vor. Deshalb ist eine Tarifkoordination in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und den Ländern in Tabelle 13 durch völkerrechtliche Verträge geschützt.

Tabelle 13: Länder, mit denen Luftverkehrsabkommen bestehen, welche die Möglichkeit der Tarifkoordination beinhalten

Deutschland (bis 1. Juni 2002)
Korea
Südafrika
Italien (bis 1. Juni 2002)
Österreich (bis 1. Juni 2002)
Dänemark (bis 1. Juni 2002)
Norwegen
Schweden (bis 1. Juni 2002)
Japan
Hong Kong (Sonderverwaltungsregion)
Luxemburg (bis 1. Juni 2002)
Grossbritannien und Nordirland (bis 1. Juni 2002)
Niederlande (bis 1. Juni 2002)
Indien
Indonesien
Philippinen
Thailand
China
Kanada
Belgien (bis 1. Juni 2002)
Ungarn (bis 1. Mai 2004)
Türkei
Korea
Sri Lanka
Vereinigte Arabische Emirate
Ägypten

959. In Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Frankreich bestand kein Luftverkehrsabkommen. In Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und den restlichen Ländern in Tabelle 14 sehen die jeweiligen völkerrechtlichen Abkommen die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen Luftverkehrsunternehmen über Tarife nicht vor. Somit ist eine Tarifkoordination in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und den Ländern in Tabelle 14 nicht durch völkerrechtliche Verträge geschützt. Deshalb gelangt grundsätzlich das Kartellgesetz für diese Strecken uneingeschränkt zur Anwendung.

Tabelle 14: Länder, mit denen Luftverkehrsabkommen bestehen, welche die Möglichkeit der Tarifkoordination nicht beinhalten

Frankreich
Vereinigte Staaten von Amerika
Singapur
Tschechische Republik
Pakistan
Vietnam

960. Tabelle 13 und Tabelle 14 zeigen, dass von den relevanten Luftverkehrsabkommen eine Minderheit keine Möglichkeit der Tarifkoordination beinhalten. Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass die schweizerische Luftfahrtpolitik in Richtung Liberalisierung hingearbeitet hat und hinarbeitet (vgl. Rz 935 f.). Zudem betreffen die Abkommen ohne Möglichkeit der Tarifkoordination auch die wichtigsten Handelspartner der Schweiz wie namentlich die EU (vgl. Rz 961 ff.) und die USA. Insofern ist es unerheblich, ob eine Mehr- oder Minderheit von Abkommen Tarifkoordinationen ermöglicht.

B.1.2 EU-Luftverkehrsabkommen

961. Mit Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens am 1. Juni 2002 entstand für die Schweiz eine neue Situation für wettbewerbsrechtliche Beurteilungen im Bereich Luftverkehr. Deshalb ist für den Zeitraum ab dem 1. Juni 2002 auf die Frage nach der Zuständigkeit der WEKO und der anwendbaren Bestimmungen (Verhältnis Kartellgesetz und EU-Luftverkehrsabkommen sowie Verhältnis EU-Luftverkehrsabkommen und andere bilaterale Abkommen) einzugehen.

962. Zum EU-Luftverkehrsabkommen gilt es an dieser Stelle anzumerken, dass Verweise auf Artikel 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) als Verweise auf Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zu verstehen sind.⁴²⁸ Der EG-Vertrag wurde mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umbenannt. Die Umbenennung ist darauf zurückzuführen, dass mit dem Vertrag von Lissabon die Europäische Gemeinschaft aufgelöst wurde und all ihre Funktionen von der EU übernommen wurden. Der AEUV trat zeitgleich mit dem Vertrag von Lissabon in Kraft. Die im Nachfolgenden zitierte Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur entstand grösstenteils vor dem Inkrafttreten des AEUV, weshalb noch auf die Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages verwiesen wird. Der einfacheren Verständlichkeit halber wird nachfolgend in der Regel Bezug zum AEUV genommen, selbst wenn in der herangezogenen Quelle noch auf den EG-Vertrag verwiesen wird.

B.1.2.1 Frage der Zuständigkeit der WEKO

963. Gemäss Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG⁴²⁹ entspricht das EU-Luftverkehrsabkommen einem Vertragstyp, bei welchem es sich um einen partiellen Integrationsvertrag handelt. Die Schweiz hat sich in diesem Bereich bereit erklärt, das relevante Gemeinschaftsrecht zu übernehmen, wobei dessen Anwendung und Auslegung teilweise durch die Gemeinschaftsinstitutionen kontrolliert wird.⁴³⁰ Ein solcher Integrationsvertrag bedingt die Homogenität der bestehenden

⁴²⁸ Vgl. einleitende Bemerkungen Anhang LVA.

⁴²⁹ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128 ff., Ziff. 148.2 (nachfolgend: Botschaft Bilaterale I).

⁴³⁰ Vgl. auch: ROLF H. WEBER, Verhältnis bilaterale Verträge zu EU-Recht und WTO-Recht, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), 2007, 103–132, (zit. WEBER), 117 Rz 36; REGULA DETTLING-OTT, Das bilaterale Luftverkehrsabkommen der Schweiz und der EG – II. Das Luftverkehrsabkommen im Überblick, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), 2007, 495–508, (zit. DETTLING-OTT), 495 Rz 8; STEPHAN BREITENMOSER, CLAUDIA SEITZ, 1. Teil / 1ère Partie: Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz / Le développement du droit européen et la Suisse – Das Beihilferecht im Luftverkehrsbe-
reich, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003 / Annuaire suisse de Droit européen 2003, Epiney/Rivière/Theuerkauf (Hrsg.), 2004, 197–214, (zit. BREITENMOSER/SEITZ), 198; DANIEL FELDER, LUKAS GRESCH, PATRICK EDGAR HOLZER, STEPHAN LAUPER, MICHEL A. DI PIETRO, YVONNE SCHLEISS, KARINE SIEGWART, SÉBASTIEN TRUFFER, URS WEBER, 3. Teil / 3ème Partie: Schweizerische Praxis im Europarecht / La pratique suisse en matière de droit européen – Sektorielle Abkommen CH – EG von

und künftigen Bestimmungen der Vertragsparteien sowie ihrer Anwendung und ihrer Auslegung (insbesondere um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden).

964. In Ziffer 148.5 hebt die Botschaft Bilaterale I den aussergewöhnlichen Charakter des EU-Luftverkehrsabkommens hervor, welches die Gesamtheit der anwendbaren Bestimmungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertragsparteien überführt: Das betreffende schweizerische Recht wird lediglich noch auf Verhalten anwendbar sein, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben. Die Übernahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts rechtfertigt, dass diese gemäss der vor Unterzeichnung des Abkommens bestehenden Rechtsprechung und Praxis der Gemeinschaftsinstitutionen ausgelegt und angewandt werden. Die Schweiz wird über die nach Unterzeichnung des Abkommens erfolgte Rechtsprechung und Praxis informiert und auf Verlangen einer Vertragspartei werden die Folgen der letztgenannten Urteile und Praxis im Hinblick auf ein ordnungsgemässes Funktionieren dieses Abkommens vom Gemeinsamen Ausschuss festgestellt.

965. Es ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Schweiz die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EU-Rechts im Gebiet der Luftfahrt übernimmt.⁴³¹ Dazu hält die Botschaft Bilaterale I ausdrücklich fest, dass nach Artikel 2 LVA die Bestimmungen des Abkommens und des Anhangs anwendbar sind, soweit sie Bereiche des Luftverkehrs berühren (Ziff. 253.2). Damit übernimmt die Schweiz nicht das ganze EU-Wettbewerbsrecht. Das EU-Luftverkehrsabkommen schränkt den Anwendungsbereich in Artikel 2 LVA auf den Luftverkehr ein: Die Bestimmungen dieses Abkommens und des Anhangs gelten in dem Umfang, in dem sie den Luftverkehr oder unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie im Anhang aufgeführt betreffen (Art. 2 LVA).

966. Zur Fragestellung der Zuständigkeit hält die Botschaft Bilaterale I fest, dass nach Artikel 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), BBI 2002 5506, 5508 f. Ziff. 1.2, (nachfolgend: Zusatzbotschaft KG).

⁴³³ Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2.

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.

(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 bilateralen 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.

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 vereinbar. 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, wieso die Anwendung von schweizerischem Recht in Artikel 11 Absatz 2 LVA nicht ebenfalls ausdrücklich erwähnt wurde, wenn dies gewollt war.

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.

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 Sachverhalte) heisst es in Artikel 11 Absatz 2 LVA nicht, «Vereinbarungen, Beschlüsse

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

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,

⁴⁴⁶ Vgl. Urteil des EuGH vom 13.2.1969 C-14/68, *Walt Wilhelm und andere gegen Bundeskartellamt*, Slg. 1969 1.

dass 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 Anwendungsbereich 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:

«[Die Vertragsparteien],

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.

in Anbetracht der engen Verknüpfungen in der internationalen Zivilluffahrt und vom Wunsche geleitet, die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen,

vom Wunsche geleitet, Regeln für die Zivilluffahrt 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 bestehenden 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 Zivilluffahrt fest. Diese Bestimmungen lassen die im [AEUV] enthaltenen Regeln und insbesondere die bestehenden Befugnisse der Gemeinschaft nach den Wettbewerbsregeln und den Durchführungsvorschriften 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 Zivilluffahrt «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, vorbehaltlich allfälliger staatsvertraglicher Regelungen, nicht gemacht. Für Flugstrecken Schweiz–Drittstaaten war hinsichtlich Verfahren, Abrede und Rechtsfolge das Kartellgesetz anwendbar. Damals gab es allerdings noch keine direkten Sanktionen.

1006. In der EU fiel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittstaaten *nicht* in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission.

1007. Mit Verordnung (EWG) Nr. 141 des Rats vom 26. November 1962 über die Nichtanwendung 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, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Verkehr, die die Festsetzung von Beförderungsentgelten und -bedingungen, die Beschränkung oder die Überwachung des Angebots von Verkehrsleistungen oder die Aufteilung der Verkehrsmärkte bezwecken oder bewirken, sowie auf beherrschende Stellungen auf dem Verkehrsmarkt erklärt. Für die Luftfahrt galt die VO 141/62, im Gegensatz zum Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehr, zeitlich unbeschränkt.

1008. Mit Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 des Rates vom 14. Dezember 1987 über die Einzelheiten 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 Wettbewerbsregeln 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 Drittländern 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 genannten «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 Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 sowie der Verord-

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 Zeitpunkt 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 schweizerischen 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 jedoch 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

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

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 beruhen 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

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.

Wettbewerbsregeln des LVA ist die verfahrensrechtliche Durchsetzung klar zu unterscheiden.»⁴⁶⁰

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

⁴⁶⁰ Vgl. VON BÜREN (Fn 456), 79.

⁴⁶¹ Vgl. HIRSBRUNNER (Fn 430), 473.

⁴⁶² Vgl. act. [...].

⁴⁶³ 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).

⁴⁶⁴ Vgl. vorne Rz 963.

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 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

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),

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 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

⁴⁶⁹ Bericht vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004, BBl 2005 1781, 1792 Ziff. 1.3.3.

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 (BBl 2010 2263, 2278 Ziff. 4.2.). Die meisten dieser Regeln stellen gleichzeitig Völkergewohnheitsrecht 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.

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 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) (Landverkehrsabkommen, 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 Luftfrachtbriefes sei zu umfassend als dass er als aussagekräftig angesehen werden könnte. Das BAZL erachtet eher die Einzigartigkeit der Flugnummer als aussagekräftig, weil sich die

⁴⁷⁴ Vgl. Abschnitt B.1.1.

⁴⁷⁵ Vgl. act. [...].

Flugnummern für Transport in der Luft von den Nummern für Transport auf dem Landweg unterscheiden 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 Lastwagentransport im Rahmen eines Luftfrachttransportes in den Anwendungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens falle. Zur Unterscheidung zwischen Transport in der Luft und 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 (nachfolgend VO 1008/2008), definiert Flugdienst als einen Flug oder eine Folge von Flügen zur gewerblichen Beförderung von Fluggästen, Fracht und/oder Post. Weiter definiert die VO 1008/2008 den Begriff «Flug» als Abflug von einem bestimmten Flughafen nach einem bestimmten Zielflughafen.

1041. Im Rahmen der Marktabgrenzung im Bereich Luftfracht erachtet die EU-Kommission direkte 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 gegebene 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 Luftverkehrsunternehmen 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 wettbewerbsrechtlicher Hinsicht Vor- und Nachläufe und insbesondere Luftfracht-Ersatzverkehr auf der Strasse auch in die Kategorie Luftfracht fallen.⁴⁸¹ Vor- und Nachläufe sowie Luftfracht-Ersatzverkehr 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.

⁴⁷⁶ Vgl. act. [...].

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 15.

⁴⁷⁹ BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2011, 98 Ziff. 5.1, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (17.7.2011).

⁴⁸⁰ Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

⁴⁸¹ BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2011, 98 Ziff. 5.1, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (17.7.2011).

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 Landweg transportiert worden. So sei die «Schweizer» Fracht immer als Sammelfracht mit der EU-Fracht transportiert worden. Polar habe die gesamte Fracht aus der und in die Schweiz ausschliesslich durch Landtransporte zu und von ihrem Hub in Amsterdam transportieren lassen. Zudem seien die Luftfrachtgebühren von Polar Air Cargo, Inc., erst in Zusammenhang mit der Umladung der aus Europa inklusive der Schweiz stammenden Fracht in die Frachtflugzeuge der Polar Air Cargo, Inc., erhoben worden. Gemäss Polar sei es falsch, aufgrund des Frachtbriefes auf die Zuständigkeit zu schliessen. Demnach würden Artikel 10 LVA und Artikel 11 LVA greifen: die EU-Kommission sei zuständig.⁴⁸² Polar habe auch keine Zweigniederlassung, Tochtergesellschaften oder sonstige Vermögenswerte in der Schweiz. Damit würde eine Sanktion nicht durchgesetzt werden können.⁴⁸³

1047. Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass sich die Zuständigkeit nach dem EU-Luftverkehrsabkommen richtet. Gemäss EU-Luftverkehrsabkommen bestimmt die Strecke die Zuständigkeit. Eine Strecke definiert sich nach dem Luftfrachtbrief. Im Luftfrachtbrief sind Ausgangs- und Bestimmungsort aufgeführt (vgl. Rz 195). Etwaige Zwischenstationen beziehungsweise Teilstrecken mittels Landtransporten sind nicht relevant. Somit definiert sich die Zuständigkeit nach Artikel 11 Absatz 2 LVA anhand des Ausgangs- und Bestimmungsortes. Von einer Zuständigkeitsordnung aufgrund des Frachtbriefes kann nicht die Rede sein. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das EU-Luftverkehrsabkommen auf reine Landtransporte keine Anwendung findet. In Ermangelung eines entsprechenden Landverkehrsabkommens würde daher ausschliesslich das Kartellgesetz zur Anwendung gelangen. Somit würden auch die von Polar geltend gemachten Landtransporte in die Zuständigkeit der WEKO fallen. Ebenso wenig ist für die Zuständigkeit der WEKO von Belang, ob Polar in der Schweiz eine Zweigniederlassung, Tochtergesellschaften oder Vermögenswerte aufweist.

1048. Weiter bringt Polar vor, dass das EU-Luftverkehrsabkommen auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern keine Anwendung finde. Falls die WEKO überhaupt zuständig wäre, würde nur das Kartellgesetz zur Anwendung gelangen.⁴⁸⁴

1049. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Vorbringen von Polar dem klaren Wortlaut von Artikel 11 Absatz 2 LVA widerspricht. Der Antrag zieht auch nie den Schluss, dass vorliegend ausschliesslich das Kartellgesetz zur Anwendung gelangt. Es steht ausser Zweifel, dass die schweizerischen Behörden «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» entscheiden (Art. 11 Abs. 2 LVA).

B.1.3.2 Stellungnahme South African

1050. South African vertritt die Ansicht, dass vorliegend ausschliesslich und allein das EU-Luftverkehrsabkommen und nicht gleichzeitig auch das Kartellgesetz zur Anwendung gelangen könne. Der Wortlaut sei diesbezüglich klar. Weiter stimmten die materiellen Bestimmungen der beiden Rechtsordnungen inhaltlich nicht überein und liessen sich deshalb auch nicht ohne weiteres parallel anwenden. Auch bestünde kein formelles Vertragsverletzungsverfahren.

⁴⁸² Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁸³ Vgl. act. [...].

⁴⁸⁴ Vgl. act. [...].

ren bezüglich der Schweiz. Zudem sei die Botschaft Bilaterale I als ergänzendes und wichtiges Auslegungsmittel klar. Da der Sachverhalt einzig und allein gestützt auf die materiellen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens beurteilt werden könne, fehle es den schweizerischen Behörden an den für Untersuchungen betreffend Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten notwendigen Ermittlungs- und Durchsetzungsinstrumenten.⁴⁸⁵

1051. Die Argumente von South African vermögen das Auslegungsergebnis des Sekretariats nicht in Frage zu stellen. Zwar zeigt die vom Sekretariat vorgenommene Auslegung, dass verschiedene Auslegungsergebnisse denkbar sind. Das Sekretariat hat sein Auslegungsergebnis aber ausführlich und nachvollziehbar begründet. Wollte man, wie dies South African geltend macht, ausschliesslich das EU-Luftverkehrsabkommen und die Bestimmungen in dessen Anhang zur Anwendung bringen und Schweizer Recht völlig aussenvor lassen, so müsste festgestellt werden, dass im Rahmen der schweizerischen Zuständigkeit nach Artikel 11 Absatz 2 LVA nicht einmal elementarste Fragen wie beispielsweise die innerstaatliche Zuständigkeit der WEKO geregelt wären, welche sich erst aus dem Kartellgesetz ergeben. Auch müsste man sich etwa die Frage stellen, ob ein Entscheid der Schweizer Behörde angesichts der Verfahrensregeln im Anhang des EU-Luftverkehrsabkommens an das Europäische Gericht weitergezogen werden müsste, was allerdings im klaren Widerspruch zu Artikel 11 Absatz 2 LVA stehen würde. Hinsichtlich den Ausführungen betreffend die Botschaft zur Vertragsrechtskonvention⁴⁸⁶ ist festzustellen, dass besagte Fundstelle die Botschaften des Bundesrates gerade nicht mit Verhandlungsprotokollen gleichsetzt: «Unter «vorbereitende Arbeiten» versteht die Wiener Konvention die Verhandlungsprotokolle und nicht allein die Erläuterungen des Bundesrates in einer Botschaft betreffend die Genehmigung eines Vertrages».⁴⁸⁷ Die Botschaft zur Vertragsrechtskonvention verweist dabei auf BGE 112 V 145, welcher festhält: «En ce qui concerne la portée du message du Conseil fédéral auquel, avec raison, se sont également référés les premiers juges, il convient cependant de remarquer que ce document ne saurait à lui seul exprimer la volonté des parties contractantes puisqu'il émane du gouvernement d'une seule de ces parties. En réalité, en matière de conventions internationales, le message du Conseil fédéral ne fait qu'exprimer la manière dont la Suisse comprend et interprète le traité auquel elle entend adhérer».⁴⁸⁸ Nachdem vorliegend nicht ausschliesslich die Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens zur Anwendung gelangen, erübrigen sich Ausführungen zu den von South African geltend gemachten fehlenden Durchsetzungsinstrumenten.

1052. South African macht weiter geltend, dass verschiedene bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und Drittstaaten bestünden, welche explizit eine Tarifkoordination vorsehen und aus diesem Grund der Anwendung des Kartellgesetzes vorgehen würden, wie der Antrag zu Recht festhalte. Die Luftfahrtunternehmen seien daher im Rahmen dieser bilateralen Abkommen befugt, sich hinsichtlich der Frachttarife auf internationaler Ebene auf den von den Abkommen erfassten Strecken abzusprechen. Die meisten dieser Abkommen seien bereits seit Jahren vor dem hier zur Diskussion stehenden Untersuchungszeitraum in Kraft. [...] Es sei daher fraglich, wie eine (angebliche) «Wettbewerbsabrede» gestützt auf das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kartellgesetz kartellrechtlich überhaupt problematisch sein könne, wenn der zu Grunde liegende Informationsaustausch im internationalen Verhältnis über weite Strecken zulässig sei. Es erscheine nur schwer vorstellbar, dass sich die Luftfahrtunternehmen im Rahmen dieser weit verbreiteten, internationalen bilateralen Abkommen auf internationaler Ebene tarifmässig zulässigerweise absprechen (und damit im internationalen Verhältnis die entsprechenden Kontakte pflegen) dürften, diese «Absprachen»

⁴⁸⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁸⁶ Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zur Wiener Konvention von 1969 über das Recht der Verträge und zur Wiener Konvention von 1986 über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen vom 17. Mai 1989 (BBI 1989 757).

⁴⁸⁷ BBI 1989 776, Fn 1.

⁴⁸⁸ BGE 112 V 145, E. 2.b.

aber nach dem nationalen Kartellgesetz beziehungsweise dem EU-Luftverkehrsabkommen unzulässig sein sollten. Folglich müsse es kartellrechtlich auch unproblematisch sein, dass die gestützt auf ein bilaterales Tarifabkommen zulässigerweise getroffene Tarifabrede auch Auswirkungen auf andere Länder/Strecken (so genannter «spill-over»-Effekt) habe. Wären solche (Neben-)Effekte wettbewerbsrechtlich nicht hinzunehmen und damit nicht zulässig, würden dem betroffenen ausländischen Vertragspartner des bilateralen Tarifabkommens im Ergebnis die Regeln des Kartellgesetzes beziehungsweise des EU-Luftverkehrsabkommens entgegenhalten. Damit würde Sinn und Zweck dieser bilateralen Abkommen in Frage gestellt und deren rechtmässige Anwendung unterlaufen, was rechtsstaatlich unhaltbar und stossend wäre. Inwiefern ein international/global zulässiges Verhalten unter dem Kartellgesetz beziehungsweise dem EU-Luftverkehrsabkommen wettbewerbsrechtlich bedenklich sein soll, sei daher nicht nachvollziehbar.⁴⁸⁹

1053. Dieser Ansicht von South African kann nicht gefolgt werden. Bilaterale Luftverkehrsabkommen können eine etwaige Tarifkoordination nur für Strecken zwischen den beiden Vertragsstaaten als zulässig erklären. Beispielsweise sagt eine Zulässigkeit von Tarifkoordination auf der Strecke Schweiz-Hong Kong nichts über eine Zulässigkeit auf der Strecke Schweiz-USA aus. Die USA müssen sich die Bestimmungen eines Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und Hong Kong nicht entgegenhalten lassen. Gerade dieser Fall wäre völkerrechtlich unhaltbar und stossend. Nur weil für gewisse Strecken eine Tarifkoordination zulässig ist, bedeutet dies somit nicht, dass dies für alle Strecken zu gelten hat. Um den Vorrang eines bestimmten bilateralen Luftverkehrsabkommens in Anspruch nehmen zu können, muss sich eine allfällige Koordination auf den vom jeweiligen Abkommen vorgegebenen Geltungsbereich beschränken. [...]

B.1.3.3 Stellungnahme AMR (American)

1054. American teilt grundsätzlich die Ansicht des Sekretariats bezüglich der Anwendbarkeit der in Frage kommenden Rechtsnormen. American macht jedoch geltend, das Luftverkehrsabkommen CH-US schliesse eine staatliche Intervention der vorliegenden Art aus. Eine staatliche Intervention sei aufgrund des Abkommens CH-US nur zulässig, wenn sie darauf abziele, eine der drei spezifisch identifizierten Verhaltensweisen zu verhindern, nämlich (a) die Verhinderung von unbilligen Diskriminierungspreisen oder -praktiken, (b) den Schutz der Konsumenten vor unangemessen hohen oder restriktiven Preisen infolge Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder (c) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden. Jede dieser Verhaltensweisen sei grundsätzlich unilateral. Es sei somit klar, dass jede Art multilateralen Verhaltens, einschliesslich einer Wettbewerbsbeschränkung in der Form von Preisabsprachen oder in anderer Form, nicht in die festgelegten Kategorien falle. Infolgedessen sei eine staatliche Intervention nicht erlaubt, um ein solches Verhalten anzugehen. Dementsprechend schliesse das Abkommen CH-US, in derselben Weise wie die Abkommen zwischen der Schweiz und anderen Staaten gemäss Antrag, jede Intervention auf der Basis wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen im vorliegenden Fall in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und den USA aus.⁴⁹⁰

1055. American beruft sich auf Artikel 12 Ziffer 1 des Abkommens CH-US. Diese Bestimmung lautet wie folgt: «Jede Partei lässt zu, dass die Preise für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen festgelegt werden. Eingriffe seitens der Parteien beschränken sich auf a) die Verhinderung von unbilligen Diskriminierungspreisen oder -praktiken; b) den Schutz der Konsumenten vor unangemessen hohen oder restriktiven Preisen infolge Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung; und c) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden.»

⁴⁸⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁹⁰ Vgl. act. [...].

ten werden.» Wie das EU-Luftverkehrsabkommen muss auch dieser Staatsvertrag nach den Grundsätzen der Vertragsrechtskonvention ausgelegt werden (vgl. Rz 971 ff.). Auch wenn der Wortlaut von Artikel 12 Ziffer 1 Buchstabe a und b des Abkommens CH-US eine gewisse Ähnlichkeit zu Artikel 7 KG aufweist, kann daraus nicht geschlossen werden, das Abkommen CH-US lasse staatliche Interventionen nur bei Artikel 7 KG entsprechenden Verhaltensweisen zu, nicht jedoch bei Artikel 5 KG entsprechenden Absprachen. Gerade aus der Präambel geht hervor, dass das Abkommen das Ziel verfolgt, ein auf dem wirtschaftlichen Wettbewerb beruhendes System zu fördern. Auch aus dem Ziel des fairen Wettbewerbs (Art. 11 Abkommen CH-US) und dem Grundsatz, «dass die Preise für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen festgelegt werden» (Artikel 12 Ziffer 1 Abkommen CH-US) erhellt, dass das Abkommen CH-US einer staatlichen Intervention bei Preisabsprachen nicht entgegenstehen kann.

B.1.3.4 Stellungnahme United

1056. United bringt vor, dass Handlungen ihres Generalverkaufsagenten [...] nicht United zugerechnet werden könnten, selbst wenn dieser an Treffen mit Mitgliedern des Kartells teilgenommen hätte. Der Generalverkaufsagent sei eine unabhängige Drittpartei, mit eigener unabhängiger Geschäftsführung, welche typischerweise eine Vielzahl von Fluggesellschaften an Orten vertrete, wo diese Gesellschaft selber keine Präsenz habe. Ein Generalverkaufsagent sei verantwortlich für die Verkäufe und die Vermarktung der Dienstleistungen, die die von ihm vertretenen Fluggesellschaften anbieten würden. Zuweilen biete er auch zusätzliche betriebliche Unterstützung an. Verträge zwischen einem Generalverkaufsagenten und einer Luftfahrtgesellschaft könnten exklusiv und nicht-exklusiv sein, seien jedoch typischerweise nicht-exklusiv. Die Unabhängigkeit der Agenten werde auch in der europäischen Rechtsprechung bestätigt. Zudem weist United darauf hin, dass ihr Generalverkaufsagent in unabhängiger Stellung als Generalverkaufsagent von zahlreichen Auftraggebern gehandelt habe. Von den Auftraggebern [...] werde aber einzig ein Verfahren gegen United geführt.⁴⁹¹

1057. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass das schweizerische Wettbewerbsrecht beim Geltungsbereich einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgt. Die vorliegende Rechts- oder Organisationsform ist nicht relevant. Auch wenn es sich beim Generalverkaufsagenten nicht um einen Angestellten einer Luftverkehrsgesellschaft handelt, ist der Beauftragte nach schweizerischem Recht weisungsgebunden und gegenüber dem Auftraggeber zur Treue verpflichtet (vgl. Art. 397 OR). Der Generalverkaufsagent ist mithin nicht völlig unabhängig. Ausserdem kann der Generalverkaufsagent im vorliegenden Fall nicht mit den Reiseagenten beziehungsweise den unabhängigen Mittlern verglichen werden, wie sie die von United angeführten Gerichtsentscheide zum Gegenstand hatten. Insbesondere handelt es sich vorliegend beim Generalverkaufsagenten nicht um eine unabhängige Zwischenperson, die eine selbständige Dienstleistungstätigkeit ausübt.⁴⁹² Immerhin vertrat der Generalverkaufsagent unbestrittenermassen United [in der Schweiz].⁴⁹³ Dies unterscheidet den Generalverkaufsagenten klar von einem blossen Reiseagenten. Der Generalverkaufsagent von United hat denn auch ohne jegliche Vorbehalte im Namen von United gehandelt (vgl. bspw. Rz 302). Betreffend die geltend gemachte Ungleichbehandlung bei der Verfahrensbeteiligung der verschiedenen Auftraggeber desselben Generalverkaufsagenten kann auf die Ausführungen in Randziffer 817 verwiesen werden.

1058. United macht weiter geltend, dass das einschlägige Schweizer Recht, namentlich das Kartellgesetz, nur anwendbar auf Verhaltensweisen sei, welche sich ausschliesslich auf die Schweiz auswirken würden. United verweist dabei auf Artikel 10 LVA und führt weiter aus, dass diese Bestimmung unter keinen Umständen auf United angewendet werden könne, da

⁴⁹¹ Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁹² Vgl. Urteil des EuG vom 17.12.2003 T-219/99 *British Airways/Kommission*, Slg. 2003 II-5925 Rz 93.

⁴⁹³ Vgl. act. [...].

anerkannt sei, dass die Luftfrachtdienstleistungen von United auf bloss einer Route mit einem Drittstaat, nämlich den Vereinigten Staaten, erbracht worden seien. Darüber hinaus könne Schweizer Recht durch keine Auslegungsmethode inkorporiert oder auf die Situation von United angewendet werden. Es sei schlicht so, dass die Voraussetzungen von Artikel 10 LVA vorliegend nicht erfüllt seien, weshalb die WEKO ungeachtet der Frage, welche Analyse nun vorgenommen werde, nach Schweizer Recht keine Zuständigkeit habe.⁴⁹⁴

1059. Hinsichtlich der Anwendbarkeit von Artikel 10 LVA ist den Ausführungen von United entgegenzuhalten, dass diese Bestimmung vorliegend gar nicht relevant ist, zumal es unbestrittenermassen nicht um Binnensachverhalte geht.

1060. United führt zudem aus, dass sich die EU-Kommission bereits umfassend mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt habe, der die Grundlage für die im Antrag des Sekretariats enthaltenen Behauptungen und Anschuldigungen bilde. Namentlich habe die EU-Kommission die Tätigkeiten [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] und andere Schweizer Tatbestände bereits abgehandelt. Wie Artikel 1 LVA ausdrücklich festhalte, müsse die Anwendung seiner Vorschriften im Einklang mit den entsprechenden Urteilen und Entscheiden des Europäischen Gerichtshofs stehen. In dieser Hinsicht seien jedoch auch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs über den Grundsatz «ne bis in idem» direkt anwendbar, wenn Artikel 8 LVA angewendet werde. Im vorliegenden Fall seien die Bedingungen für den Grundsatz des «ne bis in idem» klar erfüllt. Erstens könne kein Zweifel darüber bestehen, dass es sich um denselben Sachverhalt handle, sowohl beim Fall der EU-Kommission als auch beim Fall der WEKO. Die Identität des Selbstanzeigers ([...]) und dessen Pflicht zur aufrichtigen Zusammenarbeit unter seinen zahlreichen Selbstanzeigen gewähre diese Einheitlichkeit. Zweitens sei auch die in Frage stehende Luftfahrtgesellschaft (United) dieselbe. Schliesslich bestehe auch eine Einheit des Rechtsschutzinteresses, nämlich die Anwendbarkeit von Artikel 8 LVA. Eine Unterscheidung zwischen den Routen zwischen der EU und der Schweiz einerseits und den Routen zwischen der Schweiz und Drittstaaten andererseits sei völlig künstlich. Entsprechend habe die EU-Kommission die Tätigkeiten in der Schweiz und [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] bereits abschliessend untersucht und sanktioniert. Als Ergebnis dieser Untersuchung sei United aus dem Verfahren entlassen und nicht sanktioniert worden. Mit anderen Worten habe die EU-Kommission sowohl hinsichtlich der Routen zwischen der Schweiz und Drittstaaten als auch der Routen zwischen der Schweiz und der EU ihre Zuständigkeit an sich genommen und den Sachverhalt als integrierenden Bestandteil eines einzigen und fortdauernden Verstosses behandelt, welcher direkt den europäischen Markt, und damit auch die Schweiz beeinflusst habe. Entsprechend hätten die Schweizer Behörden keine Zuständigkeit mehr, diesen Fall erneut zu beurteilen.⁴⁹⁵

1061. Die Argumentation von United betreffend die Frage der bereits beurteilten Sache («ne bis in idem») überzeugt nicht. Ungeachtet der Frage, bezüglich welcher Strecken die EU-Kommission tatsächlich eine Entscheidung getroffen hat (wovon die WEKO mangels Veröffentlichung des Entscheids keine Kenntnis hat), sieht Artikel 11 Absatz 2 LVA in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern explizit die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden vor. Es ist nicht Sache der rechtsanwendenden Behörde zu entscheiden, ob die Unterscheidung zwischen Strecken zwischen Schweiz und der EU einerseits und der Schweiz und Drittländern andererseits sinnvoll ist. Diese Unterscheidung wurde von den Vertragsparteien des Staatsvertrags vorgenommen, woran sich die Wettbewerbsbehörden zu halten haben. Entsprechend fehlt der EU-Kommission die sachliche Zuständigkeit in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern. Damit konnte die EU-Kommission auch keine für die schweizerischen Wettbewerbsbehörden bindende Entscheidung bezüglich Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern fällen. [Die Beurteilung von Abreden in Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz einerseits und den USA, Singapur, der Tsche-

⁴⁹⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

⁴⁹⁵ Vgl. act. [...].

chischen Republik, Pakistan und Vietnam andererseits fällt] in die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden.

1062. United ist sodann der Ansicht, dass selbst wenn von einer Zuständigkeit der WEKO auszugehen wäre, die vom Sekretariat vorgenommene Auslegung von Artikel 11 Absatz 2 LVA offensichtlich unzutreffend sei. Artikel 11 Absatz 2 LVA definiere diesfalls einzig die Zuständigkeit der WEKO allgemein hinsichtlich von Flügen zwischen der Schweiz und Drittstaaten. Im Übrigen verhalte es sich so, dass hinsichtlich der anwendbaren Vorschriften das EU-Luftverkehrsabkommen sämtliche Vorschriften enthalte (oder enthalten müsse), welche auf Sachverhalte unter dem EU-Luftverkehrsabkommen anwendbar seien und dass daher kein Raum mehr bestehe für die Anwendung von Schweizer Recht. Artikel 8 LVA schweige sich über die Frage des Verfahrens und der Sanktionen völlig aus und es gebe keine haltbaren Auslegungen, welche erlauben würden, Verfahren und Sanktionen nach Schweizer Recht in Lückenfüllung anzuwenden.⁴⁹⁶

1063. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1051 verwiesen werden.

B.1.3.5 Stellungnahme SAS (Scandinavian)

1064. Scandinavian macht geltend, dass in der EU zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses des EU-Luftverkehrsabkommens der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittstaaten entgegen der Ansicht des Sekretariats in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission gefallen sei. Dies sei in Anwendung von Artikel 84 und 85 EG-Vertrag erfolgt. Gleichzeitig hätten bilaterale Abkommen mit Regelungen zu Marktzugang, Kapazitäten und Preise bestanden. Solange die Luftverkehrsunternehmen sich an diese bilateralen Abkommen gehalten hätten, sei die EU-Kommission nie eingeschritten. Dies selbst wenn die bilateralen Abkommen in Widerspruch zu den europäischen Wettbewerbsregeln gestanden hätten. Das Verhalten von Scandinavian sei nie unter europäischem Recht beanstandet worden.⁴⁹⁷

1065. Dazu ist festzuhalten, dass sich die von Scandinavian erwähnten Ausführungen des Sekretariats auf die Auslegung des Wortlauts des EU-Luftverkehrsabkommens beziehen. Selbst wenn sich die EU-Kommission bereits früher in Anwendung von Artikel 84 und 85 EG-Vertrag als zuständig für Strecken zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittländern angesehen hätte, ändert dies nichts an der Auslegung des EU-Luftverkehrsabkommens. In Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern war die EU-Kommission nie zuständig.

1066. Scandinavian macht geltend, die Auslegung von Artikel 11 Absatz 2 LVA durch das Sekretariat vermöge nicht zu überzeugen. Bei Artikel 11 Absatz 2 LVA handle es sich in erster Linie um eine Bestimmung, welche die Behördenzuständigkeit zwischen der Schweiz und der EU regle. Es sei keineswegs erwiesen, dass sich diese Bestimmung auch auf das anzuwendende Recht beziehe. Dabei sei zu beachten, dass sich die Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern ausserhalb des eigentlichen Anwendungsfeldes des EU-Luftverkehrsabkommens – der Regelung des Luftverkehrs zwischen der Schweiz und der EU – befänden. Eine direkte Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern würde eine erhebliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des EU-Luftverkehrsabkommens darstellen und würde die Zustimmung der fraglichen Drittländer erfordern. Auch die unterschiedlichen Formulierungen in Artikel 11 Absatz 1 LVA und Artikel 11 Absatz 2 LVA würden auf ein unterschiedliches anzuwendendes Recht hinweisen. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäss Artikel 11 Absatz 2 LVA hätten die Schweizer Behörden klarerweise Schweizer Recht anzuwenden. Das EU-Luftverkehrsabkommen

⁴⁹⁶ Vgl. act. [...].

⁴⁹⁷ Vgl. act. [...].

bedeute diesfalls bloss, dass die Schweizer Behörden das Schweizer Recht soweit möglich konform zum EU-Wettbewerbsrecht auszulegen hätten.⁴⁹⁸

1067. Dazu kann zunächst festgehalten werden, dass die von Scandinavian vorgenommene Auslegung von Artikel 11 Absatz 2 LVA im Ergebnis nicht allzu stark vom Auslegungsergebnis des Sekretariats abweicht. Ob Schweizer Recht konform zum EU-Recht ausgelegt beziehungsweise angewendet wird, oder wie im Antrag des Sekretariats, Schweizer Recht parallel zum EU-Recht Anwendung findet, dürfte im Ergebnis keinen allzu grossen Unterschied machen. Zudem vermögen die Ausführungen von Scandinavian das vom Sekretariat präsentierte Auslegungsergebnis nicht als unhaltbar darzustellen. Insbesondere vermag das Argument von Scandinavian, wonach Drittländer einer Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens hätten zustimmen müssen, nicht zu überzeugen. Das EU-Luftverkehrsabkommen stellt ebenso schweizerisches Recht dar wie das Kartellgesetz. Soweit keine anderslautende staatsvertragliche Regelung besteht, kann die Schweiz autonom bestimmen, welches Recht sie auf einen bestimmten Sachverhalt anwenden will. Dies ebenso, wie die Schweiz auch autonom ihr Kartellgesetz abändern kann. Eine Zustimmung der Drittländer ist mithin nicht erforderlich. Soweit aber bestehende Staatsverträge der Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens entgegenstehen, wird dies im Antrag des Sekretariats auch berücksichtigt.

1068. Scandinavian macht geltend, dass eine korrekte Anwendung des Kriteriums der Durchführung der Abrede die Kompetenz der WEKO auf Verhalten einschränke, welche die Tarifgestaltung von ausgehenden Luftfrachttransporten betreffen. Unter Verweis auf die Literatur müssten sich gemäss Artikel 11 Absatz 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) die Effekte gemäss Artikel 2 KG auf den relevanten Märkten in der Schweiz vollziehen, bevor das Kartellgesetz Anwendung fände. Nur Frachtumsätze mit Ausgangspunkt Schweiz würden gemäss der Bekanntmachung der WEKO für die geografische Zuordnung von Umsätzen⁴⁹⁹ in der Schweiz stattfinden. Dieser Ansatz unterscheide sich im Übrigen nicht vom massgebenden europäischen Recht. Der territoriale Anwendungsbereich von Artikel 8 LVA bestimme sich korrekterweise durch die Anwendung der Doktrin der Durchführung des Verhaltens. Dieser lasse sich direkt aus der Bestimmung ableiten, welcher sich auf den räumlichen Geltungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens beziehe. Gemäss europäischer Rechtsprechung sei der Ort ausschlaggebend, wo die Durchführung der Kartellabsprache stattfände. Fände die Durchführung ausserhalb des Gebietes des EU-Luftverkehrsabkommens statt, dann falle diese Absprache aus dem räumlichen Geltungsbereich heraus.⁵⁰⁰

1069. Dem ist entgegenzuhalten, dass nicht – wie von Scandinavian behauptet – die Bestimmung des relevanten Marktes das Prinzip der Effekte von Artikel 2 KG konkretisiert. Die von Scandinavian zitierte Textstelle führt aus: «Der inländische Markt, auf dem sich die Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zeigen müssen, ist der für die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung relevante Markt, der nach Massgabe des Art. 11 Abs. 3 VKU bestimmt wird.»⁵⁰¹ Vielmehr richtet sich Artikel 2 Absatz 2 KG nach dem Auswirkungsprinzip: «Gemäss dem Auswirkungsprinzip ist für die räumliche Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts entscheidend, wo sich Wettbewerbsbeschränkungen auswirken, nicht jedoch, wo sie veranlasst wurde.»⁵⁰² Somit liegen Strecken mit Ausgangsort Drittland sehr wohl im Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

⁴⁹⁸ Vgl. act. [...].

⁴⁹⁹ «Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren»
<<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>> (12.4.2013).

⁵⁰⁰ Vgl. act. [...].

⁵⁰¹ BSK KG-LEHNE (Fn 4), Art. 2 KG N 55.

⁵⁰² BSK KG-LEHNE (Fn 4), Art. 2 KG N 41.

1070. Der Ansicht von Scandinavian, dass Strecken mit Ausgangsort Drittland nach europäischer Rechtsprechung nicht im Geltungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens liegen, ist ebenfalls nicht zu folgen. Das Durchführungsprinzip gemäss europäischer Rechtsprechung erfasst auch Fälle, bei denen Hersteller ihre Preise in Bezug auf Kundschaft in der EU absprechen. «Hersteller, wenn sie sich über die Preise abstimmen, die sie ihren in der Gemeinschaft ansässigen Kunden bewilligen werden, und diese Abstimmung durchführen, indem sie zu tatsächlich koordinierten Preisen verkaufen, [sind] an einer Abstimmung beteiligt [...], die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Artikels [101 AEUV] bezweckt oder bewirkt.»⁵⁰³ Dies gilt auch im vorliegenden Fall. Dazu kann erwähnt werden, dass bei der Frage nach den in der Schweiz erzielten Umsätzen für die Sanktionsberechnung genau diesem Umstand Rechnung getragen wird. Der Hinweis auf das Merkblatt «Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren» der WEKO ist in diesem Zusammenhang daher unbehelflich. Zumal dieses Merkblatt bei der Auslegung des Anwendungsbereiches des EU-Luftverkehrsabkommens nicht herangezogen werden kann.

1071. Scandinavian macht geltend, dass auch der historische Kontext zu berücksichtigen sei. Beim Luftverkehr handle es sich um einen stark regulierten Bereich. Die Vergangenheit sei durch legale Tarifkoordination geprägt.⁵⁰⁴

1072. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1053 verwiesen werden.

B.1.3.6 Stellungnahme Singapore

1073. Singapore macht geltend, es bestehe keine Zuständigkeit der Schweizer Behörden im Rahmen des EU-Luftverkehrsabkommens. Der Zuständigkeitsbereich der WEKO unter dem EU-Luftverkehrsabkommen werde sowohl durch den materiellen Anwendungsbereich von Artikel 8 LVA als auch durch die beschränkte Kompetenz der WEKO gemäss Artikel 11 LVA eingeschränkt. Zusammen genommen bedeuteten diese Bestimmungen, dass die meisten der gegen die Singapore vorgebrachten Vorwürfe im Antrag ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der WEKO liegen würden. Nach Leseweise der europäischen Rechtsprechung sei Artikel 8 LVA nur dann anwendbar, wenn eine Beschränkung des Wettbewerbs im Verkauf von Luftfrachtdienstleistungen im Anwendungsgebiet des Abkommens vorliege. Die Wettbewerbskommission sei unter dem EU-Luftverkehrsabkommen nur zuständig zur Feststellung eines Verstosses, falls eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise eine Beschränkung des Wettbewerbs beim Verkauf von Luftfrachtdienstleistungen im Anwendungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens auf Strecken zwischen der Schweiz und einem Drittland bewirke oder bezwecke. Die Abrede müsse im räumlichen Anwendungsbereich stattfinden. Dabei definiere die Lage des Ursprungsflughafens das Gebiet, in welchem der Wettbewerb beschränkt würde. Deshalb würden «inbound»-Dienstleistungen in die Schweiz den Wettbewerb in der Schweiz nicht beschränken.⁵⁰⁵

1074. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern von Artikel 11 Absatz 2 LVA explizit erfasst werden. Diese Strecken fallen somit ohne Weiteres in den räumlichen Geltungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens. Zudem ist das Gebiet oder der Ort, an dem die Abrede getroffen wird, für die Frage der Zuständigkeit nicht entscheidend. Artikel 8 LVA erfasst alle Verhaltensweisen, «die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken». Folglich stellt Artikel 8 LVA auf die Auswirkung der Verhaltensweise ab. In dieser Hinsicht und in Bezug auf die von Singapore geltend gemachte europäische Rechtsprechung kann auf die Ausführungen in Randziffer 1070 verwiesen

⁵⁰³ Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 bis C-129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö und andere/Kommission* («Woodpulp I»), Slg. 1988 05193 Rz 13.

⁵⁰⁴ Vgl. act. [...].

⁵⁰⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

werden. Demnach ist dem EU-Luftverkehrsabkommen auch keine Unterscheidung zwischen «outbound»- und «inbound»-Strecken zu entnehmen.

1075. Singapore macht weiter geltend, dass der angebliche Vorwurf einer einzigen und fort-dauernden Zuwiderhandlung betreffend das Verhalten ausserhalb der Schweiz nicht zu einer Zuständigkeit im Rahmen des EU-Luftverkehrsabkommens führen könne. Im europäischen Recht habe die EU-Kommission die Befugnis zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gemäss Verordnung Nr. 1/2003. Weder Artikel 101 AEUV noch Artikel 8 LVA beinhalteten den Begriff «Zuwiderhandlung». Das Konzept der einzigen und fort-dauernden Zuwiderhandlung sei ein prozedurales Instrument. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, welche den Wettbewerb im Gebiet des EU-Luftverkehrsabkommens nicht beeinträchtigt, könne nicht Teil einer Zuwiderhandlung nach Artikel 8 LVA sein und daher auch keinen Bestandteil einer einzigen und fort-dauernden Zuwiderhandlung nach Artikel 8 LVA darstellen. Darüber hinaus sei die WEKO gemäss Artikel 11 Absatz 2 LVA nur für Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern zuständig. Die Beschränkung der Zuständigkeit der WEKO unter Artikel 8 LVA und Artikel 11 Absatz 2 LVA bedeute, dass die WEKO Vorwürfe betreffend Verhaltensweisen in (beispielsweise) Singapore [...] nicht in eine einzige und fort-dauernde Zuwiderhandlung einschliessen könne.⁵⁰⁶

1076. Diesen Vorbringen ist zu entgegnen, dass sich die Frage der Zuständigkeit der WEKO nicht nach einem etwaigen Vorwurf einer einzigen und fort-dauernden Zuwiderhandlung richtet. Vielmehr klärt sich die Frage der Zuständigkeit nach den Bestimmungen von Artikel 10 LVA und Artikel 11 LVA. [...] Dabei ist es der WEKO unbenommen den Sachverhalt umfassend festzustellen. Eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung und insbesondere die daran anknüpfenden Rechtsfolgen nimmt die WEKO sowohl gemäss anwendbarem Recht als auch gemäss ihrer Zuständigkeit vor.

1077. Singapore bringt auch vor, dass das schweizerische Kartellgesetz nicht anwendbar sei. Insbesondere könnten das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kartellgesetz nicht parallel angewendet werden. Zudem geht Singapore davon aus, dass selbst bei einer Zuständigkeit der WEKO die materiell-rechtlichen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens anzuwenden wären. Es sei heute unbestritten, dass Artikel 8 und 9 LVA direkt anwendbares Völkerrecht darstellten. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes sei demnach ausgeschlossen. Für die Anwendung von schweizerischem Recht bleibe ausserhalb von Artikel 10 LVA, welcher einen strikt nationalen Umfang habe, kein Raum.⁵⁰⁷

1078. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1051 verwiesen werden. Die direkte Anwendbarkeit von Artikel 8 und 9 LVA steht einer (parallelen) Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht entgegen.

1079. Singapore bringt sodann vor, selbst wenn das Kartellgesetz neben dem EU-Luftverkehrsabkommen anwendbar wäre, die gemäss Artikel 2 Absatz 2 KG verlangten Auswirkungen auf die Schweiz nicht nachgewiesen seien. Gemäss Lehre seien «Auswirkungen oder Reaktionen auf solche Auswirkungen, die in der Schweiz auftreten, für eine Anwendung des KG nicht genügend.» Im Weiteren müsse die geforderte direkte Auswirkung auf einen Markt in der Schweiz einen gewissen Schweregrad erreichen.⁵⁰⁸ Es sei nicht nachgewiesen, auf welche Beweise (E-Mails, Telefonanrufe, Treffen) abgestellt werden könne, um eine direkte Auswirkung in der Schweiz (zum Beispiel Preisanstieg, Verminderung der Qualität von Dienstleistungen in der Schweiz) in Bezug auf die angeblich bezüglich Singapore relevanten fünf Flugrouten von der Schweiz nach den USA, nämlich Singapur,

⁵⁰⁶ Vgl. act. [...].

⁵⁰⁷ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵⁰⁸ Vgl. act. [...].

Tschechien, Pakistan und Vietnam sowie in Bezug auf die entsprechenden Verkäufe in der Schweiz nachzuweisen.⁵⁰⁹

1080. Zu diesem Vorbringen ist auf die Bedeutung der Luftfracht für die Schweiz hinzuweisen. Gemäss St. Galler Luftfrachtstudie ist die Luftfracht elementarer Bestandteil der Schweizer Wertschöpfungsketten. Zusammenfassend ist gemäss St. Galler Luftfrachtstudie festzustellen, dass die Schweizer Luftfracht einen wichtigen Wettbewerbsfaktor für den Wirtschaftsstandort Schweiz darstellt. Jeder dritte exportierte Franken verlässt die Schweiz per Luftfracht, jeder sechste importierte Franken erreicht die Schweiz per Luftfracht. Trotz des hohen Wertanteils werden nur etwa 0,7 von 100 Tonnen aus der Schweiz per Luftfracht exportiert und nur rund 0,2 von 100 Tonnen in die Schweiz importiert. Von Verbesserungen der Schweizer Luftfracht geht daher ein grosser Hebel auf die Schweizer Wirtschaft aus. Daher verdient die Schweizer Luftfracht besondere Aufmerksamkeit.⁵¹⁰ Folglich ist die Auswirkung auf die Schweiz im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 KG ohne Weiteres zu bejahen.

B.1.3.7 Stellungnahme [...]

1081. [...] bemängelt bei den Kontakten in Bezug auf Kommissionierung von Zuschlägen, dass der Antrag Kontakte aufnahme, für welche die schweizerische Zuständigkeit offensichtlich nicht gegeben sei.⁵¹¹

1082. [...] Zudem hat [...] selber die von ihr nun kritisierten Kontakte im Rahmen ihrer Selbstanzeige gemeldet. Von einer offensichtlichen Unzuständigkeit und Bedeutungslosigkeit kann keine Rede sein.⁵¹²

1083. [...] macht geltend, das Sekretariat habe das EU-Luftverkehrsabkommen bewusst so ausgelegt, dass die Schweizer Verfahrensvorschriften, und damit verbunden die Sanktionsbefugnis, zur Anwendung gelangen könnten. Die vom Sekretariat vorgebrachte Begründung zur Auslegung von Artikel 11 LVA sei aufgrund der möglichen Präzedenzwirkung mit Bezug auf die Sanktionsfrage zulasten der Untersuchungsadressaten völlig ungenügend. Zudem deute der Wortlaut von Artikel 11 LVA vielmehr gerade in eine gegenteilige Richtung. Mit Bezug auf das Wort «gemäss» müsse nämlich zunächst festgestellt werden, dass diese Begriffe sowohl in Absatz 1 wie auch in Absatz 2 verwendet würden. Bei der Wahl des gleichen Worts im gleichen Artikel liege es nahe, dass dieses Wort auch den gleichen Sinngehalt habe. Das Wort «gemäss» habe somit auch im folgenden Absatz 2 den Inhalt, dass die Schweiz Artikel 8 und 9 LVA direkt und ausschliesslich anzuwenden habe, wobei die Zwischenstaatlichkeitsklausel in den beiden Vorschriften sachnotwendigerweise den Handel zwischen der Schweiz und Drittstaaten meine. Die Auslegung, wonach aufgrund des Umstandes, dass in Absatz 2 die Erwähnung des Worts «Zulässigkeit» heisse, dass die Schweizer Verfahrensvorschriften zur Anwendung kämen, lasse zudem ausser Acht, dass auch in Absatz 1 nur die materiellen Zulässigkeitsvorschriften, das heisse Artikel 8 und 9 LVA (d. h. also genau gleich wie in Absatz 2), genannt seien und keinerlei Verweisungen auf das Verfahrensrecht gemacht würden. Klar sei somit in beiden Konstellationen, dass das EU-(Verfahrens-)Recht zur Anwendung komme. Eine Anwendung von Schweizer Recht mit Bezug auf die Sanktionen oder auf das Verfahren entspreche dem Sinn und Zweck des EU-Luftverkehrsabkommens ebenso wenig wie die parallele Anwendung der materiellen Beurteilungsregeln der Schweizer und EU-Verhaltenskontrolle. Der einzige Anwendungsbereich für Schweizer Recht sei nach dem klaren Wortlaut des EU-Luftverkehrsabkommens lediglich bei Sachverhalten gegeben, die sich auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirkten. In allen übrigen Fällen sei die Anwendung der LVA-Vorschriften beziehungsweise der in den Anhängen erwähnten Richtlinien und Verordnungen vorgegeben. Schliesslich sei die Argumentati-

⁵⁰⁹ Vgl. act. [...].

⁵¹⁰ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 8.

⁵¹¹ Vgl. act. [...].

⁵¹² Vgl. act. [...].

on des Sekretariats, wonach die Botschaft kein Auslegungsmittel darstelle, gerade in vorliegendem Fall, in welchem es gerade um die Anwendung des EU-Luftverkehrsabkommens durch eine Schweizer Behörde gehe, nicht haltbar. [...] verweist in diesem Zusammenhang auf die Botschaft des Bundesrates zum Beitritt der Schweiz zur Vertragsrechtskonvention (BBI 1989 776, Fn 1).⁵¹³

1084. Damit beantragt [...] sinngemäss, dass eine Regelung im Zweifel zu Gunsten der Parteien auszulegen sei. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass bei der Auslegung von Rechtsvorschriften der Grundsatz «in dubio pro reo» keine Bedeutung hat.⁵¹⁴ Die rechtsanwendende Behörde hat sich bei der Auslegung von Rechtsnormen an die einschlägigen Auslegungsmethoden beziehungsweise Auslegungsvorschriften (d. h. vorliegend die Vertragsrechtskonvention) zu halten. Es besteht dabei keine Pflicht, eine Rechtsnorm im Zweifel zu Gunsten des Rechtsunterworfenen auszulegen. Die Behörde hat sich vielmehr an das Willkürverbot zu halten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Auslegung oder Anwendung des Gesetzes nicht schon dann willkürlich ist, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.⁵¹⁵ Was [...] gegen die Auslegung von Artikel 11 Absatz 2 LVA durch das Sekretariat vorbringt, vermag diese nicht als willkürlich erscheinen zu lassen. [...] vermag nichts Stichhaltiges vorzubringen, was die Anwendung des Kartellgesetzes als geradezu unhaltbar erscheinen liesse.

1085. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Randziffer 1051 verwiesen werden.

1086. [...] macht geltend, der Antrag lasse die automatischen Auswirkungen der zulässigen Tarifabreden auf andere Länder/Strecken (sogenannter «spill-over»-Effekt) unbeachtet. Wären solche (Neben-)Effekte wettbewerbsrechtlich nicht hinzunehmen und damit nicht zulässig, würden dem betroffenen ausländischen Vertragspartner des bilateralen Tarifabkommens im Ergebnis die Regeln des Kartellgesetzes beziehungsweise EU-Luftverkehrsabkommens entgegenhalten. Damit würden Sinn und Zweck dieser bilateralen Tarifabkommen in Frage gestellt und deren rechtmässige Anwendung unterlaufen, was rechtsstaatlich unhaltbar und stossend sei.⁵¹⁶

1087. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1053 verwiesen werden.

B.1.3.8 Stellungnahme [...]

1088. [...] macht zum einen geltend, das schweizerische Kartellgesetz finde im vorliegenden Fall keine Anwendung, weil das EU-Luftverkehrsabkommen die fragliche Materie abschliessend regle. Zum anderen sei eine Sanktionsbefugnis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten zu verneinen. Hinsichtlich des EU-Luftverkehrsabkommens macht [...] geltend, dass der Wortlaut von Artikel 11 Absatz 2 LVA klar sei. [...] begründet diese Ansicht unter Bezugnahme auf die Botschaft Bilaterale I, Zusatzbotschaft KG und die Literatur.⁵¹⁷ Entsprechend könne die Unzulässigkeit von Abreden nur nach dem EU-Luftverkehrsabkommen und nicht kumulativ nach dem Kartellgesetz geprüft werden.⁵¹⁸

⁵¹³ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵¹⁴ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵¹⁵ Urteil des BGer 2P.219/2006 vom 23.11.2006, E. 2.3.

⁵¹⁶ Vgl. act. [...].

⁵¹⁷ Vgl. act. [...].

⁵¹⁸ Vgl. act. [...].

1089. Den Ausführungen von [...] ist entgegenzuhalten, dass, wie sich aus den vorangehenden Ausführungen ergibt (vgl. Rz 981 ff.), der Wortlaut von Artikel 11 Absatz 2 LVA keineswegs klar ist. Dementsprechend ist die Bestimmung auch auslegungsbedürftig. Diese Auslegung hat nach den Vorschriften der Vertragsrechtskonvention zu erfolgen. Dementsprechend kommt der Botschaft Bilaterale I, der Zusatzbotschaft KG und der Literatur aber keine entscheidende Bedeutung zu (vgl. Rz 1017 ff.). Wie aufgezeigt, lässt sich im Übrigen insbesondere der Literatur keine eindeutige Klärung der vorliegenden Frage nach den anzuwendenden Bestimmungen entnehmen (vgl. Rz 1019 ff.).

B.1.3.9 Stellungnahme [...]

1090. [...] vertritt die Ansicht, dass der Sachverhalt ausschliesslich nach dem Kartellgesetz zu beurteilen sei. Das EU-Luftverkehrsabkommen sei nur bei spürbarer Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der EU anwendbar. Eine solche Beeinträchtigung sei vorliegend nicht nachgewiesen.⁵¹⁹

1091. Zur Frage der Anwendbarkeit des EU-Luftverkehrsabkommens kann auf die Ausführungen in Abschnitt B.1.2 verwiesen werden. In Bezug auf die geltend gemachte fehlende spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der EU kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1250 und 1262 verwiesen werden.

1092. [...]

1093. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1053 verwiesen werden. [...]

B.1.3.10 Stellungnahme [...]

1094. [...] macht geltend, die WEKO sei für die Beurteilung einer Abrede im Bereich von Transporten auf dem Landweg zwischen der Schweiz und Drittländern nicht zuständig. Der Antrag qualifiziere Landtransporte aus der Schweiz [...] zu Unrecht als Luftfrachttransporte. Da es sich bei diesen Transporten nicht um Luftverkehr handle, sei auch das EU-Luftverkehrsabkommen, woraus die WEKO ihre Zuständigkeit ableite, nicht anwendbar.⁵²⁰

1095. Dazu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1047 verwiesen werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung des schweizerischen Kartellrechts nicht in dem von [...] vorgebrachten Sinne an der Schweizer Grenze Halt macht. Der von [...] zitierte Jahresbericht 2010 der WEKO führt nur aus: «Der Geltungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes endet aber aufgrund des Territorialitätsprinzips an der Schweizer Grenze.»⁵²¹ Dies stellt indes einzig klar, dass das Kartellgesetz nur in der Schweiz und nicht etwa auch in Deutschland oder Frankreich gilt. Dass aber im Kartellgesetz gemäss Artikel 2 Absatz 2 KG das Auswirkungsprinzip gilt, verdeutlicht die im zitierten Jahresbericht folgende Frage: «Ist bei einem Strassentransport von Hamburg nach Neapel die ganze Strecke relevant oder bleiben die 290 Kilometer von Basel nach Chiasso unberücksichtigt?» Selbst wenn also die fraglichen Transporte nicht vom jeweiligen Luftfrachtbrief erfasst wären, fielen sie infolge Auswirkungen auf die Schweiz in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes und die entsprechende Zuständigkeit der WEKO. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass gemäss [...] die Unterteilung in Land- und Luftweg aus Sicht der Kundschaft nicht relevant sei.⁵²²

1096. [...] macht weiter geltend, dass es notwendig sei zu evaluieren, ob die im Sachverhalt dargestellten Vorgänge mit Bezug auf die Schweiz von den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen erfasst würden: [...]

⁵¹⁹ Vgl. act. [...].

⁵²⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵²¹ RPW 2011/1, 3, *Jahresbericht 2010 der Wettbewerbskommission*.

⁵²² Vgl. act. [...].

1097. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1053 verwiesen werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

B.2.1 Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens

1098. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

1099. Im Zusammenhang mit vorbehaltenen Vorschriften im Bereich Luftverkehr wies die WEKO beim Zusammenschlussvorhaben Airtrust AG/Edelweiss Air AG auf die Luftverkehrsabkommen mit Drittstaaten hin, welche die Bedienung direkter Linien durch nur eine nationale Fluggesellschaft festlegen. Teilweise regeln diese Luftverkehrsabkommen auch die Preisbestimmung. Derartige Vereinbarungen sind grundsätzlich geeignet, um unter Artikel 3 Absatz 1 KG zu fallen und sollten berücksichtigt werden, wenn spezifische Transportverbindungen untersucht werden.⁵²³ Allerdings ging die WEKO beim Zusammenschlussvorhaben Airtrust AG/Edelweiss Air AG für den Bereich der Beförderung von Passagieren der betroffenen Flugverbindungen davon aus, dass keine vorbehaltenen Vorschriften bestehen.⁵²⁴

1100. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten (Rz 939 ff.) gehen die genannten Luftverkehrsabkommen als völkerrechtliche Verträge dem Kartellgesetz vor. Damit schützen die Abkommen eine allfällige Tarifkoordination, welche gegen das Kartellgesetz verstossen würde. Es kann daher offen bleiben, ob die fraglichen Bestimmungen auch vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG darstellen.

B.2.2 EU-Luftverkehrsabkommen

1101. Für den Zeitraum ab dem 1. Juni 2002 gelangen – soweit die schweizerischen Behörden zuständig bleiben⁵²⁵ – in Bezug auf bestimmte Strecken⁵²⁶ nebst den kartellgesetzlichen Bestimmungen auch die Wettbewerbsregeln des EU-Luftverkehrsabkommens zur Anwendung. Für die übrigen Drittstaaten-Strecken trat mit Inkraftsetzung des EU-Luftverkehrsabkommens am 1. Juni 2002 keine Änderung ein.⁵²⁷

1102. Das EU-Luftverkehrsabkommen enthält mit Artikel 12 LVA Bestimmungen zu staatlichen Unternehmen oder Unternehmen, denen besondere oder ausschliessliche Rechte gewährt werden: Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Abkommens, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmass beeinträchtigt werden, das den Interessen der Vertragsparteien zuwiderläuft (Art. 12 Abs. 2 LVA).

⁵²³ RPW 2005/1, 42 Rz 13 f., *Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines*.

⁵²⁴ RPW 2008/4, 676 Rz 30, *Airtrust AG/Edelweiss Air AG*.

⁵²⁵ Vgl. vorne Rz 966 ff.

⁵²⁶ Vgl. vorne Rz 1035.

⁵²⁷ Vgl. vorne Rz 1034.

1103. Im vorliegenden Fall sind keine Unternehmen ersichtlich, welche die Bedingungen gemäss Artikel 12 Absatz 2 LVA erfüllen.

B.2.3 Stellungnahmen der Parteien zu vorbehaltenen Vorschriften

B.2.3.1 Stellungnahme [...]

1104. [...] macht geltend, dass die Kontakte mit Scandinavian von der EU-Kommission freigestellt worden seien. Zudem hätten [...], Scandinavian und United bilaterale und trilaterale Allianzvereinbarungen beim amerikanischen Verkehrsministerium angemeldet. Das DoT habe [...] eine kartellrechtliche Immunität verfügt (Antitrust Immunity Order). Deshalb hätten die Kontakte, die Unternehmen des [...] -Konzerns, Scandinavian und United untereinander als Vertragsparteien einer kartellrechtlich freigestellten Luftfahrtallianz unterhielten, für die Feststellung sanktionsrelevanten Verhaltens unberücksichtigt zu bleiben. Im Zeitpunkt, in welchem die Allianzen eingegangen worden seien, habe es in der Schweiz gar keine Meldemöglichkeit gegeben; dies sei vor in Kraft treten der Änderungen von 2004 gewesen. Danach habe es zwar wohl eine Meldemöglichkeit nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe c KG gegeben, aber keine Meldepflicht und in diesem Sinne sei es auch nie notwendig gewesen, diese Allianzen zur Erlangung von Rechtmässigkeit zu melden. Es sei nicht vorstellbar, dass unter dem EU-Luftverkehrsabkommen die WEKO eine Freistellung durch die EU-Kommission einfach ignorieren könne. Deshalb sei das Dispositiv in Ziffer 1 abzuändern (vgl. Rz 98).⁵²⁸ Ob die Allianz zwischen [...] und Scandinavian seit dem Jahr 2006 weiterlaufe, sei nicht bekannt.⁵²⁹ Zudem macht [...] geltend, dass das Sekretariat von [...] und [...] im Jahr 2011 über die Allianz [...] informiert worden sei. Dass danach auf eine Meldung verzichtet worden sei, basiere auf dem Verständnis von [...] über die Aussagen des Sekretariats zur fehlenden Notwendigkeit einer Meldung.⁵³⁰

1105. Dazu ist in Erwägung zu ziehen, dass eine Immunitätsklärung des DoT keine Bindungswirkung für die schweizerischen Wettbewerbsbehörden entfaltet, zumal eine solche Wirkung weder im Staatsvertragsrecht (insbesondere im Abkommen CH-US) noch im nationalen Recht (insbesondere Art. 58 und 59 KG) vorgesehen ist. Die fraglichen Allianzen waren daher gestützt auf die Verfügung des DoT einzig unter US-Recht erlaubt. Zwar sieht Artikel 8 Absatz 3 LVA eine Artikel 101 Absatz 3 AEUV entsprechende Möglichkeit der Nichtanwendbarerklärung vor. Eine für die Schweiz bindende, in Anwendung von Artikel 8 Absatz 3 LVA erfolgte Nichtanwendbarerklärung liegt jedoch im fraglichen Zusammenhang nicht vor. Insbesondere nachdem für die Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern die schweizerischen Wettbewerbsbehörden zuständig sind. Die fraglichen Allianzen geniessen daher keine Immunität vor den Wettbewerbsbestimmungen, welche die Schweizer Behörden anzuwenden haben.

1106. Weiter ist festzuhalten, dass eine fehlende kartellgesetzliche Möglichkeit einer Freistellung analog zum europäischen Wettbewerbsrecht nicht zu einer Übernahme ausländischer Freistellungs- und Immunitätsentscheide führt. Wenn diese Möglichkeit nach schweizerischem Recht nicht besteht, so entspricht es dem Willen des Gesetzgebers. Überdies bestand im Rahmen der Schlussbestimmungen zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 die Möglichkeit, bestehende Wettbewerbsbeschränkungen zu melden. Wie [...] richtig ausführt, bestand keine Pflicht zur Meldung von Wettbewerbsbeschränkungen. Allerdings entfällt ohne eine Meldung die Möglichkeit einer Belastung Artikel 49a KG nicht. Es ist ebenfalls anzumerken, dass das Allianzabkommen zwischen [...] und United in erster Linie für das Passagiergeschäft ausgestaltet wurde. Die Allianz zwischen [...] und United sei im Frachtbe-

⁵²⁸ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵²⁹ Vgl. act. [...].

⁵³⁰ Vgl. act. [...].

reich nach Wahrnehmung von [...] nicht angewendet wurde.⁵³¹ Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die vorliegenden Kontakte ohnehin nicht auf die Allianzen beschränkten, sondern über den Kreis etwaiger Allianzpartner hinausgingen.

1107. Daran ändert auch die von [...] geltend gemachte Präsentation der Allianz [...] beim Sekretariat nichts. Das Sekretariat hat gegenüber [...] keine Aussage gemacht, dass eine Meldung nicht notwendig sei. Im Gegenteil wurde ausgeführt, dass [...] eine gewisse Rechtssicherheit bezüglich Sanktionierbarkeit im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens beziehungsweise einer Meldung nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG erreichen könne. Selbst eine Aussage des Sekretariats in Bezug zur Meldungsnotwendigkeit hinsichtlich Wettbewerbsbeschränkungen hätte für das vorliegende Verfahren keine Relevanz. Im Jahr 2011 war die Frist für Meldungen gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 längst abgelaufen. Und eine Widerspruchsmeldung im Sinne von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG setzt voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung gemeldet wird, bevor diese Wirkung entfaltet, was vorliegend klar nicht gegeben ist. Somit könnte eine allfällige Aussage des Sekretariats im Rahmen der fraglichen Präsentation nicht in Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren stehen, da die Frist beziehungsweise die Voraussetzung für die Meldung in Bezug auf das vorliegende Verfahren nicht gegeben war. Es erfolgten auch keine anderen Eingaben im Sinne einer Meldung nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG.

B.2.3.2 Stellungnahme AMR (American)

1108. American macht geltend, ihr sei vom US Department of Transportation kartellrechtliche Immunität für ihre Allianz mit Swissair und Sabena sowie ihre Allianz mit [...] gewährt worden. In Bezug auf diese Gewährung müsse das DoT in Betracht gezogen haben, dass (i) die USA im Jahre 1995 mit der Schweiz ein «Open Skies» Abkommen (d. h. das Abkommen CH-US) abgeschlossen habe, und dass (ii) dieses Abkommen Kooperationsvereinbarungen wie beispielsweise Allianzen zwischen Fluggesellschaften fördere. Infolge der immunisierten Beziehung sei American die Koordination mit ihren Allianzpartnern unter US-Recht erlaubt gewesen. Gestützt auf das Prinzip der «Comity» sei es unlogisch und unkorrekt, wenn das Sekretariat beabsichtige, Verhaltensweisen zu sanktionieren, welche das DoT unter US- und Schweizer Recht als rechtskonform erachtet, und in Bezug auf welche das DoT kartellrechtliche Immunität gewährt habe. In jedem Fall seien solche Allianzen auch unter EU-Recht und schweizerischem Wettbewerbsrecht geschützt. Unter EU-Recht (Geltung erlangend via Einbezug durch das LVA) fielen solche Allianzen unter den Schutz von Artikel 101 Absatz 3 AEUV - ohne die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Bewilligung. Die Begründung für diese Regelung sei, dass die für das Konsumentenwohl bestehenden Vorteile der Koordination (als Folge der Kosteneinsparungen und der grösseren Auswahl) gegenüber einer allfälligen Wettbewerbsbeeinträchtigung mehr Gewicht hätten. Die Position unter dem Schweizer Kartellgesetz sei dieselbe, da diese Allianzen in grundlegenderweise pro-kompetitiv seien.⁵³²

1109. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1105 verwiesen werden. Ausserdem kann aus dem völkerrechtlichen Grundsatz der guten Nachbarschaft beziehungsweise des internationalen Entgegenkommens (sog. «comity») von der Schweiz nicht verlangt werden, dass sie sich eine einseitige Immunitätserklärung durch einen anderen Staat entgegenzuhalten hat.

B.2.3.3 Stellungnahme United

1110. United führt des Weiteren aus, dass sich das Sekretariat sehr stark auf bilaterale Kommunikationen zwischen United und [...] verlasse. Es ignoriere jedoch den wichtigen Umstand, dass diese Kommunikation gestützt auf Kartellrechtsimmunität und Freistellung unter

⁵³¹ Vgl. act. [...].

⁵³² Vgl. act. [...].

den Kartellrechten der USA und der EU erfolgt sei. United und [...] seien regelmässig im Kontakt gestanden. Dies sei jedoch im Rahmen ihrer rechtlich zulässigen Allianz erfolgt. Allerdings habe United im Bereich Luftfracht aus kommerziellen Gründen entschieden, keine Preise zu koordinieren, obwohl dies die Allianz rechtlich erlaubt hätte. Sowohl die amerikanischen Behörden als auch die EU-Kommission seien einhellig zum Schluss gelangt, dass die Allianz zwischen [...] und United sowohl ökonomisch effizient sei als auch entsprechende Konsumentenvorteile mit sich bringe.⁵³³

1111. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1105 verwiesen werden.

B.2.3.4 Stellungnahme SAS (Scandinavian)

1112. Scandinavian macht geltend, dass Scandinavian und [...] eine Allianz gebildet hätten, welche auch Luftfrachtleistungen beinhaltet habe. Diese Allianz sei von der EU-Kommission freigestellt worden. Vom DoT habe die Allianz Immunität erhalten.⁵³⁴ Die Allianz habe den Austausch von Informationen über Preise, Raten und Marketingkosten abgedeckt. Allerdings sei dieser Informationsaustausch wegen der gewährten Freistellung und Immunität zulässig gewesen.⁵³⁵ Im Übrigen dauere die Kooperation im Rahmen der Allianz zwischen Scandinavian und [...] an.⁵³⁶ Allerdings seien die Kontakte in Bezug auf Zuschläge Ende des Jahres 2006 eingestellt worden.⁵³⁷ Scandinavian vertritt die Ansicht, dass in der Schweiz keine Pflicht zur Meldung der Allianz zwischen Scandinavian und [...] bestanden habe.

1113. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1105 verwiesen werden. Wie Scandinavian richtig ausführt, besteht keine Pflicht zur Meldung von Wettbewerbsbeschränkungen. Allerdings entfällt ohne eine Meldung die Möglichkeit einer Belastung Artikel 49a KG nicht.

B.2.3.5 Stellungnahme Singapore

1114. Singapore bringt vor, dass es sich bei den Kontakten auf Stufe Hauptquartier um Sitzungen und Korrespondenz zwischen den Partnern der wettbewerbsintensivierenden [...] Allianz gehandelt habe.⁵³⁸

1115. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1105 verwiesen werden. Zudem reicht Singapore zur geltend gemachten [...] -Allianz lediglich ihre eigene (vormalige) Eingabe an die EU-Kommission und das Europäische Gericht ein.

B.3 Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die anzuwendenden Bestimmungen

B.3.1 Einleitung

1116. Die vorne unter Abschnitt A.4 gemachten Sachverhaltsfeststellungen lassen sich kurz wie folgt zusammenfassen: In den Jahren 2000 bis 2006 haben verschiedene Lufttransportunternehmen Gespräche geführt und Kontakte unterhalten, die verschiedene Elemente des Preises für Lufttransportdienstleistungen (Zuschläge, Kommissionierung von Zuschlägen, Frachttarife) betrafen.

⁵³³ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵³⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵³⁵ Vgl. act. [...].

⁵³⁶ Vgl. act. [...].

⁵³⁷ Vgl. act. [...].

⁵³⁸ Vgl. act. [...].

1117. Die vorangehenden rechtlichen Erwägungen (Rz 931 ff.) können sodann folgendermassen zusammengefasst werden: Die Schweiz hat betreffend die gemäss festgestelltem Sachverhalt in Frage kommenden Flugverkehrsdestinationen eine Vielzahl an Luftverkehrsabkommen mit den jeweiligen Ländern abgeschlossen. Aufgrund einzelner Abkommen und der darin enthaltenen Möglichkeit der Tarifkoordination fallen gewisse Strecken für die folgende Analyse ausser Betracht. Für die Analyse sind damit grundsätzlich noch Strecken in Bezug auf folgende Länder relevant: Frankreich, Vereinigte Staaten von Amerika, Singapur, Tschechische Republik, Pakistan und Vietnam.⁵³⁹

1118. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten⁵⁴⁰ hat die WEKO auf Sachverhalte, welche sich ab dem 1. Juni 2002 zugetragen haben, das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kartellrecht parallel anzuwenden. Dabei ist anzumerken, dass Strecken zwischen der Schweiz und Frankreich ab 1. Juni 2002 infolge Artikel 11 Absatz 1 LVA nicht mehr in die Zuständigkeit der WEKO, sondern in jene der EU fallen. Ebenso Strecken zwischen der Schweiz und der Tschechischen Republik ab deren EU-Beitritt per 1. Mai 2004.

1119. Nachdem das EU-Luftverkehrsabkommen keine Rückwirkungsklausel beinhaltet und damit erst auf Sachverhalte ab dem 1. Juni 2002 Anwendung findet, ist für die Zeit von 2000 bis 31. Mai 2002 ausschliesslich das Kartellgesetz anwendbar. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass ein allenfalls heute auszusprechendes Verbot einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise von vor dem 1. Juni 2002 auch Wirkung für die Gegenwart und die Zukunft hätte und mithin in den Anwendungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens fiel. Entsprechend den Ausführungen zum Verhältnis EU-Luftverkehrsabkommen/Kartellgesetz⁵⁴¹ kann zum heutigen Zeitpunkt eine in den Anwendungsbereich des EU-Luftverkehrsabkommens fallende Verhaltensweise nicht gestützt auf das Kartellgesetz verboten werden, wenn sie nach EU-Luftverkehrsabkommen zulässig ist. Da aber das EU-Luftverkehrsabkommen auf Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 nicht anwendbar ist, kann auch die Frage nicht beantwortet werden, ob die fraglichen Verhaltensweisen nach EU-Luftverkehrsabkommen zulässig sind oder nicht. Somit verbliebe für die WEKO nur die Möglichkeit, für Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 lediglich deren Unzulässigkeit festzustellen. Da die Verhaltensweise aufgrund des zeitlichen Anwendungsbereichs nicht auf die Vereinbarkeit mit dem EU-Luftverkehrsabkommen überprüft werden könnte, könnte die WEKO an die Feststellung der kartellgesetzlichen Unzulässigkeit keine sich in der Gegenwart auswirkende Rechtsfolge wie ein Verbot anknüpfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch eine isolierte Feststellung kartellrechtswidrigen Verhaltens ausgeschlossen.⁵⁴² Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 können daher nachfolgend zwar auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden. Eine allfällige Unzulässigkeit hätte indes keine weitere Rechtsfolge und würde im Dispositiv keinen Niederschlag finden.

B.3.2 Stellungnahmen der Parteien zu Subsumtion im Allgemeinen

B.3.2.1 Stellungnahme [...]

1120. [...] bemängelt, dass der Antrag des Sekretariats die inhaltliche und zeitliche Beschränkung der Zuständigkeit der WEKO nicht konsequent anwende. Vielfach bleibe unklar, von welchen Strecken und welchem Zeitraum konkret die Rede sei. Es werde zu wenig danach differenziert, was für die Prüfungskompetenz der WEKO überhaupt relevant sei.⁵⁴³

⁵³⁹ Vgl. vorne Rz 959 Tabelle 14.

⁵⁴⁰ Vgl. vorne Rz 1034.

⁵⁴¹ Vgl. vorne Rz 961 ff.

⁵⁴² Vgl. BGE 137 II 199, 217 ff. E. 6 (= RPW 2011/3, 448 f. E. 6), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

⁵⁴³ Vgl. act. [...].

1121. Diese Aussagen sind unzutreffend. Die Ausführungen in Abschnitt B.3.1 spezifizieren eindeutig, welche Strecken im welchem Zeitraum der Beurteilung unterliegen. In diesem Zusammenhang ist auch die Zuständigkeit klar dargelegt. Davon klar zu unterscheiden ist die Frage des Zeitraums für die Sanktionierung. Die Einführung direkter Sanktionen ab 1. April 2004 hindert die WEKO nicht an der Beurteilung von Sachverhalten vor diesem Datum.

B.3.2.2 Stellungnahme South African

1122. South African bringt vor, dass sie auf den im Antrag als relevante Märkte definierten Strecken keine Tätigkeit und damit auch keine Umsätze aufweise, weshalb selbst eine Beteiligung von South African an einer allfälligen Wettbewerbsabrede beziehungsweise einer abgestimmten Verhaltensweise auf jeden Fall keine wettbewerbsrechtlich relevanten Auswirkungen auf den relevanten Märkten zur Folge gehabt haben könne. Das Verfahren sei daher gegenüber South African ohne Folgen einzustellen.⁵⁴⁴

1123. Diesen Ausführungen von South African ist entgegenzuhalten, dass die Teilnahme an Vereinbarungen beziehungsweise abgestimmten Verhaltensweisen nicht vom Umfang der erbrachten Leistungen auf den relevanten Märkten abhängt. Zudem ist in Bezug auf die Wirkung einer Abrede nicht die Tätigkeit des einzelnen Abredeteiligen massgebend. Der blosse Umstand, dass ein Unternehmen auf einem relevanten Markt keinen Umsatz erzielt spricht jedenfalls nicht gegen die Teilnahme an Vereinbarungen beziehungsweise abgestimmten Verhaltensweisen.⁵⁴⁵

1124. South African bringt vor, dass das Sekretariat einem Irrtum unterliege, wenn es angebliche Absprachen bezüglich Zuschläge der Luftverkehrsunternehmen einerseits, und eine angebliche Absprache bezüglich einer Kommission, welche die Speditionen von den Luftverkehrsunternehmen verlangten andererseits, als Teil einer einzigen fortdauernden Absprache betrachte. Die Zuschläge der Fluggesellschaften und die Kommissionen der Spediteure stünden in keinem Zusammenhang. Diese würden verschiedene Stufen der Transportkette beziehungsweise verschiedene «Urheber» betreffen. Weiter hätten die Luftverkehrsunternehmen die Zuschläge ereignisabhängig (das heisse je nach Höhe der Treibstoffkosten, bei Kriegen, bei erhöhten oder neuen Sicherheitsmassnahmen) in Rechnung gestellt, währenddem die Kommissionen von den Spediteuren ereignisunabhängig für ihre Dienstleistungen erhoben worden seien. Weil die Kommissionen die Aufwendungen der Spediteure hätten kompensieren sollen, handle es sich um Zuschläge und somit um einen Preisbestandteil der Spediteure.⁵⁴⁶

1125. Dieser Ansicht von South African ist nicht zu folgen. Der festgestellte Sachverhalt zeigt, dass es nicht um die blosse Koordinierung zur rechtlichen Abklärung und adäquaten Reaktion ging. Vielmehr bestätigten und bekräftigten die Luftverkehrsunternehmen sich gegenseitig, keine Kommissionen auf den Zuschlägen zu gewähren. Weiter ist zu wiederholen, dass es sich bei der Kommissionierung von Zuschlägen um eine Entschädigung der Luftverkehrsunternehmen an die Speditionen handelt (vgl. Rz 717). Folglich geht es um einen Bestandteil des Preises, den die Luftverkehrsunternehmen verlangen. Dabei ist es bedeutungslos, ob die Zuschläge ereignisabhängig waren. Selbst wenn die Ereignisabhängigkeit irgendeine Relevanz hätte, wäre diese im vorliegenden Fall auch für die Kommissionierung von Zuschlägen gegeben. Denn die Speditionen forderten eine Kommission in Form eines Prozentsatzes (8 %) auf insbesondere den Treibstoffzuschlägen.⁵⁴⁷ Damit wäre auch die von den Speditionen geforderte Kommissionierung ereignisabhängig gewesen. Es hätte sich nicht um einen festen Betrag gehandelt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich South African mit

⁵⁴⁴ Vgl. act. [...].

⁵⁴⁵ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 78 ff.

⁵⁴⁶ Vgl. act. [...].

⁵⁴⁷ Vgl. act. [...].

dieser Auffassung selber widerspricht. Einerseits verlangt South African mehrfach das gleiche Vorgehen wie in der EU.⁵⁴⁸ Andererseits gilt das Verfahren in der EU für South African offenbar bei der Kommissionierung von Zuschlägen nicht als richtungsweisend. Immerhin war in der EU die Kommissionierung von Zuschlägen Teil des entsprechenden Verfahrens.⁵⁴⁹

B.3.2.3 Stellungnahme Alitalia

1126. Alitalia macht geltend, dass Alitalia über eine kleine «All Cargo»-Flotte verfügt habe, mit welcher sie reine Luftfrachtdienstleistungen angeboten habe, wobei jedoch der Schweizer Markt nicht erschlossen gewesen sei. Bei den übrigen Cargo-Dienstleistungen von Alitalia habe es sich um «Belly Freight»-Transporte gehandelt. Die wenigen «Belly Freight»-Transporte, welche die Schweiz als Destination oder als Ausgangspunkt gehabt hätten, seien hauptsächlich bis 2001 durchgeführt worden. Alitalia habe auf dem Markt für Luftfrachtdienstleistungen eine absolut marginale Bedeutung gehabt.⁵⁵⁰

1127. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1123 verwiesen werden.

B.3.2.4 Stellungnahme United

1128. United bringt vor, dass das Sekretariat United vorwerfe, an [Treffen] teilgenommen zu haben, wo es «Informationsaustausch» gegeben habe, und versuche dann, gestützt auf blosser Indizienbeweise, daraus ein Kartell zu folgern. [...] Dies habe nichts mit einem harten Kartell zu tun.⁵⁵¹

1129. Dem ist entgegenzuhalten, dass vorliegender Informationsaustausch in dieser Form sehr wohl eine Abrede darstellt (vgl. Abschnitte B.3.3.1 und B.3.4.1 bis B.3.4.3). Ob die Beteiligung an der Zuwiderhandlung von einem internen Mitarbeiter oder einem Generalverkaufsagenten ausgeht, ist für die Zurechnung unerheblich. Im Falle eines Generalverkaufsagenten vertritt dieser das betreffende Unternehmen, egal, ob er exklusiv oder nicht-exklusiv tätig ist.

1130. United bringt weiter vor, dass das Sekretariat in Bezug auf United in keiner Weise einen Kausalzusammenhang zwischen dem angeblichen Informationsaustausch von bereits öffentlichen Informationen und der angeblichen Auswirkung auf den relevanten Markt nachzuweisen vermöge. Darüber hinaus sei das Sekretariat auch nicht in der Lage, nachzuweisen, dass der angebliche Informationsaustausch eine Kausalwirkung auf das Marktverhalten oder die Leistungen von United gehabt hätte.⁵⁵²

1131. Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Informationsaustausch mit Beteiligung von United nachgewiesen ist. Wie nachfolgend gezeigt, ist dieser Informationsaustausch als Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren. Diese Abrede betrifft den Preis. Somit ist die Beseitigung des Wettbewerbs zu vermuten. Es geht nicht darum, einen Kausalzusammenhang zwischen der Abrede und dem Verhalten einzelner Abredeteiliger aufzuzeigen. Sondern es geht um die Auswirkung auf den Wettbewerb als Ganzes.

1132. United vertritt sodann die Ansicht, dass es jeder Logik entbehre, weshalb United an einem Kartell, welches sich auf das Luftfrachtgeschäft in der Schweiz beschränke, beteiligt gewesen sein solle oder auch nur könne. United habe während dem in Frage stehenden

⁵⁴⁸ Vgl. act. [...].

⁵⁴⁹ Medienmitteilung der EU-Kommission vom 9. November 2010, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1487_de.htm> (16.10.2012).

⁵⁵⁰ Vgl. act. [...].

⁵⁵¹ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵⁵² Vgl. act. [...], act. [...].

Zeitraum bloss eine äusserst beschränkte Präsenz in der Schweiz aufgewiesen: sie habe keinen einzigen Angestellten hier oder sonst wo, der sich speziell dem Schweizer Geschäft gewidmet gehabt; sie sei nur eine einzige Schweizer Strecke geflogen, nämlich diejenige in die USA (Zürich – Dallas). Diese Strecke stelle lediglich einen winzigen Anteil am weltweiten Geschäft dar, wovon Luftfracht wiederum ein noch geringerer Bruchteil gewesen sei.⁵⁵³

1133.[...] Dies geht eindeutig aus dem festgestellten Sachverhalt hervor. Dass sich bei United niemand spezifisch mit dem Schweizer Geschäft auseinandersetzt, ist somit auch unerheblich. Zudem kann auf die Ausführungen in Randziffer 1123 verwiesen werden.

B.3.2.5 Stellungnahme SAS (Scandinavian)

1134.Scandinavian macht geltend, dass es sich bei SAS Cargo nur um ein kleines Luftfrachtunternehmen handle. Tatsächlich sei es das kleinste aller Verfahrensbeteiligten.⁵⁵⁴ Was die Position auf dem Markt anbelange, habe Scandinavian eher die Tendenz gehabt, dem Geschehen auf dem Markt zu folgen. Weil Scandinavian über keine eigenen Frachtflugzeuge verfüge, verwende Scandinavian Laderaum in Passagierflugzeugen und kaufe auch Frachtkapazitäten bei anderen Luftverkehrsunternehmen ein. Deshalb sei Scandinavian auch eine Allianz eingegangen.⁵⁵⁵

1135.Dazu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1123 verwiesen werden. Dass Scandinavian Frachtkapazitäten bei anderen Luftverkehrsunternehmen eingekauft hat, ist zudem kein Grund für Informationsaustausch und Abreden. Nebst dem ist SAS Cargo nach eigenen Angaben von Scandinavian von den Passagierflügen der SAS-Gruppe abhängig.⁵⁵⁶

1136.Sodann macht Scandinavian geltend, dass sie ihre Geschäftsstelle in der Schweiz im Frühjahr 2002 geschlossen habe und seit diesem Zeitpunkt über keine Mitarbeiter mehr in der Schweiz verfüge.⁵⁵⁷

1137.Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1129 verwiesen werden.

1138.Scandinavian macht weiter geltend, dass gemäss Antrag des Sekretariats Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 nicht unter das EU-Luftverkehrsabkommen fielen und daher keine Rechtsfolge nach sich ziehen könnten. Da Sachverhalte, welche sich vor dem 1. Juni 2002 ereignet hätten, keine juristischen Folgen nach sich ziehen würden, seien die Darstellungen dieser Sachverhalte aus der Verfügung zu entfernen.⁵⁵⁸

1139.Dem ist entgegenzuhalten, dass der Umstand, dass Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 nicht unter das EU-Luftverkehrsabkommen fallen und daher keine Rechtsfolge nach sich ziehen, nicht bedeutet, dass sie ohne Belang wären. Im Rahmen einer vollständigen Sachverhaltsfeststellung ist es unabdingbar, aufzuzeigen, wie es zu den unzulässigen Verhaltensweisen gekommen ist. Dazu galt es, den Sachverhalt auch vor dem 1. Juni 2002 abzuklären, selbst wenn Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 keine unmittelbare Rechtsfolge nach sich ziehen.

1140.Scandinavian bringt vor, dass von den Speditionen die Forderung nach Zugang zu Informationen über Tarife gekommen sei. Die reine Tatsache, dass Information zirkuliere, genüge für eine Kenntnis von einem Kartell nicht. Zudem existiere im Bereich Luftfracht ein gewisser Parallelismus. Aufgrund dieses Parallelismus könne ein Unternehmen nicht auf die

⁵⁵³ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵⁵⁴ Vgl. act. [...], act. [...].

⁵⁵⁵ Vgl. act. [...].

⁵⁵⁶ Vgl. act. [...].

⁵⁵⁷ Vgl. act. [...].

⁵⁵⁸ Vgl. act. [...].

Existenz eines Kartells schliessen. Scandinavian habe weder an einem Kartell teilgenommen noch habe Sandinavian von der Existenz eines Kartells wissen können.⁵⁵⁹

1141. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1125 verwiesen werden. Es ist zu ergänzen, dass der von Scandinavian erwähnte Informationsfluss zwischen den Luftverkehrsunternehmen, das heisst zwischen den Wettbewerbern, stattfand. Scandinavian kannte [...] das System des Informationsaustausches [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen]. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 884 verwiesen werden.

B.3.2.6 Stellungnahme Singapore

1142. Singapore bringt vor, dass Treibstoffzuschläge mindestens seit den 1990-er Jahren angewendet worden und immer noch sehr verbreitet seien. Folglich sei es nicht möglich, die Verhaltensweisen vor dem Jahr 2002, die im Antrag beschrieben worden seien, mit dem Vorhandensein von Treibstoffzuschlägen zu verknüpfen. Ausserdem beginne die angebliche Zuwiderhandlung gemäss Antrag erst am 1. Juni des Jahres 2002.⁵⁶⁰

1143. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Antrag Singapore nicht die Erhebung von Zuschlägen an sich vorwirft. Vielmehr geht es um eine Koordination bei Zuschlägen. Zudem muss ein Verhalten den zum jeweiligen Zeitpunkt geltenden rechtlichen Bestimmungen entsprechen: Ein in der Vergangenheit gängiges und allenfalls zulässiges Verhalten kann durch eine Änderung der Rechtslage unzulässig werden. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Antrag entgegen der Behauptung von Singapore nicht den Juni 2002 als Beginn der Zuwiderhandlung bezeichnet (vgl. Rz 1119).

1144. Singapore macht zudem geltend, [...] Die Kontakte in der Schweiz seien lokal begrenzt [...]. Insbesondere seien die Kontakte [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] in Hinblick auf die Forderung der Speditionen erfolgt, die aktuellen schweizerischen Verhältnisse über die Zuschläge gegenüber den Kunden transparent zu machen. Der Zweck [der Kontakte zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] sei nicht auf die Einführung, Festlegung oder Koordinierung bestimmter Zuschlagsbeiträge gerichtet gewesen. Es sei eine eigene und differenzierte Analyse dieser verschiedenen Kontaktsachverhalte angezeigt.⁵⁶¹

1145. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 798 verwiesen werden. Zudem ist festzuhalten, dass die Beweismittel Kontakte [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen in Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz einerseits und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik, Pakistan und Vietnam andererseits] nachweisen. Nichts anderes geht aus der Sachverhaltsfeststellung aus dem Antrag hervor. Die Subsumtion des Sachverhalts erfolgt hingegen im Rahmen der Zuständigkeit der WEKO gemäss Artikel 11 Absatz 2 LVA und Artikel 2 Absatz 3 KG. Diese Subsumtion erfolgt nachfolgend im Rahmen des EU-Luftverkehrsabkommens und des Kartellgesetzes. Zur Frage des Zweckes [der Kontakte zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] kann auf die Ausführungen in Randziffer 1125 verwiesen werden.

B.3.2.7 Stellungnahme [...]

1146. [...] bringt vor, dass Gespräche zur Frage, ob die Forderung der Spediteure zur Kommissionierung von Zuschlägen rechtlich zulässig sei oder nicht, keine Absprache im Sinne des EU-Luftverkehrsabkommens und des Kartellgesetzes bedeute. Es handle sich um die Koordinierung [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] zur recht-

⁵⁵⁹ Vgl. act. [...].

⁵⁶⁰ Vgl. act. [...].

⁵⁶¹ Vgl. act. [...].

lichen Abklärung und adäquaten Reaktion gegen Forderungen wie diejenigen der Spediteure. Zudem stünden die Zuschläge und die Kommissionierung der Spediteure in keinem kausalen Zusammenhang. Diese beiden Elemente würden verschiedene Stufen der Transportketten beziehungsweise verschiedene «Urheber» betreffen. Weiter hätten die Luftverkehrsunternehmen die Zuschläge ereignisabhängig (das heisse je nach Höhe der Treibstoffkosten, bei Kriegen, bei erhöhten oder neuen Sicherheitsmassnahmen) in Rechnung gestellt, währenddem die Kommissionen von den Spediteuren ereignisunabhängig für ihre Dienstleistungen erhoben worden seien. Weil die Kommissionen die Aufwendungen der Spediteure hätten kompensieren sollen, handle es sich um Zuschläge und somit um einen Preisbestandteil der Spediteure.⁵⁶²

1147. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1125 verwiesen werden. In diesem Zusammenhang ist zudem erneut darauf hinzuweisen, dass [...] die Kommissionierung von Zuschlägen im Rahmen ihrer Selbstanzeige meldete. Somit bestätigte [...] selber die kartellrechtliche Bedeutung der Kommissionierung von Zuschlägen. Gleichzeitig räumte [...] damit einen kausalen Zusammenhang zwischen Zuschlägen und der Kommissionierung von Zuschlägen ein.⁵⁶³

B.3.2.8 Stellungnahme [...]

1148. [...] bringt vor, dass Kommissionen auf Zuschlägen nicht Bestandteil der Frachtpreise seien, den die Luftverkehrsunternehmen ihren Kunden verrechnen würden. Der Frachtpreis setze sich grundsätzlich aus der Frachtrate und den Zuschlägen zusammen. Beides würden die Spediteure auf ihre Kunden überwälzen. «Eine Kommission wird den Spediteuren für ihre Vermittlungsleistung [bezahlt]». Bei der Kommission handle es sich um den Preis, den die Spediteure den Luftverkehrsunternehmen für die Vermittlungsleistung verrechnet hätten. Deshalb sei die vorliegend zur Diskussion stehende Kommission vergleichbar mit der Provision, die ein Agent für seine Vermittlungstätigkeit erhalte. Eine etwaige Absprache zur Kommissionierung von Zuschlägen hätte nicht die Verkaufspreise der Luftverkehrsunternehmen betroffen, «sondern die Preise, zu denen die Airlines die Leistungen der Spediteure eingekauft haben».⁵⁶⁴

1149. Dieser Auffassung von [...] ist nicht zu folgen. Die vorliegend interessierende Kommissionierung ist keine Bezahlung für Vermittlungsleistung. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Randziffer 1125 verwiesen werden. Anhand dieser Ausführungen ist ersichtlich, dass es sich bei der Kommissionierung von Zuschlägen nicht um einen Preis handelt, zu dem die Luftverkehrsunternehmen Vermittlungsleistungen der Speditionen eingekauft haben.

B.3.3 Subsumtion EU-Luftverkehrsabkommen

1150. Mit dem EU-Luftverkehrsabkommen 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;

⁵⁶² Vgl. act. [...].

⁵⁶³ Vgl. act. [...]; act. [...].

⁵⁶⁴ Vgl. act. [...].

- 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. 8 Abs. 1 LVA).

1151. Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig (Art. 8 Abs. 2 LVA).

1152. Mit dem EU-Luftverkehrsabkommen hat sich die Schweiz im Bereich Luftverkehr bewusst bereit erklärt, das relevante Gemeinschaftsrecht zu übernehmen (vgl. Abschnitt B.1.2.1). Das EU-Luftverkehrsabkommen 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. Die im Abkommen zitierten Erlasse des EU-Rechts werden auf die Schweiz ausgedehnt. Mit Vertragsabschluss hat die Schweiz die zu diesem Zeitpunkt bestehende europäische Gesetzgebung im Bereich der Zivilluftfahrt übernommen und ist in dieser Hinsicht einem EU-Mitglied gleichgestellt. Folglich ist für die Beurteilung nach EU-Luftverkehrsabkommen die europäische Rechtsprechung heranzuziehen. Insbesondere gilt die europäische Rechtsprechung in Bezug auf Artikel 101 AEUV mutatis mutandis für Artikel 8 Absatz 1 LVA.

1153. Bei Vereinbarungen besteht gemäss europäischer Rechtsprechung keine Pflicht für eine Definition von relevanten Märkten, wenn die Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen massgebend für Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten sind und die Beschränkung von Wettbewerb im gemeinsamen Markt zum Ziel haben.⁵⁶⁵ Es ist der Gegenstand der Kontakte zwischen den an den Vereinbarungen beteiligten Unternehmen, welcher die Produkte oder Dienstleistungen und den geografischen Raum definiert, auf die sich der Verstoss bezieht.

1154. Die Beförderung von Luftfracht ist regelmässig eine grenzüberschreitende Dienstleistung, womit es sich um eine internationale Tätigkeit handelt. Die Luftfracht entwickelte sich vom «by-product» bei Passagierflügen zum festen Bestandteil weltweiter Logistikkonzepte.⁵⁶⁶ Somit ist die Beförderung von Luftfracht geeignet, Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu haben.

B.3.3.1 Vereinbarungen

B.3.3.1.1 Grundsätze

1155. Bereits die Formulierung von Artikel 101 AEUV und somit auch von Artikel 8 Absatz 1 LVA deutet auf eine weite Auslegung des Begriffs der Vereinbarung hin.⁵⁶⁷ Als Vereinbarungen können Verhaltensweisen bezeichnet werden, welche einen gemeinsamen Plan der Beteiligten beinhalten. Dieser Plan schränkt tatsächlich oder der Möglichkeit nach das individuelle wirtschaftliche Handeln ein, indem die Vereinbarung die Linien der gemeinsamen Handlungen oder Enthaltung von Handlungen festlegt. Dabei kommen nicht nur rechtlich bindende

⁵⁶⁵ Urteil des EuG vom 25.10.2005 T-38/02 *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2005 II-04407 Rz 99 m. w. H.; Urteil des EuG vom 6.12.2005 T-48/02 *Brouwerij Haacht / Kommission*, Slg. 2005 II-05259 Rz 58 m. w. H.

⁵⁶⁶ GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 1.

⁵⁶⁷ Vgl. zum Ganzen VOLKER EMMERICH, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 55 ff.

Abreden in Betracht. Die Vereinbarung kann auch ausdrücklich oder implizit im Verhalten der Beteiligten liegen.

1156. Zudem ist es für einen Verstoß gegen Artikel 101 AEUV nicht notwendig, dass sich die Beteiligten im Voraus über einen umfassenden gemeinsamen Plan einigten. Der Begriff der Vereinbarung gemäss Artikel 101 AEUV ist nach europäischer Rechtsauffassung auch anwendbar auf rudimentäre Verständigungen und teilweise und bedingte Vereinbarungen in Verhandlungsprozessen, welche dann zur eigentlichen Vereinbarung führen. Für eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 101 AEUV reicht es, dass die Beteiligten ihre gemeinsame Absicht für ein bestimmtes Verhalten zum Ausdruck gebracht haben.⁵⁶⁸

1157. Nach ständiger europäischer Rechtsprechung ist die Tatsache, dass sich ein Unternehmen den Ergebnissen von Sitzungen mit offensichtlich wettbewerbsfeindlichem Gegenstand nicht beugt, nicht geeignet, es von seiner vollen Verantwortlichkeit für seine Teilnahme am Kartell zu entlasten, wenn es sich nicht offen vom Inhalt der Sitzungen distanziert hat.⁵⁶⁹ Selbst wenn man annimmt, dass das Marktverhalten eines Unternehmens nicht dem vereinbarten Verhalten entsprach, ändert dies somit nichts an seiner Verantwortlichkeit für eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 AEUV.

1158. In Bezug auf die zwei Begriffe «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen» und «Vereinbarungen zwischen Unternehmen» ist das Ziel von Artikel 101 AEUV, durch seine Verbotsvorschrift eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen zu erfassen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.⁵⁷⁰

1159. Die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, auf die in der Rechtsprechung des EuGH abgestellt wird, verlangen nicht die Ausarbeitung eines eigentlichen Plans. Sie sind vielmehr im Sinne des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des AEUV zu verstehen, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁵⁷¹ Es ist zwar richtig, dass dieses Selbständigkeitspostulat nicht das Recht der Unternehmen beseitigt, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen; es steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht.

1160. Somit fällt auch ein Verhalten als abgestimmte Verhaltensweise unter Artikel 101 AEUV, selbst wenn sich die Beteiligten nicht explizit einem gemeinsamen Plan mit definierter Vorgehensweise verschrieben haben, aber die Beteiligten bewusst kollusive Hilfsmittel einsetzen oder einhalten, welche die Koordination ihres wirtschaftlichen Verhaltens vereinfachen.

⁵⁶⁸ Urteil des EuG vom 20.4.1999 in den verbundenen Rechtssachen T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG und Enichem SpA/Kommission*, Slg. 1999 II-00931 Rz 99 m. w. H.

⁵⁶⁹ Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-334/94 *Sarrió/Kommission*, Slg. 1998 II-01439 Rz 118 m. w. H.; Urteil des EuG vom 15.3.2000 T-25/95 *Cimenteries CBR/Kommission*, Slg. 2000 II-00491 Rz 1389.

⁵⁷⁰ Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*, Slg. 1972 00619 Rz 64/67.

⁵⁷¹ Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

chen.⁵⁷² Zudem kann ein Aushandlungs- und Vorbereitungsprozess, der zur Aneignung eines Gesamtplans zur Regulierung des Marktes führt, je nach Umständen ebenfalls als abgestimmte Verhaltensweise charakterisiert werden.

1161. In Bezug auf Artikel 101 Absatz 1 AEUV setzt der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise über die Abstimmung zwischen den Unternehmen hinaus ein dieses entsprechendes Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden voraus.⁵⁷³ Jedoch gilt vorbehaltlich des den betroffenen Unternehmen obliegenden Gegenbeweises die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet. Schliesslich hat der EuGH entschieden, dass eine abgestimmte Verhaltensweise selbst dann unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fällt, wenn auf dem Markt keine wettbewerbswidrigen Wirkungen eintreten.⁵⁷⁴

1162. Unter eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Artikel 101 AEUV fällt ebenfalls Informationsaustausch, der nicht nur bereits ausgeführte Lieferungen betrifft, sondern auch eine ständige Kontrolle der laufenden Lieferungen ermöglichen soll, um eine angemessene Wirksamkeit von Vereinbarungen sicherzustellen.⁵⁷⁵

1163. Nach europäischer Rechtsprechung ist es bei einer vielschichtigen Zuwiderhandlung nicht notwendig, ein Verhalten entweder als Vereinbarung oder als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren.⁵⁷⁶ Zuwiderhandlungen können sowohl Einzelakte aufweisen, welche als Vereinbarungen anzusehen sind, als auch Einzelakte, welche abgestimmte Verhaltensweisen darstellen. Für Typen von komplexen Zuwiderhandlungen bestehend aus Einzelakten, von denen einige als Vereinbarungen und andere als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 101 AEUV anzusehen sind, ist keine spezifische Subsumtion vorgeschrieben.

1164. Bei einer komplexen Zuwiderhandlung, an der mehrere Hersteller über mehrere Jahre beteiligt waren und deren Ziel die gemeinsame Regulierung des Marktes war, kann nicht verlangt werden, dass die Zuwiderhandlung für jedes Unternehmen zu den einzelnen Zeitpunkten entweder als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert wird, da jedenfalls beide Formen der Zuwiderhandlung von Artikel 101 AEUV umfasst werden.⁵⁷⁷

1165. Ein Verstoss gegen Artikel 101 AEUV kann sich nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder auch aus einem fortlaufenden Verhalten ergeben.⁵⁷⁸ Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass eine oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortlaufenden Verhaltens auch für sich genommen

⁵⁷² Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-7/89 *SA Hercules Chemicals NV/Kommission*, Slg. 1991 II-01711 Rz 256.

⁵⁷³ Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV und andere*, Slg. 2009 I-04529 Rz 51.

⁵⁷⁴ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-199/92 P *Hüls AG/Kommission*, Slg. 1999 I-04287 Rz 158-166.

⁵⁷⁵ Urteil des EuG vom 6.4.1995 T-147/89 *Société métallurgique de Normandie/Kommission*, Slg. 1995 II-01057 Rz 72.

⁵⁷⁶ Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-7/89 *SA Hercules Chemicals NV/Kommission*, Slg. 1991 II-01711 Rz 264.

⁵⁷⁷ Vgl. Urteil des EuG vom 20.4.1999 in den verbundenen Rechtssachen T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artisanne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG und Enichem SpA/Kommission*, Slg. 1999 II-00931 Rz 696 m. w. H.

⁵⁷⁸ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 81.

einen Verstoss gegen Artikel 101 AEUV darstellen könnten. Artikel 101 AEUV untersagt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen einschliesslich des Verhaltens zur Durchführung dieser Vereinbarungen oder Beschlüsse sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, wenn sie den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet sind und eine wettbewerbswidrige Bestimmung oder Wirkung haben.

1166. Um das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 AEUV nachzuweisen, ist es erforderlich, dass aussagekräftige und übereinstimmende Beweise beigebracht werden.⁵⁷⁹ Jedoch muss nicht jeder erbrachte Beweis notwendigerweise für jeden Teil der Zuwiderhandlung diesen Kriterien entsprechen. Es genügt, wenn ein angeführtes Bündel von Indizien im Ganzen betrachtet dem genannten Erfordernis entspricht. In den meisten Fällen muss das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise oder Vereinbarung aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien abgeleitet werden, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können.

B.3.3.1.2 Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall

1167. Die Feststellung des Sachverhalts in Abschnitt A.4 zeigt, dass alle am Verfahren beteiligten Unternehmen miteinander in Kontakt traten. Dadurch koordinierten sie ihr Verhalten und beeinflussten die Preissetzung. Dies führte zur koordinierten Preisfestsetzung in Bezug auf Treibstoffzuschläge, [...], Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen.

(i) Treibstoffzuschläge

1168. Zu Treibstoffzuschlägen hatten die Luftverkehrsunternehmen im Zeitraum ab dem 1. Juni 2002 bis Februar 2006 Kontakte in Bezug auf die Einführung von neuen Schwellenwerten und in Bezug auf Änderungen (Betrag und Zeitpunkt) in den Treibstoffzuschlägen (vgl. Abschnitt A.4.4). Die Kontakte zwischen den Unternehmen fanden mit E-Mail, Telefongesprächen und an Treffen statt.

1169. Folgende Unternehmen hatten Kontakte zu Treibstoffzuschlägen:

Tabelle 15: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Treibstoffzuschlägen beteiligt waren⁵⁸⁰

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
Polar
South African
Alitalia
American
United

⁵⁷⁹ Urteil des EuGH vom 7.1.2004 verbundene Rechtssachen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland A/S und andere/Kommission*, Slg. 2004 I-00123 Rz 53-57; Urteil des EuG vom 27.9.2006 verbundene Rechtssachen T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP und T-61/02 OP *Dresdner Bank AG und andere/Kommission*, Slg. 2006 II-03567 Rz 59-67 m. w. H.

⁵⁸⁰ Vgl. vorne Rz 505 Tabelle 6.

Luftverkehrsunternehmen
Scandinavian
Singapore

1170. Zweck und Effekt der Kontakte waren erstens die Beeinflussung des Verhaltens von anderen Wettbewerbern. [...]

1171. Zweitens informierten sich die Luftverkehrsunternehmen mit den Kontakten über ihr geplantes und in Erwägung gezogenes Verhalten. Drittens ermöglichten die Kontakte eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Änderungen der Treibstoffzuschläge. Selbst wenn eine geplante Änderung bereits öffentlich angekündigt war, erlaubte der Informationsaustausch eine gegenseitige Absicherung der künftigen Handlung, weil die tatsächliche Änderung und deren Ankündigung nicht im gleichen Zeitpunkt stattfanden. Den Luftverkehrsunternehmen blieb genügend Zeit, sich vor der tatsächlichen Änderung gegenseitig abzusichern.

1172. Kontakte dieser Art stehen in Widerspruch zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften der EU, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁵⁸¹ Die Kontakte bilden ein komplexes System, das teilweise als Vereinbarung und teilweise als abgestimmte Verhaltensweise in überlappender Form charakterisiert werden kann. Die Kontakte erfüllen somit sowohl die Kriterien von verbotenen Vereinbarungen als auch von verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen. Damit liegt eine Vereinbarung beziehungsweise eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der europäischen Rechtsprechung beziehungsweise im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 LVA vor.

(ii) [...]

1173.

(iii) Kriegsrisikozuschläge

1176. Zu Kriegsrisikozuschlägen bestanden Kontakte im Zeitraum Ende Januar 2003 bis Anfang April 2003. Mit den Kontakten erfolgte ein regelmässiger Informationsaustausch und resultierten Abmachungen bezüglich der Kriegsrisikozuschläge. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Kriegsrisikozuschlägen, die Höhe beziehungsweise den Betrag von Kriegsrisikozuschlägen sowie die Aufhebung von Kriegsrisikozuschlägen (vgl. Abschnitt A.4.6).

1177. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden im Rahmen von telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. Systematisch [sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] Informationen über Kriegsrisikozuschläge.

1178. An den Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

Tabelle 16: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen

⁵⁸¹ Vgl. Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/ Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
South African
Alitalia
American
United
Singapore

1179. Wie sich aus dem ermittelten Sachverhalt ergibt (vgl. Abschnitt A.4.6), waren Zweck und Effekt der Kontakte erstens die Beeinflussung des Verhaltens von anderen Wettbewerbern. Zweitens informierten sich die Luftverkehrsunternehmen mit den Kontakten über ihr geplantes und in Erwägung gezogenes Verhalten. Drittens ermöglichten die Kontakte eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Einführung und Änderungen der Kriegsrisikozuschläge. Ebenfalls erfolgte eine koordinierte Aufhebung der Kriegsrisikozuschläge.

1180. Kontakte dieser Art stehen in Widerspruch zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften der EU, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁵⁸² Die Kontakte bilden ein komplexes System, das teilweise als Vereinbarung und teilweise als abgestimmte Verhaltensweise in überlappender Form charakterisiert werden kann. Die Kontakte erfüllen somit sowohl die Kriterien von verbotenen Vereinbarungen als auch von verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen. Damit liegt eine Vereinbarung beziehungsweise eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der europäischen Rechtsprechung beziehungsweise im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 LVA vor.

(iv) Zollabfertigungszuschläge für die USA

1181. Zu den Zollabfertigungszuschlägen für die USA fanden Kontakte von April 2003 bis Juli 2004 statt. Mit den Kontakten waren ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Zollabfertigungszuschlägen für die USA verbunden. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA, die Höhe beziehungsweise den Betrag von diesen Zuschlägen sowie den Zeitpunkt von diesen Zuschlägen (vgl. Abschnitt A.4.7).

1182. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden im Rahmen von telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt. [...]

1183. An den Kontakten im Zusammenhang mit Zollabfertigungszuschlägen für die USA waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

Tabelle 17: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Zollabfertigungszuschlägen für die USA beteiligt waren.

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Polar

⁵⁸² Vgl. Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/ Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

1184. Wie sich aus dem ermittelten Sachverhalt ergibt (vgl. Abschnitt A.4.7), waren Zweck und Effekt der Kontakte erstens die Beeinflussung des Verhaltens von anderen Wettbewerbern. Zweitens informierten sich die Luftverkehrsunternehmen mit den Kontakten über ihr geplantes und in Erwägung gezogenes Verhalten. Drittens ermöglichten die Kontakte eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung bei der Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA.

1185. Kontakte dieser Art stehen in Widerspruch zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften der EU, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁵⁸³ Die Kontakte bilden ein komplexes System, das teilweise als Vereinbarung und teilweise als abgestimmte Verhaltensweise in überlappender Form charakterisiert werden kann. Die Kontakte erfüllen somit sowohl die Kriterien von verbotenen Vereinbarungen als auch von verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen. Damit liegt eine Vereinbarung beziehungsweise eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der europäischen Rechtsprechung beziehungsweise im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 LVA vor.

(v) Frachtraten

1186. Zu Frachtraten fanden Kontakte im Zeitraum von Februar 2001 bis November 2005 statt. Mit den Kontakten erfolgte ein regelmässiger Informationsaustausch und resultierten Abmachungen bezüglich Höhe von Frachtraten.

1187. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mittels telefonischer und persönlicher Gespräche, mit E-Mail-Verkehr sowie multilateralen Treffen statt.

1188. An den Kontakten im Zusammenhang mit Frachtraten waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt:

Tabelle 18: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Frachtraten beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
South African
Alitalia
United
Singapore

1189. Wie sich aus dem ermittelten Sachverhalt ergibt (vgl. Abschnitt A.4.8), waren Zweck und Effekt der Kontakte erstens die Beeinflussung des Verhaltens von anderen Wettbewerbern. Zweitens informierten sich die Luftverkehrsunternehmen mit den Kontakten über ihr geplantes und in Erwägung gezogenes Verhalten.

1190. Kontakte dieser Art stehen in Widerspruch zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften der EU, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁵⁸⁴ Die Kontakte bilden ein komplexes System, das teilweise als Vereinbarung und teilweise als abgestimmte Verhaltensweise in

⁵⁸³ Vgl. Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/ Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

⁵⁸⁴ Vgl. Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/ Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

überlappender Form charakterisiert werden kann. Die Kontakte erfüllen somit sowohl die Kriterien von verbotenen Vereinbarungen als auch von verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen. Damit liegt eine Vereinbarung beziehungsweise eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der europäischen Rechtsprechung beziehungsweise im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 LVA vor.

(vi) Kommissionierung von Zuschlägen

1191. Zur Kommissionierung von Zuschlägen fanden Kontakte im Zeitraum November 2003 bis Februar 2006 statt (vgl. Abschnitt A.4.9).

1192. Folgende Unternehmen hatten Kontakte zur Kommissionierung von Zuschlägen.

Tabelle 19: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit der Kommissionierung von Zuschlägen beteiligt waren

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
South African
Alitalia
American
Polar
United
Singapore

1193. Wie sich aus dem ermittelten Sachverhalt ergibt (vgl. Abschnitt A.4.8), waren Zweck und Effekt der Kontakte erstens die Beeinflussung des Verhaltens von anderen Wettbewerbern. Zweitens informierten sich die Luftverkehrsunternehmen im Rahmen der Kontakte über ihre Haltung bei der Kommissionierung von Zuschlägen gegenüber den Speditionsunternehmen. Drittens bekundeten die Luftverkehrsunternehmen gegenseitig ihre Absicht und sicherten sich gegenseitig zu, keine Kommission auf Zuschlägen gegenüber Speditionen zu gewähren.

1194. Kontakte dieser Art stehen in Widerspruch zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften der EU, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁵⁸⁵ Damit liegt eine Vereinbarung beziehungsweise eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne der europäischen Rechtsprechung beziehungsweise im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 LVA vor.

B.3.3.2 Eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung

B.3.3.2.1 Grundsätze

1195. Ein komplexes Kartell kann nach der Rechtsprechung des EuGH als eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung im aufrechterhaltenen Zeitraum angesehen werden. Die Begriffe «eine einzige Vereinbarung» oder «eine einzige Zuwiderhandlung» setzen demnach einen Komplex von Verhaltensweisen verschiedener Parteien – wobei dafür zwei beteiligte

⁵⁸⁵ Vgl. Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/ Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

Parteien genügen⁵⁸⁶ – voraus, die das gleiche wettbewerbswidrige wirtschaftliche Ziel verfolgen.⁵⁸⁷ Ein Verstoss gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften kann sich somit nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder auch aus einem fortlaufenden Verhalten ergeben. Dem lässt sich gemäss EuGH nicht entgegenhalten, dass eine oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortlaufenden Verhaltens auch für sich genommen einen Verstoss gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften darstellen könnten.⁵⁸⁸

1196. Das Gericht der Europäischen Union (EuG; bzw. vormals Gericht erster Instanz) führt zum Konzept der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung aus: «Es wäre gekünstelt, durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen.»⁵⁸⁹ Eine Beteiligung an einem Komplex integrierter Systeme, die eine einheitliche Zuwiderhandlung darstellen und sich nach und nach sowohl in rechtswidrigen Vereinbarungen als auch in rechtswidrigen abgestimmten Verhaltensweisen konkretisieren, können als eine einzige Zuwiderhandlung aufgefasst werden.

1197. Die europäische Rechtsprechung schützt die Ansicht, dass ein Unternehmen, das sich durch eigene Handlungen, die den Begriff von auf ein wettbewerbswidriges Ziel gerichteten Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 101 AEUV erfüllten und zur Mitwirkung an der Verwirklichung der Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit bestimmt waren, an einer solchen Zuwiderhandlung beteiligt hatte, für die ganze Zeit seiner Beteiligung an der genannten Zuwiderhandlung auch für das Verhalten verantwortlich war, das andere Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung an den Tag legten.⁵⁹⁰

1198. Ein Verstoss gegen Artikel 101 AEUV kann sich nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder einem fortgesetzten Verhalten ergeben.⁵⁹¹ Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass ein oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortgesetzten Verhaltens auch für sich genommen und isoliert betrachtet einen Verstoss gegen die genannte Bestimmung darstellen könnten. Fügen sich die verschiedenen Handlungen wegen ihres identischen Zweckes der Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes in einen «Gesamtplan» ein, so kann die Verantwortung für diese Handlungen anhand der Beteiligung an der Zuwiderhandlung als Ganzes auferlegt werden.

1199. Ein Unternehmen kann auch dann, wenn feststeht, dass es nur an einem oder einzelnen Bestandteilen dieses Kartells unmittelbar mitgewirkt hat, für ein Gesamtkartell zur Verantwortung gezogen werden, sofern es wusste oder zwangsläufig wissen musste, dass die Absprache, an der es sich beteiligte, Teil eines Gesamtplans war und dass sich dieser Gesamtplan auf sämtliche Bestandteile des Kartells erstreckte.⁵⁹² In diesem Fall kann die Tat-

⁵⁸⁶ Entscheid der EU-Kommission COMP/39482 *Exotic Fruit (Bananas)* vom 12. Oktober 2011.

⁵⁸⁷ Urteil des EuG vom 15.3.2000 verbundene Rechtssachen T-25/95 und weitere *Cimenteries CBR und andere/Kommission*, Slg. 2000 II-00491 Rz 3699 m. w. H.

⁵⁸⁸ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 81.

⁵⁸⁹ Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991 II-01623 Rz 204.

⁵⁹⁰ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 83.

⁵⁹¹ Urteil des EuGH vom 7.1.2004 verbundene Rechtssachen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland A/S und andere/Kommission*, Slg. 2004 I-00123 Rz 258 m. w. H.; Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 83-85 und Rz 203.

⁵⁹² Urteil des EuG vom 6.4.1995 T-147/89 *Société métallurgique de Normandie/Kommission*, Slg. 1995 II-01057; Urteil des EuG vom 14.4.1998 T-295/94 *Buchmann/Kommission*, Slg. 1998 II-00813, Rz 121; Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-304/94 *Europa Carton/Kommission*, Slg. 1998 II-00869 Rz

sache, dass das betreffende Unternehmen nicht an allen Bestandteilen des Gesamtkartells unmittelbar mitgewirkt hat, es nicht von der Verantwortung für die Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 AEUV befreien.

B.3.3.2.2 Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall

1200. Der vorliegende Fall stellt eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 AEUV beziehungsweise Artikel 8 Absatz 1 LVA dar. Anhand der vorliegenden Beweise dauerte diese eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung vom 1. Juni 2002 (Inkrafttreten des EU-Luftverkehrsabkommens) bis im Februar 2006 (vgl. Abschnitt B.3.3.1.2). [...]

1201. Die kollusiven Absprachen beziehen sich auf mehrere Elemente der Preissetzung von Dienstleistungen im Bereich Luftfracht. Wie die Sachverhaltsfeststellung zeigt, bilden diese Absprachen Elemente einer einzigen und fortdauernden komplexen Zuwiderhandlung mit dem Ziel der Koordinierung im Preissetzungsverhalten. Einige Treffen, Kontakte oder gewisse Teile des Informationsaustausches zwischen den Wettbewerbern könnten für sich alleine genommen als Zuwiderhandlung verstanden werden. Allerdings bildeten diese Kontakte, Treffen und Teile des Informationsaustausches die Grundlage, um eine einzige umfassende Zuwiderhandlung einzurichten. In analoger Weise waren andere Verhaltensweisen, welche für sich alleine genommen keine Zuwiderhandlung darstellen, integrierender Bestandteil für die Koordination von Preiselementen oder zumindest für die Beseitigung von Preisunsicherheit im Bereich Luftfracht. Dabei gilt es insbesondere die Frequenz der Interaktionen zwischen den Wettbewerbern zu beachten.

1202. Die 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.

1203. Die Koordination erfolgte im Rahmen verschiedener Formen von Kontakten: E-Mail-Kontakte, Telefongespräche sowie bilaterale und multilaterale Gespräche an Treffen (vgl. Abschnitt A.4). Es fanden über einen längeren Zeitraum regelmässig eine Vielzahl von Kontakten statt. Überdies ist eine weitgehende Übereinstimmung des Inhalts der Kontakte (Koordination Preisverhalten) festzustellen.

1204. Zwischen den Beteiligten bestand ein Netzwerk von Kontakten. Dieses Netzwerk gewährleistete die Aufrechterhaltung der Disziplin unter den Beteiligten. Einführung und Änderungen der Zuschläge, inklusive deren Zeitpunkt und Höhe, konnten vollständig und in koordinierter Form vorgenommen werden. Bei den Frachtraten bestanden ein Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich deren Höhe. Alle diese Elemente beseitigten Unsicherheit betreffend die Festsetzung von Preisen. In gleicher Weise verhinderte die koordinierte Weigerung der Bezahlung von Kommissionen auf Zuschlägen Preisunsicherheit aufgrund von Wettbewerb bei der Kommissionierung.

1205. In einigen Fällen fanden Kontakte auf lokaler Ebene statt. Dementsprechend sind möglicherweise lokale Unterschiede bei den Beträgen und dem Zeitpunkt von Zuschlägen nicht auszuschliessen. Allfällige lokale Unterschiede sind indes nicht von Belang, da das Ziel gleich blieb: die Beseitigung von Wettbewerb zwischen Luftverkehrsunternehmen bezüglich Zuschlägen.

76; Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-310/94 *Gruber + Weber/Kommission*, Slg. 1998 II-01043 Rz 140; Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-311/94 *Kartonfabriek de Eendracht/Kommission*, Slg. 1998 II-01129 Rz 237; Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-334/94 *Sarrió/Kommission*, Slg. 1998 II-01439 Rz 169; Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-348/94 *Enso Española SA/Kommission*, Slg. 1998 II-01875 Rz 223; Urteil des EuG vom 20.3.2002 T-9/99 *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG und andere/Kommission*, Slg. 2002 II-01487 Rz 231.

1206. Damit zeigt sich, dass das Verhalten der Beteiligten ein einziges Ziel verfolgte: die Verzerrung von Wettbewerb im Bereich Luftfracht [auf den vorliegend relevanten Strecken]. Insbesondere verzerrten die Beteiligten Wettbewerb in folgender Hinsicht:

- Einführung von Treibstoffzuschlägen, die Änderungen von Treibstoffzuschlägen sowie den Zeitpunkt und die Beträge dieser Änderungen von Treibstoffzuschlägen;
- Einführung von Kriegsrisikozuschlägen, die Höhe beziehungsweise den Betrag von Kriegsrisikozuschlägen sowie die Aufhebung von Kriegsrisikozuschlägen;
- Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA, die Höhe beziehungsweise den Betrag von diesen Zuschlägen sowie den Zeitpunkt von diesen Zuschlägen;
- Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich der Höhe von Frachtraten;
- Kommissionierung von Zuschlägen gegenüber Speditionen.

1207. An den Absprachen waren die gleichen Unternehmen beteiligt. Überdies betrafen die Absprachen mehrere Elemente der Zuwiderhandlung. Die Unternehmen waren bei der Kommunikation und der Abstimmung bezüglich Treibstoffzuschlägen und der Kommissionierung von Zuschlägen involviert. Von diesen Luftverkehrsunternehmen waren einige auch bei der Absprache betreffend Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA und Frachtraten beteiligt. Für eine Kategorisierung als eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung müssen nicht alle Unternehmen an jedem Element der Zuwiderhandlung teilnehmen. Daran ändern auch Wechsel in der Art und der Intensität der Kontakte über die Zeit nichts.

1208. Die Zuwiderhandlung weist eine einheitliche Natur auf: die Preiskoordination. Wie zuvor ausgeführt, stellen Frachtraten, Zuschläge und die Kommissionierung von Zuschlägen Elemente dar, welche alle dem Begriff Tarif zuzuordnen sind (vgl. vorne Rz 940 f.). Sowohl die Kontakte betreffend Zuschläge und Frachtraten als auch die Kontakte betreffend Weigerung zur Kommissionierung betrafen direkt den Betrag, den die Kunden zahlten.

1209. Der festgestellte Sachverhalt zeigt, dass ein Netzwerk aus Kontakten bestand. An diesem Netzwerk waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt: [...], Korean, South African, Alitalia, American, United, Scandinavian und Singapore. [...]

1210. [...]

1211. All diese Kontakte betrafen den Tarif für Luftfrachtleistungen. Die in Randziffer 1209 genannten Luftverkehrsunternehmen wussten oder mussten zwangsläufig wissen, dass die Absprache, an der sie sich beteiligten, Teil eines Gesamtplans war und dass sich dieser Gesamtplan auf sämtliche Bestandteile des Kartells erstreckte.

1212. Für Polar lässt sich eine Beteiligung an diesem umfassenden Netzwerk nicht nachweisen. Allerdings zeigt der festgestellte Sachverhalt bilaterale Kontakte zwischen Polar und [...]. In diesem Sinne bestand zwischen [...] und Polar ebenfalls ein Netzwerk aus Kontakten. Diese Kontakte betrafen Treibstoffzuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA und die Weigerung zur Kommissionierung. Damit betrafen alle Kontakte wiederum den Tarif für Luftfrachtleistungen (vgl. vorne Rz 940 f.). Die Zuwiderhandlung weist somit ebenfalls eine einheitliche Natur auf: die Preiskoordination.

1213. Der festgestellte Sachverhalt (vgl. Abschnitt A.3.3) zeigt, dass die Frequenz der Kontakte über die Zeit variierte. Beispielsweise intensivierten sich die Kontakte, sobald sich der Treibstoffindex in die Nähe der Schwellenwerte bewegte, welche Änderungen in den Beträgen der Treibstoffzuschläge auslösten. Diese Variation in der Intensität erfolgte über eine längere Zeitspanne, was bei einer fortdauernden Zuwiderhandlung zu erwarten ist. Deshalb haben Schwankungen in der Frequenz der Kontakte keinen Einfluss darauf, dass es sich um eine fortdauernde Zuwiderhandlung handelt.

B.3.3.2.3 Zwischenergebnis

1214. Entsprechend den vorangehenden Ausführungen liegen wettbewerbswidrige Aktivitäten von zwei Gruppen von Luftverkehrsunternehmen vor. Eine erste Gruppe besteht aus den am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...]. Eine zweite Gruppe setzt sich aus [...] und Polar zusammen.

1215. Für beide Gruppen gilt, dass die wettbewerbswidrigen Aktivitäten einem Gesamtziel entsprechen: Einigung in der Preissetzung oder zumindest Beseitigung von Unsicherheit bei der Preissetzung im Bereich Luftfracht. Die Koordination erfolgte mit Kontakten zur Einführung und Änderungen der Zuschläge, inklusive deren Zeitpunkt und Höhe. Bei den Frachtraten bestanden ein Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich deren Höhe. Alle diese Elemente beseitigten Unsicherheit betreffend die Festsetzung von Preisen. In gleicher Weise verhinderte die Weigerung der Bezahlung von Kommissionen auf Zuschlägen Preisunsicherheit aufgrund von Wettbewerb bei der Kommissionierung.

1216. Zudem weisen für beide Gruppen verschiedene zusätzliche Faktoren auf die Charakterisierung je als eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung hin: spezifische Eigenheiten der Leistung, die Beteiligung der gleichen Unternehmen, spezifische Eigenheiten der Zuwiderhandlung (in Bezug auf die Preissetzung) und die Tatsache, dass die verschiedenen Elemente der Zuwiderhandlung parallel im gleichen Zeitraum stattfanden.

1217. Es wäre entsprechend der europäischen Rechtsprechung gekünstelt, solches durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen, wenn ein einziger und fortdauernder Komplex für die entsprechenden Leistungen vorliegt, der sich nach und nach sowohl in rechtswidrigen Vereinbarungen als auch in rechtswidrigen abgestimmten Verhaltensweisen konkretisiert.

B.3.3.3 Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

1218. Im vorliegenden Fall hatte bei beiden Gruppen das wettbewerbswidrige Verhalten den Zweck, den Wettbewerb einzuschränken, namentlich für das Gebiet der Schweiz [...].

1219. Ein Tatbestandselement von Artikel 8 Absatz 1 LVA beinhaltet die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich.

1220. Die am Verfahren beteiligten Unternehmen haben ihr Preissetzungsverhalten koordiniert, was auf die Festsetzung von Preisen hinausläuft. Der Preis ist das wichtigste Instrument im Wettbewerb. Dessen Koordination ist gemäss Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a LVA verboten: Mit dem EU-Luftverkehrsabkommen unvereinbar und verboten ist insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Die Beteiligten willigten ein, ihr Preissetzungsverhalten in Bezug auf verschiedene Elemente des gleichen Preises zu koordinieren und nicht vom Mechanismus abzuweichen. Auch tauschten sie preisrelevante Informationen aus. Gemäss europäischer Rechtsprechung stellen Vereinbarungen über die Beträge von Zuschlägen und Vereinbarungen, nicht von bekanntgegebenen Preisen abzuweichen, eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 AEUV dar.⁵⁹³

⁵⁹³ KOMM, ABl. 1997 L 26/23, *Fährdienstbetreiber – Währungsaufschläge*; KOMM, ABl. 1974 L 160/1, *Vereinbarungen zwischen Herstellern von Verpackungsglas*; KOMM, ABl. 1975 L 228/3, *IFTRA-Regeln für Hersteller von Hüttenaluminium*; Urteil des EuG vom 13.12.2001 T-48/98 *Acerinox/Kommission*, Slg. 2001 II-03859 Rz 114 ff.; Urteil des EuG vom 21.2.1995 T-29/92 *SPO und andere/Kommission*, Slg. 1995 II-00289 Rz 146.

B.3.3.4 Effekte auf den Handel zwischen den Vertragsparteien des EU-Luftverkehrsabkommens

1221. Artikel 8 LVA gilt für Vereinbarungen im Bereich Zivilluftfahrt, welche den Handel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zu beeinträchtigen geeignet sind.

1222. Artikel 8 Absatz 1 LVA verlangt für Vereinbarungen nicht, dass der Handel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union tatsächlich beeinträchtigt ist. Es genügt, wenn die Vereinbarungen «hierzu geeignet sind».⁵⁹⁴ «Ein Beschluss, eine Vereinbarung oder eine Verhaltensweise kann den Handel zwischen Mitgliedstaaten nur beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen können, die die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes der Mitgliedstaaten hemmen könnte. Ausserdem darf diese Beeinträchtigung nicht nur geringfügig sein.»⁵⁹⁵

1223. Im Sinne der europäischen Rechtsprechung ist es für die Anwendung von Artikel 8 Absatz 1 LVA nicht notwendig zu zeigen, dass die Beteiligung von jedem Einzelnen zur Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der Europäischen Union geeignet war. Nach europäischer Rechtsprechung müssen lediglich die Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.⁵⁹⁶

1224. Gemäss Randziffer 61 der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags Nr. 2004, C 101 vom 27. April 2004 S. 81 ff. (nachfolgend: Leitlinien Beeinträchtigung) sind Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen oder in mehreren Mitgliedstaaten durchgeführt werden, fast immer ihrem Wesen nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Vereinbarungen zwischen Unternehmen in zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die Einfuhren und Ausfuhren betreffen, sind ihrem Wesen nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Rz 62 Leitlinien Beeinträchtigung). Kartellabsprachen zum Beispiel über die Festsetzung der Preise und die Marktaufteilung, die sich auf mehrere Mitgliedstaaten erstrecken, sind ihrem Wesen nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Rz 64 Leitlinien Beeinträchtigung).

1225. Die Koordination in der Preisfestsetzung erfolgte für das Gebiet der [vorliegend relevanten Strecken]. In Anlehnung an die europäische Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass der abgeschwächte Preiswettbewerb zwischen den Luftverkehrsunternehmen die Vorteile reduziert hat, welche andernfalls den effizienteren Luftverkehrsunternehmen erwachsen wären. Die Existenz solcher Vereinbarungen «must have resulted, or was likely to result, in the diversion of trade patterns from the course they would otherwise have followed.»⁵⁹⁷

1226. Ausserdem könnte ein solches Kartell zur Preisfixierung im Bereich Luftfracht zur Übertragung auf andere Transportarten führen oder die Import- und Exportmengen reduzieren.

⁵⁹⁴ Urteil des EuGH vom 28.4.1998 C-306/96 *Javico International und Javico AG/Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, Slg. 1998 I-01983 Rz 16 f.; Urteil des EuG vom 15.9.1998 verbundene Rechts-sachen T-374/94 *European Night Services Ltd und andere/Kommission*, Slg. 1998 II-03141 Rz 136; Urteil des EuGH vom 23.11.2006 C-238/05 *Asnef-Equifax*, Slg. 2006 I-11125 Rz 43.

⁵⁹⁵ Urteil des EuGH vom 13.7.2006 verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04 *Manfredi*, Slg. 2006 I-06619 Rz 42; Urteil des EuGH vom 30.6.1966 C-56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.) gegen Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Slg. 1966 00337; Urteil des EuGH vom 11.7.1985 C-42/84 *Remia BV und andere/Kommission*, Slg. 1985 02545 Rz 22; Urteil des EuG vom 15.3.2000 verbundene Rechtssachen T-25/95 *Cimentieres CBR und andere/Kommission*, Slg. 2000 II-00491.

⁵⁹⁶ Urteil des EuG vom 10.3.1992 T-13/89 *Imperial Chemical Industries/Kommission*, Slg. 1992 II-01021 Rz 304

⁵⁹⁷ Entscheid der EU-Kommission COMP/39482 *Exotic Fruit (Bananas)* vom 12. Oktober 2011, Rz 241 m. w. H.

Somit besteht ein Effekt auf den Handel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union auch in dieser Hinsicht.

1227. Im vorliegenden Fall umfassten die Kartellabmachungen das Gebiet der [vorliegend relevanten Strecken]. Die Existenz von preisrelevanten Kontakten für den Europäischen Wirtschaftsraum und die Schweiz hatten die Einschränkung des Wettbewerbs zwischen Luftverkehrsunternehmen in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern zum Ziel. Auf Basis europäischer Rechtsprechung sind abgestimmte Praktiken dieser Art an sich zur Beeinflussung des Handels zwischen der Schweiz und der Europäischen Union befähigt.⁵⁹⁸

1228. Zudem waren die beschriebenen abgestimmten Praktiken dazu geeignet, einen Effekt auf den Güterhandel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zu haben, insoweit als dass der fixierte Transportpreis einen Anteil des Endverkaufspreises ausmachte. Luftfrachtleistungen bilden ein signifikantes Kostenelement der transportierten Güter. Dies hat Auswirkungen auf den Absatz dieser Güter.⁵⁹⁹

1229. Luftfrachtleistungen zwischen der Schweiz und Drittstaaten schliessen regelmässig Transporte via «hubs» (Verkehrsknotenpunkte) ein, welche von Luftverkehrsunternehmen in verschiedenen Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums bedient werden, weil viele Flughäfen im Europäischen Wirtschaftsraum nicht ausreichend durch Flüge mit Transport nach oder von Drittländern bedient sind, und noch weniger durch das Luftverkehrsunternehmen, welches die Dienstleistung vom Drittland anbietet. Folglich waren Einschränkungen des Wettbewerbs zwischen Luftverkehrsunternehmen mit Luftfrachtleistungen nach oder von Drittländern verantwortlich für Auswirkungen auf das Muster von Luftfrachtleistungen in der Schweiz und im Europäischen Wirtschaftsraum zwischen Flughäfen mit Ausgangs- oder Bestimmungsort in der Schweiz und im Europäischen Wirtschaftsraum und dazwischenliegenden Frachtverkehrsknotenpunkten von Luftverkehrsunternehmen in verschiedenen Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums.

1230. Somit ist jeweils die vorliegende einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung der beiden Gruppen von Luftfrachtunternehmen geeignet, den Handel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zu beeinträchtigen.

B.3.3.5 Anwendung von Artikel 8 Absatz 3 LVA

1231. Gemäss Artikel 8 Absatz 3 LVA können die Bestimmungen des Absatzes 1 für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

⁵⁹⁸ Urteil des EuG vom 19.3.2003 T-213/00 *CMA CGM und andere/Kommission*, Slg. 2003 II-00913 Rz 219 f.

⁵⁹⁹ Urteil des EuG vom 28.2.2002 T-395/94 *Atlantic Container Line AB und andere/Kommission*, Slg. 2002 II-00875 Rz 82.

1232. Grundsätzlich sind keine wettbewerbsbeschränkenden Abreden vom Anwendungsbereich der Freistellungsvorschrift des Artikels 101 Absatz 3 AEUV ausgenommen, einschliesslich der sogenannten Kernbeschränkungen wie etwa Preisfestsetzung und Marktaufteilung. Allerdings zeigt die praktische Erfahrung, die in der Verwaltungspraxis der EU-Kommission deutlich zum Ausdruck kommt, dass solche schweren und für den Wettbewerb besonders belastenden Beschränkungen kaum je die Voraussetzungen des Artikel 101 Absatz 3 AEUV erfüllen und daher auch in aller Regel nicht freigestellt sind.⁶⁰⁰

1233. Sind Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs einziges Ziel von Preisabsprachen (was Gegenstand vorliegender Untersuchung ist), dann besteht kein Hinweis darauf, dass die Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Preisabsprachen (sog. «hardcore» Kartelle) wie der vorliegende Fall gehören definitionsgemäss zu den schädlichsten Einschränkungen von Wettbewerb, da sie nur die Beteiligten begünstigen, aber nicht die Konsumenten.

1234. Zudem können andere Absprachen zwischen Wettbewerbern, welche andernfalls unter Artikel 8 Absatz 3 LVA fallen mögen (z. B. im Kontext von Codesharing⁶⁰¹ oder Allianzen) nicht ein koordiniertes Verhalten hinsichtlich einer weitergehenden einzigen und fortdauernden komplexen Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise in Bezug auf den Preis legitimieren.

1235. Für vorliegenden Fall können die Bedingungen gemäss Artikel 8 Absatz 3 LVA nicht als erfüllt erachtet werden.

B.3.3.6 Stellungnahmen der Parteien zu Subsumtion EU-Luftverkehrsabkommen

B.3.3.6.1 Stellungnahme [...]

1236. [...] macht geltend, dass die rechtliche Schlussfolgerung einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung im Rahmen einer Gesamtabrede im Bereich Luftfracht durch den erstellten Sachverhalt in keiner Weise gedeckt sei. Trotz einer Vielzahl bilateraler und multilateraler Kontakte zu verschiedenen Preiselementen, habe es keinen Gesamtplan gegeben. Dafür fehle im festgestellten Sachverhalt jeder konkrete Hinweis. Dass bereits [eine Verbindung zwischen den Luftverkehrsunternehmen] eine Beteiligung am Netzwerk nachweise, sei eine leere Behauptung. Der Antrag halte lediglich fest, dass [die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] systematisch Informationen über Treibstoffzuschläge gesammelt und verbreitet [hätten]. Mitnichten könne daraus jedoch auf eine Gesamtabrede im Bereich Luftfracht geschlossen werden.⁶⁰²

1237. Den Ausführungen von [...] ist entgegenzuhalten, dass die europäische Rechtsprechung für einen Gesamtplan nicht eine ausdrückliche Vereinbarung verlangt. Es genügt, wenn die Umstände auf das Gesamtziel der Zuwiderhandlung schliessen lassen. Hinsichtlich Gesamtziel ist der Nachweis erforderlich, dass das fragliche Unternehmen vom rechtswidrigen Verhalten der anderen Beteiligten wusste, wissen musste beziehungsweise dieses hätte

⁶⁰⁰ REINHARD ELLGER, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV N 19.

⁶⁰¹ Ein Flug, der von verschiedenen Partnerfluggesellschaften gemeinsam durchgeführt wird. Bei einem Codeshare-Flug ist es durchaus normal, dass der Passagier auf dem ganzen Flug oder auf einem Teilstück von einer anderen Fluggesellschaft befördert wird, als der, unter deren Flugnummer er das Ticket gekauft hat (LITTEK (Fn 282), Luftfracht, 168).

⁶⁰² Vgl. act. [...], act. [...].

voraussehen können.⁶⁰³ Das Sekretariat konkretisiert den Gesamtplan sehr wohl (vgl. Rz 1200 ff.). Die Absprachen betrafen alle den gleichen Preis: den Tarif für Luftfrachtleistungen. Über weite Strecken waren die gleichen Luftverkehrsunternehmen involviert. Es bestand zwischen den Beteiligten ein Netzwerk mit einer Vielzahl von Kontakten über einen längeren Zeitraum. Die Kontakte fanden auf lokaler Ebene (nach Rücksprache mit den Hauptquartieren) und auf Ebene Hauptquartier statt. Unter diesen Umständen sind die massgeblichen Kriterien für die Beurteilung eines einheitlichen Charakters der Zuwiderhandlung erfüllt und waren den Luftverkehrsunternehmen bekannt. Somit mussten die Luftverkehrsunternehmen zumindest davon ausgehen, dass ein Gesamtplan vorlag.

1238.[...] vertritt die Auffassung, dass insbesondere im Bereich Frachtraten keine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung gegeben sei. Das Thema Frachtraten tauche nur vereinzelt auf und im Wesentlichen lägen die Kontakte vor dem relevanten Zeitraum ab April 2004. Bei den Kontakten nach April 2004 sei es vielfach nur um einen Informationsaustausch ohne eine konkrete Abrede oder es sei um Flugstrecken ausserhalb der Kompetenz der WEKO gegangen. Zudem sei die versuchte Vereinbarung von Mindestraten auf ausgewählten Strecken im Ad-hoc-Geschäft im Rahmen [eines] «Air-Cargo Workshops» [...] ohne Erfolg geblieben. [...] Schliesslich habe das Sekretariat in seinem Antrag nicht beachtet, dass die EU-Kommission in ihrer Entscheidung vom 12. November 2010 den in den Beschwerdepunkten noch erhobenen Vorwurf unzulässigen Verhaltens betreffend Frachtraten fallen gelassen habe. Die EU-Kommission habe sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die ursprünglich erhobenen Vorwürfe bei Raten eher bestimmte Strecken betroffen hätten[...].⁶⁰⁴

1239.Auf diese Vorbringen ist zunächst zu entgegnen, dass vorliegend auch der Zeitraum vor April 2004 relevant ist (vgl. Rz 1116 ff.). Als massgebend für die Bestimmung des Beurteilungszeitraumes gilt nicht die Einführung direkter Sanktionen im April 2004. Zudem war gerade der von [...] geltend gemachte «Informationsaustausch» ein wichtiger Bestandteil der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung, selbst wenn es sich um einen «Informationsaustausch ohne konkrete Abrede» gehandelt haben sollte. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass [...] mit der Formulierung «vielfach» nicht in Abrede stellt, dass daneben noch weitergehende Kontakte stattfanden. Sodann zeigt die Sachverhaltsfeststellung, dass Kontakte [in Bezug auf die vorliegend relevanten Strecken] stattgefunden haben. [...] Schliesslich muss darauf hingewiesen werden, dass der von [...] geltend gemachte Entscheidung der EU-Kommission, Frachtraten fallen zu lassen, kein Präjudiz für die Beurteilung durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden darstellt.

B.3.3.6.2 Stellungnahme Korean

1240.Korean verweist zunächst auf ihre Ausführungen zu den Treibstoffzuschlägen, wonach die Einführung oder die Änderung von Tarifen vorab von der zuständigen staatlichen Behörde zu genehmigen seien. [...]

1241.Dazu kann zunächst ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen bei den Treibstoffzuschlägen verwiesen werden (vgl. Rz 806). [...].

B.3.3.6.3 Stellungnahme Atlas (Polar)

1242.Polar bringt vor, der Verfügungsentwurf kreierte aus drei isolierten E-Mails ohne Sachzusammenhang ein ganzes «Netzwerk» von Kontakten. Zudem behaupte der Antrag, dass diese Kontakte die einheitliche Natur der Preiskoordination aufgewiesen hätten. Diese Behauptungen seien aus der Luft gegriffen. [...] habe nie behauptet, es hätte ein Netzwerk von Kontakten mit Polar oder ein regelmässiger Informationsaustausch bestanden. Auch habe

⁶⁰³ Vgl. zum Ganzen GERHARD DANNECKER/JÖRG BIERMANN, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 23 VO 1/2003 N 84 ff.

⁶⁰⁴ Vgl. act. [...].

das Sekretariat Polar dazu gar nie befragt. Ansonsten hätte das Sekretariat nämlich selbst bemerkt, dass es nie eine Absprache und genauso wenig eine Preiskoordination von Polar gegeben habe. Dies folge auch aus einer Analyse der nach europäischer Praxis notwendigen Elemente für eine unzulässige Gesamtabrede. Polar sei nicht an einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Artikel 101 AEUV beteiligt gewesen. Die im Verfügungsentwurf enthaltenen Beweise begründeten keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, weder einzeln noch im Sinne einer Gesamtabrede. Der Antrag werfe Polar zu Unrecht in den gleichen Topf wie die [anderen in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen]. Zudem bringt Polar vor, dass jeder der drei E-Mail-Kontakte zwischen unterschiedlichen Personen, zu verschiedenen Themen und zu unterschiedlichen Zeiten stattgefunden habe. Die handelnden Personen hätten von der Existenz des jeweils anderen Kontaktes keinerlei Kenntnis gehabt.⁶⁰⁵

1243. Hierzu kann im Wesentlichen zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1237 verwiesen werden. Ausserdem handelt es sich bei den festgestellten Kontakten um mehr als drei isolierte E-Mails. Insbesondere bestanden auch telefonische Kontakte (vgl. Rz 293, 294, 298, 312, 327, 340, 346, 608 und 738). Zudem betreffen diese Kontakte mehrere Elemente des Preises: Treibstoffzuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA und die Kommissionierung von Zuschlägen. Ob die Kontakte (insbesondere die von Polar genannten drei E-Mail-Kontakte) bei Polar unterschiedliche Personen betrafen, ist unerheblich. Die Kontakte sind Polar als Unternehmen zuzurechnen. Weiter handelt es sich um Kontakte zwischen Polar und [...]. Demzufolge erstaunt es nicht, dass die übrigen Selbstanzeigerinnen keine Kontakte mit Bezug zu Polar nennen. Entsprechend unterscheidet der Antrag auch zwischen zwei Gruppen: Eine erste Gruppe besteht aus den am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...]. Eine zweite Gruppe setzt sich aus [...] und Polar zusammen (vgl. Rz 1214). Daher kann keine Rede davon sein, dass Polar «in den gleichen Topf geworfen werde» wie die [anderen in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen]. Auch ist darauf hinzuweisen, dass Polar mit E-Mail vom 19. Juni 2004 mitteilte, sie würde den Treibstoffindex von [...] verfolgen und sich dann der «guten alten» [...] anschliessen. Polar informierte somit [...], dass sie sich immer [...] anpassen würde (vgl. Rz 294). Damit ist eine Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen. Sodann ist festzuhalten, dass sich Polar auf weniger Beweismittel stützt als im Antrag aufgeführt. Überdies gibt es gemäss [...] neben der E-Mail-Kommunikation zwischen [...] und Polar auch einen Mobiltelefon-«readout», welcher auch telefonische Kontakte zwischen Polar und [...] zeigt.⁶⁰⁶ Dass [...] diesbezüglich falsche Angaben machen sollte, ist nicht ersichtlich. Schliesslich nimmt Polar bezüglich der Beweismittel einzig eine andere Würdigung vor als das Sekretariat.

1244. Polar bringt sodann vor, dass der Antrag für die Abrededauer von einem Monat ausgehe. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso sie einen Monat gedauert haben soll.⁶⁰⁷

1245. Dazu ist festzuhalten, dass der Antrag nicht eine Abrededauer von einem Monat feststellt. Vielmehr stellt der Antrag eine Dauer der Abrede von 18 Monaten fest (vgl. Tabelle 25). Wenn für einzelne Elemente nur eine kurze Dauer nachgewiesen ist, ändert dies nichts an der Gesamtdauer.

1246. Polar führt weiter aus, dass betreffend Kommissionierung von Zuschlägen nur eine einfache E-Mail zwischen Polar und [...] vorliege (die E-Mail sei von Polar ausgegangen) (vgl. Rz 738). Aus diesem E-Mail-Austausch könne keine Preisabrede geschlossen werden. Es liege keine Verletzung des Kartellgesetzes in irgendeiner Art und Weise vor. Man sehe keine Verhaltensanpassung, oder dass sich irgendjemand auf den andern abgestimmt hätte. Es

⁶⁰⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

⁶⁰⁶ Vgl. act. [...].

⁶⁰⁷ Vgl. act. [...].

sei nicht bekannt, ob die 5 Prozent, die hier angesprochen würden, tatsächlich dann akzeptiert worden seien.⁶⁰⁸

1247. Hierzu ist zu entgegnen, dass Polar und [...] mit diesem Kontakt gegenseitig ihr Verhalten beeinflussten. Polar und [...] informierten einander über ihre Haltung bei der Kommissionierung von Zuschlägen gegenüber den Speditionsunternehmen. Dieses Verhalten steht in Widerspruch zum Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften der EU, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt.⁶⁰⁹

B.3.3.6.4 Stellungnahme South African

1248. South African macht geltend, dass das Haupterfordernis für die Annahme einer einzigen fortdauernden Zuwiderhandlung das Vorhandensein eines eigentlichen «Plans» mit einem einheitlichen Zweck sei. Ein solcher Plan liege jedoch im vorliegenden Fall nicht vor. Jedenfalls gehe ein solcher weder aus den Akten hervor noch sei ein solcher sonst wie nachgewiesen. Überdies bestehe zwischen den einzelnen Zuschlägen weder ein sachlicher noch ein zeitlicher Zusammenhang: Keiner der Zuschläge habe mit den anderen etwas zu tun. Jeder Zuschlag sei unabhängig von den anderen Zuschlägen aufgrund unterschiedlicher spezifischer Gründe und Motiven eingeführt worden.⁶¹⁰

1249. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1237 verwiesen werden. Dass sämtliche Kontakte wiederholt über die Zeit Preiselemente betreffen, bildet den sachlichen und zeitlichen Zusammenhang. Zudem führt South African selber aus, es sei davon auszugehen, dass man sich bei der Preisbildung von den Luftverkehrsabkommen mit der Möglichkeit der Tarifkoordination habe inspirieren lassen.⁶¹¹ Mit anderen Worten bestreitet South African eine Koordination bei der Preisbildung für [die vorliegend relevanten] Strecken ohne staatsvertragliche Möglichkeit der Tarifkoordination nicht. Dass auf die fraglichen Abkommen mit der Möglichkeit der Tarifkoordination ausserhalb deren Geltungsbereich nicht abgestützt werden darf, wurde bereits ausgeführt (vgl. Rz 1052 f.).

1250. South African führt weiter aus, es sei zwar nicht davon auszugehen, dass der dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Sachverhalt ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz gezeitigt habe. Es sei daher nicht auszuschliessen, dass der vorliegende Sachverhalt über die Schweiz hinausgehende Auswirkungen gehabt haben könnte. Dies treffe aber mit Bezug auf South African mangels Tätigkeit und entsprechendem Umsatz auf den relevanten Märkten nicht zu und wäre jedenfalls nicht nachgewiesen und werde bestritten. Im vorliegenden Fall sei seitens der Wettbewerbsbehörden nicht dargetan, dass die hier zur Diskussion stehenden angeblichen Wettbewerbsabreden auch nur geeignet gewesen sein könnten, irgendwelche Effekte auf den Handel zwischen den Vertragsstaaten gemäss Artikel 8 Absatz 1 LVA, sprich der Schweiz und der EU, gehabt zu haben. Generell sei nur schwer vorstellbar, dass eine angebliche Abrede beziehungsweise abgestimmte Verhaltensweise betreffend Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten den Handel zwischen der Schweiz und der EU wie auch immer beeinträchtigen könne. Schliesslich könne das Tatbestandsmerkmal selbstredend auch nicht dadurch erfüllt sein, dass die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich etwaiger Effekte auf den Handel zwischen der Schweiz und der EU auf rein spekulative Mutmassungen abstellen würden. Vielmehr hätte das Sekretariat darlegen müssen, ob überhaupt, und wenn ja, inwiefern die angeblichen Vereinbarungen geeignet gewesen wären, den Handel zwischen der Schweiz und der EU mehr als nur geringfügig zu beeinflussen. Blosser allgemeine Ausführungen und Hinweise auf die europäische Rechtsprechung

⁶⁰⁸ Vgl. act. [...].

⁶⁰⁹ Vgl. Urteil des EuGH vom 16.12.1975 Verbundene Rechtssachen C-40/73 *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA und andere/ Kommission*, Slg. 1975 01663 Rz 174.

⁶¹⁰ Vgl. act. [...].

⁶¹¹ Vgl. act. [...].

sowie die Leitlinien der Kommission vermöchten indessen eine Subsumtion des Sachverhaltes unter diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu ersetzen.⁶¹²

1251. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Abrede als Ganzes gemäss Artikel 8 Absatz 1 LVA geeignet sein muss, den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen, nicht bloss im Ausmass der Beteiligung von South African. Es ist daher nicht relevant, welchen Umsatz South African auf den relevanten Strecken generiert hat. Inwiefern die Abrede geeignet war, den Handel zwischen der Schweiz und der EU zu beeinträchtigen, legt das Sekretariat entgegen dem Vorbringen von South African nicht bloss theoretisch sondern auch konkret bezogen auf den vorliegenden Fall dar (vgl. Abschnitt B.3.3.4). [...] Dass die WEKO diese Abrede aufgrund staatsvertraglicher Regelungen nur in Bezug auf einzelne Strecken beurteilen kann, ändert daran nichts. Schliesslich ist auf die Bedeutung der Luftfracht für den Handel der Schweiz mit anderen Ländern hinzuweisen. Gemäss St. Galler Luftfrachtstudie ist die Luftfracht elementarer Bestandteil der Schweizer Wertschöpfungsketten.⁶¹³ Aus Drittländern importierte Güter werden in der Schweiz weiterverarbeitet und danach durchaus in EU-Mitgliedstaaten exportiert. Analog verarbeitet die Schweizer Wirtschaft aus der EU importierte Güter und exportiert diese in Drittländer. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Aussenhandel die EU von besonderem Gewicht ist (57 % der Ausfuhr, 78 % der Einfuhr).⁶¹⁴ Dass die Abrede geeignet ist, den Handel zwischen der Schweiz und der EU zu beeinträchtigen, ist ohne Weiteres zu bejahen.

B.3.3.6.5 Stellungnahme Alitalia

1252. Alitalia macht geltend, dass gegenüber Alitalia keine Reihe von Koinzidenzen und Indizien vorläge, wie von der europäischen Rechtsprechung verlangt. Alitalia konnte eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise oder Vereinbarung nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.⁶¹⁵ Betreffend die Erwägungen zu den Treibstoffzuschlägen, den Kriegsrisikozuschlägen, den Frachtraten und der Kommissionierung von Zuschlägen hält Alitalia fest, dass sie sich nicht an regelmässigem Informationsaustausch und Abmachungen beteiligt habe.⁶¹⁶ Ebenfalls ist gemäss Alitalia die Teilnahme an einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung aufgrund der [Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] nicht nachgewiesen. Die reine [Verbindung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] führe nicht automatisch zur Kenntnis des nach der europäischen Rechtsprechung verlangten Gesamtplans, weshalb Alitalia nicht für das den beteiligten Unternehmen vorgeworfene «Gesamtkartell» zur Verantwortung gezogen werden könne.⁶¹⁷

1253. Diese Vorbringen von Alitalia betreffen alle die Feststellung des Sachverhalts, nicht dessen Subsumtion. Es kann daher auf die entsprechenden Ausführungen in den Randziffern 836 ff. verwiesen werden.

B.3.3.6.6 Stellungnahme AMR (American)

1254. American bringt vor, dass es für verschiedene Hauptaspekte des Kartells keine Beweise für ein unrechtmässiges Verhalten von American gebe beziehungsweise dass American diesbezüglich irgendwelche Kenntnisse gehabt hätte. Damit sei bestätigt, dass American am sanktionierten [...] Kartell nicht teilgenommen habe und dass keine Grundlage für eine Ver-

⁶¹² Vgl. act. [...], act. [...].

⁶¹³ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 23.

⁶¹⁴ Vgl. Aussenhandel – Indikatoren, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/05/blank/key/handelsbilanz.html>> (15.05.2013).

⁶¹⁵ Vgl. act. [...].

⁶¹⁶ Vgl. act. [...].

⁶¹⁷ Vgl. act. [...].

urteilung von American für die Teilnahme an der behaupteten einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung bestehe. American sei in drei von sechs Aspekten des Kartells nicht verwickelt gewesen. Dies zeige, dass American nicht an einer «einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung» teilgenommen haben könne. Sowohl unter logischen als auch rechtlichen Gesichtspunkten könne ein Unternehmen nicht an einem umfassenden und facettenreichen Kartell teilnehmen, ohne über sämtliche Aspekte desselben im Bilde zu sein.⁶¹⁸ Zudem führt American unter Verweis auf die europäische Rechtsprechung aus, dass das Sekretariat keine Tatsachen nenne, die seine Ansicht unterstützten, dass American von den Besprechungen über [...] Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungsaufschläge für die USA oder Frachtraten Kenntnis gehabt hätte. Das Sekretariat argumentiere lediglich, dass sich alle Absprachen auf preisrelevante Elemente bezogen hätten. Ein solches Vorgehen habe der EuGH für klar ungenügend erklärt.⁶¹⁹ American macht zudem geltend, dass sich American im Rahmen eines E-Mail-Verkehrs [unter den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] gegen eine Besprechung von Raten [...] ausgesprochen habe. Zudem sei diese Position von American in einem persönlichen Gespräch mit [...] bekräftigt worden.⁶²⁰

1255. Auf diese Ausführungen von American ist zu entgegnen, dass nach europäischer Rechtsprechung ein Unternehmen auch dann für ein Gesamtkartell zur Verantwortung gezogen werden, wenn feststeht, dass es nur an einem oder einzelnen Bestandteilen dieses Kartells unmittelbar mitgewirkt hat (vgl. Rz 1199). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass American in Zusammenhang mit dem Projekt «development swiss market» ein vereinteres und konsequenteres Vorgehen der [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] in allen Belangen befürwortet hat (vgl. Rz 292). Davon, dass [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] auch über andere Preiselemente gesprochen wurde als über Treibstoffzuschläge wusste American, zumal sie sich betreffend Frachtraten klar vom Informationsaustausch distanziert (vgl. Rz 660). Dabei ist festzustellen, dass die Distanzierung betreffend Frachtraten (Oktober 2003) ein Jahr vor der erwähnten Befürwortung eines vereinteren und konsequenteren Vorgehens [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] in allen Belangen (Juni 2004) stattfand.

1256. Zudem macht American geltend, dass American den Spediteuren seit 1999 – somit vor Beginn des Kartells – keine Kommissionen bezahlen würde.⁶²¹

1257. Dem ist zu entgegnen, dass American auf die im Jahr 2003 aufkommende Forderung der Speditionen für eine Kommissionierung gemeinsam mit den anderen Luftverkehrsunternehmen reagiert hat (vgl. Abschnitt A.4.9). Die vorliegende Verhaltensweise besteht gerade darin, gegenüber den Speditionen weiterhin keine Kommissionierung zu gewähren.

1258. American bringt auch vor, dass sich der von American erhobene Treibstoffzuschlag ganz erheblich von demjenigen der tatsächlichen Mitglieder des Kartells unterschieden habe. Eine Aufstellung zeige, dass die Treibstoffzuschläge zwischen September 2004 und Februar 2006 nicht ein einziges Mal übereingestimmt hätten. Keines der tatsächlichen Mitglieder des Kartells, die sich durchwegs, zumindest weitgehend, an die vereinbarten Zuschläge gehalten hätte, habe sich je gegenüber American beschwert, dass American nicht die abgestimmten Treibstoffzuschläge implementiert habe.⁶²²

1259. Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass eine Abrede nicht nur bei exakt übereinstimmenden Treibstoffzuschlägen vorliegt. Die von American geltend gemachte Darstellung zeigt, dass die Treibstoffzuschläge in ihrer Höhe nahe beieinander liegen. Vor allen Dingen bewegen sich die Treibstoffzuschläge auch gleichgerichtet, das heisst die Veränderungsrate

⁶¹⁸ Vgl. act. [...].

⁶¹⁹ Vgl. act. [...].

⁶²⁰ Vgl. act. [...].

⁶²¹ Vgl. act. [...].

⁶²² Vgl. act. [...].

(oder Wachstumsrate) annähernd übereinstimmt. Die Darstellung zeigt somit kein abweichendes Verhalten von American.

B.3.3.6.7 Stellungnahme Singapore

1260. Singapore macht geltend, es bestehe vorliegend kein gemeinsames System oder gemeinsamer Plan im Sinne der europäischen Rechtsprechung zum Begriff der «einzigsten und fortdauernden Zuwiderhandlung». Die im Antrag angeführten angeblichen Kontakte würden kein gemeinsames System oder einen gemeinsamen Plan darstellen, weil sie keinem einzelnen «Netzwerk von Kontakten» entsprächen. Die im Antrag beschriebenen Kontakte entfielen auf mehrere individuelle Gruppen: Eine Anzahl dieser individuellen Gruppen betreffe multilaterale Kontakte zwischen Fluggesellschaften [...]. Kontakte zwischen den Fluggesellschaften, die Mitglieder der [...] seien, könnten für diesen Zweck ebenfalls eine individuelle Gruppe von Kontakten darstellen. Die wiederholten Kontakte zwischen [...] würden durch die [...] als Beteiligung einer «Kerngruppe» beschrieben, und könnten alleine auf dieser Grundlage als vermutliche Beteiligung einer separaten Gruppe von Kontakten betrachtet werden. Wenn die Eigenschaften der relevanten Märkte angesehen würden, werde klar, dass die umstrittenen Kontakte nicht einem alleinstehenden «Netzwerk von Kontakten» entsprächen. Es gebe keine Grundlage, um darauf zu schliessen, dass beispielsweise die Kontakte in Singapur die Auswirkung der Kontakte in der Schweiz verstärkt hätten oder umgekehrt. Selbst wenn man hypothetisch annehmen würde, dass ein gemeinsames System bestanden hätte, so hätte dieses System durch ein gemeinsames wettbewerbswidriges Ziel verbunden werden müssen. Gemäss der gefestigten EU-Rechtsprechung sei es nicht ausreichend, sich auf das behauptete Ziel der Störung des Wettbewerbs oder der Preiserhöhung zu berufen, um ein gemeinsames verbindendes Ziel darzulegen. Die allgemeine Referenz im Antrag auf die Verzerrung des Wettbewerbs liefere keine ausreichende Grundlage, um die verschiedenen bestrittenen Kontakte zu einem «Netzwerk» zu verbinden oder die verschiedenen «Elemente» zu demselben wettbewerbswidrigen Ziel zu verbinden. Die Beweismittel, auf die sich der Antrag bezüglich der unterschiedlichen Märkte stütze, legten vielmehr nahe, dass die Kontakte verschiedene und lokaltypische Ziele verfolgt hätten.⁶²³

1261. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1237 verwiesen werden.

1262. Singapore bringt vor, es erfolge im Antrag keine eigentliche Erklärung, wie die Kontakte eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem relevanten Schweizer Markt bezwecken oder bewirken könnten. Zudem sei die Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 8 LVA des Nachweises für einen Einfluss auf den Handel zwischen den Vertragsparteien nicht nachgewiesen.⁶²⁴

1263. Dazu kann zunächst festgehalten werden, dass im Rahmen des EU-Luftverkehrsabkommens die europäische Rechtsprechung zu berücksichtigen ist. Diesbezüglich hat der EuGH entschieden, dass eine abgestimmte Verhaltensweise selbst dann unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fällt, wenn auf dem Markt keine wettbewerbswidrigen Wirkungen eintreten (vgl. Rz 1161). Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Randziffer 1251 verwiesen werden.

1264. Singapore führt weiter aus, dass eine Verhaltensweise für sich alleine genommen eine materielle Zuwiderhandlung darstellen müsse, damit diese Teil einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung sein könne. Weil die WEKO betreffend Verhaltensweisen in beispielsweise Singapur oder Hong Kong nicht zuständig sei, könne sie solche Verhaltensweisen nicht in eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung einschliessen. [...]

1265. Dazu kann auf die europäische Rechtsprechung verwiesen werden (vgl. Abschnitt B.3.3.2.1). Demnach kann sich ein Verstoss gegen Artikel 101 AEUV nicht nur aus einer iso-

⁶²³ Vgl. act. [...], act. [...].

⁶²⁴ Vgl. act. [...].

lierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder einem fortgesetzten Verhalten ergeben. Dem lässt sich gemäss EuGH nicht entgegenhalten, dass eine oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortlaufenden Verhaltens auch für sich genommen einen Verstoss gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften darstellen könnten. Daraus folgt, dass für die Feststellung einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung die einzelnen Verhaltensweisen für sich alleine genommen nicht zwingend einen Verstoss gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften darstellen müssen.

B.3.3.6.8 Stellungnahme [...]

1266.[...] macht geltend, dass der Antrag des Sekretariats nirgends konkret erkläre, inwiefern Strecken zwischen der Schweiz und irgendwelchen Drittstaaten den Handel zwischen der Schweiz und der EU beeinträchtigen könnten. Wäre dies der Fall, wäre nach der Meinung von [...] die EU zuständig gewesen und eine Beurteilung durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden ausgeschlossen. Die WEKO sei nach dem so verstandenen EU-Luftverkehrsabkommen nur dann zuständig, wenn es sich um Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten handle und die Auswirkungen sich naheliegenderweise auf den Handel zwischen der Schweiz und den betreffenden Drittstaat beziehen würden.⁶²⁵

1267. Dieser Auffassung von [...] kann nicht gefolgt werden. Die Frage der Zuständigkeit richtet sich in Anwendung von Artikel 11 LVA nicht nach den Auswirkungen auf den Handel zwischen der Schweiz und der EU. Stattdessen bestimmt Artikel 11 LVA die Zuständigkeit anhand der Strecken. Eine Auslegung von Artikel 8 LVA, wonach entgegen dem klaren Wortlaut die Betroffenheit vom Handel zwischen der Schweiz und dem Drittland vorliegen muss, lässt sich nicht rechtfertigen. Artikel 8 LVA sagt nichts zur Frage der Zuständigkeit.

1268.[...] bringt vor, dass ein Indizienbeweis in Verfahren wie dem vorliegenden nicht ausreiche. Bei Kartellverfahren mit etwaigen drastischen Sanktionen müsse an das Beweismass hohe Anforderungen gestellt werden.⁶²⁶

1269. Dem ist zu entgegnen, dass zwischen der Art der Beweisführung (Indizienbeweis) und dem zu erbringenden Beweismass zu unterscheiden ist. Sowohl nach schweizerischem Recht als auch nach europäischem Recht ist es zulässig, den Beweis mittels Indizien zu erbringen (vgl. Rz 187 und Rz 1166).

1270.[...] bringt vor, dass der für die Annahme einer einzigen, fortdauernden Zuwiderhandlung erforderliche «Plan» mit einem einheitlichen Zweck, nicht nachgewiesen sei. Vorliegend bestehe weder ein sachlicher oder zeitlicher Zusammenhang zwischen den verschiedenen Zuschlägen (inkl. Kommissionierung von Zuschlägen) noch zwischen den einzelnen angebliehen Informationsrunden zum gleichen Thema (beispielsweise Treibstoffzuschläge).⁶²⁷

1271. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1237 verwiesen werden. Dass sämtliche Kontakte wiederholt über die Zeit Preiselemente betreffen, bildet den sachlichen und zeitlichen Zusammenhang.

1272.[...] führt aus, dass das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der EU nicht dadurch erfüllt sein könne, dass die Wettbewerbsbehörden hinsichtlich etwaiger Effekte auf den Handel zwischen der Schweiz und der EU auf rein spekulative Mutmassungen abstellen würden. Bloss allgemeine Ausführungen und Hinweise auf die europäische Rechtsprechung sowie die Leitlinien der Kommission vermöch-

⁶²⁵ Vgl. act. [...].

⁶²⁶ Vgl. act. [...].

⁶²⁷ Vgl. act. [...].

ten eine Subsumtion des Sachverhaltes unter diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu ersetzen.⁶²⁸

1273. Dazu gilt es festzuhalten, dass nach der europäischen Rechtsprechung nicht zwingend der Nachweis einer effektiven Beeinträchtigung erbracht werden muss. Es genügt, wenn die Vereinbarungen «hierzu geeignet sind». Dies ist vorliegend der Fall (vgl. Rz 1222 ff.).

B.3.3.7 Ergebnis

1274. Aufgrund der Kontakte liegen zwischen den am Verfahren beteiligten Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen gemäss europäischer Rechtsprechung vor. Es gab Zuwiderhandlungen von zwei Gruppen: 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.

1275. Die Zuwiderhandlungen beider Gruppen erfüllen je die Kriterien einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung. Zweck der jeweiligen Zuwiderhandlung war die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs. Die einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlungen beider Gruppen waren geeignet den Handel zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zu beeinträchtigen.

1276. Es ist daher festzustellen, dass die vorliegenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen einerseits der am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...] sowie andererseits von [...] und Polar mit Artikel 8 Absatz 1 LVA unvereinbar und verboten sind. Die Voraussetzungen für eine Nichtanwendungserklärung gemäss Artikel 8 Absatz 3 LVA sind nicht erfüllt.

B.3.4 Subsumtion Kartellgesetz

1277. Die in das vorliegende Verfahren involvierten Luftverkehrsunternehmen fallen unter den Unternehmensbegriff von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG (vgl. vorne Rz 932).

1278. Zu den vorbehaltenen Vorschriften sei auf Abschnitt B.1.3 verwiesen.

1279. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

1280. Für die Zeit von 2000 bis 31. Mai 2002 ist ausschliesslich das Kartellgesetz anwendbar (vgl. vorne Rz 1119). Ab 1. Juni 2002 sind das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kartellgesetz parallel anzuwenden (vgl. vorne Rz 1118). Für Verhaltensweisen vor dem 1. Juni 2002 ist entsprechend dem Ausgeführten (vgl. vorne Rz 1119) im Rahmen der Erwägungen eine Feststellung einer etwaigen Unzulässigkeit gemäss Kartellgesetz möglich. Ein allfälliges Verbot kann demgegenüber nicht verfügt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine isolierte Feststellung kartellrechtwidrigen Verhaltens ausgeschlossen.⁶²⁹ [...]

B.3.4.1 Wettbewerbsabrede

1281. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder

⁶²⁸ Vgl. act. [...].

⁶²⁹ Vgl. BGE 137 II 199, 217 ff. E. 6 (= RPW 2011/3, 448 f. E. 6), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

1282. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

1283. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG gelten nicht nur Absprachen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als «Abreden» im Sinne des Gesetzes. Dabei muss die abgestimmte Verhaltensweise gemäss Bundesgericht vom blossen Parallelverhalten abgegrenzt werden, welches nicht unter das Kartellgesetz fällt.⁶³⁰ Ein solches liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten ist noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen. Für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise ist vielmehr ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vorausgesetzt. Die Wettbewerbsteilnehmer müssen bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen. Entscheidend ist, dass das Gleichverhalten nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern planmässig, aufgrund ausgetauschter Marktinformationen erfolgt. Gleichverhalten kann eine abgestimmte Verhaltensweise aber immerhin indizieren.

B.3.4.2 Gesamtabrede

1284. Im vorliegenden Fall verhält es sich so, dass sich das Verhalten der international tätigen Luftverkehrsunternehmen nicht darauf beschränkt hat, sich bezüglich eines einzigen Preiselements zu koordinieren, sondern dass sich ein eigentliches Verhaltensmuster entwickelt hat beziehungsweise ein Konsens unter den Luftverkehrsunternehmen bestand, dass beim Auftreten von neuen gemeinsamen exogenen Kostenfaktoren für die Luftverkehrsunternehmen deren Belastung beziehungsweise Weitergabe an den Kunden koordiniert werden sollte. Damit ist als Prinzip die Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs getreten.⁶³¹

1285. Grundsätzlich wäre es möglich, bezüglich jedes einzelnen Preiselements zu klären, ob diese jeweils für sich alleine Gegenstand einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sind. Wie allerdings bereits der EuGH ausgeführt hat, wäre es «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen (vgl. Rz 1195 ff.).

1286. Aber auch der schweizerischen Praxis ist es nicht fremd, mehrere Verhaltensweisen als Gesamtheit zu betrachten und als solche unter den Abredobegriff von Artikel 4 Absatz 1 KG zu subsumieren. So hat die WEKO in der Untersuchung «Markt für Schlachtschweine – Teil B» Folgendes ausgeführt: «Allerdings sind die beschriebenen wöchentlich betriebenen Verhaltensweisen (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise) in ihrer Gesamtheit als abgestimmte Verhaltensweisen und damit ebenfalls als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren. [...] Gerade dieses Bestreben, einen aus Sicht der Schweinelieferanten ‚marktgerechten‘ Preis zu erzielen zeigt, dass die von den Schweinelieferanten initiierten Verhaltensweisen bezwecken, den Schlachtschweinepreis zu ihren Gunsten zu beeinflussen».⁶³² Dies macht deutlich, dass es der mit den Verhaltensweisen verfolgte einheitliche Zweck ist, welcher dazu führt, dass von

⁶³⁰ Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 736 f. E. 6.3), *Buchpreisbindung*.

⁶³¹ Vgl. RPW 2013/2, 154 f. Rz 73 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

⁶³² RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

einer Gesamtabrede ausgegangen werden kann. Von einer Gesamtabrede ist faktisch auch im Fall «Strassenbeläge Tessin» ausgegangen worden, in dem das im Rahmen einer Konvention vereinbarte, über mehrere Jahre betriebene Rotationskartell der Unternehmen in seiner Gesamtheit beurteilt und nicht in zahlreiche Einzelabreden aufgesplittet wurde.⁶³³

1287. Diese Vorgehensweise wurde durch das Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen, welches festhielt, es sei von einem «Dauer-Submissionskartell» auszugehen.⁶³⁴ Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Unternehmen «mit der Teilnahme an den wöchentlichen Sitzungen ihr Interesse gezeigt haben, der Konvention auf Grundlage eines ‚Gentlemen’s Agreement‘ beizutreten».⁶³⁵ Diese Passage macht deutlich, dass einem mittel- bis langfristigen Kartell auch beigetreten werden kann, oder mit anderen Worten, dass die an einem solchen Kartell teilnehmenden Unternehmen wechseln können, ohne dass dadurch das Kartell an sich in Frage gestellt würde beziehungsweise jedes Mal bei einer Änderung der Teilnehmer von einer neuen Abrede ausgegangen werden müsste.

1288. Auch die Wettbewerbskommission bestätigte diese Praxis in der Untersuchung Abrede im Speditionsbereich. In dieser Untersuchung stellte die Wettbewerbskommission eine Gesamtabrede im Bereich der Luftfrachtpedition fest. Dabei haben sich die international tätigen Luftfrachtpediteure über längere Zeit hinsichtlich der Belastung von Gebühren und Zuschlägen gegenüber den Kunden koordiniert. Es wurden zahlreiche komplementäre Instrumente eingesetzt, etwa multilaterale Treffen der internationalen Luftfrachtpediteure auf nationaler und internationaler Ebene, Koordination im Rahmen von nationalen und internationalen Verbänden sowie zahlreiche Kontakte per E-Mail oder Telefon. Ziel der Gesamtabrede war es, neu auftretende exogene Kostenfaktoren gemeinsam zu erörtern und sich über deren allfällige Weiterbelastung an die Kunden zu koordinieren. Die Gesamtabrede im Speditionsbereich wurde anhand mehrerer exemplarischer Gebühren nachgewiesen. Dabei ist zu beachten, dass nicht alle Untersuchungsadressaten an der Koordination sämtlicher aufgeführten Gebühren gleichermassen beteiligt waren, was aber für den Nachweis einer Gesamtabrede auch nicht erforderlich ist.⁶³⁶

1289. Bei einer Gesamtabrede, welche über längere Zeit andauert, können im Laufe der Zeit nicht nur die Teilnehmer ändern, es kann auch sein, dass diese Teilnehmer unterschiedlich stark engagiert sind oder unterschiedliche Rollen einnehmen. Die divergierenden Interessen der Kartellmitglieder können weiter dazu führen, dass kein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des Kartells zustande kommt. Die eine oder andere Partei kann etwa Vorbehalte zu bestimmten Gesichtspunkten der Abrede haben und dennoch am Gesamtunterfangen festhalten. Ausserdem kann es sein, dass die Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen, es ist sogar denkbar, dass es zu internen Konflikten kommt und einzelne Mitglieder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren. Schliesslich ist es nicht aussergewöhnlich, dass die Abrede über die Zeit weiterentwickelt, gestärkt oder an neue Gegebenheiten angepasst wird. Keiner dieser Faktoren führt dazu, dass nicht von einer Gesamtabrede auszugehen wäre, sofern ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bejaht werden kann. Ist dies der Fall, so können die an der Gesamtabrede teilnehmenden Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden, auch wenn sie nachweislich nicht an allen Bestandteilen der Gesamtabrede unmittelbar mitgewirkt haben.⁶³⁷

⁶³³ RPW 2008/1, 95 ff. Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*. Dem Sekretariat lagen für den Zeitraum von Januar 1999 bis Dezember 2003 insgesamt 209 Tabellen vor, welche die Auftragszuteilung anlässlich von Sitzungen dokumentierten, die wöchentlich durchgeführt wurden.

⁶³⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁶³⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 379 E. 6, *Strassenbeläge Tessin*.

⁶³⁶ Vgl. RPW 2013/2, 155 Rz 76 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

⁶³⁷ Vgl. RPW 2013/2, 154 f. Rz 75, *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*, So auch die konstante europäische Rechtsprechung und Praxis.

B.3.4.2.1 Die Gesamtabrede im Bereich der Luftfracht

1290. Im Bereich der Luftfracht haben sich die international tätigen Luftverkehrsunternehmen über längere Zeit hinsichtlich Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen koordiniert. Dabei wurden zahlreiche komplementäre Instrumente eingesetzt, etwa telefonische und persönliche Gespräche, multilaterale Treffen und E-Mail-Verkehr. Zudem bestand [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. Systematisch [sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] Informationen über Treibstoffzuschläge. Ziel der Gesamtabrede war es, sich über Preiselemente zu koordinieren. Es ist zu beachten, dass nicht alle Untersuchungsadressaten an der Koordination sämtlicher aufgeführter Preiselemente gleichermassen beteiligt waren, was aber – wie oben erwähnt – für den Nachweis einer Gesamtabrede auch nicht erforderlich ist.

1291. Überdies stellen Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen Elemente dar, welche alle dem Begriff Tarif zuzuordnen sind (vgl. vorne Rz 940 f.). Bei diesem Tarif handelt es sich um den Preis für Luftfrachtleistungen. Somit betreffen die Wettbewerbsabreden über Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen alle den gleichen Preis. Die einzelnen Abreden können bereits daher als eine einzige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG über den Preis qualifiziert werden.

1292. Auch bei Vorliegen einer einzigen Abrede wird das Ausmass der Beteiligung der einzelnen Luftverkehrsunternehmen an dieser Abrede im Rahmen einer etwaigen Sanktionierung anhand der einzelnen Elemente individuell zu berücksichtigen sein.

B.3.4.2.2 Stellungnahmen der Parteien zur Gesamtabrede

(i) Stellungnahme [...]

1293. [...] bringt vor, dass die beispielhaft genannten Fälle (Markt für Schlachtschweine, Strassenbeläge Tessin) in keiner Weise mit dem vorliegend zu beurteilenden Geschehen vergleichbar seien. Dort gehe es um lokal begrenzte, regelmässig wiederkehrende Verhaltensweisen eines kleinen Kreises beteiligter Personen, hier hingegen gehe es um eine Fülle unterschiedlichster Kontakte [...] auf unterschiedlichen Stufen in verschiedenen Konzerngesellschaften beziehungsweise -einheiten. Der Nachweis einer Gesamtabrede sei nicht erbracht. Zudem fehle es ebenfalls am Nachweis eines Gesamtplanes.⁶³⁸

1294. Dieser Argumentation von [...] ist zu widersprechen. Das entscheidende der drei von [...] genannten Kriterien ist in den regelmässig wiederkehrenden Verhaltensweisen zu sehen. Im vorliegenden Fall sind diese gegeben. Dass die Verhaltensweisen nicht nur lokal begrenzt sind und nicht nur einen kleinen Personenkreis betreffen, ändert an der Vergleichbarkeit der genannten Fälle nichts. Bezüglich des geltend gemachten mangelnden Nachweises des Gesamtplanes kann auf die entsprechenden Ausführungen in Randziffer 1237 verwiesen werden.

1295. Weiter macht [...] geltend, dass selbst wenn es einen Konsens unter den Luftverkehrsunternehmen gegeben hätte, bei Auftreten neuer, exogener Kostenfaktoren diese an die Kunden koordiniert weiterzugeben, könne das daraus gezogene Fazit nicht auch für die Frachtrate gelten. Im Sachverhalt gebe es keine genügende Grundlage zur Schlussfolgerung, dass die Frachtraten selbst abgesprochen worden seien. Der Wettbewerb beim «Preis» im Bereich Luftfracht sei in keiner Weise ausgeschaltet gewesen. «Preis» in diesem

⁶³⁸ Vgl. act. [...], act. [...].

Sinne könne nur der Gesamtpreis für die Luftfrachtbeförderung auf einer bestimmten Strecke bedeuten, nicht aber ein einzelnes Preiselement wie zum Beispiel der Treibstoffkostenzuschlag.⁶³⁹

1296. Dem ist entgegen zu halten, dass das Sekretariat bei der Begriffsbestimmung für den Preis von Luftfrachtleistungen dem ECAC-Abkommen folgt. Gemäss Definition nach ECAC-Abkommen fallen unter den Begriff Tarif einzelne Preiselemente und Bedingungen für die Berechnung der Preise. Bei Übertragung auf den vorliegenden Fall stellen somit (Netto-)Frachtraten, Zuschläge und die Kommissionierung von Zuschlägen Elemente dar, welche dem Begriff Tarif – also dem Begriff Preis für Luftfrachtleistungen – zuzuordnen sind (vgl. Rz 940 f).

(ii) Stellungnahme Atlas (Polar)

1297. In Bezug auf die Gesamtabrede gemäss Kartellgesetz macht Polar die gleichen Vorbringen wie zur Subsumtion nach EU-Luftverkehrsabkommen (vgl. Rz 1242).⁶⁴⁰ Somit kann auf die entsprechenden Entgegnungen verwiesen werden (vgl. Rz 1243).

(iii) Stellungnahme Alitalia

1298. Alitalia macht geltend, dass die zitierten Entscheide «Markt für Schlachtschweine – Teil B» und «Strassenbelag Tessin» nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden könnten. Selbst wenn das Institut der Gesamtabrede in der Schweiz übernommen werden würde, könne Alitalia nicht in eine solche einbezogen werden, weil der entsprechende Sachverhalt nicht bewiesen sei.⁶⁴¹

1299. Diesen Vorbringen von Alitalia ist zu entgegnen, dass sich die Qualifizierung der Vorgehensweise als Gesamtabrede aufgrund der europäischen Rechtsprechung im vorliegenden Fall aufdrängt. Der Hinweis auf die zitierten Entscheide stellt einzig klar, dass es auch der schweizerischen Praxis nicht fremd ist, mehrere Verhaltensweisen als Gesamtheit zu betrachten und als solche unter den Abredebegriff von Artikel 4 Absatz 1 KG zu subsumieren. Es spielt daher keine Rolle, dass jene Entscheide den Begriff «Gesamtabrede» nicht verwenden. Überdies ist ein Rotationskartell mit dem vorliegend regelmässig durchgeführten Informationsaustausch vergleichbar.

1300. Bezüglich der geltend gemachten mangelnden Feststellung des Sachverhalts kann auf die entsprechenden Ausführungen in den Randziffern 834 ff. verwiesen werden.

(iv) Stellungnahme AMR (American)

1301. American bringt vor, dass auch das Konzept der «Gesamtabrede» nach Kartellgesetz, welches auf der Basis der EU-Rechtsprechung zur Annahme einer «einzigsten und fortdauernden Zuwiderhandlung» entwickelt worden sei, nicht auf American angewandt werden könne. Das Sekretariat vermöge keinerlei Beweise zu nennen, wonach American von den Diskussionen um [...] Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA oder Frachtraten gewusst habe. Ein Vorgehen wie im Fall «Strassenbeläge Tessin» und der Fall selber hätten nichts zu tun mit dem vorliegenden Sachverhalt. Das Gleiche gelte in Bezug auf den Fall «Schlachtschweine – Teil B». Aus den Entscheiden gehe eindeutig hervor, dass die Teilnahme an einer Gesamtabrede jedenfalls voraussetze, dass die Teilnehmer Kenntnis

⁶³⁹ Vgl. act. [...], act. [...].

⁶⁴⁰ Vgl. act. [...].

⁶⁴¹ Vgl. act. [...].

hätten von den gemeinsamen Zielen, welche die Teilnehmer gemeinsam verfolgen würden. American habe aber keine Kenntnisse von solchen gemeinsamen Zielen gehabt.⁶⁴²

1302. Bezüglich dieser Vorbringen kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1294 und 1299 verwiesen werden.

1303. Zudem macht American geltend, dass American den Spediteuren seit 1999 – somit vor Beginn des Kartells – keine Kommissionen bezahlen würde.⁶⁴³

1304. Dazu ist zu entgegnen, dass American auf die im Jahr 2003 aufkommende Forderung der Speditionen für eine Kommissionierung gemeinsam mit den anderen Luftverkehrsunternehmen reagiert hat (vgl. Abschnitt A.4.9). Die vorliegende Verhaltensweise besteht gerade darin, gegenüber den Speditionen weiterhin keine Kommissionierung zu gewähren.

(v) Stellungnahme United

1305. United bringt vor, dass keine Abrede oder abgestimmte Verhaltensweise gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vorliege. Wenn schon, dann liege ein zulässiges Parallelverhalten vor.⁶⁴⁴

1306. Gemäss Bundesgericht liegt ein zulässiges Parallelverhalten vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten ist noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen. Immerhin kann gemäss Bundesgericht Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise aber indizieren.⁶⁴⁵ Dementsprechend reicht zur Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsabrede eine isolierte Betrachtung von Gleichverhalten alleine nicht. Im vorliegenden Fall ist die Tatsache des Informationsaustausches zu berücksichtigen. Bei einem Gleichverhalten zusammen mit dem Informationsaustausch kann daher nicht mehr von einem spontanen Parallelverhalten ausgegangen werden.

1307. Weiter macht United geltend, dass United an keiner Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen sei. Somit könnten ihre Handlungen und ihre Unterlassungen logischerweise auch nicht auf eine Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet gewesen sein beziehungsweise eine solche bezweckt oder bewirkt haben.⁶⁴⁶

1308. Dieser Argumentation von United kann nicht gefolgt werden. Der Sachverhalt zeigt, dass United am Informationsaustausch beteiligt war. Dieser Informationsaustausch stellt eine Wettbewerbsabrede dar. Diese Wettbewerbsabrede bewirkte nachgewiesenermassen eine Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Rz 1284).

(vi) Stellungnahme SAS (Scandinavian)

1309. Scandinavian macht geltend, dass das schweizerische Recht den Begriff einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung nicht kenne und nicht anwendbar sei. Das Konzept der Gesamtabrede sei auch nicht auf Scandinavian anwendbar. Zudem wende der Verfügungsantrag europäisches und schweizerisches Recht inkorrekt auf den vorliegenden Fall an.⁶⁴⁷ Das Verhalten eines Unternehmens müsse an die einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung gebunden sein, damit eine Verantwortlichkeit der Mitwirkung des Unternehmens an

⁶⁴² Vgl. act. [...].

⁶⁴³ Vgl. act. [...].

⁶⁴⁴ Vgl. act. [...].

⁶⁴⁵ Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 736 f. E. 6.3), *Buchpreisbindung*.

⁶⁴⁶ Vgl. act. [...].

⁶⁴⁷ Vgl. act. [...].

der Zuwiderhandlung angerechnet werden könne.⁶⁴⁸ Im vorliegenden Fall sei dieser Beweis nicht erbracht. Weiter müsste die WEKO zeigen, dass die Mitarbeitenden von Scandinavian gewusst hätten oder hätten wissen müssen, dass ihr Verhalten Teil eines Gesamtplans gewesen sei. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gemacht worden.⁶⁴⁹

1310. Bezüglich dieser Vorbringen kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1294 und 1299 verwiesen werden.

1311. Weiter macht Scandinavian geltend, dass das Bundesverwaltungsgericht in keinem Fall die Rechtmässigkeit einer generalisierten Anwendung des Begriffs einer Gesamtabrede bestätigt habe. Noch weniger habe das Bundesverwaltungsgericht die Umsetzung des Begriffs der einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung im Sinne der europäischen Rechtsprechung in das schweizerische Recht bestätigt.⁶⁵⁰

1312. Dieser Ansicht von Scandinavian ist nicht zu folgen. Für die Anwendung einer Gesamtabrede im Rahmen von Artikel 4 Absatz 1 KG ist es unerheblich, ob das Bundesverwaltungsgericht in der Vergangenheit bereits eine solche bestätigt hat. Andernfalls könnten Behörden immer nur Recht und Vorgehensweisen anwenden, welche vorangehend durch die Gerichte bestätigt worden sind. Zudem erfolgt an dieser Stelle erneut der Hinweis, dass es der schweizerischen Praxis nicht fremd ist, mehrere Verhaltensweisen als Gesamtheit zu betrachten und als solche unter den Abredobegriff von Artikel 4 Absatz 1 KG zu subsumieren.

(vii) Stellungnahme Singapore

1313. Singapore macht analog zu ihren Ausführungen betreffend das EU-Luftverkehrsabkommen auch bei der Subsumtion unter das Kartellgesetz geltend, es liege keine Gesamtabrede vor. In diesem Zusammenhang müsse die vorliegende Faktenlage von den im Antrag zitierten Schweizer Präzedenzfällen Schlachtschweine und Strassenbeläge Tessin, unterschieden werden. Insbesondere sei die Hypothese im Antrag, wonach ein später dazukommender Teilnehmer eines Kartells für die ganze Dauer einer solchen Zuwiderhandlung haftbar gemacht werden sollte, nicht substantiiert.⁶⁵¹

1314. Dazu kann zunächst auf die entsprechenden Ausführungen zur Frage einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung in Randziffer 1076 verwiesen werden. Bezüglich der Subsumtion einer Gesamtabrede unter das Kartellgesetz und der bisherigen Praxis der WEKO kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1294 und 1299 verwiesen werden.

1315. Singapore bringt vor, dass die blossе Tatsache des Informationsaustausches unter Wettbewerbern (z. B. [...]) nicht per se ausreichend sei, um eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu begründen. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG setze einen gemeinsamen Willen der Teilnehmer voraus. Zudem werde «der Austausch von Marktdaten unter den Unternehmen nur dann als Wettbewerbsabrede im Sinne der gesetzlichen Definition bezeichnet, wenn die Parteien vorsätzlich oder bewusst im Sinne einer Abrede kooperieren.» Dann müsse eine Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG «zweiseitig» sein. Wenn ein Unternehmen passiv Informationen erhalte, ohne sie selber zu übermitteln oder vice versa, sei ein solches Verhalten einseitig und stelle keine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar.⁶⁵²

1316. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1306 verwiesen werden. Zudem geht aus dem festgestellten Sachverhalt eindeutig hervor, dass ein gemeinsamer Wille

⁶⁴⁸ Vgl. act. [...].

⁶⁴⁹ Vgl. act. [...].

⁶⁵⁰ Vgl. act. [...].

⁶⁵¹ Vgl. act. [...].

⁶⁵² Vgl. act. [...].

bestand. Beispielsweise ist dies bereits am regelmässigen Informationsaustausch [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ersichtlich. Insbesondere auch in Bezug auf Singapore kann nicht von einem passiven Verhalten gesprochen werden. Im Übrigen kann auch das passive Empfangen von Informationen unter eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG fallen. Falls sich ein Unternehmen bei wiederholtem Empfangen von Information nicht klar dagegen ausspricht, äussert es den Willen am Informationsaustausch teilzunehmen. Dies trifft im vorliegenden Fall zu.

(viii) Stellungnahme [...]

1317.[...] macht geltend, bezüglich Frachtraten könne nicht von einer Gesamtabrede gesprochen werden. Eine [...] Gesamtbetrachtung möge vertretbar sein, wo Zuschläge zu beurteilen seien, die im Luftfrachtbereich tatsächlich [...] mehr oder weniger einheitlich angewendet worden seien (beispielsweise die Treibstoffzuschläge). Frachtraten würden jedoch immer nur für eine einzelne Strecke gelten [...]. Frachtraten würden nach den für die jeweilige Strecke massgeblichen Marktbedingungen festgelegt. Dass eine Gesamtabrede betreffend Frachtraten höchst unwahrscheinlich und nahezu unmöglich sei, ergebe sich schon allein aufgrund der Tatsache, dass es tausende von Flugrouten gebe, und dass für jede dieser Routen ein anderer Preis zur Anwendung komme. [...] Die Sachverhaltsfeststellungen im Antrag zeigten vielmehr, dass über Frachtraten immer nur streckenspezifisch diskutiert worden sei. Betreffend die zur Diskussion stehenden Strecken zwischen der Schweiz einerseits und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik, Pakistan und Vietnam andererseits fehle jeder Nachweis, dass die Parteien Informationen zu Frachtraten ausgetauscht hätten.⁶⁵³

1318.Dem ist entgegenzuhalten, dass [im Ergebnis auf den vorliegend relevanten Strecken die Frachtraten festgelegt wurden].

B.3.4.2.3 Fazit Gesamtabrede: Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG

1319.Die nachgewiesene Gesamtabrede kann als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden, das heisst, es liegt a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen vor und b) mit der Gesamtabrede wird eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Beide Tatbestandselemente können problemlos bejaht werden, da sich die Unternehmen hinsichtlich aller dargestellten Gebühren koordiniert haben, mit dem Ziel, hinsichtlich des Preises den Wettbewerb auszuschalten. Zudem kann nicht nur das «Bezwecken» einer Wettbewerbsbeschränkung belegt werden, sondern auch das «Bewirken»: Durch den Austausch von Informationen beseitigten oder 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. Somit erfolgte ein planmässiges Gleichverhalten aufgrund ausgetauschter Marktinformationen.

1320.Im Übrigen ist anzumerken, dass man – wie sich nachfolgend zeigt – zu keinem anderen Ergebnis kommen würde, selbst wenn die einzelnen Elemente (Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen) getrennt zu prüfen wären. Auch bei einer getrennten Prüfung stellen die Kontakte zu den einzelnen Elementen Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar. Auch dann beträfen alle einzelnen Wettbewerbsabreden den gleichen Preis.

⁶⁵³ Vgl. act. [...].

B.3.4.3 Eventualiter: Einzelprüfung

B.3.4.3.1 Treibstoffzuschläge

(i) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1321. An den Kontakten im Zusammenhang mit Treibstoffzuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt: [...], Korean, Polar, South African, Alitalia, American, United, Scandinavian und Singapore (vgl. Abschnitt A.4.4.4).

1322. Die an den Kontakten beteiligten Luftverkehrsunternehmen können in zwei Gruppen unterteilt werden. Die erste Gruppe besteht aus folgenden Luftverkehrsunternehmen: [...], Korean, South African, Alitalia, American, United, Scandinavian und Singapore. Diese Luftverkehrsunternehmen beteiligten sich sowohl innerhalb als auch ausserhalb des [systematischen Informationsaustauschs] an den Kontakten. Für die [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] weist bereits ihre [Teilnahme am System] die Beteiligung an den Kontakten nach (vgl. vorne Rz 503). Scandinavian trat [...] aus dem [System] aus. Weil Scandinavian jedoch [zuvor am System beteiligt] war, wusste Scandinavian von den Kontakten [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen]. Überdies hielt Scandinavian den Kontakt zu den anderen Luftverkehrsunternehmen [...] aufrecht. Damit beteiligte sich Scandinavian [...] an den Kontakten.

1323. [...]

1324. Für Polar lässt sich eine Beteiligung an dieser Gruppe nicht nachweisen. Allerdings zeigt der festgestellte Sachverhalt bilaterale Kontakte zwischen Polar und [...]. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Treibstoffzuschläge. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Treibstoffzuschlägen, die Änderungen von Treibstoffzuschlägen sowie den Zeitpunkt und die Beträge dieser Änderungen.

1325. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden durch telefonische und persönliche Gespräche, an multilateralen Treffen und mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. [Systematisch sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen dieses Systems Informationen über Treibstoffzuschläge.]

1326. [...]

1327. Die Kontakte bestanden im Zeitraum Januar 2000 bis Februar 2006. Konkret können [...], Korean, South African, Alitalia, American, United und Singapore [...] Kontakte für den Zeitraum Januar 2000 bis Februar 2006 nachgewiesen werden. In Bezug auf [...] können Kontakte im Zeitraum April 2000 bis Februar 2006 nachgewiesen werden. Für Polar bestehen Kontaktnachweise im Zeitraum Juni 2004 bis November 2005. Scandinavian können schliesslich Kontakte im Zeitraum Januar 2000 [...] bis November 2005 nachgewiesen werden (vgl. vorne Rz 500).

1328. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die Strecken zwischen der Schweiz einerseits und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik, Pakistan und Vietnam andererseits] statt.

1329. Es fand somit eine Verhaltenskoordination zwischen den Luftverkehrsunternehmen statt. Es liegt erwiesenermassen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.

(ii) Wettbewerbsbeschränkung bei Treibstoffzuschlägen

1330. Im Rahmen von telefonischen Kontakten, Kontakten mit E-Mail, Kontakten an Treffen und bilateralen Kontakten tauschten die Unternehmen verschiedene Informationen über Treibstoffzuschläge aus. Dieser Informationsaustausch umfasst die Einführung, den Betrag und die Methode sowie den Zeitpunkt und Betrag von Änderungen von Treibstoffzuschlägen. Weil Zuschläge als Tarifbestandteil verstanden werden (vgl. vorne Rz 940 f.), betrifft der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable Preis.

1331. Durch den Informationsaustausch gelangten die Unternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber. Ein Beispiel für diesen Informationsaustausch enthält Abbildung 1.

Subject: Fuel surcharge

Dear colleagues

Following our respective discussion at the [REDACTED] meeting last week, let me give you the latest update on the situation :

- [REDACTED] are planning to introduce a fuel surcharge taking effect 1.2.2000. Respective press releases, information to the markets is planned these days. [REDACTED] will take final decision in the next days (-> tentatively of course : yes)
- The surcharge is planned to be applied as fee "due carrier" of 0,1 (10 euro-cents) per kilogram actual weight. Tentative implementation : 1 FEB 2000.
- The increase would be based on the IATA resolution 116SS - indicating in case of fuel increase in excess to 130 for at least 2 consecutive weeks (based on at the time agreed levels) such surcharge can be levied. IND 22NOV 131 / IND 29NOV 136 / IND 6DEC 134 were reported in the last 3 weeks and trend goes on in same direction.

Please take this information as purely internal, passive information (no written external communication at this point of time !!!).
Pre-inform your commercial organisation units accordingly in order to respond to questions of customer should such arise.

I will keep you of course updated on the developments.

Kind Regards

[REDACTED]

Abbildung 1: Interne E-Mail von [...]

1332. Durch den Austausch von Informationen beseitigten oder 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. Beispielsweise hält eine unternehmensinterne E-Mail vom September 2000 fest (vgl. vorne Rz 225): «Here in Switzerland, there will be a meeting held on Monday next (2/10) [...]. I have already some comments from other airlines. It seems that there will be an increase of fuel surcharge from actually CHF 0.15 to new CHF 0.25 per kg chargeable weight. It goes without saying that I will keep you informed about outcome.» Teilweise vereinbarten die Wettbewerber auch gemeinsam, welche Schritte (Zeitpunkt und Betrag der Änderungen) sie unternehmen wollen. Somit erfolgte ein planmässiges Gleichverhalten aufgrund ausgetauschter Marktinformationen.

1333. Mit dem Informationsaustausch erfolgte ebenfalls eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Änderungen in den Treibstoffzuschlägen. Selbst wenn eine geplante Änderung bereits öffentlich angekündigt war, erlaubte der Informationsaustausch eine gegenseitige Absicherung der künftigen Handlung, weil die tatsächliche Änderung und deren Ankündigung nicht im gleichen Zeitpunkt stattfanden. Den Luftverkehrsunternehmen blieb genügend Zeit, sich vor der tatsächlichen Änderung gegenseitig abzusichern: «Les transporteurs aé-

riens avaient l'habitude de vérifier entre eux, par voie principalement d'appels téléphoniques (ou e-mails) de confort, ce que les uns et les autres comptaient faire en pratique, afin de s'assurer quatre ou cinq jours à l'avance de la réalité de la mise en œuvre d'une augmentation (ou d'une réduction) de la fuel surcharge.»⁶⁵⁴

1334. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass sich die Luftverkehrsunternehmen bei der Einführung, dem Betrag und der Methode sowie bei dem Zeitpunkt und dem Betrag von Änderungen von Treibstoffzuschlägen koordinierten. Anstelle von individuellem Vorgehen erfolgte ein koordiniertes Vorgehen. Mit den Kontakten bezweckten und bewirkten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.4.3.2 Kriegsrisikozuschläge

(i) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Kriegsrisikozuschlägen

1335. An den Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt: [...], Korean, South African, Alitalia, American, United und Singapore (vgl. Abschnitt A.4.6.2).

1336. Diese Kontakte bestanden im Zeitraum Ende Januar 2003 bis Anfang April 2003. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die vorliegend relevanten Strecken] statt [...].

1337. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Kriegsrisikozuschläge. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Kriegsrisikozuschlägen, die Höhe beziehungsweise den Betrag von Kriegsrisikozuschlägen sowie die Aufhebung von Kriegsrisikozuschlägen.

1338. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mit telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. [Systematisch sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen dieses Systems Informationen über Kriegsrisikozuschläge.]

1339. Es fand somit eine Verhaltenskoordination zwischen den Luftverkehrsunternehmen statt. Es liegt erwiesenermassen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.

(ii) Wettbewerbsbeschränkung bei Kriegsrisikozuschlägen

1340. Im Rahmen von telefonischen Kontakten, Kontakten mit E-Mail, Kontakten an Treffen und persönlichen Kontakten tauschten die Unternehmen verschiedene Informationen über Kriegsrisikozuschläge aus. Dieser Informationsaustausch umfasste die Einführung von Kriegsrisikozuschlägen, die Höhe beziehungsweise den Betrag von Kriegsrisikozuschlägen sowie die Aufhebung von Kriegsrisikozuschlägen. Weil Zuschläge als Tarifbestandteil verstanden werden (vgl. vorne Rz 940 f.), betrifft der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable Preis.

1341. Durch den Informationsaustausch gelangten die Luftverkehrsunternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber. 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. Teilweise vereinbarten die Wettbewerber gemeinsam die Einführung

⁶⁵⁴ Vgl. act. [...].

von Kriegsrisikozuschlägen (Zeitpunkt und Betrag). Somit erfolgte ein planmässiges Gleichverhalten aufgrund ausgetauschter Marktinformationen.

1342. Diese Ausführungen zeigen, dass sich die Luftverkehrsunternehmen bei der Einführung, dem Betrag und dem Zeitpunkt von Kriegsrisikozuschlägen koordinierten. Anstelle von individuellem Vorgehen erfolgte ein koordiniertes Vorgehen. Mit den Kontakten bezweckten und bewirkten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.4.3.3 Zollabfertigungszuschläge für die USA

(i) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Zollabfertigungszuschlägen für die USA

1343. An den Kontakten im Zusammenhang mit Zollabfertigungszuschlägen für die USA waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt: [...] und Polar (vgl. Abschnitt A.4.7.1).

1344. Zwischen den Luftverkehrsunternehmen [...] bestanden diese Kontakte nachweislich von April 2003 bis Juli 2004. Zwischen [...] und Polar fand ein Kontakt im Juli 2004 statt. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die vorliegend relevante Strecke Schweiz – USA] statt, weil es sich um Zollabfertigungszuschläge für die USA handelt.

1345. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Zollabfertigungszuschläge für die USA. Insbesondere betrafen die Kontakte die Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA, die Höhe beziehungsweise den Betrag von diesen Zuschlägen sowie den Zeitpunkt von diesen Zuschlägen.

1346. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mit telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt.

1347. Es fand somit eine Verhaltenskoordination zwischen den Luftverkehrsunternehmen statt. Es liegt erwiesenermassen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.

(ii) Wettbewerbsbeschränkung bei Zollabfertigungszuschlägen für die USA

1348. Im Rahmen von telefonischen Kontakten, Kontakten mit E-Mail und persönlichen Kontakten tauschten die Unternehmen verschiedene Informationen über Zollabfertigungszuschläge für die USA aus. Dieser Informationsaustausch umfasst die Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA, die Höhe beziehungsweise den Betrag von diesen Zuschlägen sowie den Zeitpunkt von den Zuschlägen. Weil Zuschläge als Tarifbestandteil verstanden werden (vgl. vorne Rz 940 f.), betrifft der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable Preis.

1349. Durch den Informationsaustausch gelangten die Luftverkehrsunternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber. 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. Teilweise vereinbarten die Wettbewerber gemeinsam die Einführung von Zollabfertigungszuschlägen für die USA (Zeitpunkt und Betrag). Somit erfolgte ein planmässiges Gleichverhalten aufgrund ausgetauschter Marktinformationen.

1350. Diese Ausführungen zeigen, dass sich die Luftverkehrsunternehmen bei der Einführung, dem Betrag und dem Zeitpunkt von Zollabfertigungszuschlägen für die USA koordinierten. Anstelle von individuellem Vorgehen erfolgte ein koordiniertes Vorgehen. Mit den Kontakten bezweckten und bewirkten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.4.3.4 Frachtraten

(i) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Frachtraten

1351. An den Kontakten zu Frachtraten waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt (vgl. Abschnitt A.4.8.2):

- [...] im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis November 2005,
- [...] im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis November 2005,
- [...] im Zeitraum spätestens dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- [...] im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis September 2004,
- [...] im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- [...] im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis August 2005,
- Korean im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- South African im Zeitraum August 2004 bis August 2005,
- Alitalia im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis Juni 2003,
- United im Zeitraum Februar 2003,
- Singapore im Zeitraum spätestens ab dem Jahr 2000 bis August 2005.

1352. Im Zusammenhang mit Frachtraten ist insbesondere auf [...] zwei «Air-Cargo Workshop» [...] hinzuweisen. Themen dieser Treffen waren der Stopp der Ertragsrückgänge, Informationen bezüglich Erträgen und Kapazitäten [...]. Zudem einigten sich die Luftverkehrsunternehmen auf Mindestraten für das ad-hoc-Geschäft [...]. Das gemeinsame Ziel der Luftverkehrsunternehmen war die Erhöhung der Raten.

1353. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die vorliegend relevanten Strecken] statt.

1354. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Höhe von Frachtraten.

1355. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden mit telefonischen und persönlichen Gesprächen, mit E-Mail-Verkehr sowie multilateralen Treffen statt.

1356. Wie der festgestellte Sachverhalt (vgl. Abschnitt A.4.8) zeigt, ging es bei den Kontakten zu Frachtraten um deren Stabilisierung und darum, dass die Luftverkehrsunternehmen ihre Frachtraten nicht weiter senken sollten. Zudem trafen Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen über Frachtraten.

1357. Für ein Beispiel kann auf einen E-Mail-Verkehr vom [...] zwischen [...] und [...] (der E-Mail-Verkehr bezieht sich auf einen Telefonanruf, der früher am gleichen Tag stattfand) verwiesen werden (vgl. vorne Rz 758). Im Rahmen des E-Mail-Verkehrs teilte [...] mit, dass sie keinen Wettbewerb und Preiskrieg zwischen den beiden Luftverkehrsunternehmen sehen wolle. [...] antwortete, dass sie mit dem Kommentar von [...] völlig einverstanden sei. [...] informierte [...] darüber, «that ask our incharge of sales department [...] to make close contact [...] to discuss coordinated action etc.»

1358. Es fand somit eine Verhaltenskoordination zwischen den Luftverkehrsunternehmen statt. Es liegt erwiesenermassen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.

(ii) Wettbewerbsbeschränkung bei Frachtraten

1359. Im Rahmen von telefonischen Kontakten, Kontakten mit E-Mail, Kontakten an Treffen und persönlichen Kontakten tauschten die Unternehmen Informationen über Frachtraten aus und trafen Abmachungen über Frachtraten. Weil Frachtraten als Tarifbestandteil verstanden werden (vgl. vorne Rz 940 f.), betrifft der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable Preis.

1360. Die Luftverkehrsunternehmen gelangten durch den Informationsaustausch an sensible Informationen über ihre Wettbewerber. 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.

1361. Teilweise trafen die Luftverkehrsunternehmen Vereinbarungen zu Frachtraten. Die Luftverkehrsunternehmen beabsichtigten damit eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten zu lassen.

1362. Diese Ausführungen zeigen, dass sich die Luftverkehrsunternehmen bei Frachtraten koordinieren wollten. Mit den Kontakten bezweckten und bewirkten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.4.3.5 Kommissionierung von Zuschlägen

(i) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei der Kommissionierung von Zuschlägen

1363. An den Kontakten zur Kommissionierung von Zuschlägen waren folgende Luftverkehrsunternehmen beteiligt (vgl. Abschnitt A.4.9.1):

- [...] im Zeitraum November 2003 bis Februar 2006,
- [...] im Zeitraum November 2003 bis Juli 2005,
- [...] im Zeitraum November 2003 bis Juli 2005,
- [...] im Zeitraum November 2003 bis Januar 2006,
- [...] im Zeitraum November 2003 bis Februar 2006,
- [...] im Zeitraum Mai 2005 bis Oktober 2005,
- Korean im Zeitraum November 2003 bis Juni 2005,
- South African im Zeitraum November 2003 bis Juni 2005,
- Alitalia im Zeitraum November 2003 bis Juli 2005,
- American im Zeitraum November 2003 bis Juni 2005,
- Polar im Juli 2005,
- United im Zeitraum November 2003 bis Juni 2005
- Singapore im Zeitraum November 2003 bis Januar 2006.

1364. In räumlicher Hinsicht fanden die Kontakte in [Bezug auf die vorliegend relevanten Strecken] statt.

1365. Mit den Kontakten erfolgten ein regelmässiger Informationsaustausch und Abmachungen bezüglich Kommissionierung von Zuschlägen. Insbesondere betrafen die Kontakte die Weigerung der Luftverkehrsunternehmen gegenüber den Speditionsunternehmen, welche für die Luftverkehrsunternehmen die Zuschläge erhoben und einzogen, die Speditionsunternehmen mit einer Kommissionierung zu entschädigen.

1366. Die Kontakte zwischen den Luftverkehrsunternehmen fanden in telefonischen und persönlichen Gesprächen sowie mit E-Mail-Verkehr statt. Zudem bestand [zwischen den in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] ein System für einen geordneten Informationsaustausch. [Systematisch sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen dieses Systems Informationen über die Kommissionierung von Zuschlägen.] Ebenfalls versicherten sich die Luftverkehrsunternehmen [...] gegenseitig, an die Speditionsunternehmen keine Kommissionierung zu bezahlen.

1367. Es fand somit eine Verhaltenskoordination zwischen den Luftverkehrsunternehmen statt. Es liegt erwiesenermassen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.

(ii) Wettbewerbsbeschränkung bei der Kommissionierung von Zuschlägen

1368. Im Rahmen von telefonischen Kontakten, Kontakten mit E-Mail und persönlichen Kontakten tauschten die Luftverkehrsunternehmen Informationen zur Frage der Kommissionierung von Zuschlägen gegenüber den Speditionsunternehmen aus. Gemäss Definition nach ECAC-Abkommen fallen unter den Begriff Tarif einzelne Preiselemente und Bedingungen für die Berechnung der Preise. Weil die Kommissionierung von Zuschlägen als Tarifbestandteil verstanden werden (vgl. vorne Rz 940 f.), betrifft der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable Preis.

1369. Die Luftverkehrsunternehmen gelangten durch den Informationsaustausch an sensible Informationen über ihre Wettbewerber. 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. Überdies bestätigten und bestärkten sich die Luftverkehrsunternehmen gegenseitig, keine Kommissionierung von Zuschlägen zu zahlen. [Die in Verbindung stehenden] Luftverkehrsunternehmen [besprachen] auch das Vorgehen bei der Kommissionierung von Zuschlägen.

1370. Diese Ausführungen zeigen, dass sich die Luftverkehrsunternehmen bei der Kommissionierung von Zuschlägen koordinierten. Anstelle von individuellem Vorgehen erfolgte ein koordiniertes Vorgehen. Mit den Kontakten bezweckten und bewirkten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.4.3.6 Stellungnahmen der Parteien zur Einzelprüfung

(i) Stellungnahme [...]

1371. [...] führt aus, dass es jedenfalls in Bezug auf Frachtraten bereits an einer ausreichenden Tatsachengrundlage fehle, um eine Wettbewerbsbeschränkung feststellen zu können.⁶⁵⁵

1372. Dem ist zu entgegnen, dass aus der Sachverhaltsfeststellung eine Vielzahl an Kontakten hervorgeht (vgl. Abschnitt A.4.8). Diese Kontakte belegen die Wettbewerbsbeschränkung bei Frachtraten. Im Übrigen hat [...] eine Wettbewerbsbeschränkung bezüglich Frachtraten als Bestandteil ihrer Selbstanzeige eingebracht.⁶⁵⁶

(ii) Stellungnahme Korean

1373. Korean macht geltend, dass mangels Beweises des rechtserheblichen Sachverhalts, konkret die Koordinierung von Frachtraten in Bezug auf schweizerische Flugstrecken, auch

⁶⁵⁵ Vgl. act. [...].

⁶⁵⁶ Vgl. act. [...].

nicht von entsprechenden Wettbewerbsbeschränkungen mit Auswirkungen auf den schweizerischen Markt ausgegangen werden könne.⁶⁵⁷

1374. Der Auffassung, dass Kontakte im Ausland keine Auswirkungen in der Schweiz gehabt hätten kann nicht gefolgt werden, weil im Ausland stattfindende Kontakte Strecken in die Schweiz sehr wohl betreffen können. [...]

(iii) Stellungnahme Alitalia

1375. Zur Einzelprüfung macht Alitalia geltend, dass in Bezug auf die Treibstoffzuschläge, die Kriegsrisikozuschläge [...] und die Kommissionierung von Zuschlägen die Beteiligung von Alitalia an regelmässigem Informationsaustausch und Abmachungen nicht nachgewiesen werden könne.⁶⁵⁸

1376. Diese Vorbringen von Alitalia betreffen die Feststellung des Sachverhalts. Es kann daher auf die entsprechenden Ausführungen in den Randziffern 836 ff. verwiesen werden.

B.3.4.3.7 Fazit Einzelprüfung: Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG

1377. Bei Treibstoffzuschlägen liegen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor. Diese Wettbewerbsabreden umfassen Einführung, Änderungen und Beträge von Treibstoffzuschlägen.

1378. Bei Kriegsrisikozuschlägen liegt eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor. Diese Wettbewerbsabrede umfasst Einführung, Betrag und Aufhebung von Kriegsrisikozuschlägen.

1379. Bei Zollabfertigungszuschlägen für die USA liegen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor. Diese Wettbewerbsabreden umfassen Einführung und Betrag von Zollabfertigungszuschlägen für die USA.

1380. Bei Frachtraten liegen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor. Diese Wettbewerbsabreden umfassen Frachtraten.

1381. Bei der Kommissionierung von Zuschlägen liegen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor. Diese Wettbewerbsabreden umfassen die Kommissionierung von Zuschlägen.

1382. Tabelle 20 gibt eine Übersicht über die Beteiligung von Luftverkehrsunternehmen an der jeweiligen Wettbewerbsabrede

Tabelle 20: Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der jeweiligen Wettbewerbsabrede

Luftverkehrsunternehmen	Treibstoffzuschläge	Kriegsrisikozuschläge	Zollabfertigungszuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Korean	x	x		x	x
Polar	x		x		x
South African	x	x		x	x
Alitalia	x	x		x	x

⁶⁵⁷ Vgl. act. [...].

⁶⁵⁸ Vgl. act. [...].

Luftverkehrsunternehmen	Treibstoffzuschläge	Kriegsrisikozuschläge	Zollabfertigungszuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen
American	x	x			x
United	x	x		x	x
Scandinavian	x				
Singapore	x	x		x	x

B.3.4.4 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

1383. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.3.4.4.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

1384. In sachlicher Hinsicht erfassen die Vermutungstatbestände Horizontalabreden über Preise, Mengen und Marktaufteilungen.⁶⁵⁹ Für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend.⁶⁶⁰ Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. 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.⁶⁶¹

1385. Im Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* bestand gemäss WEKO eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG über die gegenseitige Anpassung von Zeitpunkt und der prozentualen Höhe von Brutto-Preiserhöhungen.⁶⁶² Damit bezweckten die beteiligten Unternehmen die mit einem einseitigen Versuch einer Preiserhöhung verbundenen Risiken auszuschalten, vor allem das Risiko Marktanteile zu verlieren. Dabei erachtete die WEKO den Preis als eines der zentralen Elemente im Wettbewerb und die diesbezüglichen Abreden zwischen den beteiligten Unternehmen zielten letztlich darauf ab, eine Erhöhung der Preise zu ihren Gunsten festzusetzen. Es konnte davon ausgegangen werden, dass sich eine Erhöhung in entsprechendem Umfang bei einem ungehinderten Funktionieren des Wettbewerbs nicht ergeben hätte.

1386. Im Fall *Elektroinstallationsbetriebe Bern* beseitigten gemäss WEKO die Wettbewerbsabreden, welche die Parteien in wechselnden Konstellationen untereinander betreffend Preise und Preis-/Kalkulationselemente trafen, den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten

⁶⁵⁹ BBI 1995 I 468, 566 Ziff. 231.4.

⁶⁶⁰ BBI 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4; RPW 2001/4, 666 Rz 70, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*.

⁶⁶¹ BBI 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4.

⁶⁶² Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 48 Rz 258 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011).

Märkten.⁶⁶³ Für die WEKO stand fest, dass Preisabsprachen gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG bestanden.

1387. Im Fall *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* schloss die WEKO, dass ein Austausch von Informationen zu Preisen den Wettbewerbern ermöglichte, diese Informationen bei ihrem eigenen Verhalten auf dem Markt zu berücksichtigen. Dies insbesondere auch deshalb, weil es sich in jenem Fall um die beiden grössten Marktteilnehmer handelte. Daraus folgt gemäss WEKO, dass eine Preisabsprache im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG gegeben ist und somit die gesetzliche Vermutung zum Tragen kommt.⁶⁶⁴

1388. Im Fall *Abrede im Speditionsbereich* betraf die Gesamtabrede die Koordination neuer exogener Kostenfaktoren und gegebenenfalls deren Weiterleitung an die Kunden in der Form von Gebühren und Zuschlägen. Gemäss WEKO stellen diese Gebühren und Zuschläge Preisbestandteile dar, so dass eine Preisabrede vorlag, die sich jedenfalls in den dargestellten Fällen ausgewirkt hatte. Daraus folgt, dass die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG für die Gesamtabrede der internationalen Luftfrachtspediteure griff.⁶⁶⁵ Gemäss der Praxis der WEKO ist von einer Preisabrede auszugehen, wenn sich Unternehmen in Bezug auf Höhe und Umsetzungszeitpunkt von bevorstehenden Preiserhöhungen koordinieren. Eine solche Verhaltenskoordination bezweckt die Ausschaltung der mit einer einseitigen Preiserhöhung verbundenen Risiken, insbesondere des Risikos, Marktanteile zu verlieren. Der Austausch von Preisinformationen ermöglicht es den Beteiligten, ihr eigenes Verhalten auf dem Markt den Informationen entsprechend anzupassen.⁶⁶⁶ Typisch ist, dass die Festsetzung von Preisen für die Abnehmer unmittelbar höhere Preise zur Folge hat und durch solche Abreden den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit genommen wird, die Preise ihrer Waren oder Leistungen aufgrund eigener Kostenrechnungen festzulegen.⁶⁶⁷ Dies muss in gleicher Weise gelten, wenn durch die Abrede die Preise hoch gehalten werden.

1389. Ebenfalls gemäss Bundesgericht liegt eine Preisabrede nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert werden.⁶⁶⁸

1390. Bei den am Verfahren beteiligten Parteien handelt es sich um Luftverkehrsunternehmen beziehungsweise um Luftfrachtunternehmen. Alle diese Unternehmen bieten die Beförderung von Luftfracht an. Diese Dienstleistung erbringen die Luftfrachtunternehmen gegenüber Speditionsunternehmen. Alle am Verfahren beteiligten Parteien sind im Bereich Luftfracht tätig. Somit stehen die Luftverkehrsunternehmen tatsächlich und der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb. Deshalb handelt es sich um Luftverkehrsunternehmen der gleichen Marktstufe. Somit liegt eine horizontale Abrede vor.

1391. Bei dieser horizontalen Abrede handelt es sich aus folgenden Gründen um eine Abrede über den Preis. Im Luftverkehr stellen Treibstoffzuschläge, [...] Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen Elemente des Tarifes (Preises) für die Frachtbeförderung dar (vgl. vorne Rz 940 f.). Treibstoffzuschläge, [...] Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge werden auf die Frachtrate aufgeschlagen. Bei der Kommissionierung von Zuschlägen handelt es sich um

⁶⁶³ Vgl. RPW 2009/3, 207 Rz 75, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m. w. H.

⁶⁶⁴ Vgl. RPW 2010/4, 755 Rz 348 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* m. w. H. zu Informationsaustausch.

⁶⁶⁵ Vgl. RPW 2013/2, 182 f. Rz 193 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

⁶⁶⁶ Vgl. RPW 2013/2, 182 f. Rz 194, *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

⁶⁶⁷ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 371.

⁶⁶⁸ Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742 E. 6.5.5), *Buchpreisbindung*.

ein Entgelt, um eine pekuniäre Vergütung, an die Speditionsunternehmen für ihre Aufwendungen beim Einzug von Zuschlägen.

1392. Die Kontakte zwischen den Parteien betrafen einen Austausch von Informationen über gegenwärtige und zukünftige Treibstoffzuschläge, [...] Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen. Es ging somit um einen zukunftsgerichteten Informationsaustausch und nicht um einen Austausch von Information über Elemente von zurückliegenden Preisen. Daher handelt es sich bei der vorliegenden Abrede um eine Koordination von gegenwärtigen und zukünftigen Preisen.

1393. Zweck und Effekt der Kontakte waren erstens die Beeinflussung des Verhaltens von anderen Wettbewerbern. [Die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen riefen sich gegenseitig auf, als eine Gruppe zu handeln sowie sich laufend gegenseitig zu informieren. Zudem dankten sich die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen, dass sie sich auf den gleichen Betrag einigen konnten. Bei möglichen Änderungen in den Treibstoffzuschlägen fragten sich die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen gegenseitig nach den vorgesehenen Änderungen.]

1394. Zweitens informierten sich die Luftverkehrsunternehmen mit den Kontakten über ihr geplantes und in Erwägung gezogenes Verhalten. Drittens ermöglichten die Kontakte eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Änderungen in den Zuschlägen, Frachtraten und der Kommissionierung. Selbst wenn eine geplante Änderung bereits öffentlich angekündigt war, erlaubte der Informationsaustausch eine gegenseitige Absicherung der künftigen Handlung, weil die tatsächliche Änderung und deren Ankündigung nicht im gleichen Zeitpunkt stattfanden. Den Luftverkehrsunternehmen blieb genügend Zeit, sich vor der tatsächlichen Änderung gegenseitig abzusichern.

1395. Diese gegenseitige Absicherung gewährleistete, dass die Parteien Änderungen in den Kosten (z. B. höhere Treibstoffpreise oder erhöhte Sicherheitsmassnahmen auf Flughäfen) in gleichem Umfang in ihrem Preis implementieren. Damit hatte kein Luftverkehrsunternehmen gegenüber den anderen einen Preisvorteil. Dadurch wurde die Funktionsweise des Preiswettbewerbs gestört. Selbst wenn sich die Parteien gegenseitig mitteilten, in einem bestimmten Zeitpunkt keine Änderung bei einem Preiselement vorzunehmen, muss von einer Wirkung ausgegangen werden. Eine solche Information hält die Konkurrenz davon ab, selbst eine Änderung vorzunehmen. Damit kann ein Luftverkehrsunternehmen das Risiko vermeiden, einen Preis zu verlangen, der wegen der Änderung nicht mehr wettbewerbsfähig ist. Eine solche Verhaltensweise widerspricht dem Grundgedanken eines wirksamen Wettbewerbs gemäss Kartellgesetz, wonach jedes Unternehmen selbständig und ohne Informationsaustausch mit der Konkurrenz seine (Preis-)Politik zu bestimmen hat.

1396. Gerade in dieser Hinsicht ist auf das Verhalten in Bezug auf die Kommissionierung von Zuschlägen hinzuweisen. Bei der Kommissionierung geht es wie erwähnt um ein Entgelt an die Speditionsunternehmen für ihre Aufwendungen. Die Parteien haben die Frage der Kommissionierung [untereinander] besprochen. In der Folge einigten sich die Parteien darauf, dieses Entgelt gegenüber den Speditionsunternehmen nicht zu leisten. Da es sich stets um den gleichen Frachtpreis handelt, entspricht diese Nichtgewährung einer Kommission der Nichtgewährung eines Rabatts. Diese vereinbarte Nichtgewährung einer Kommission führt zu einer künstlichen Hochhaltung der Preise. Somit liegt auch bezüglich der Kommissionierung von Zuschlägen eine horizontale Preisabrede vor.

1397. Auch gemäss EU-Kommission kann die Verbreitung von Informationen unter den Wettbewerbern eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung insbesondere mit dem Zweck der Preis- oder Mengenfestsetzung darstellen. Diese Arten des Informationsaustauschs werden normalerweise als Kartelle angesehen und mit Geldbussen geahndet. Ein Informationsaustausch kann zudem die Durchführung eines Kartells erleichtern, indem er die Unternehmen in die Lage versetzt zu

beobachten, ob die Kartellmitglieder sich an die vereinbarten Modalitäten halten. Diese Arten des Informationsaustauschs werden in Verbindung mit dem Kartell geprüft.⁶⁶⁹

1398. Die EU-Kommission führt in diesem Zusammenhang weiter aus, dass sofern Wettbewerber strategische Daten austauschen, d. h. Daten, die die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern, dies wahrscheinlich eher unter den Artikel 101 AEUV fällt als der Austausch anderer Datenarten. Die Weitergabe strategischer Daten kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, weil sie die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränkt, indem sie deren Wettbewerbsanreize reduziert. Strategische Informationen können sich beziehen auf Preise (z. B. aktuelle Preise, Preisnachlässe, -erhöhungen, -senkungen und Rabatte), Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien sowie Forschungs- und Entwicklungs-Programme und deren Ergebnisse. Strategisch am wichtigsten sind im allgemeinen Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Wenn Unternehmen jedoch im Forschungs- und Entwicklungs-Bereich miteinander konkurrieren, sind es die Technologiedaten, die für den Wettbewerb von grösster strategischer Relevanz sind. Ob die Daten strategisch brauchbar sind, hängt auch von ihrer Aggregation, ihrem Alter, dem Marktkontext und der Häufigkeit des Austauschs ab.⁶⁷⁰

1399. Damit greift die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG für die Wettbewerbsabrede über den Tarif beziehungsweise Preis für Luftfrachtleistungen.

1400. Selbst bei einer getrennten Betrachtungsweise anhand der einzelnen Elemente Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen würde die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG greifen, diesfalls «mehrfach». Wiederum, da all diese Elemente den Preis für Luftfrachtleistungen betreffen.

B.3.4.4.2 Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

1401. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

1402. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, gilt dieser als beseitigt. Artikel 5 Absatz 3 KG regelt damit die Beweislast, das heisst die Folgen der Beweislosigkeit. Demgegenüber liegt die Beweisführungslast im verwaltungsrechtlichen Verfahren bei der WEKO, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft.⁶⁷¹

1403. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Daran anschliessend ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, das heisst ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können.

⁶⁶⁹ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1, Rz 59 (im Folgenden: Leitlinien horizontale Zusammenarbeit).

⁶⁷⁰ Leitlinien horizontale Zusammenarbeit (Fn 669), Rz. 86.

⁶⁷¹ Vgl. BGE 129 II 18, E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*.

1404. Falls kein genügender wirksamer Aussenwettbewerb besteht, bleibt schliesslich zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und damit die Unzulässigkeit der Abrede mittels verbleibenden Innenwettbewerbs widerlegt werden kann.

B.3.4.4.3 Relevanter Markt

1405. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁶⁷², der hier analog anzuwenden ist).

1406. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

1407. Bei den am Verfahren beteiligten Luftverkehrsunternehmen handelt es sich nicht um integrierte Unternehmen, die alle Logistik- und Transportdienstleistungen aus einer Hand bereitstellen.⁶⁷³ Die am Verfahren beteiligten Unternehmen bieten die Beförderung von Fracht mit reinen Frachtflugzeugen («Nur-Frachter») oder mit Frachtkapazitäten in Passagierflugzeugen («belly-carrier») an. Marktgegenseite der am Verfahren beteiligten Luftverkehrsunternehmen sind Speditionsunternehmen. Auftraggeberin von Speditionsunternehmen ist die verladende Wirtschaft: Im Regelfall beauftragt ein Versender von Luftfracht ein Speditionsunternehmen, um die Durchführung des Transportes zu arrangieren.⁶⁷⁴

1408. In der Luftfracht (dazu gehören auch allfällige Vor- und Nachläufe oder Teilstrecken, vgl. vorne Rz 195 f. und Abschnitt B.1.2.4) erfolgt die Beförderung von Waren vom Ausgangsort (z. B. Standort des Absenders) an einen Zielort: Es handelt sich um eine Beförderung in eine Richtung (unidirektional).⁶⁷⁵

1409. Luftfracht ermöglicht den Austausch von Waren so schnell und sicher wie kein anderes Verkehrsmittel.⁶⁷⁶ Dies gilt insbesondere für Transporte über weite Distanzen, bei denen die Zeitdifferenz zu alternativen See- oder Landtransporten am grössten ist. Dieser Zeitvorteil macht Luftfracht besonders für den Transport von leichteren, zeitkritischen und verderblichen Gütern wie Lebensmitteln, für die Beförderung von prozesskritischen Gütern wie Arzneimitteln und Ersatzteilen sowie für Wertfracht (z. B. Hochleistungs-Elektronik und Edelmetalle) nützlich.

1410. Was die Distanz betrifft, so besteht allerdings keine allgemeingültige Definition für Streckenlängen.⁶⁷⁷ So zählt eine mögliche Definition die Strecken von 400 km bis 1000 km zum Kurzstreckenverkehr, von 1000 km bis 2000 km zum Mittelstreckenverkehr und über 2000 km zum Langstreckenverkehr. Eine andere Definition versteht Strecken bis 2000 km als Kurzstreckenverkehr, von 2000 bis 5000 km als Mittelstreckenverkehr und über 5000 km

⁶⁷² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁶⁷³ Vgl. Rz 191 ff.

⁶⁷⁴ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 32; Rz 191 m. w. H.

⁶⁷⁵ DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 298; BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2011, 29 f. Ziff. 2.5.2, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (17.7.2011); vgl. auch: KOMM, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5335_20090622_20600_232015_DE.pdf> (17.7.2011), 117 Rz 399, *Lufthansa/ SN Airholding*; KOMM, <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/overview.html>> (17.7.2011): 5 Rz 19, *Lufthansa/BMI*; KOMM, <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/overview.html>> (17.7.2011), Rz 19, *Delta Air Lines/ Northwest Airlines*; KOMM, <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/overview.html>> (17.7.2011), 10 Rz 31, *Lufthansa/ Austrian Airlines*; KOMM, <<http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/overview.html>> (17.7.2011) 14 Rz 38, [...] *Martinair*.

⁶⁷⁶ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 24.

⁶⁷⁷ GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 10 Ziff. 2.4.

als Langstreckenverkehr. Die unterschiedlichen Definitionen beruhen vor allem auf den verschiedenen geografischen Ausgangspunkten: Beispielsweise kann eine Strecke in den USA als Kurzstrecke gelten, während diese Strecke im dichtbesiedelten Europa einer Mittel- oder Langstrecke entspricht. Dementsprechend sind die genannten Definitionen für Streckenlängen eher als Einteilungsmöglichkeiten zu verstehen. Dies legt nahe, dass alleine anhand des Merkmals Streckenlänge keine eindeutige Marktabgrenzung möglich ist. Eine Unterteilung nach Streckenlängen ist stark durch den entsprechenden Sachverhalt geprägt, so dass in verschiedenen Fällen unterschiedliche Unterteilungen zur Anwendung gelangen können.

1411. Für international tätige Wirtschaftsunternehmen ist der Gütertransport per Luftfracht zu einer unverzichtbaren Dienstleistung geworden.⁶⁷⁸ Zwar sind die Frachtkosten der Luftfracht fast immer höher als die bei einem vergleichbaren Oberflächentransport, doch sind bei höherwertigen, bei eilbedürftigen und bei verderblichen Gütern oder bei Modeartikeln die ergänzenden Leistungs- und Kostenmerkmale der Luftfracht wichtige Entscheidungsparameter für ihre strategische Integration in logistische Systeme.⁶⁷⁹

1412. Im Rahmen der St. Galler Luftfracht-Studie antwortet ein erheblicher Anteil der Verlager, dass Luftfrachttransporte über die Schweizer Flughäfen nicht durch andere Transportarten ersetzbar sind: «Für 70 % der Unternehmen ist die Abwicklung von Luftfracht über Schweizer Flughäfen eine Grundvoraussetzung.»⁶⁸⁰ «Für einen erheblichen Anteil der antwortenden Verlager sind Luftfrachttransporte über die Schweizer Flughäfen nicht durch andere Transportarten ersetzbar.»⁶⁸¹ Es könne daraus geschlossen werden, dass Luftfracht nicht nur für Exporte, sondern auch für Importe von hoher Bedeutung für die Schweizer Wirtschaft ist.⁶⁸² Die Ergebnisse der St. Galler-Luftfracht-Studie lassen darauf schliessen, dass die Luftfracht ein essentieller Wettbewerbsfaktor für die Schweizer Verlager in Export und auch im Import ist.⁶⁸³

1413. Aufgrund der Ergebnisse der St. Galler Luftfracht-Studie besteht für Luftfrachttransporte keine genügende Substituierbarkeit durch andere Verkehrsträger wie beispielsweise Strasse oder Seefrachtverkehr.

1414. Ob der Markt weiter nach Kategorie oder Natur der Produkte wie beispielsweise über-grosse, gefährliche oder verderbliche Güter unterteilt werden muss, kann für den vorliegenden Fall offen bleiben. Unabhängig von der Art der Fracht schlagen die Luftverkehrsunternehmen Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA auf die Frachtrate auf. Die Frage der Kommissionierung ist ebenfalls unabhängig von der Art der Fracht, weil es sich um eine Vergütung an die Speditionsunternehmen für Aufwendungen beim Einzug von Zuschlägen handelt.

1415. Wie bereits erwähnt, antwortet im Rahmen der St. Galler Luftfracht-Studie ein erheblicher Anteil der Verlager, dass Luftfrachttransporte über die Schweizer Flughäfen nicht durch andere Transportarten ersetzbar sind. Obwohl die Mehrheit (58 %) der antwortenden exportierenden Verlager die Organisation der Luftfracht an Logistikdienstleister abgegeben hat, nimmt über die Hälfte von ihnen Einfluss auf die Auswahl der im Export genutzten Flughäfen.⁶⁸⁴ Eine Reihe von Kriterien spielt bei der Flughafenwahl der Verlager für den Export und

⁶⁷⁸ GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 120 ff.

⁶⁷⁹ Beispielsweise ermöglichen schnelle und verlässliche Luftfrachtverbindungen die Versorgung von Produktionsstätten in Ländern mit geringeren standortgebundenen Investitionskosten nach dem «Just-in-Time»-Prinzip, mit der Folge optimierter Lagerbestände (GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 120).

⁶⁸⁰ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 7 und 26.

⁶⁸¹ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 26.

⁶⁸² EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 26.

⁶⁸³ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 27.

⁶⁸⁴ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 27.

den Import eine wichtige Rolle. Sie betreffen die Infrastruktur, Dienstleistungen und regulatorische Rahmenbedingungen der Luftfrachtstandorte. Von höchster Bedeutung im Export sind dabei die Geschwindigkeit der Warenübergabe, die Anzahl der direkt angeflogenen Destinationen und ihre Frequenz, die Öffnungszeiten von Zoll und Abfertigern sowie deren Erreichbarkeit.

1416. Im Importverkehr geben ebenfalls mehr als die Hälfte der importierenden Verlager die Organisation ihrer Transporte in die Hände eines oder mehrerer Logistikdienstleister.⁶⁸⁵ Im Gegensatz zum Exportverkehr ist der Einfluss der Importeure auf die Flughafenwahl gering. Von den Importeuren, welche die Organisation ihrer Transporte an Logistikdienstleister abgeben, nehmen 87 % gar keinen Einfluss auf die Auswahl von Flughafen und Fluggesellschaft. Von den im Rahmen der St. Galler Luftfracht-Studie antwortenden Importeuren geben 62 % an, dass über die Hälfte der Waren nach Gewicht per Luftfracht über die Schweizer Flughäfen eingeführt werden.

1417. Aufgrund vorangehender Ausführungen, unter Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse und unter Berücksichtigung der Luftverkehrsabkommen ohne Möglichkeit von Tarifkoordination (vgl. vorne Rz 1035) sowie des EU-Luftverkehrsabkommens, können für die Beurteilung im vorliegenden Fall als relevante Märkte die unidirektionale (bzw. bei grenzüberschreitender Luftfracht um die binationale) Beförderung von Luftfracht auf folgenden Strecken abgegrenzt werden:

- Schweiz – USA beziehungsweise USA – Schweiz,
- Schweiz – Singapur beziehungsweise Singapur – Schweiz,
- Schweiz – Tschechische Republik beziehungsweise Tschechische Republik – Schweiz,
- Schweiz – Pakistan beziehungsweise Pakistan – Schweiz,
- Schweiz – Vietnam beziehungsweise Vietnam – Schweiz.

B.3.4.4.4 Frage der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

(i) Vorbemerkungen

1418. Die grössten von der IATA im Gesamt-Linienluftverkehr erfassten Luftverkehrsunternehmen im Bereich Luftfracht im Jahr 1996 sind in Tabelle 21 enthalten. Zur Übersicht gibt Tabelle 21 gleichzeitig an, welche Luftverkehrsunternehmen an der Wettbewerbsabrede über den Preis für Luftfrachtleistungen beteiligt waren.

Tabelle 21: die grössten Luftverkehrsunternehmen im Gesamt-Linienluftverkehr der IATA 1996 (POMPL (Fn 12), 96, basierend auf den Quellen Lufthansa: Zahlen, Daten, Fakten 1997 und Association of European Airlines: Yearbook 1997)⁶⁸⁶

Luftverkehrsunternehmen	Fracht in Mio. verkaufter Tonnenkilometer	[...]
Lufthansa	6019	[...]
Korean	4819	[...]
Air France	4656	[...]
Singapore	4116	[...]

⁶⁸⁵ EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 28.

⁶⁸⁶ Integrierte Luftfrachtunternehmen wie beispielsweise Federal Express oder UPS sind in dieser Tabelle nicht enthalten.

Luftverkehrsunternehmen	Fracht in Mio. verkaufter Tonnenkilometer	[...]
Japan Air	3880	[...]
KLM	3780	[...]
British	3494	[...]
Cathay	3180	[...]
Northwest Airlines	2790	[...]
United	2607	[...]
American	2361	[...]
Swiss	1623	[...]
Nippon Cargo	1611	[...]
Total	44 936	

1419. Tabelle 21 zeigt, dass die Mehrheit der grössten Luftverkehrsunternehmen an der Wettbewerbsabrede beteiligt war. Die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen verkauften 1996 zusammen Fracht in Höhe von [...] Millionen Tonnenkilometer. Dies stellt gemessen am Total der von den grössten Luftverkehrsunternehmen verkauften Tonnenkilometer einen Anteil von [...] % dar.

1420. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei einer europaweiten Betrachtung. Die grössten europäischen Luftverkehrsunternehmen im Bereich Luftfracht im Jahr 1996 sind in Tabelle 22 enthalten.

Tabelle 22: die grössten europäischen Luftverkehrsunternehmen (POMPL (Fn 12), 96, basierend auf den Quellen Lufthansa: Zahlen, Daten, Fakten 1997 und Association of European Airlines: Yearbook 1997)

Luftverkehrsunternehmen	Fracht in Mio. verkaufter Tonnenkilometer	[...]
Lufthansa	6019	[...]
Air France	4656	[...]
KLM	3704	[...]
British	3494	[...]
Cargolux	2020	[...]
Swiss	1623	[...]
Alitalia	1457	[...]
Iberia	732	[...]
Scandinavian	617	[...]
Sabena	339	[...]
Finnair	237	[...]
TAP	210	[...]
Turkish	207	[...]
Austrian	128	[...]
Olympic	119	[...]
Total	25 562	

1421. Bei einer europaweiten Betrachtung verfügten die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen im Jahr 1997 über einen Anteil von [...] %.

1422. Somit nahm sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer europaweiten Betrachtung die überwiegende Mehrheit der grössten Luftverkehrsunternehmen an der Wettbewerbsabrede teil. Eine Übersicht über die Zeit gibt folgende Tabelle 23, welche die einzelnen und die gemeinsamen Anteile der Luftverkehrsunternehmen, die an der Wettbewerbsabrede beteiligt waren, im Verhältnis zu allen Mitglieder der Vereinigung europäischer Luftverkehrsunternehmen (Association of European Airlines; nachfolgend: AEA) enthält. Die Vereinigung europäischer Luftverkehrsunternehmen umfasst 36 bedeutende Luftverkehrsunternehmen: «AEA - the Association of European Airlines - brings together 33 major airlines, and has been the trusted voice of the European airline industry for over 50 years.»⁶⁸⁷

Tabelle 23: Anteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen bei europaweiter Betrachtung in den Jahren 1997 bis 2006 (Association of European Airlines: Yearbook 2001, Yearbook 2002, Yearbook 2003, Yearbook 2004, Yearbook 2005, Yearbook 2006, Yearbook 2007)⁶⁸⁸

[...]

1423. Tabelle 23 zeigt, dass der gemeinsame Anteil der an der Wettbewerbsabrede⁶⁸⁹ beteiligten Unternehmen über die Zeit Werte [...] % annimmt. Dieser gemeinsame Anteil ist als sehr hoch einzustufen. Zudem zeigen die Daten in Tabelle 23, dass der Anteil der an den Wettbewerbsabreden beteiligten europäischen Luftverkehrsunternehmen über die Zeit fast unverändert blieb. Schliesslich ist aus Tabelle 23 ersichtlich, dass die individuellen Anteile der an der Wettbewerbsabrede beteiligten europäischen Unternehmen über die Jahre 1997 bis 2006 stabil sind.

1424. Die gemeinsamen Anteile der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen können sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer europaweiten Betrachtung als hoch eingestuft werden. Zudem weisen die gemeinsamen Anteile auf stabile Marktstrukturen hin. Die individuellen Anteile und deren zeitliche Entwicklung lassen ebenfalls auf stabile Marktstrukturen schliessen.

1425. [...] Heimluftverkehrsunternehmen («home carrier» oder «national flag carrier») sind in bilateralen Luftverkehrsabkommen bevorzugt als Beförderungsunternehmen («designated carrier») bezeichnet.

1426. Folgende Analysen stellen teilweise auf Daten von IATA-CASS (vgl. vorne Rz 77) ab.⁶⁹⁰ Es ist darauf hinzuweisen, dass die IATA-CASS-Daten für die Jahre 2000 bis 2006 vorhanden sind. Die IATA-CASS-Daten stellen auf den Luftfrachtbrief ab.

(ii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – USA

Aktueller Wettbewerb

1427. In den Jahren 2000 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 74 % und 81 % (nach Umsatz) bezie-

⁶⁸⁷ <<http://www.aea.be>> (20.7.2011)

⁶⁸⁸ <<http://www.aea.be/press/publications/index.html>> (21.5.2012)

⁶⁸⁹ Der Antrag des Sekretariats enthielt an dieser Stelle fälschlicherweise die Formulierung «Wettbewerbsabrede über Treibstoffzuschläge». Dabei handelt es sich klarerweise um ein redaktionelles Versehen. Dies ergibt sich bereits aus vorangehenden Ausführungen und dem Sachzusammenhang.

⁶⁹⁰ <www.bfs.admin.ch> unter Mobilität und Verkehr > Linien- und Charterverkehr – Quartalsstatistik (2003 bis 2007) und > Publikationen (Luftverkehr, 1. Quartal 1999 bis Luftverkehr, 4. Quartal 2004) (16.7.2012).

ungsweise 72 % und 80 % (nach Gewicht).⁶⁹¹ Abbildung 2 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1428. Aus Abbildung 2 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Mengen gleich entwickelt haben. Eine kontinuierliche Abnahme dieser Marktanteile ist nicht zu beobachten. Die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ist über die Zeit stabil.

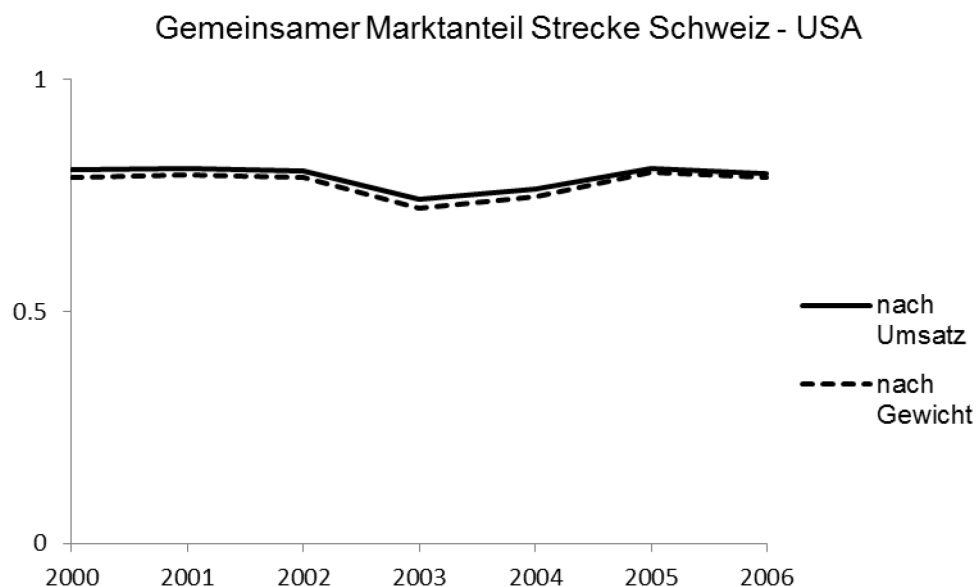


Abbildung 2: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1429. Zusätzlich kann auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens verwiesen werden. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 3. Daraus ist ab dem Jahr 2000 ein Rückgang des Frachtaufkommens feststellbar. Auch die Luftfahrt stand im Jahr 2000 unter dem Einfluss der rückläufigen wirtschaftlichen Entwicklung.⁶⁹² Im Jahr 2001 geht das Frachtaufkommen weiter zurück. Grund für den anhaltenden Rückgang dürften die Terroranschläge vom 11. September 2001, das Grounding von Swissair und die allgemeine Krise in der Luftfahrt nach dem 11. September 2001 sein.⁶⁹³ In Bezug auf die Entwicklung im Luftverkehr sind zudem die Krankheit SARS Ende 2002/anfangs 2003 und der Irak-Krieg im März 2003 zu erwähnen. Trotz diesen zwei Vorkommnissen im Jahr 2003 verzeichnet das Frachtaufkommen ab dem Jahr 2002 eine Stabilisierung. Die IATA-CASS-Daten zeigen einen Aufwärtstrend ab dem Jahr 2002. Für den Zeitraum ab dem Jahr 2002 kann somit von stabilen Marktverhältnissen ausgegangen werden.

1430. Die stabile Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils und die stabilen Marktverhältnisse ab dem Jahr 2002 weisen auf stabile Marktstrukturen hin.

⁶⁹¹ Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

⁶⁹² DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 1.

⁶⁹³ Vgl. BAZL, Nachhaltigkeit im Luftverkehr, Synthesebericht vom 23. Juni 2008 (Schlussbericht), 19, Ziff. 1.4, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2006, 15, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 1 Ziff. 1 und 8 Ziff. 2.3.2.

1431. Bei gemeinsamen Marktanteilen von an Abreden beteiligten Luftverkehrsunternehmen in der Grössenordnung von über 80 %, einer zeitlichen stabilen Entwicklung gemeinsamer Marktanteile und stabilen Marktstrukturen geht die WEKO davon aus, dass wenig aktuelle Konkurrenz vorhanden ist beziehungsweise der aktuelle Aussenwettbewerb durch die Abrede weitestgehend beseitigt war.⁶⁹⁴

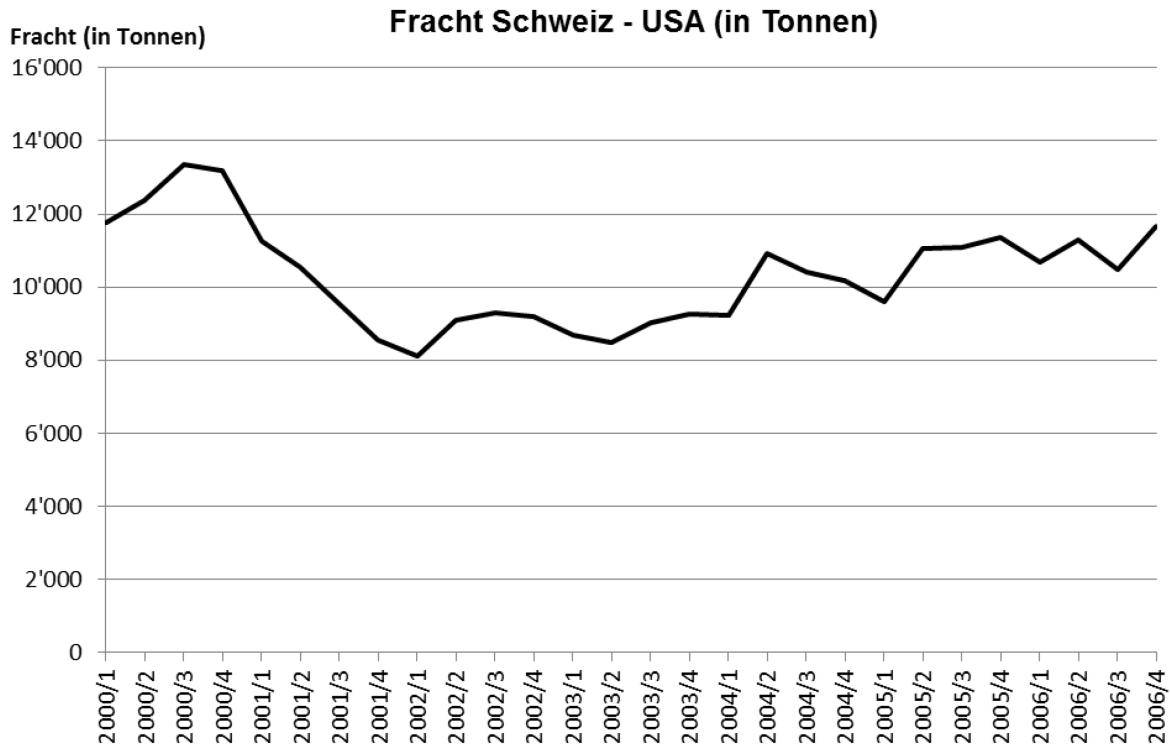


Abbildung 3: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – USA (Quelle: IATA-CASS)

1432. Als zusätzliches Element kann auch die Preisdifferenz zwischen den Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und den Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede herangezogen werden. Diese Preisdifferenz ist in Abbildung 4 dargestellt. Abbildung 4 zeigt die Differenz zwischen dem Durchschnittspreis pro Kilogramm Luftfracht von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und demjenigen von Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede (d. h. Durchschnittspreis an Abrede Beteiligte minus Durchschnittspreis nicht an Abrede Beteiligte). Es ist ersichtlich, dass die Preisdifferenz mit Ausnahme des Monats September 2001 immer positiv war: Der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede lag immer über dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. Folglich konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren Marktanteil über die Zeit halten, obwohl sie einen durchschnittlich höheren Preis als die anderen Luftverkehrsunternehmen verlangten.

⁶⁹⁴ Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 48 Rz 258 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011) und RPW 2010/4, 744 Rz 248 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

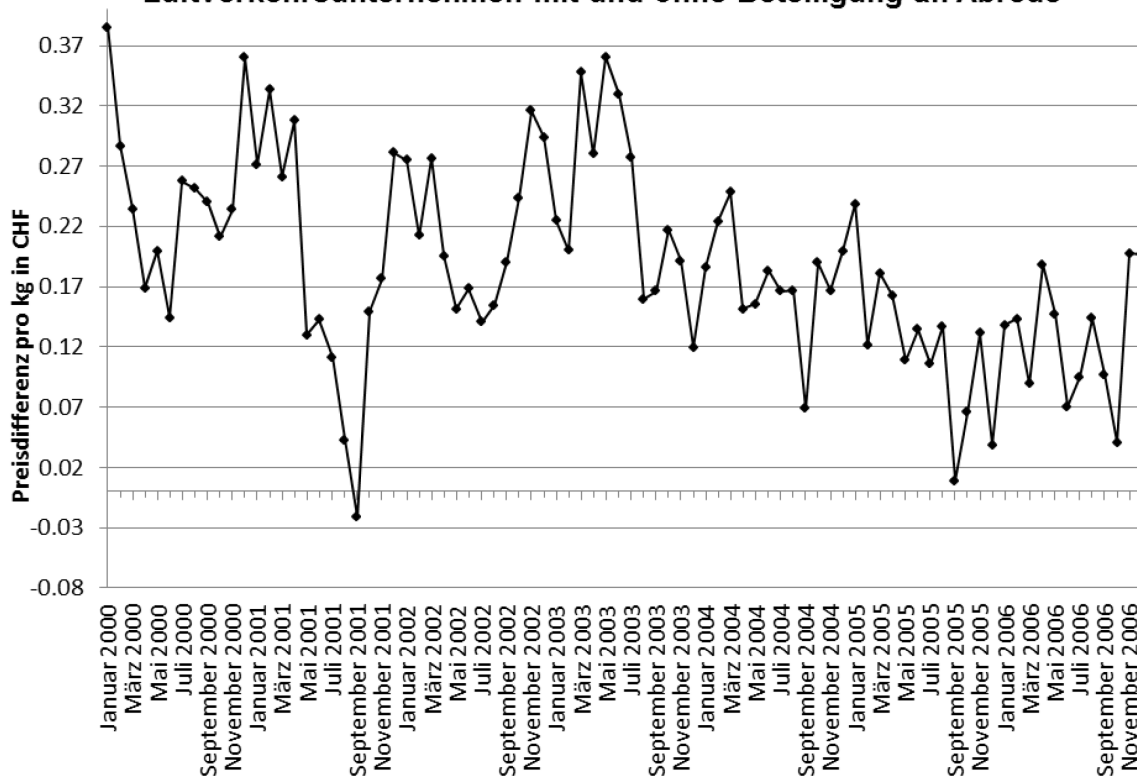


Abbildung 4: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quellen: IATA-CASS)

1433. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben konnten. Somit ist davon auszugehen, dass die aktuelle Konkurrenz zu gering ist, um die Vermutung zu widerlegen.

Potenzieller Wettbewerb

1434. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann allenfalls widerlegt werden, wenn gezeigt werden kann, dass die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen genügend potenzieller Konkurrenz gegenüberstehen, welche sie in ihrem Verhalten diszipliniert.⁶⁹⁵

1435. Für die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist zu prüfen, ob ein oder mehrere Marktzutritte hinreichend wahrscheinlich waren.⁶⁹⁶

1436. Gemäss Schlussbericht Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr (nachfolgend: Studie Entwicklungsszenarien) befand sich der weltweite Luftfrachtbereich im Jahr 2005 in einer starken Bewegungsphase: Konsolidierung, Fusionen und ein verschärfender Wettbewerb waren Kennzeichen dieser Bewegung.⁶⁹⁷ Das weltweite Frachtaufkommen mit Wachstumsraten zwischen 5 % und 6 % hat wesentlich zu der damaligen posi-

⁶⁹⁵ Vgl. auch WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 52 Rz 285 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011).

⁶⁹⁶ WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 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.

tiven Entwicklung im Luftfrachtgeschäft beigetragen. Beispielsweise betrug die Wachstumsrate für den Bereich Expressbeförderung rund 12 %. Im Gegensatz dazu wuchs die Standardfracht nur noch moderat mit niedrigen einstelligen Raten.

1437. Auf den Schweizer Flughäfen stieg das Frachtaufkommen zwischen 1995 und 2000 um 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.⁶⁹⁹

1440. 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

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

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 – 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).

Fluggesellschaften die Prestigetragfähigkeit 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 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 Luftverkehrsunternehmen statt, die nicht an der Abrede beteiligt waren. Wie die Differenz zwischen den beiden Grössen zeigt, verhält sich die Anzahl der ein- und austretenden Unternehmen 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

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 Zusammenarbeit mit dem Flughafen Zürich die Slotkoordination in der Schweiz (Slotvergabe in der Schweiz neu geregelt, <http://www.admin.ch/cp/d/4302ea77_1@fwsrv.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.

kann für die Jahre 2000 bis 2006 nicht von nennenswerten Marktzutritten ausgegangen werden.

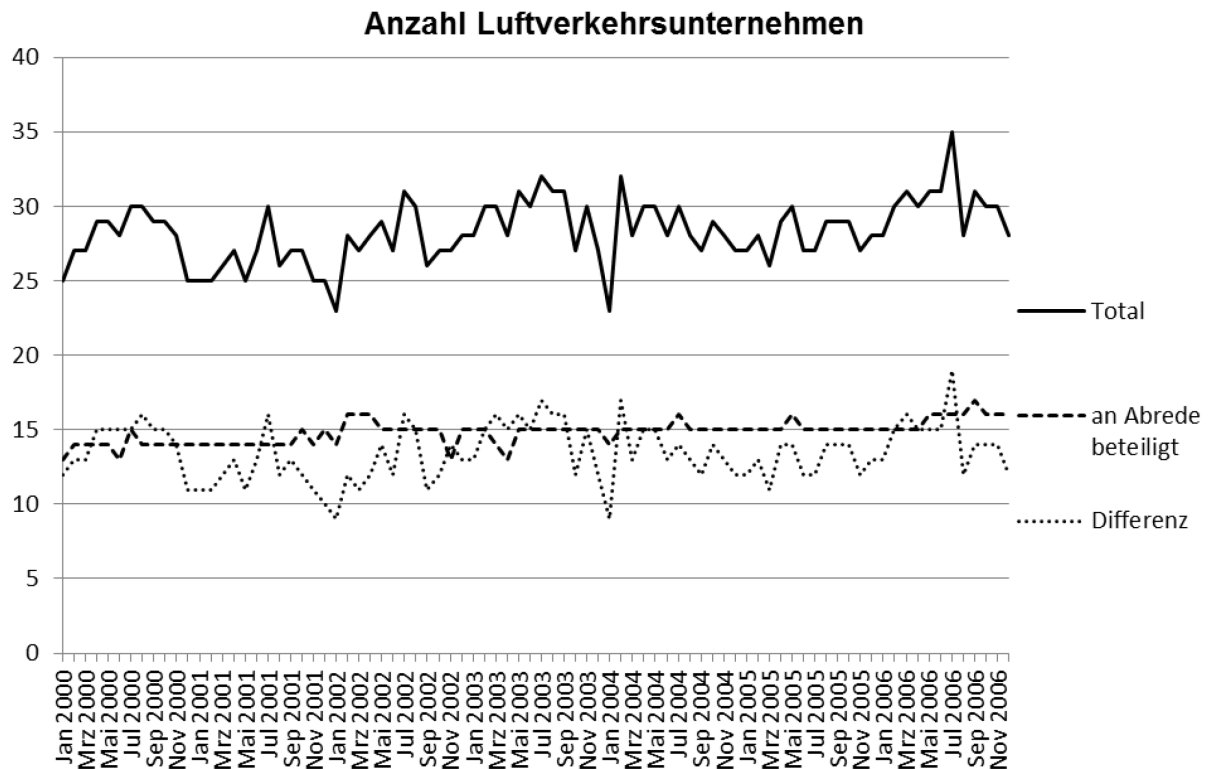


Abbildung 5: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz – USA (Quelle: IATA-CASS)

1446. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass Markteintrittsbarrieren bestehen. Die 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.

(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 Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 95 % und 99 % (nach Umsatz und nach Gewicht).⁷⁰⁸ Abbildung 6 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1448. Aus Abbildung 6 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Gewicht gleich entwickelt hat. Eine kontinuierliche Abnahme der Marktanteile ist nicht zu beobachten. Die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ist über die Zeit stabil.

⁷⁰⁸ Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

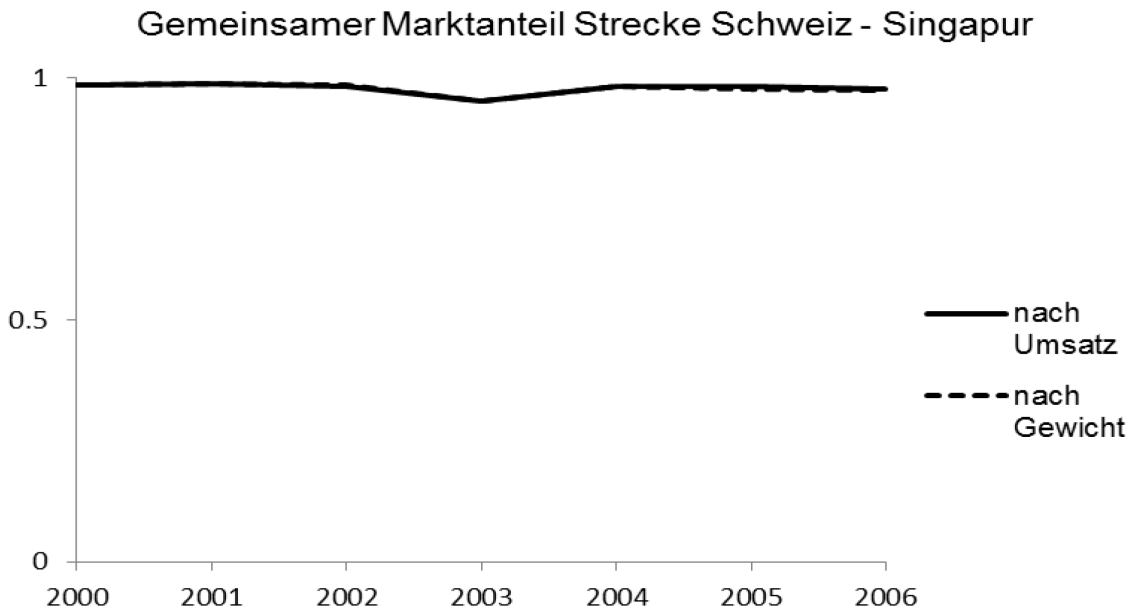


Abbildung 6: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1449. Trotz des sehr hohen gemeinsamen Marktanteils wird der Vollständigkeit halber noch auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens eingegangen. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 7. Das Frachtaufkommen beginnt im Jahr 2001 zu sinken. Hier ist auf den Einfluss der rückläufigen wirtschaftlichen Entwicklung hinzuweisen.⁷⁰⁹ Zudem dürfte der Rückgang in der zweiten Hälfte des Jahres 2001 vor allem auf das Grounding von Swissair und die allgemeine Krise in der Luftfahrt nach dem 11. September 2001 zurückzuführen sein.⁷¹⁰ In Bezug auf das Jahr 2003 sind zudem die Krankheit SARS Ende 2002/anfangs 2003 und der Irak-Krieg im März 2003 zu erwähnen. Trotz diesen zwei Vorkommnissen im Jahr 2003 verzeichnet das Frachtaufkommen ab dem Jahr 2002 eine Stabilisierung. Die IATA-CASS-Daten zeigen einen Aufwärtstrend ab dem Jahr 2002, der bis Ende des Jahres 2006 anhält. Für den Zeitraum ab dem Jahr 2002 kann somit von stabilen Marktverhältnissen ausgegangen werden.

1450. Bei gemeinsamen Marktanteilen von an Abreden beteiligten Luftverkehrsunternehmen in der Grössenordnung von über 80 %, einer zeitlichen stabilen Entwicklung gemeinsamer Marktanteile und stabilen Marktstrukturen geht die WEKO davon aus, dass wenig aktuelle Konkurrenz vorhanden ist beziehungsweise der aktuelle Aussenwettbewerb durch die Abrede weitestgehend beseitigt war.⁷¹¹ Angesichts des hohen gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen kann nicht von einer Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG ausgegangen werden.

⁷⁰⁹ DOGANIS (Fn 292), *Flying Off Course*, 1.

⁷¹⁰ Vgl. BAZL, *Nachhaltigkeit im Luftverkehr*, Synthesebericht vom 23. Juni 2008 (Schlussbericht), 19, Ziff. 1.4, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL/Aerosuisse, *Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz*, 2006, 15, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL, *Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr*, Schlussbericht vom 3. März 2005, 1 Ziff. 1 und 8 Ziff. 2.3.2.

⁷¹¹ Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*, 48 Rz 258 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011) und RPW 2010/4, 744 Rz 248 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

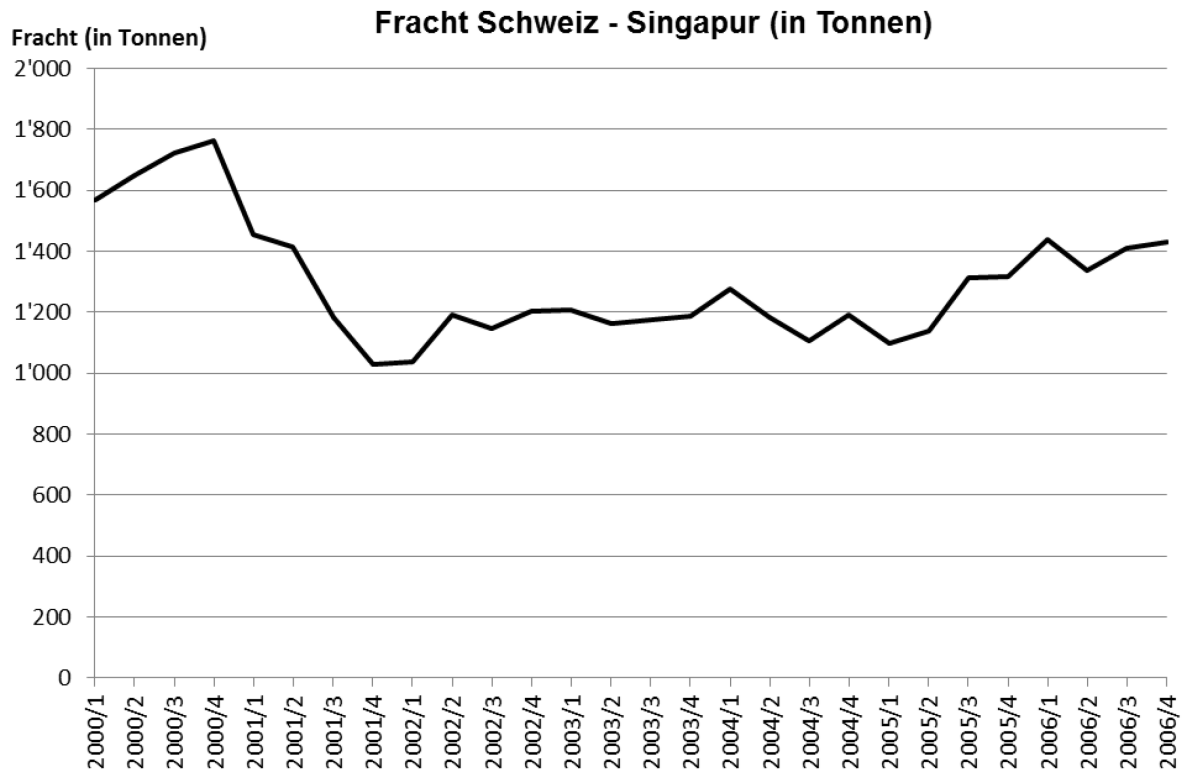


Abbildung 7: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Singapur (Quelle: IATA-CASS)

1451. Der Vollständigkeit halber zeigt Abbildung 8 die Differenz zwischen dem Durchschnittspreis pro Kilogramm Luftfracht von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und demjenigen von Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. Über die Zeit betrachtet schwankt die Preisdifferenz. Weiter ist ersichtlich, dass die Preisdifferenz in ungefähr zwei Drittel der Fälle negativ war (im Zeitraum 2000 bis Februar 2006). In diesen Fällen lag der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede unter dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. In dem anderen Drittel der Fälle setzten die Luftverkehrsunternehmen einen höheren Preis. Somit konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren Preis immer wieder über dem Preis der Luftverkehrsunternehmen setzen, die nicht an der Abrede beteiligt waren. Gleichzeitig hielten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede ihren sehr hohen gemeinsamen Marktanteil.

Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

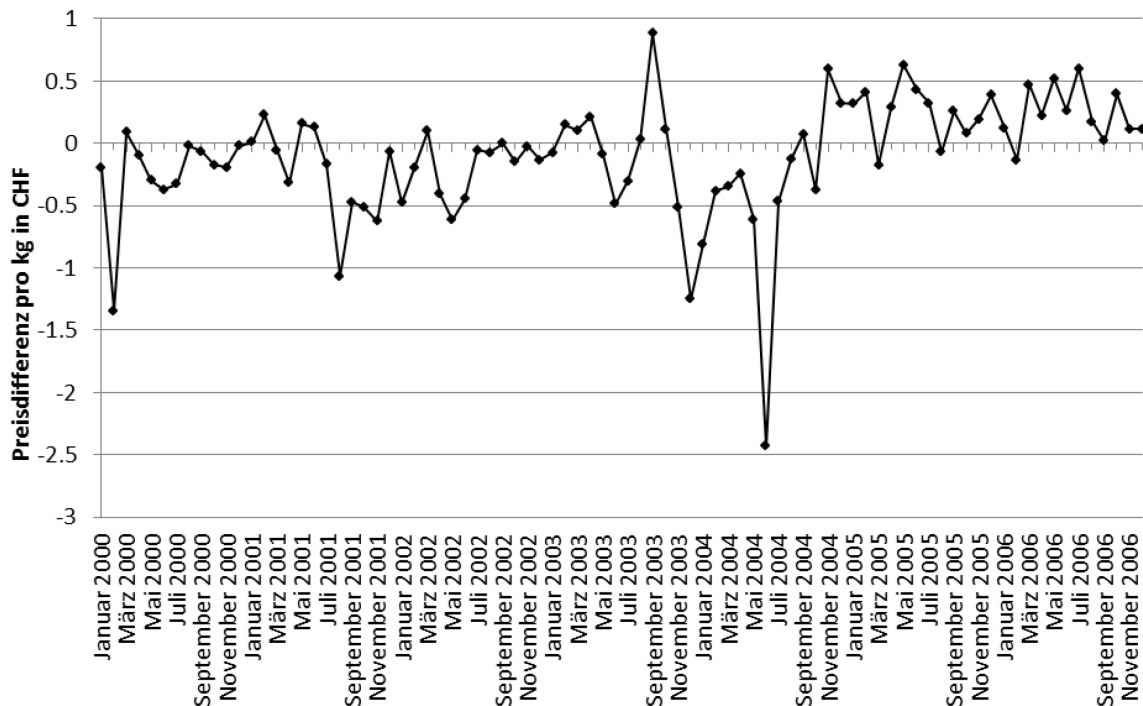


Abbildung 8: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1452. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben konnten. Somit ist davon auszugehen, dass die aktuelle Konkurrenz zu gering ist, um die Vermutung zu widerlegen.

Potenzieller Wettbewerb

1453. Die Überlegungen zur potenziellen Konkurrenz sind hier analog zu den Ausführungen in Bezug auf die Strecke Schweiz – USA (vgl. vorne Rz 1434 ff.). Deshalb wird auf eine Wiederholung dieser Ausführungen verzichtet.

1454. 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 Schweiz – Singapur ist in Abbildung 9 enthalten. Abbildung 9 stellt die Anzahl aller tätigen Luftverkehrsunternehmen und die Anzahl der tätigen, an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen dar. Zudem enthält Abbildung 9 die Differenz zwischen den tätigen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an der Abrede. Für die Strecke Schweiz-Singapur kann allerdings auf eine eingehende Betrachtung der Marktein- und -austritte verzichtet werden. Aus dem hohen gemeinsamen Marktanteil von 95 % und mehr folgt, dass keine nennenswerten Markteintritte stattfanden.

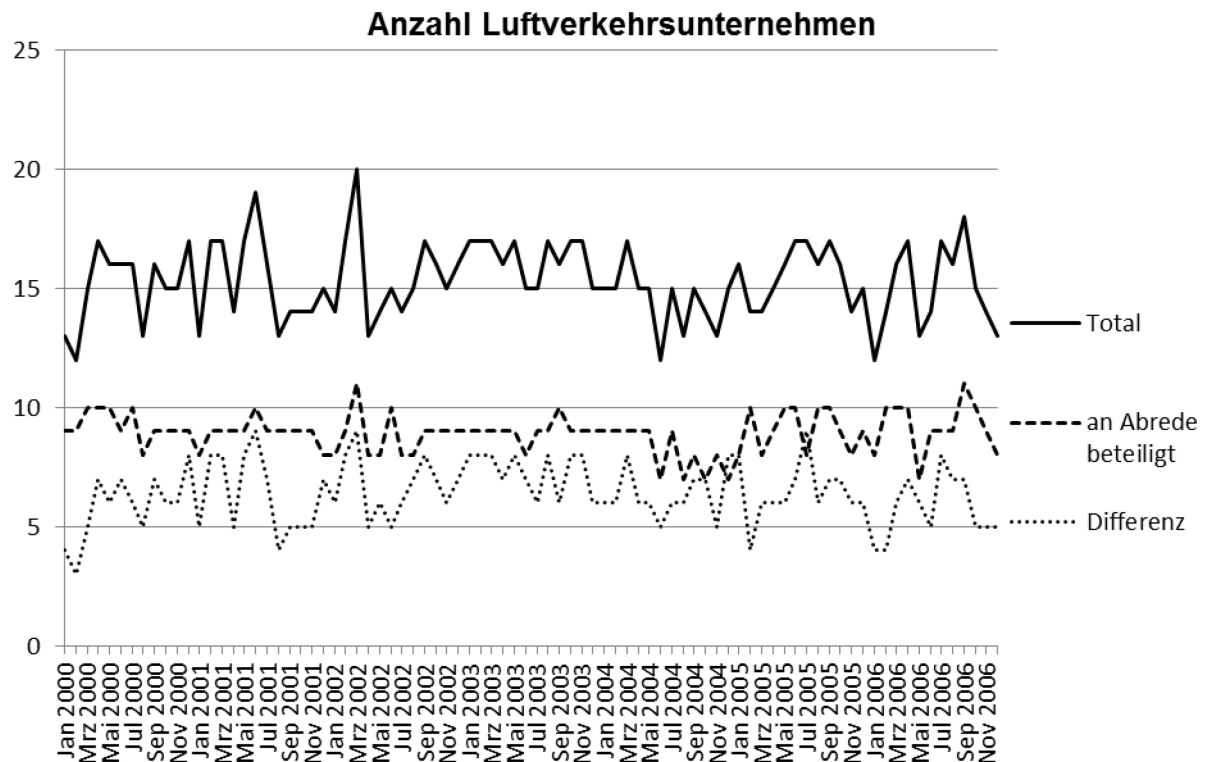


Abbildung 9: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz-USA (Quelle: IATA-CASS)

1455. 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.

(iv) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – Tschechische Republik

Aktueller Wettbewerb

1456. In den Jahren 2000 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 54 % und 85 % (nach Umsatz) beziehungsweise 50 % und 83 % (nach Gewicht).⁷¹² Abbildung 10 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1457. Aus Abbildung 10 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Mengen gleich entwickelt haben. Der gemeinsame Marktanteil nach Gewicht fällt ab dem Jahr 2002 leicht geringer aus als der gemeinsame Marktanteil nach Umsatz. Über die Zeit betrachtet steigt der gemeinsame Marktanteil in den Jahren 2000 bis 2004 stetig an. Im Jahr 2005 erfährt der gemeinsame Marktanteil einen Rückgang. Dieser Rückgang hält bis in das Jahr 2006 an. Aufgrund dieser Entwicklung kann der gemeinsame Marktanteil nicht als über die Zeit stabil bezeichnet werden. Allerdings ist zu bemerken, dass die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren gemeinsamen Marktanteil in den Jahren 2000 bis 2004 steigern konnten.

⁷¹² Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

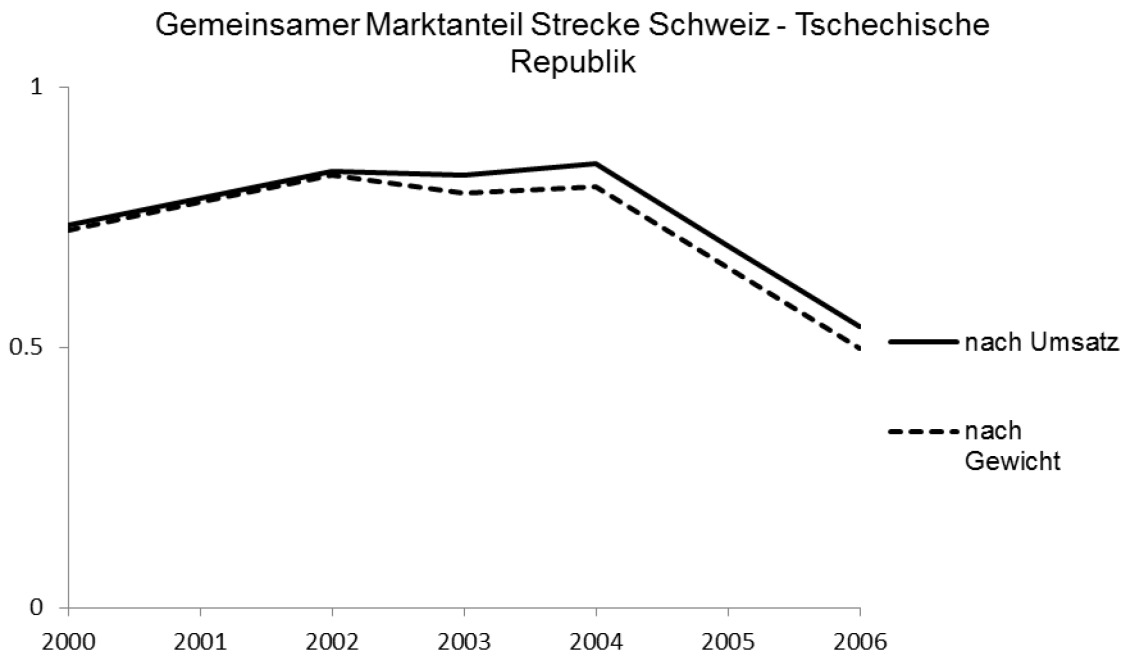


Abbildung 10: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1458. Zusätzlich kann auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens verwiesen werden. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 11. Bis in das Jahr 2004 verzeichnet das Frachtaufkommen Schwankungen auf etwa gleichbleibender Höhe. Nach einem Anstieg am Ende des Jahres 2004 geht das Frachtaufkommen im Jahr 2005 stark zurück. Allerdings setzt danach in der zweiten Hälfte des Jahres 2005 ein erneuter Anstieg ein. Dieser Anstieg hält bis Ende des Jahres 2006 an.

1459. Beim Vergleich der zeitlichen Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils und des Frachtaufkommens fällt auf, dass beide im Jahr 2005 einen Rückgang erfuhren. Und dass dieser Rückgang bis Ende des Jahres 2006 anhielt.

1460. Die Steigerung des gemeinsamen Marktanteils in den Jahren 2000 bis 2004 und die Schwankungen auf gleicher Höhe deuten auf stabile Marktstrukturen für diesen Zeitraum hin.

1461. Bei gemeinsamen Marktanteilen von an Abreden beteiligten Luftverkehrsunternehmen in der Grössenordnung von über 80 % in den Jahren 2000 bis 2004, einer zeitlichen stabilen Entwicklung gemeinsamer Marktanteile und stabilen Marktstrukturen geht die WEKO davon aus, dass wenig aktuelle Konkurrenz vorhanden ist beziehungsweise der aktuelle Aussenwettbewerb durch die Abrede weitestgehend beseitigt war.⁷¹³

⁷¹³ Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 48 Rz 258 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011) und RPW 2010/4, 744 Rz 248 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

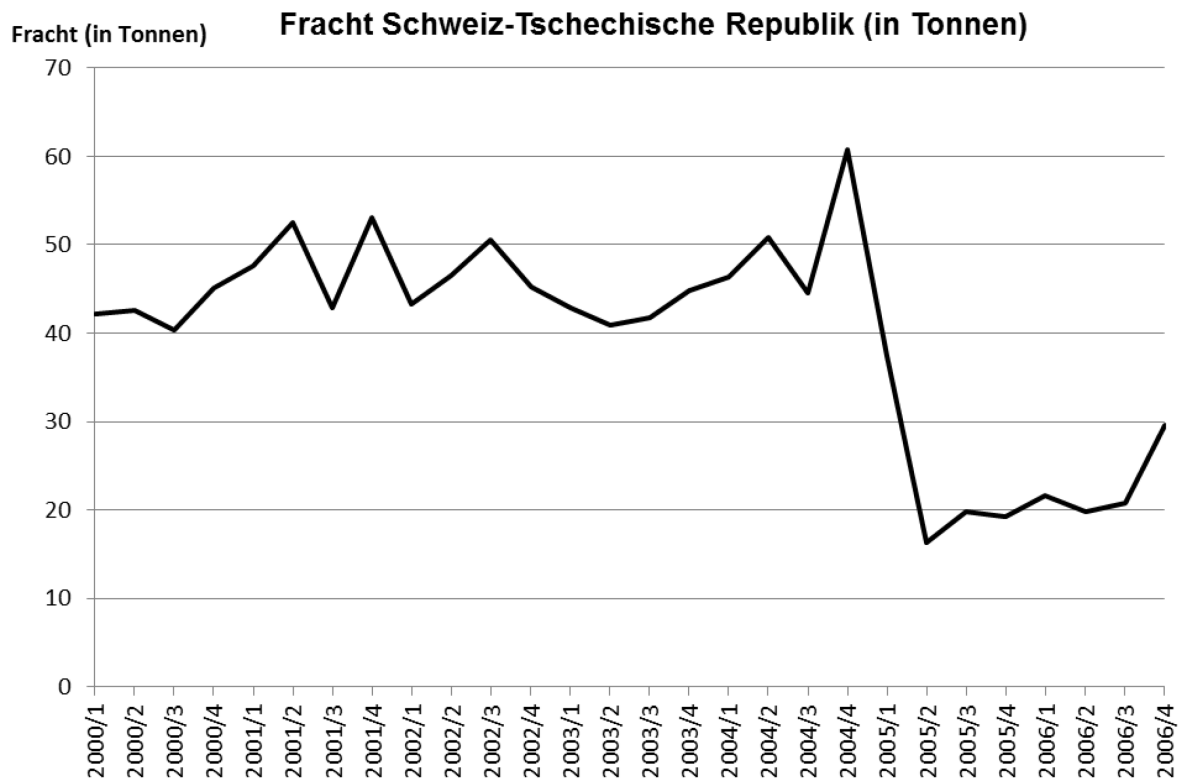


Abbildung 11: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Tschechische Republik (Quelle: IATA-CASS)

1462. Als zusätzliches Element kann die Preisdifferenz zwischen den Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und den Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede herangezogen werden. Diese Preisdifferenz ist in Abbildung 12 enthalten. Es ist der Durchschnittspreis pro Kilogramm der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede unter Abzug des Durchschnittspreises pro Kilogramm der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede dargestellt. Über die Zeit betrachtet schwankt die Preisdifferenz. Im Jahr 2003 steigt die Preisdifferenz an. Die Preisdifferenz ist dann bis Mai 2006 positiv (mit Ausnahme im August 2005). Weiter ist ersichtlich, dass die Preisdifferenz im Zeitraum 2000 bis Februar 2006 in 80 % der Fälle positiv war. In diesen Fällen lag der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede über dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. In den anderen 20 % der Fälle setzten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede einen niedrigeren Preis. Somit konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren durchschnittlichen Preis mehrheitlich über dem durchschnittlichen Preis der Luftverkehrsunternehmen setzen, die nicht an der Abrede beteiligt waren. Gleichzeitig konnten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede ihren gemeinsamen Marktanteil bis 85 % im Jahr 2004 sogar steigern.

Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

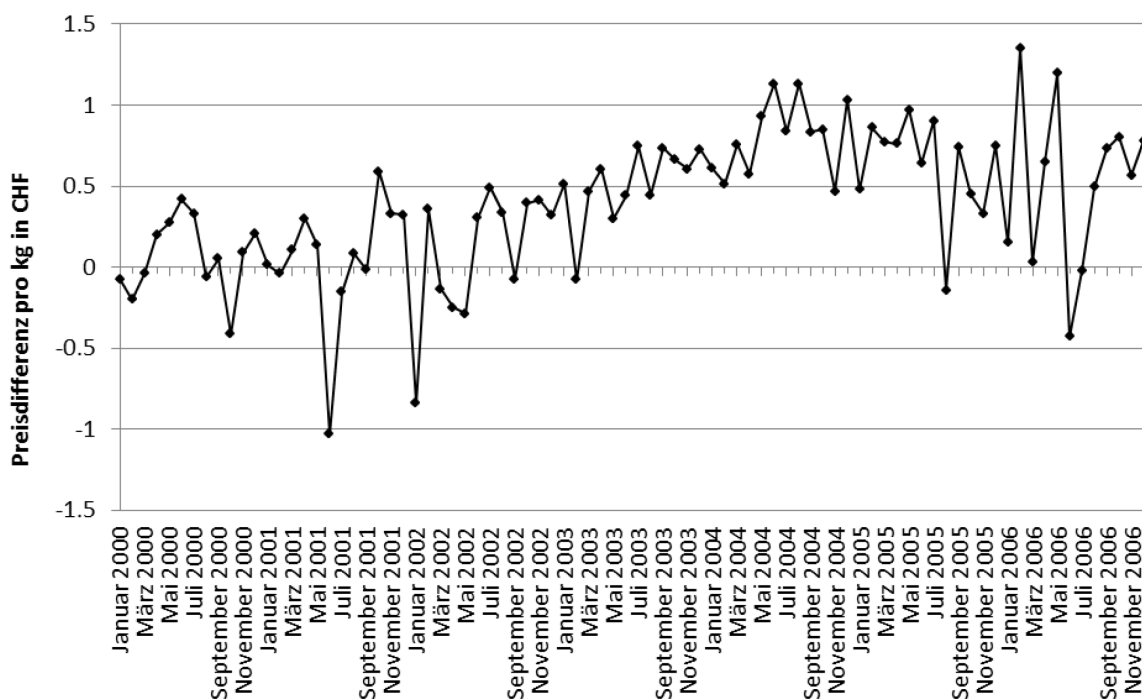


Abbildung 12: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1463. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, in den Jahren 2000 bis 2004 nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben konnten. Somit ist für diesen Zeitraum davon auszugehen, dass zu wenig aktuelle Konkurrenz bestand, um die Vermutung zu widerlegen. Demgegenüber ist für den Zeitraum 2005 bis Februar 2006 von der Widerlegung der Vermutung auszugehen.

Potenzieller Wettbewerb

1464. Die Überlegungen zur potenziellen Konkurrenz sind analog zu den Ausführungen in Bezug auf die Strecke Schweiz – USA (vgl. vorne Rz 1434 ff.). Deshalb wird auf eine Wiederholung dieser Ausführungen verzichtet.

1465. 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 Schweiz – Tschechische Republik ist in Abbildung 13 enthalten. Abbildung 13 stellt die Anzahl aller tätigen Luftverkehrsunternehmen und die Anzahl der tätigen, an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen dar. Zudem enthält die Abbildung die Differenz zwischen den tätigen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an der Abrede.

1466. Für das Total der tätigen Luftverkehrsunternehmen sind (leichte) Schwankungen über die Zeit feststellbar. Es kam regelmässig zu Marktein- und -austritten. Demgegenüber 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. Allerdings geht die Anzahl der tätigen, an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ab dem Jahr 2005 tendenziell zurück. Weil die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren gemeinsamen Marktanteil bis in das Jahr 2004 steigern konnten, kann in diesem Zeitraum nicht von nennenswerten Markteintritten ausgegangen werden.

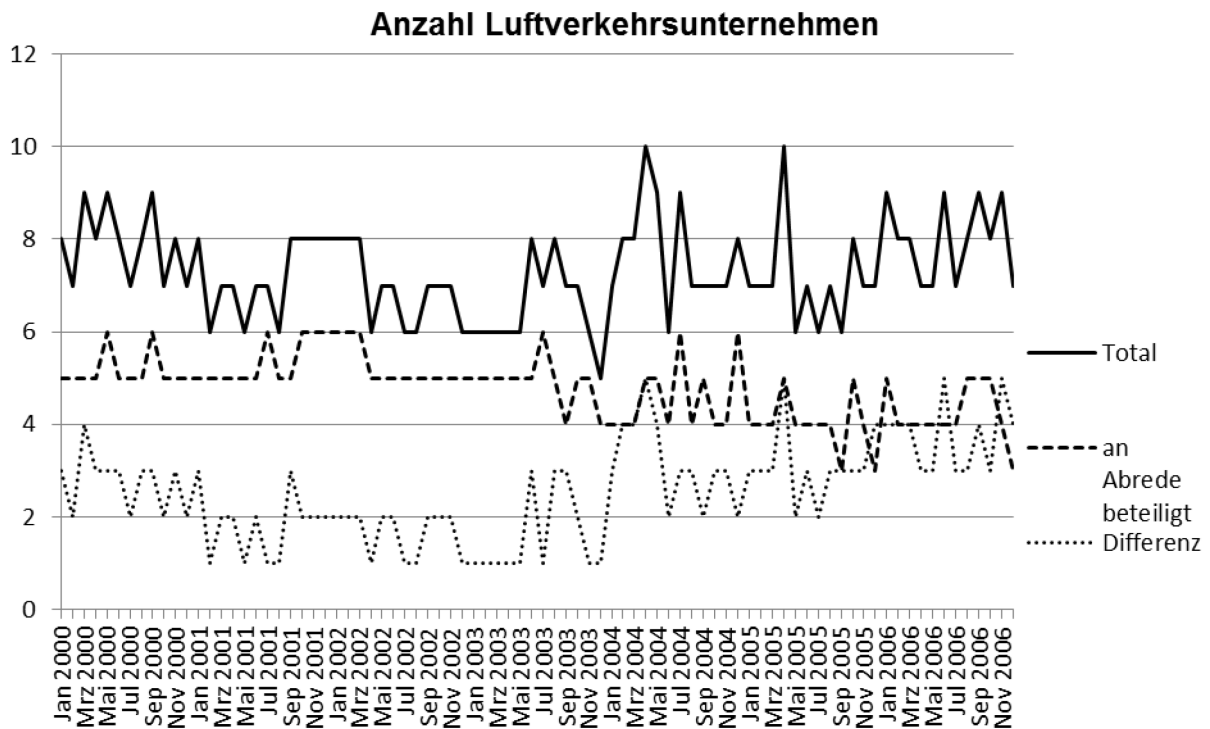


Abbildung 13: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz – Tschechische Republik (Quelle: IATA-CASS)

1467. 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 in den Jahren 2000 bis 2004 nicht als genügend disziplinierend eingestuft werden, um die Vermutung zu widerlegen.

(v) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – Pakistan

Aktueller Wettbewerb

1468. In den Jahren 2000 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 10 % und 83 % (nach Umsatz) beziehungsweise 10 % und 87 % (nach Gewicht).⁷¹⁴ Abbildung 14 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1469. Aus Abbildung 14 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Mengen gleich entwickelt haben. Über den gesamten Zeitraum der Jahre 2000 bis 2006 ist ein Rückgang zu beobachten. In den Jahren 2000 bis 2002 ging der gemeinsame Marktanteil auf unter 50 % zurück. Allerdings stieg der gemeinsame Marktanteil in den Jahren 2003 und 2004 wieder auf über 50 %. In den Jahren 2005 und 2006 ging der gemeinsame Marktanteil erneut zurück.

⁷¹⁴ Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

Gemeinsamer Marktanteil Strecke Schweiz - Pakistan

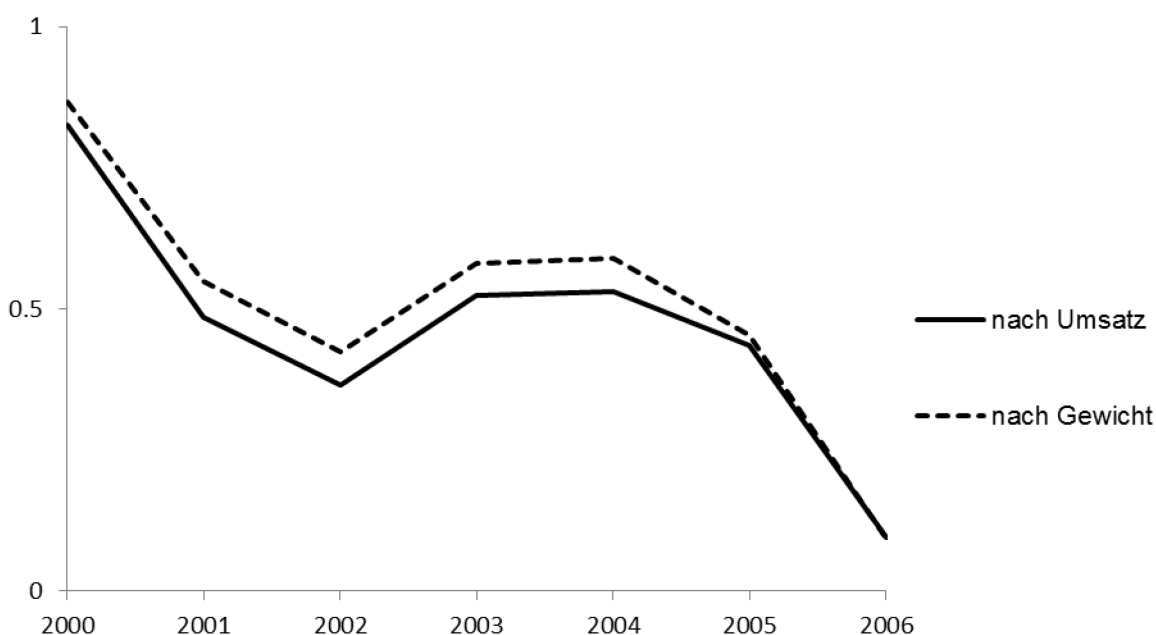


Abbildung 14: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1470. Zusätzlich kann auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens verwiesen werden. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 15. Daraus ist ab dem Jahr 2000 ein Rückgang des Frachtaufkommens feststellbar. Auch die Luftfahrt stand im Jahr 2000 unter dem Einfluss der rückläufigen wirtschaftlichen Entwicklung.⁷¹⁵ Trotz der Terroranschläge vom 11. September 2001, dem Grounding von Swissair und der allgemeinen Krise in der Luftfahrt nach dem 11. September 2001 steigt das Frachtaufkommen gegen Ende des Jahres 2001.⁷¹⁶ In Bezug auf die Entwicklung im Luftverkehr sind zudem die Krankheit SARS Ende 2002/anfangs 2003 und der Irak-Krieg im März 2003 zu erwähnen. Im Jahr 2003 verzeichnet das Frachtaufkommen einen erneuten Rückgang. Insgesamt zeigen die IATA-CASS-Daten einen Aufwärtstrend für die Jahre ab 2002.

1471. Aufgrund der Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils und des Frachtaufkommens kann in Bezug auf die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede nicht von stabilen Marktstrukturen ausgegangen werden. Angesichts der zeitlichen Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen kann der Nachweis erbracht werden, dass trotz Abrede Wettbewerb bestand, womit die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG widerlegt wird.

⁷¹⁵ DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 1.

⁷¹⁶ Vgl. BAZL, Nachhaltigkeit im Luftverkehr, Synthesebericht vom 23. Juni 2008 (Schlussbericht), 19, Ziff. 1.4, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2006, 15, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 1 Ziff. 1 und 8 Ziff. 2.3.2.

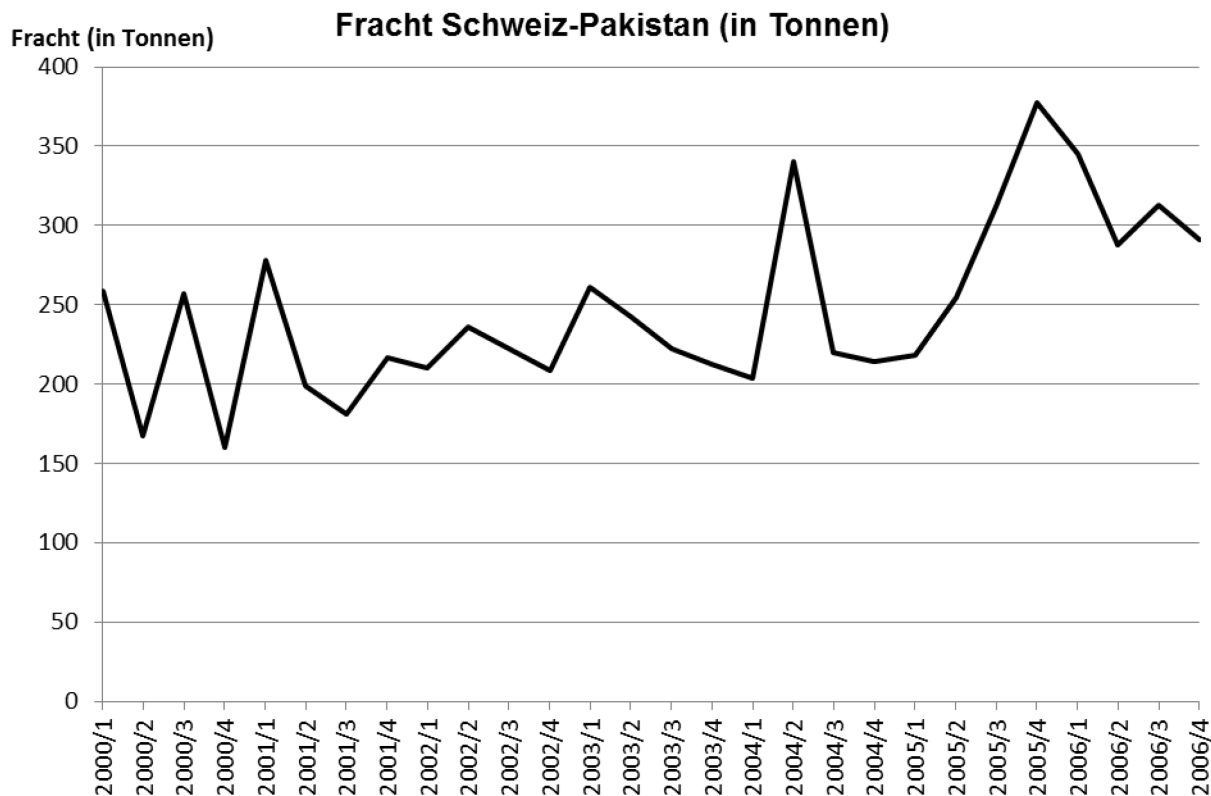


Abbildung 15: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Pakistan (Quelle: IATA-CASS)

1472. Der Vollständigkeit halber zeigt Abbildung 16 die Differenz zwischen dem Durchschnittspreis pro Kilogramm Luftfracht von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und demjenigen von Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. Die Preisdifferenz war in ungefähr 93 % der Fälle negativ (im Zeitraum 2000 bis Februar 2006). In diesen Fällen lag der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede unter dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. In den anderen 7 % der Fälle setzten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede einen höheren Preis.

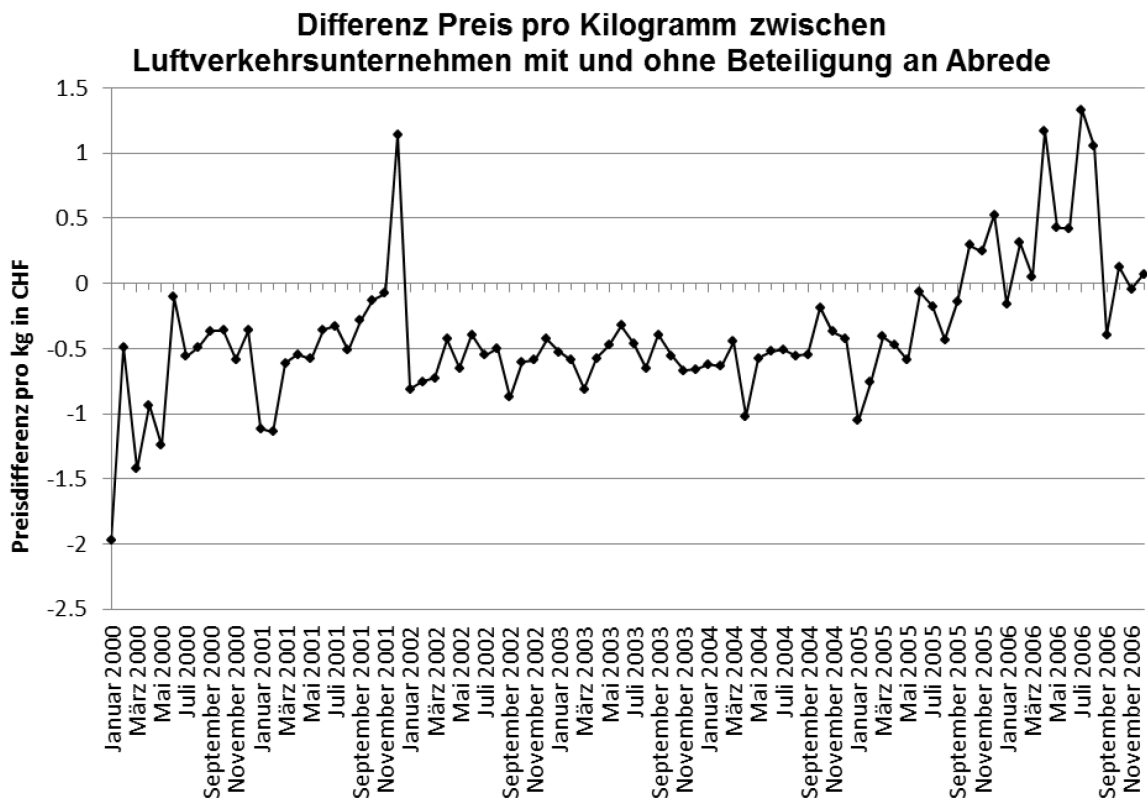


Abbildung 16: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1473. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligen, genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben konnten. Somit ist davon auszugehen, dass genügend aktuelle Konkurrenz bestand, um die Vermutung zu widerlegen.

(vi) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Schweiz – Vietnam

Aktueller Wettbewerb

1474. In den Jahren 2000 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 59 % und 88 % (nach Umsatz) beziehungsweise 66 % und 89 % (nach Gewicht).⁷¹⁷ Abbildung 17 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1475. Aus Abbildung 17 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Mengen gleich entwickelt haben. Es ist eine kontinuierliche Abnahme dieser Marktanteile zu beobachten. Die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ist über die Zeit nicht stabil.

⁷¹⁷ Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

Gemeinsamer Marktanteil Strecke Schweiz - Vietnam

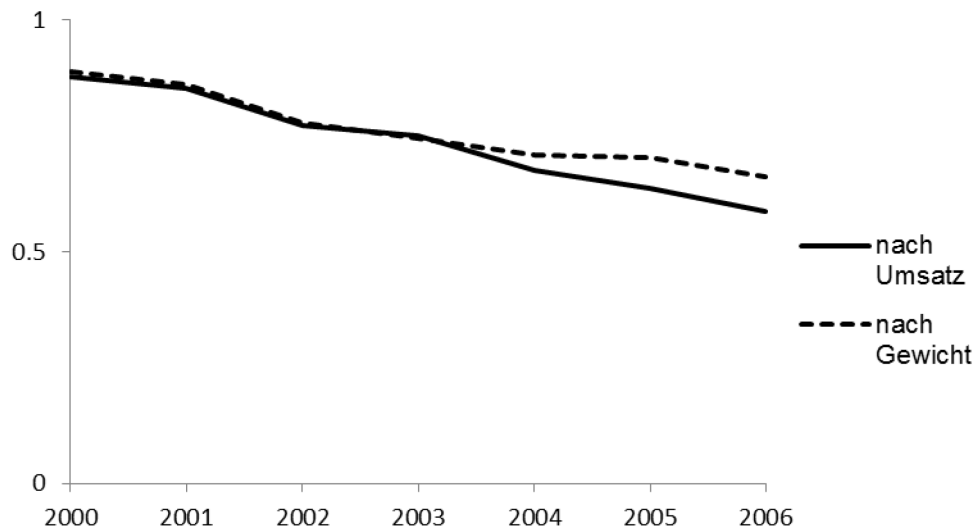


Abbildung 17: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1476. Zusätzlich kann auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens verwiesen werden. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 18. Daraus ist ab dem Jahr 2001 bis in das Jahr 2002 ein Rückgang des Frachtaufkommens feststellbar. Grund für diesen Rückgang dürften die Terroranschläge vom 11. September 2001, das Grounding von Swissair und die allgemeine Krise in der Luftfahrt nach dem 11. September 2001 sein.⁷¹⁸ Im Jahr 2002 nimmt das Frachtaufkommen wieder zu. In Bezug auf die Entwicklung im Luftverkehr sind zudem die Krankheit SARS Ende 2002/anfangs 2003 und der Irak-Krieg im März 2003 zu erwähnen. Trotz diesen zwei Vorkommnissen erfährt das Frachtaufkommen im Jahr 2003 eine Zunahme. Insgesamt zeigen die IATA-CASS-Daten über den Zeitraum 2000 bis 2006 einen minimalen Aufwärtstrend.

1477. Aufgrund der Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils und des Frachtaufkommens kann in Bezug auf die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede nicht von stabilen Marktstrukturen ausgegangen werden. Angesichts der zeitlichen Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen kann der Nachweis für genügend Wettbewerb zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG erbracht werden.

⁷¹⁸ Vgl. BAZL, Nachhaltigkeit im Luftverkehr, Synthesebericht vom 23. Juni 2008 (Schlussbericht), 19, Ziff. 1.4, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2006, 15, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 1 Ziff. 1 und 8 Ziff. 2.3.2.

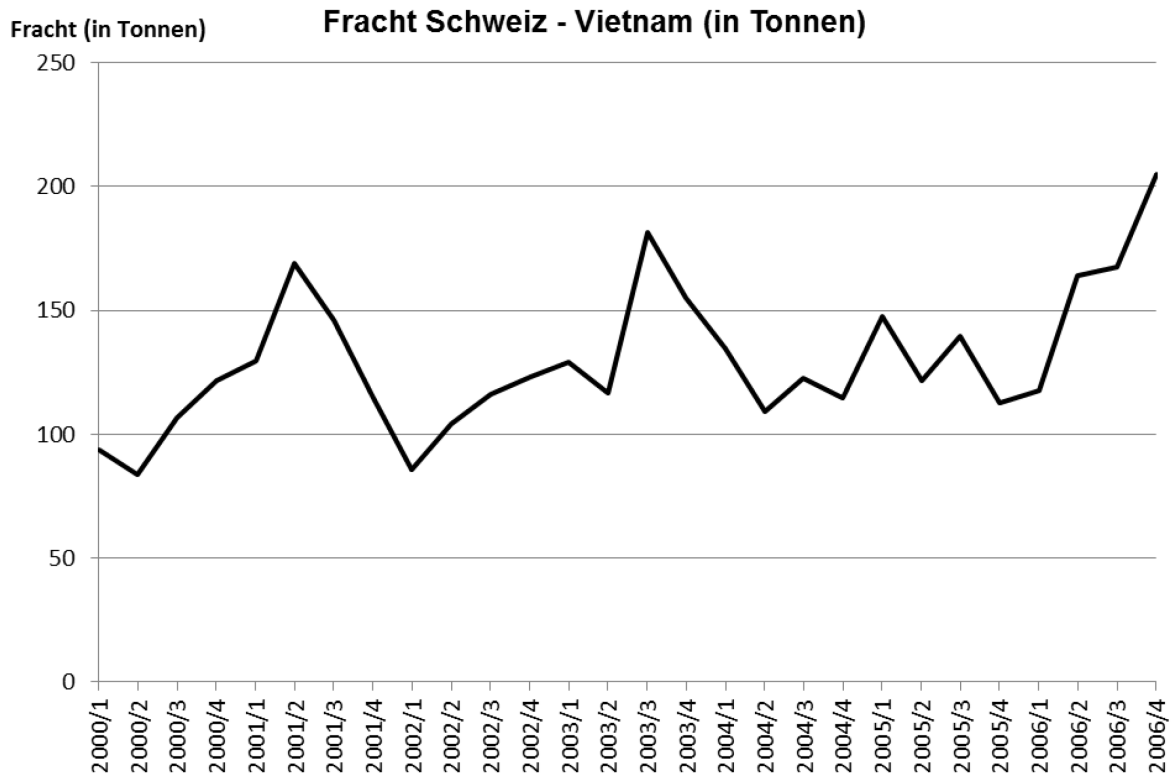


Abbildung 18: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Vietnam (Quelle: IATA-CASS)

1478. Der Vollständigkeit halber zeigt Abbildung 19 die Differenz zwischen dem Durchschnittspreis pro Kilogramm Luftfracht von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und demjenigen von Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. Die Preisdifferenz war in ungefähr 78 % der Fälle negativ (im Zeitraum 2000 bis Februar 2006). In diesen Fällen lag der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede unter dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. In den anderen 22 % der Fälle setzten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede einen höheren Preis.

Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

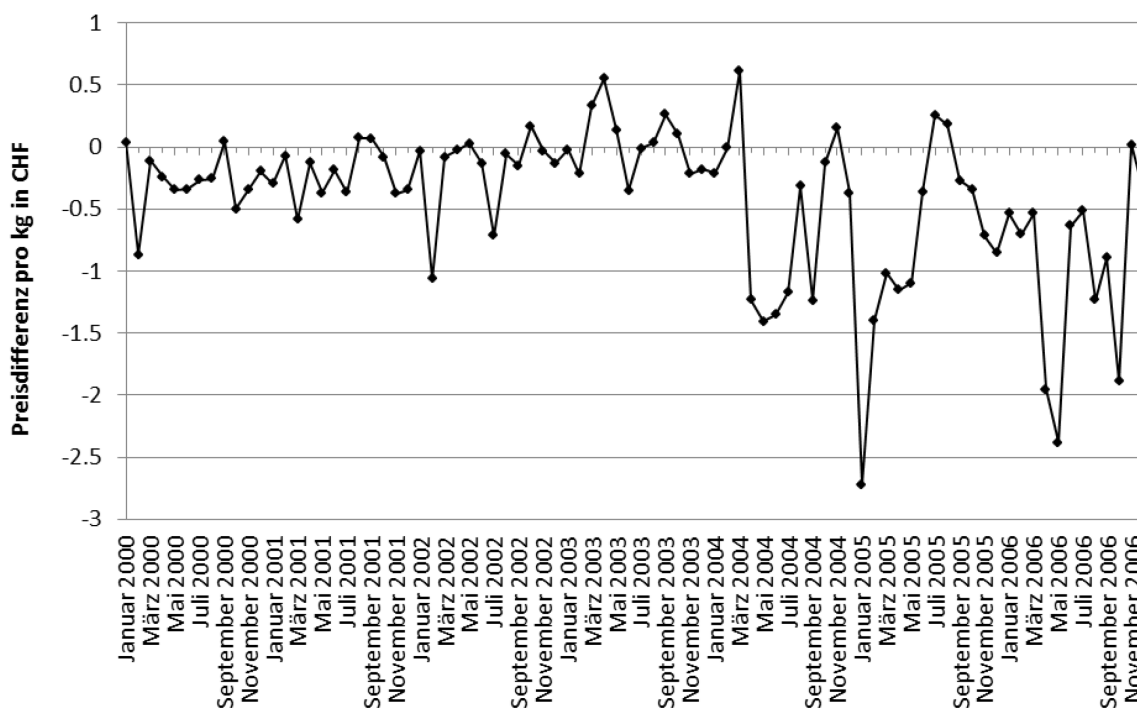


Abbildung 19: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1479. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligen, genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben konnten. Somit ist davon auszugehen, dass genügend aktuelle Konkurrenz bestand, um die Vermutung zu widerlegen.

(vii) **Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke USA – Schweiz**

Aktueller Wettbewerb

1480. In den Jahren 2000 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 82 % und 86 % (nach Umsatz) beziehungsweise 79 % und 84 % (nach Gewicht).⁷¹⁹ Abbildung 20 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1481. Aus Abbildung 20 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Mengen gleich entwickelt haben. Eine kontinuierliche Abnahme dieser Marktanteile ist nicht zu beobachten. Die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ist über die Zeit stabil.

⁷¹⁹ Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

Gemeinsamer Marktanteil Strecke USA - Schweiz

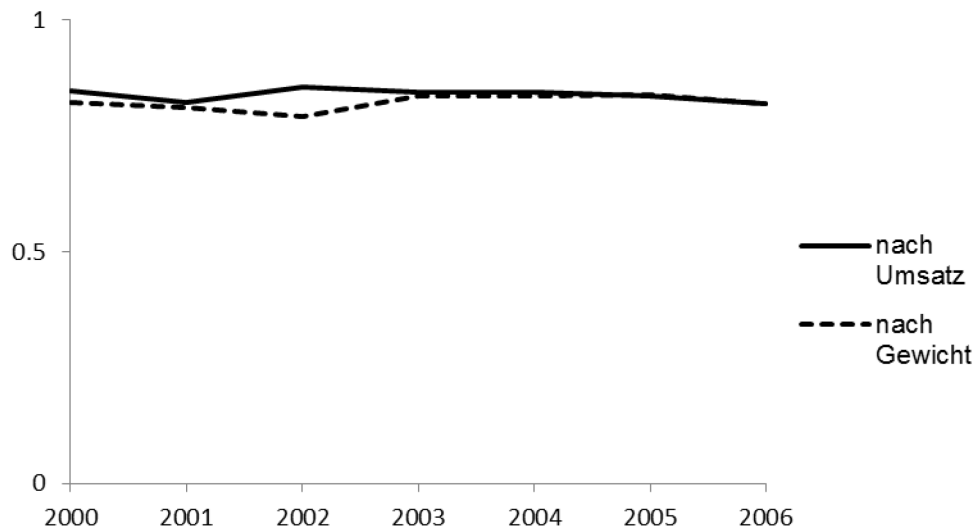


Abbildung 20: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1482. Zusätzlich kann auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens verwiesen werden. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 21. Daraus ist für das Jahr 2001 ein Rückgang des Frachtaufkommens feststellbar. Grund für den anhaltenden Rückgang dürften die Terroranschläge vom 11. September 2001, das Grounding von Swissair und die allgemeine Krise in der Luftfahrt nach dem 11. September 2001 sein.⁷²⁰ In Bezug auf die Entwicklung im Luftverkehr sind zudem die Krankheit SARS Ende 2002/anfangs 2003 und der Irak-Krieg im März 2003 zu erwähnen. Trotz diesen zwei Vorkommnissen im Jahr 2003 verzeichnet das Frachtaufkommen ab dem Jahr 2002 eine Stabilisierung in dem Sinne, dass das Frachtaufkommen auf gleicher Höhe schwankt. Für den Zeitraum ab dem Jahr 2002 kann somit von stabilen Marktverhältnissen ausgegangen werden.

1483. Die stabile Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils und die stabilen Marktverhältnisse ab dem Jahr 2002 weisen auf stabile Marktstrukturen hin.

1484. Bei gemeinsamen Marktanteilen von an Abreden beteiligten Luftverkehrsunternehmen in der Grössenordnung von über 80 %, einer zeitlichen stabilen Entwicklung gemeinsamer Marktanteile und stabilen Marktstrukturen geht die WEKO davon aus, dass wenig aktuelle Konkurrenz vorhanden ist beziehungsweise der aktuelle Aussenwettbewerb durch die Abrede weitestgehend beseitigt war.⁷²¹

⁷²⁰ Vgl. BAZL, Nachhaltigkeit im Luftverkehr, Synthesebericht vom 23. Juni 2008 (Schlussbericht), 19, Ziff. 1.4, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL/Aerosuisse, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, 2006, 15, <<http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/studien/index.html?lang=de>> (18.7.2012); BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht vom 3. März 2005, 1 Ziff. 1 und 8 Ziff. 2.3.2.

⁷²¹ Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 48 Rz 258 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011) und RPW 2010/4, 744 Rz 248 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

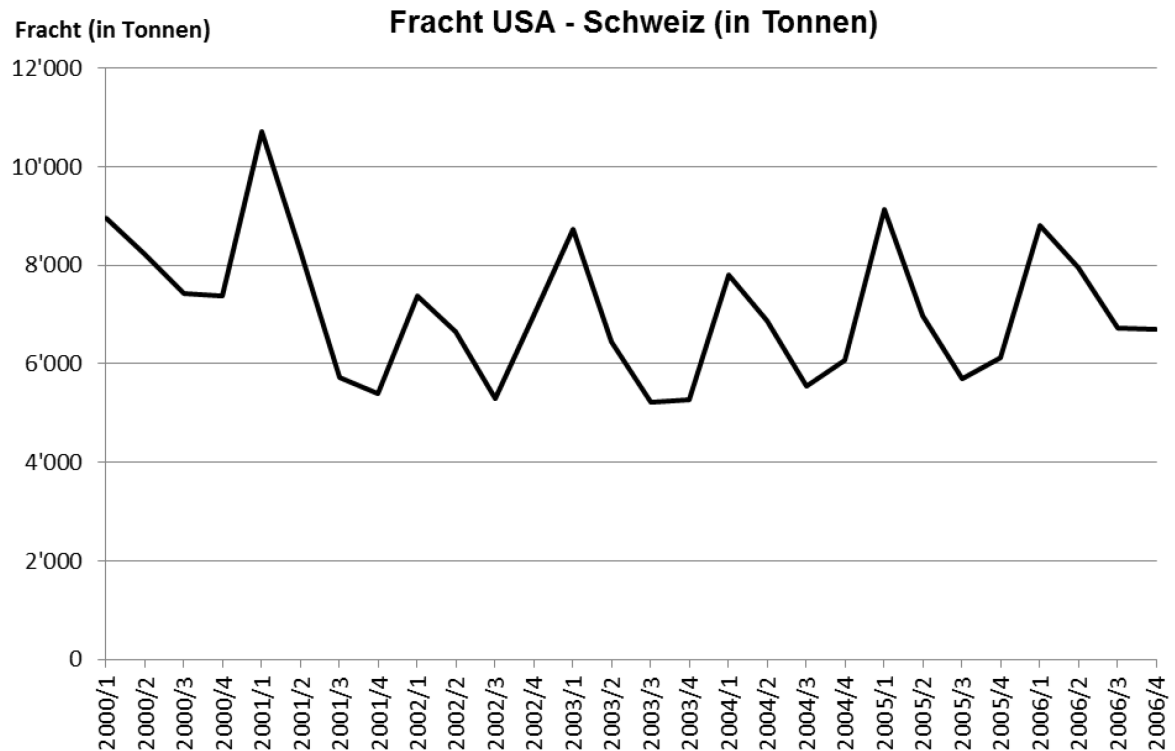


Abbildung 21: Frachtaufkommen für Strecke USA – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

1485. Als zusätzliches Element kann auch die Preisdifferenz zwischen den Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und den Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede herangezogen werden. Diese Preisdifferenz ist in Abbildung 22 dargestellt. Abbildung 22 zeigt die Differenz zwischen dem Durchschnittspreis pro Kilogramm Luftfracht von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und demjenigen von Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. Es ist ersichtlich, dass die Preisdifferenz in 78 % der Fälle positiv war. In diesen Fällen lag der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede über dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. In den anderen 22 % der Fälle setzten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede einen niedrigeren Preis. Folglich konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren Marktanteil über die Zeit halten, obwohl sie mehrheitlich einen durchschnittlich höheren Preis als die anderen Luftverkehrsunternehmen verlangten.

Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

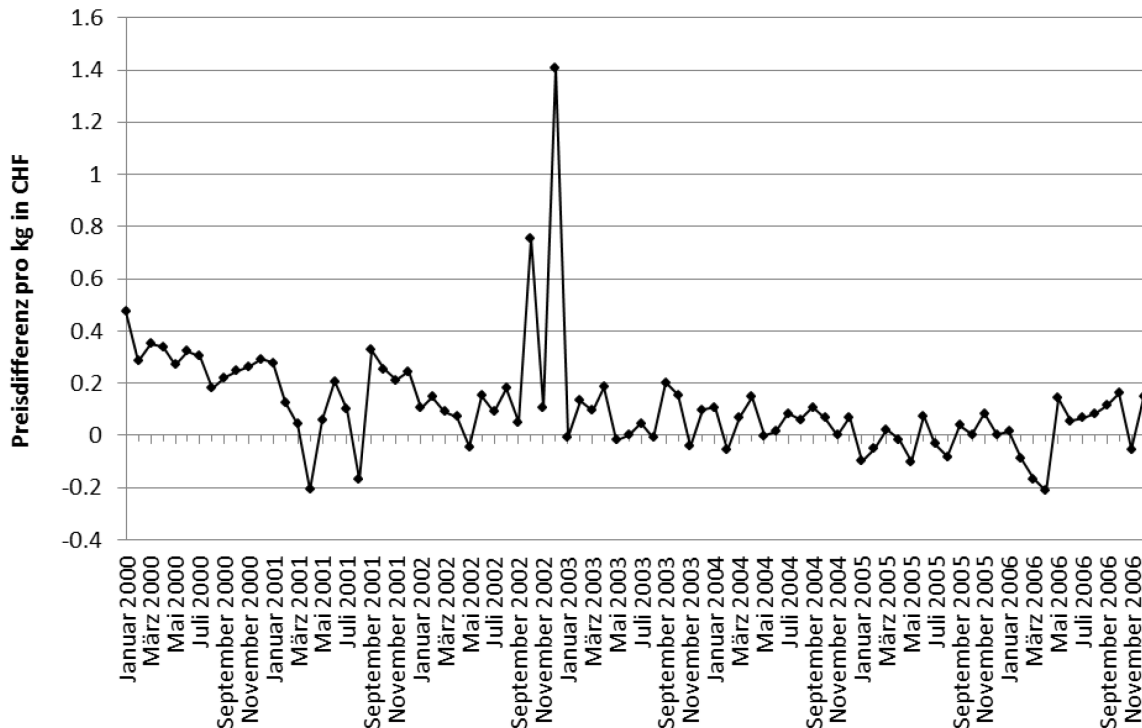


Abbildung 22: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quellen: IATA-CASS)

1486. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben konnten. Somit ist davon auszugehen, dass die aktuelle Konkurrenz zu gering ist, um die Vermutung zu widerlegen.

Potenzieller Wettbewerb

1487. Die Überlegungen zur potenziellen Konkurrenz sind analog zu den Ausführungen in Bezug auf die Strecke Schweiz – USA (vgl. vorne Rz 1434 ff.). Deshalb wird auf eine Wiederholung dieser Ausführungen verzichtet.

1488. 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 USA – Schweiz in Abbildung 23 enthalten. Abbildung 23 stellt die Anzahl aller tätigen Luftverkehrsunternehmen und die Anzahl der tätigen, an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen dar. Zudem enthält Abbildung 23 die Differenz zwischen den tätigen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an der Abrede.

1489. Für das Total der tätigen Luftverkehrsunternehmen sind (leichte) Schwankungen über die Zeit feststellbar. Es kam regelmässig zu Marktein- und -austritten. Demgegenüber 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 USA – Schweiz tätig waren ab dem Jahr 2003 auf einem höheren Niveau. Somit fanden nachhaltige Markteintritte durch an der Abrede beteiligte Luftverkehrsunternehmen statt. Zudem konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren gemeinsamen Marktanteil im

betrachteten Zeitraum in der Grössenordnung von 80 % halten. Dies zeigt, dass keine nennenswerten Markteintritte durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen stattfanden.

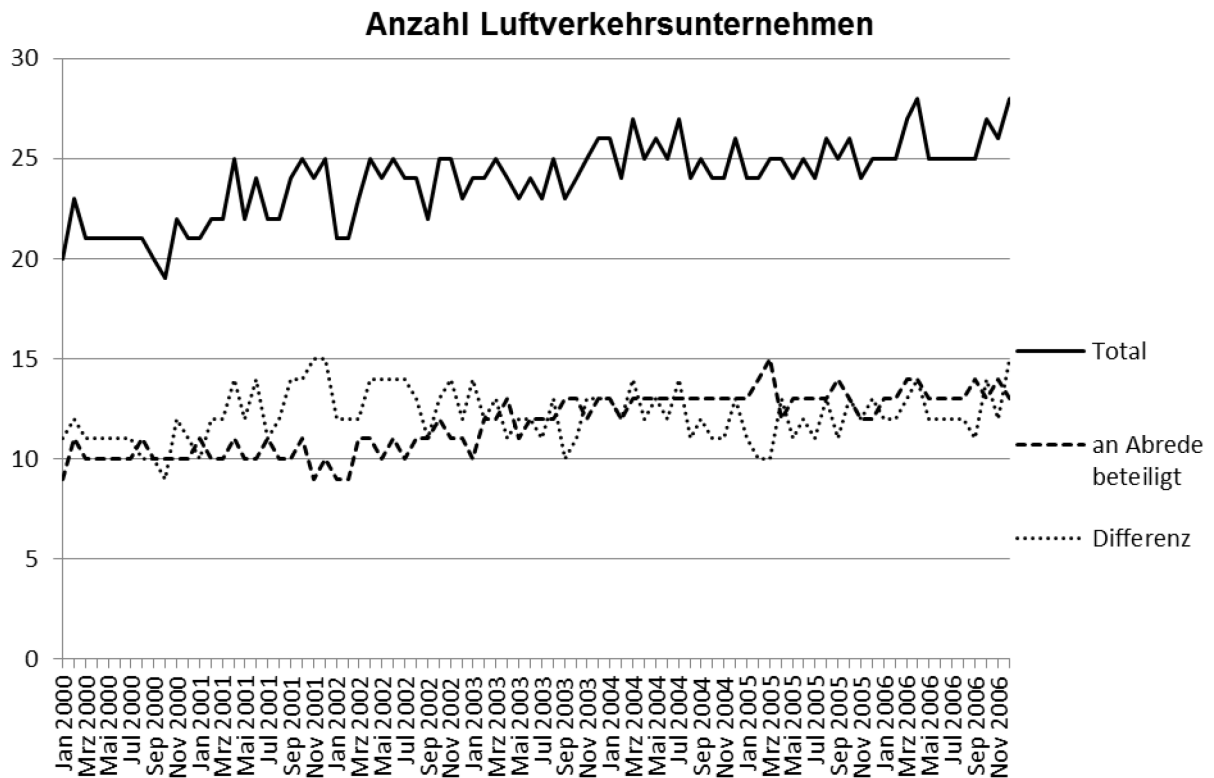


Abbildung 23: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke USA – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

1490. 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.

(viii) Aussenwettbewerb unidirektionale Beförderung von Luftfracht auf der Strecke Singapur – Schweiz

Aktueller Wettbewerb

1491. In den Jahren 2001 bis 2006 bewegte sich der gemeinsame Marktanteil der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen zwischen 84 % und 99.7 % (nach Umsatz) beziehungsweise 82 % und 99.7 % (nach Gewicht).⁷²² Abbildung 24 enthält die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen über die Zeit. Es ist der gemeinsame Marktanteil anhand der Umsätze sowie anhand der transportierten Mengen (nach Gewicht) dargestellt.

1492. Aus Abbildung 24 ist ersichtlich, dass sich der gemeinsame Marktanteil nach Umsätzen und der gemeinsame Marktanteil nach Mengen gleich entwickelt haben. Es ist eine kontinuierliche Abnahme dieser Marktanteile zu beobachten. Es handelt sich allerdings um eine geringe Abnahme auf sehr hohem Niveau.

⁷²² Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten, für das Jahr 2000 sind keine Daten vorhanden.

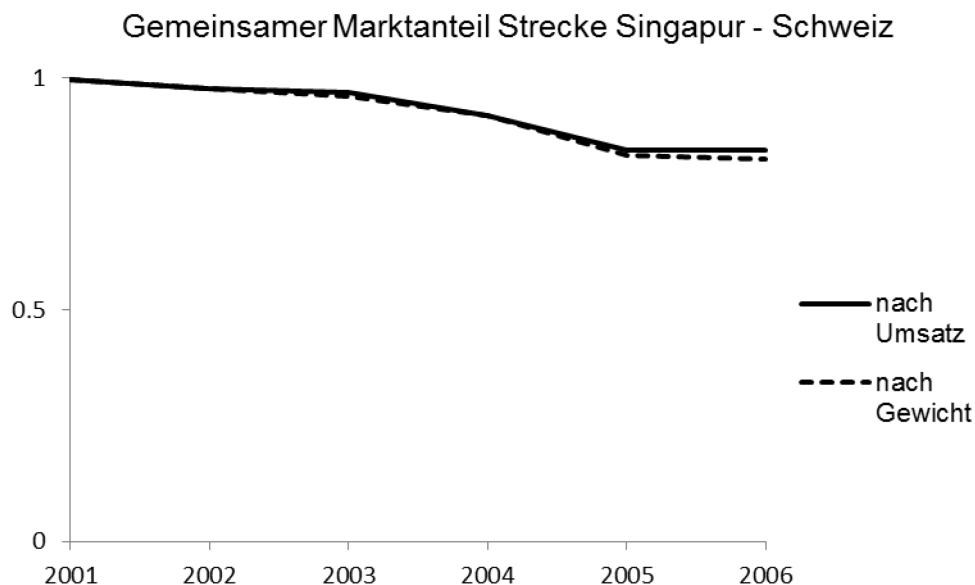


Abbildung 24: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

1493. Zusätzlich kann auf die zeitliche Entwicklung des Frachtaufkommens verwiesen werden. Die monatliche Entwicklung des Frachtaufkommens zeigt Abbildung 25. Daraus ist ab dem Jahr 2001 eine Zunahme des Frachtaufkommens feststellbar. Gegen Ende des Jahres 2002 geht das Frachtaufkommen wieder zurück. In Bezug auf die Entwicklung im Luftverkehr sind zudem die Krankheit SARS Ende 2002/anfangs 2003 und der Irak-Krieg im März 2003 zu erwähnen. In den Jahren 2003 bis 2005 schwankt das Frachtaufkommen auf gleicher Höhe. Ab dem Jahr 2006 ist ein starker Anstieg zu beobachten.

1494. Die Entwicklung des gemeinsamen Marktanteils und die Schwankungen des Frachtaufkommens auf gleicher Höhe in den Jahren 2003 bis 2005 lassen nicht eindeutig auf stabile Marktverhältnisse schliessen. Jedoch lassen die Beobachtungen auch nicht auf unstabile Marktstrukturen schliessen.

1495. Bei gemeinsamen Marktanteilen von an Abreden beteiligten Luftverkehrsunternehmen in der Grössenordnung von über 80 %, einer zeitlichen stabilen Entwicklung gemeinsamer Marktanteile und stabilen Marktstrukturen geht die WEKO davon aus, dass wenig aktuelle Konkurrenz vorhanden ist beziehungsweise der aktuelle Aussenwettbewerb durch die Abrede weitestgehend beseitigt war.⁷²³

⁷²³ Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 48 Rz 258 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011) und RPW 2010/4, 744 Rz 248 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

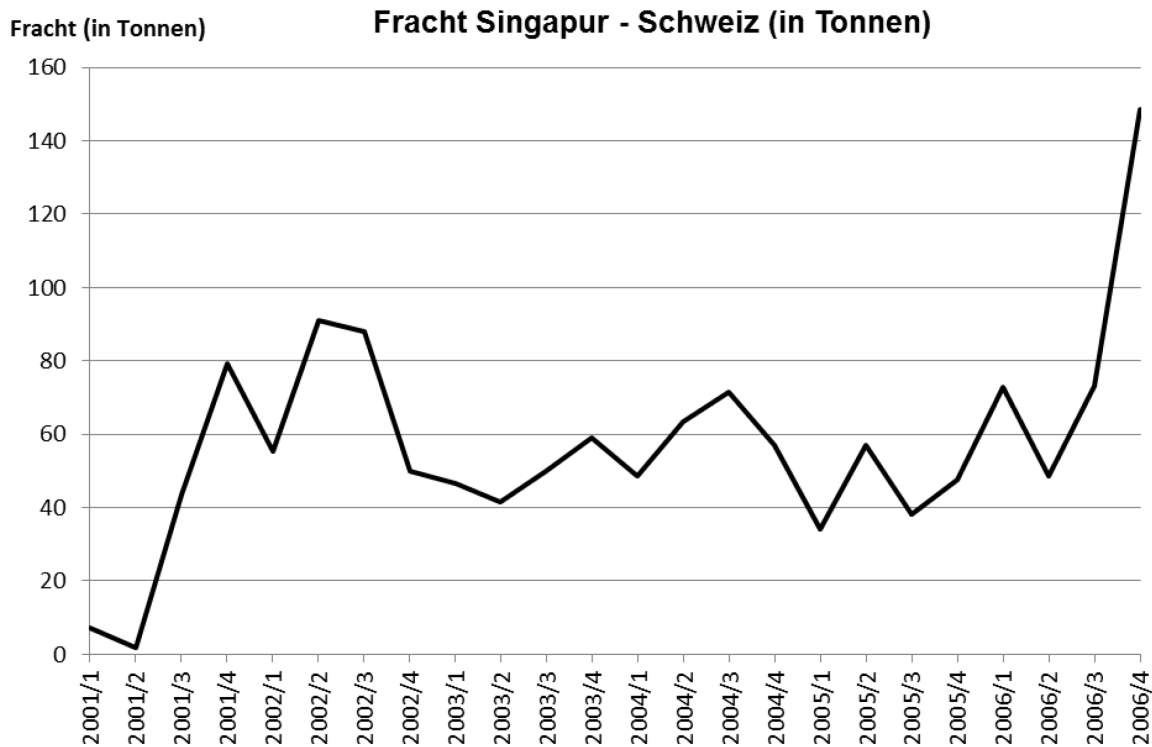


Abbildung 25: Frachtaufkommen für Strecke Singapur – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

1496. Als zusätzliches Element kann auch die Preisdifferenz zwischen den Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und den Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede herangezogen werden. Diese Preisdifferenz ist in Abbildung 26 dargestellt. Abbildung 26 zeigt die Differenz zwischen dem Durchschnittspreis pro Kilogramm Luftfracht von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede und demjenigen von Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. Es ist ersichtlich, dass die Preisdifferenz in 79 % der Fälle positiv war. Somit lag der Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede mehrheitlich über dem Durchschnittspreis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede. In den anderen 21 % der Fälle setzten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede einen niedrigeren Preis. Somit konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren durchschnittlichen Preis mehrheitlich über dem durchschnittlichen Preis der Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an der Abrede setzen, die nicht an der Abrede beteiligt waren. Gleichzeitig konnten die Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an der Abrede ihren gemeinsamen Marktanteil auf der Höhe von 84 % beziehungsweise 82 % halten. Folglich konnten die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren Marktanteil über die Zeit halten, obwohl sie mehrheitlich einen durchschnittlich höheren Preis als die anderen Luftverkehrsunternehmen verlangten.

Differenz Preis pro Kilogramm zwischen Luftverkehrsunternehmen mit und ohne Beteiligung an Abrede

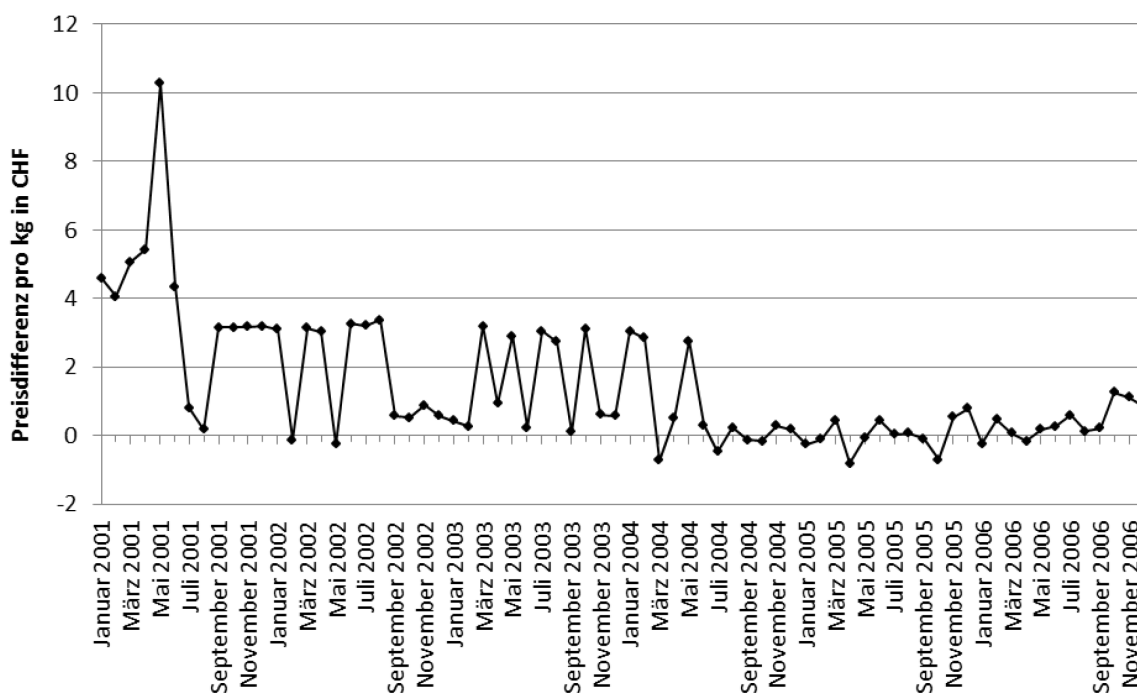


Abbildung 26: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1497. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck ausüben 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.

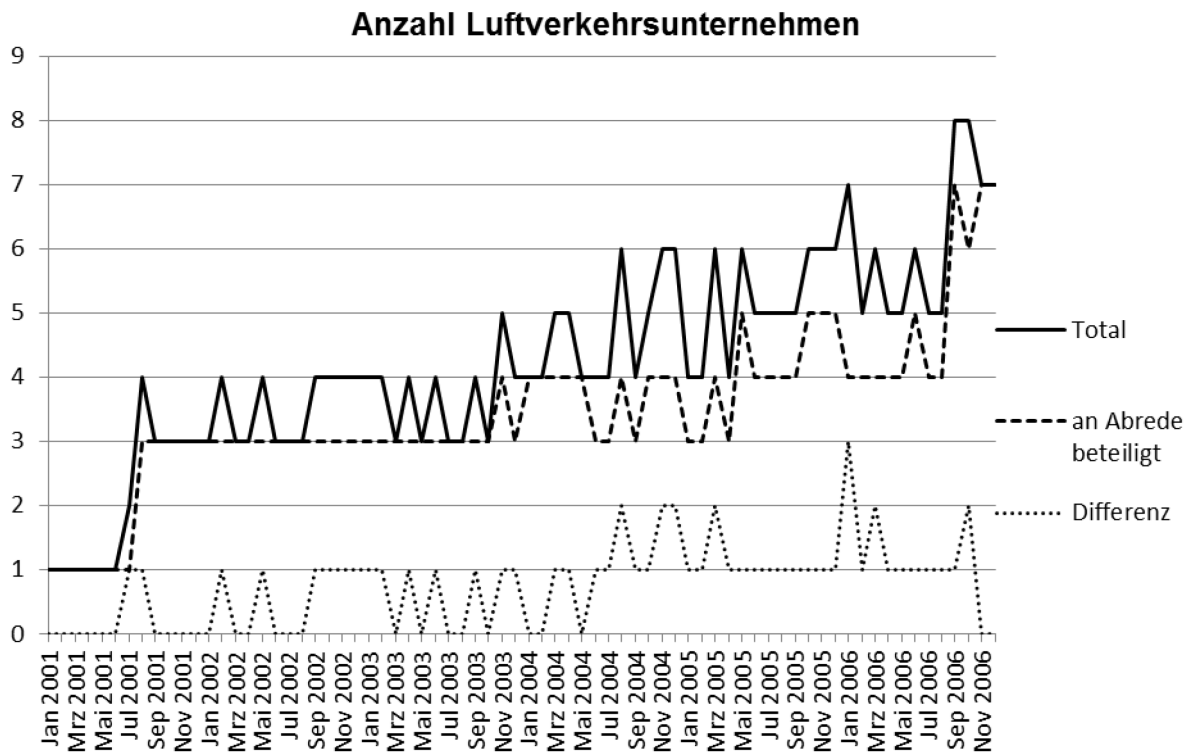


Abbildung 27: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Singapur – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

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 wirksamen 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,

- 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 einführen. [...] 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 Singapur 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 [...], Singapur und [...] anwesend. An diesem Treffen wurden folgende Punkte zur Erhöhung von Treibstoffzuschlägen eingebracht. [...] und [...] wollten eine zweite Rund ab 1. November 2000. «SQ [Singapur] 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 abgeliefert bekommen. Der Bereich wird alles in seinen Möglichkeiten stehende

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/statpub/id/statpub>> (25.7.2011).

⁷²⁶ Vgl. vorne Rz [...].

⁷²⁷ Vgl. vorne Rz [...].

dazu beitragen, 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 Delkredererisiko 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/spedfreedocis.cfm?id=10011639&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (25.07.2011).

⁷²⁹ Spedlogswiss, Jahresbericht 2006,

<<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10013601&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=fr>> (25.7.2011); Spedlogswiss, Jahresbericht 2005,

<<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.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.

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 Wettbewerbsbehörden über Kartelle zu informieren und an deren Beseitigung mitzuwirken.

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.

ken.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 Verstösse 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

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. [...].

Produkt handle 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 Befolgen der (angeblichen) Abrede zu behaupten. Die im Antrag gezogene Schlussfolgerung zu den Frachtraten trotz sachverhaltmässiger 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

⁷⁴¹ Vgl. act. [...].

⁷⁴² Vgl. act. [...].

⁷⁴³ Vgl. act. [...], act. [...].

Innenwettbewerb bestand. Allerdings ist dies keine Frage des Beweismasses. Weiter muss 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 ei-

⁷⁴⁴ Vgl. act. [...].

⁷⁴⁵ Vgl. BGE 129 II 18, E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*.

nen kleinen Prozentsatz am Gesamtpreis ausmachen würden, wobei nicht in jedem einzelnen Fall, wenn überhaupt, 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. [...].

(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 intensivierem 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. [...].

(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) widergibt 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 95⁷⁵⁹ sich nicht nur auf «wesentliche» Preiselemente be-

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.

schränkt: «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 Kriegsrisikozuschläge, 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 erfüllten. 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

⁷⁶⁰ Vgl. act. [...].

⁷⁶¹ Vgl. act. [...].

⁷⁶² Vgl. act. [...].

⁷⁶³ Vgl. act. [...].

⁷⁶⁴ Vgl. act. [...].

damalige Entwicklung im Wettbewerbsprozess. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Singa-
pore ausdrücklich mitteilte, eine Erhöhung der Frachtraten vorzunehmen anstatt Treibstoff-
zuschläge einzuführen (vgl. Rz 226). Und vor allem hat Singa-
pore 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 nach-
gewiesen (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 In-
formationsaustauschs auf die einzelnen relevanten Märkte vollends vermissen. Das Sekreta-
riat prüfe in keiner Weise, inwiefern die behauptete(n) Abrede(n) überhaupt für Entwicklun-
gen 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 Buch-
stabe 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 ih-
rem 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 Ar-
tikel 5 Absatz 3 KG. Es läge diesfalls eine Art von Einkaufskooperation/-gemeinschaft vor.
Einkaufsgemeinschaften seien in der Regel nicht wettbewerbsschädlich, sondern wettbe-
werblichfördernd. Deshalb habe der Gesetzgeber sie weder der Vermutung von Artikel 5 Ab-
satz 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)

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*.

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 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 Aussenwettbewerbs 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 Innenwettbewerbs 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 Frachtpreisen (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

⁷⁷¹ Vgl. act. [...], act. [...].

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 Kunden Frachtraten auf einer pro-Kilogramm-Basis. Die pro-Kilogramm-Basis richtet sich nach dem tatsächlichen Gewicht («actual weight») oder dem anzurechnenden Gewicht («chargeable weight») gemäss einer Formel, welche das Volumen von Fracht mit geringer Dichte berücksichtigt (vgl. Abschnitt A.4.2). Der Antrag behauptet dann auch nicht, dass die Luftverkehrsunternehmen 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 Abredeteiligen darauf einigen, exakt den gleichen Preis zu verlangen. Preisabreden können verschiedene Formen annehmen. Beispiele für Preisabreden umfassen: Einrichten und Befolgen von Preisrabatten, Preise stabil halten, Aufhebung oder Reduktion von Rabatten, Übernehmen einer Standardformel zur Preisberechnung, Aufrechterhaltung von Preisunterschieden zwischen verschiedenen Typen, Grössen oder Mengen von Produkten, Befolgen von Minimum-Gebühren oder Preisschemen, Kreditkonditionen festlegen oder Preise nicht zu publizieren.⁷⁷³

1563. Im vorliegenden Fall einigten sich die Luftverkehrsunternehmen bei den Treibstoffzuschlägen auf deren Einführung. Bei der Kommissionierung von Zuschlägen einigten sich die Luftverkehrsunternehmen, diese gegenüber den Speditionen nicht zu gewähren. Gemäss festgestelltem 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:

⁷⁷² Vgl. act. [...].

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. [...].

- Schweiz – USA,
- Schweiz – Singapur,
- Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004,
- USA – Schweiz,
- 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, 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 (BBI 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 %

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

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).

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

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 Geschäftspartnern 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.

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*.

1588. Weiter ist festzuhalten, dass die Speditionswirtschaft alle «Surcharges» an die verladende Wirtschaft weiterverrechnet.⁷⁸⁹ «Die Airlines rechnen ihren Kunden sogenannte «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 dienen.

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 vorlie-

⁷⁸⁹ Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10011639&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (25.07.2011).

⁷⁹⁰ Spedlogswiss, Jahresbericht 2006, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10013601&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=fr>> (25.7.2011); Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10013156&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (30.07.2012).

⁷⁹¹ Spedlogswiss, Jahresbericht 2006, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10013601&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=fr>> (25.7.2011); Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10013156&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (30.07.2012).

⁷⁹² Vgl. act. [...].

gen. Die Gesamtabrede und die (eventualiter vorliegenden) Einzelabreden betreffen den gleichen Preis.

(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 entgegen, 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 Luftverkehrsunternehmen 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.

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. [...].

(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 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

⁷⁹⁷ Vgl. act. [...].

⁷⁹⁸ Vgl. act. [...].

⁷⁹⁹ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 194.

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 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 überwältigt. 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.

⁸⁰⁰ Vgl. act. [...].

⁸⁰¹ Vgl. act. [...].

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, dass deren Stellung insgesamt als relativ stark anzusehen sei, mindestens so stark, um den Luftfahrtsunternehmen eine entsprechende Gegenmacht entgegensetzen 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 Preis-

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*.

⁸⁰³ Vgl. act. [...].

⁸⁰⁴ Vgl. act. [...] und act. [...].

⁸⁰⁵ Vgl. act. [...].

festsetzung 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

B.3.4.5.4 Gesamtwürdigung und Zwischenergebnis

1613. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die vorliegende Wettbewerbsabrede sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten ist. Dementsprechend ist ohne Weiteres auch die Beeinträchtigung insgesamt als erheblich einzustufen. Mit anderen Worten bewirkt die Preisabrede eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs, 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 Wettbewerbsabreden 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 technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb 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 Parteien 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 einigermaßen plausibel erscheinen.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 194.

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*.

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 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 wirksame Wettbewerb, ist im Zweifel für den Wettbewerb zu entscheiden.⁸¹⁰ Die Folgerung, wonach im Zweifel für den Wettbewerb zu entscheiden ist, weil dem Gesetz die Annahme zugrunde 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 gemeinsame Forschung und Entwicklung oder an einen gemeinsamen Vertrieb und Einkauf. Erfasst werden von diesem Effizienzgrund aber auch Spezialisierungsvereinbarungen, mit denen Kosten gespart werden (z. B. durch Vermeidung der Duplikation von Forschungs- und Entwicklungskosten) und die Produktion gleichzeitig erhöht wird sowie grundsätzlich auch Vereinbarungen, 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 Luftverkehrsunternehmen haben eine Wettbewerbsabrede getroffen, die den Preis betrifft. Es ist nicht ersichtlich, 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-

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 Verleger-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: *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, von Büren/Marbach/Ducrey (Hrsg.), 2008, 315 vor N 1435.

⁸⁰⁹ Vgl. RPW 2005/2, 276 Rz 46 m. w. H., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz*.

⁸¹⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E.7, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband 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 Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*

⁸¹² RPW 2010/4, 754 Rz 334, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

fasst zum Beispiel auch die Umweltverträglichkeit von Produkten. Darunter können auch die Verbreiterung des Angebots oder des Produktesortiments wie auch das Qualitätsniveau verstanden werden. Weiter kann auch die Verbesserung des Vertriebs vom Tatbestandsmerkmal «Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren» erfasst werden. Beispiele für Abreden, die eine Verbesserung des Vertriebs bezwecken, sind etwa die Verpflichtung zur fachkundigen Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zu Gewährleistung eines guten Kundendienstes. Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn geeignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Sie stellen deshalb eine Verbesserung des Produkts dar.⁸¹³

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

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».)

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*.

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 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 Singapore, [...], Scandinavian und [...] gescheitert ist. Die Zusammenarbeit mit den [...] -Partnern sei unnötig geworden, weil die Streckennetze der Luftverkehrsunternehmen genügend dicht geworden seien. Zudem hätten die Luftverkehrsunternehmen gesagt, dass die Frachtallianz nie so gut funktioniert hätte wie im Rahmen von Allianzen beim Personentransport. Experten gingen davon aus, dass der Grund nicht zuletzt im Fehlen von Reservationssystemen und Kundenbindungsprogrammen 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 do 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 Buchstabe a KG nicht ersichtlich beziehungsweise können nicht nachgewiesen werden. Entsprechend der erwähnten Beweislastverteilung (vgl. Rz 1615) bleibt es damit bei der Unzulässigkeit 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.

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*.

⁸¹⁷ Vgl. act. [...], act. [...].

⁸¹⁸ Jahresbericht 2008 EU-Kommission (GD Energie und Transport), *Analyses of the European air transport market*, S 116.

⁸¹⁹ Entscheidung der EU-Kommission COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss* vom 4. Juli 2005, Rz 177.

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 wirtschaftlichen Effizienz setzt voraus, dass die Abrede den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.⁸²¹

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] ablief. [...] 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

⁸²⁰ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E.7, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband 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*.

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.

- 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.

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 (Hardcore-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 Speditionen. 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

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.

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 Verwaltungs- beziehungsweise 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

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 Verwaltungsanktionen – 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 bekomme. 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 auf-

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*.

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. [...].

grund 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 ausgefallenen Sanktionen aber 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 erscheine 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 bestimmte Rechtsfrage nicht regele. Da Kartellrechtsverletzungen mit Sanktionen strafrechtlichen Charakters gemäss Schweizer Recht versehen seien, könnten die folgenden Verjährungsfristen 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 anwendbar sei, eine Verjährungsfrist von drei Jahren (Art. 109 StGB); selbst wenn ein Kartellrechtsverstoss 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 Verjährungsfristen in anderen Bundesgesetzen um die Hälfte erhöht werden, soweit es sich um Verbrechen oder Vergehen handelt.

⁸³⁰ Vgl. act. [...], act. [...].

⁸³¹ Vgl. act. [...], act. [...].

(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 entscheiden oder ein Verfahren beenden müsse. Allerdings könne es angesichts der generellen Prinzipien des Rechts nicht sein, dass keine Verjährungsfrist gelte, sofern die WEKO ein Verfahren vor Ablauf der Frist gemäss Artikel 49a Absatz 3 KG eröffne. Der Strafcharakter der Sanktionen gemäss Kartellgesetz sei von den Gerichten und den schweizerischen Wettbewerbsbehörden anerkannt. Unter Verweis auf die Literatur und schweizerisches Strafrecht betrage die Verjährungsfrist vier beziehungsweise fünf Jahre. Für Scandinavian sei die Teilnahme 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.

(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 Hinblick auf die Auferlegung einer Sanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG am 1. März 2011 verjährt 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 Anwendung 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 herangezogen 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

⁸³² Vgl. act. [...].

⁸³³ Vgl. act. [...].

⁸³⁴ Vgl. act. [...].

⁸³⁵ Vgl. act. [...], act. [...].

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.

(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 Wettbewerbschädigung 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

⁸³⁶ Vgl. act. [...].

⁸³⁷ Vgl. act. [...].

⁸³⁸ Vgl. beispielsweise RPW 2012/2, 401 Rz 1069, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*;

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 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.

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 Schengener 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).

⁸⁴² Vgl. act. [...], act. [...].

⁸⁴³ Vgl. act. [...].

⁸⁴⁴ Vgl. act. [...].

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 1^{bis} 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).

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 zuläs-

⁸⁴⁵ Vgl. JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 2011, Art. 49a N 6.

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.

sig 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 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 in-ert 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 Februar 2006. Für die Sanktionierung ist dabei nur der Zeitraum von April 2004 bis Februar 2006 relevant. Für die Gruppe [...] Polar ist eine Zuwiderhandlungsdauer von Juni 2004 bis November 2005

⁸⁴⁸ Vgl. RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.

⁸⁴⁹ Vgl. Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19.8.2005, RPW 2005/4, 709 E. 3.1, *EVD/Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG, WEKO, REKO/WEF*.

erstellt. Damit ist festzustellen, dass keine dieser Verhaltensweisen bis Ende März 2005 aufgelöst worden ist. Die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 gelangt daher nicht zur Anwendung.

1678. Die Zuwiderhandlungen beider Gruppen erfüllen je das Kriterium einer einzigen und fortdauernden Zuwiderhandlung. Die vorliegenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen einerseits der am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, American, Singapore, South African, Korean, [...]] zusammen mit Scandinavian und [...] sowie andererseits von [...] und Polar sind mit Artikel 8 Absatz 1 LVA unvereinbar und verboten. Die Voraussetzungen für eine Nichtanwendungserklärung gemäss Artikel 8 Absatz 3 LVA sind nicht erfüllt. Das Tatbestandselement des Vorliegens einer unzulässigen Verhaltensweise im Sinne von Artikel 8 oder 9 LVA ist damit für die am Verfahren beteiligten Luftverkehrsunternehmen gegeben.

Kartellgesetz

1679. In Bezug auf das Tatbestandselement des Vorliegens einer unzulässigen Verhaltensweise nach Artikel 5 Absatz 3 oder 4 beziehungsweise Artikel 7 KG erweisen sich aufgrund der festgestellten Handlungszeiträumen folgende Abreden als sanktionsrelevant:

Tabelle 25: Zeitliche Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der jeweiligen Wettbewerbsabrede (sanktionsrelevante Zeiträume markiert)

Luftverkehrsunternehmen	Treibstoffzuschläge	Kriegsrisikozuschläge	Zollabfertigungszuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Korean	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	o	2000 - Juni 2003	November 2003 - Juni 2005
Polar	Juni 2004 - November 2005	o	Juli 2004	o	Juli 2005
South African	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	o	August 2004 - August 2005	November 2003 - Juni 2005
Alitalia	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	o	2000 - Juni 2003	November 2003 - Juli 2005
American	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	o	o	November 2003 - Juni 2005
United	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	o	Februar 2003	November 2003 - Juni 2005
Scandinavian	Januar 2000 - November 2005	o	o	o	o

Luftverkehrsunternehmen	Treibstoffzuschläge	Kriegsrisikozuschläge	Zollabfertigungszuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen
Singapore	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	o	2000 - August 2005	November 2003 - Januar 2006

1680. Die verfahrensbeteiligten Luftverkehrsunternehmen haben sich betreffend Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen abgesprochen. Diese Absprachen betreffen Elemente, welche alle dem Begriff Tarif zuzuordnen sind (vgl. vorne Rz 940 f.). Da alle Absprachen denselben Preis betreffen, liegt eine einzige Preisabrede vor. Damit ist die Vermutungsbasis von Artikel 5 Absatz 3 KG erstellt. Die weitere Prüfung hat ergeben, dass die Preisabrede auf den meisten relevanten Märkten zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs geführt hat. In einigen Fällen konnte die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden. In diesen Fällen wurde der wirksame Wettbewerb allerdings erheblich beeinträchtigt. Folglich handelt es sich bei allen 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.

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

⁸⁵⁰ Vgl. Urteil des BVerfG, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁸⁵¹ Vgl. act. [...].

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 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).

⁸⁵² Platts ist ein Informationsdienstleister, welcher insbesondere auch Informationsdienstleistungen im Bereich Flugzeugtreibstoff erbringt (vgl. www.platts.com).

⁸⁵³ Vgl. act. [...].

⁸⁵⁴ Vgl. act. [...].

- 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 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 be-

⁸⁵⁵ Vgl. act. [...].

treffend 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 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.

⁸⁵⁶ Vgl. act. [...].

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. [...].

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.

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

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 BVer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

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, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; vgl. entsprechende Aussage betreffend der EU: CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 293.

sen 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 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

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.

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.

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.

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	[...]	[...]	[...]	[...]
Singapore ⁸⁷²	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁶⁹ Vgl. act. [...].

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.

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	[...]	[...]

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. [...]

[...]

⁸⁷² Gemäss Angaben von Singapore (vgl. act. [...]) ist das Unternehmen nicht in der Lage, die einverlangten 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.

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>.

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	[...]	[...]	[...]
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	[...]	[...]	[...]

Markt	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004	Geschäftsjahr 2005
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	[...]	[...]	[...]
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	[...]	[...]	[...]

Markt	Geschäftsjahr 2002	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004
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 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 sogenannt 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 Verhal-

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.

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., *Baubeschläge*.

tensweise 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

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	18	1,5

Luftverkehrsunternehmen	Zeitraum	Dauer in Monaten	Dauer in Jahren
	2005		
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.

(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 Gewinnberechnung 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 lohenswert erscheint, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.⁸⁸¹

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

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

1728. Vorliegend lässt sich ein über den «Normalgewinn» hinausgehender besonders hoher Gewinn nicht erkennen. Eine Sanktionserhöhung in Anwendung von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe 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 Wettbewerbsbeschränkung 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 Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG).

1731. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Bonusmeldung eingereicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses relevant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Bonusmeldungen respektive der daraus folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduktion 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 kartellrechtswidriges Verhalten mehr nachgewiesen werden. Entsprechend ist davon auszugehen, dass diese beiden Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikel 26 bis 30 KG beendet haben. Es rechtfertigt sich daher, den Sanktionsbetrag für Polar und Scandinavian um je 10 % zu vermindern.

1734. Für die übrigen beteiligten Unternehmen fällt demgegenüber der letzte festgestellte Zeitpunkt der Beteiligung am kartellrechtswidrigen Verhalten mit dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung 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 abschliessend. Vorliegend besteht eine Wettbewerbsabrede über den Preis (vgl. vorne Rz 1290 ff.). Allerdings umfasst diese Abrede mehrere Elemente: Treibstoffzuschläge, Kriegsriskozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung

862), Art. 49a N 16; siehe auch RPW 2006/4, 665 Rz 264, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁸⁸² Erläuterungen SVKG (Fn 881), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217 Rz 141 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁸⁸³ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 196 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ebenso TAGMANN (Fn 863), 274.

von Zuschlägen. 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 Vorgehensweise 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

Luftverkehrsunternehmen	Treibstoffzuschläge	Zollabfertigungszuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Korean	April 2004 - Februar 2006	o	o	April 2004 - Juni 2005
Polar	Juni 2004 - November 2005	Juli 2004	o	Juli 2005
South African	April 2004 - Februar 2006	o	August 2004 - August 2005	April 2004 - Juni 2005
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 – November 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 reduzieren.

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 beziehungsweise 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
-------------------------	-----------------------	--------------------	-----------------

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.

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 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 darauf 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 Korean keine Unterscheidung zwischen einer Abrede innerhalb und ausserhalb des [Systems der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] erfolgt. Weiter ist von Korean unbestritten, dass Korean Informationsmails [der in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] beantwortet hat. Insofern kann nicht von einer ausschliesslich passiven Rolle von Korean gesprochen werden. Zu den von Korean erwähnten Bewilligungsverfahren in Südko-

⁸⁸⁵ Vgl. act. [...].

⁸⁸⁶ Vgl. act. [...].

⁸⁸⁷ Vgl. act. [...].

⁸⁸⁸ Vgl. act. [...].

rea ist anzumerken, dass wie bereits erwähnt jene Strecken, welche aufgrund eines Luftverkehrsabkommens die Möglichkeit der Tarifkoordination vorsehen, von einer Sanktionierung von vornherein ausgenommen sind. Schliesslich muss darauf hingewiesen werden, dass der von Korean 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 bestünden keinerlei Beweise. Zudem müsse die Reduktion aufgrund der vorzeitigen Aufgabe des vermeintlichen Verhaltens erhöht werden, soweit überhaupt ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden könne.⁸⁸⁹

1743. Dem ist zu entgegnen, dass der Zuschlag von 15 % gestützt auf den festgestellten Sachverhalt 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

1745. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich gemäss Artikel 3 SVKG die Bestimmung des Prozentsatzes 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 Verhaltensweise 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, widerspreche 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 Entscheid 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 ausge-

⁸⁸⁹ Vgl. act. [...].

⁸⁹⁰ Vgl. act. [...].

⁸⁹¹ Vgl. act. [...], act. [...].

⁸⁹² Vgl. act. [...].

nommen. 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. 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.

⁸⁹³ Vgl. act. [...], act. [...].

⁸⁹⁴ Vgl. act. [...].

⁸⁹⁵ Vgl. act. [...].

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 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

⁸⁹⁶ Vgl. act. [...].

⁸⁹⁷ Vgl. act. [...].

⁸⁹⁸ Vgl. act. [...].

⁸⁹⁹ Vgl. act. [...].

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 fortdauernden 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*»).

(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 Ausfüh-

⁹⁰⁰ Vgl. act. [...].

⁹⁰¹ Vgl. act. [...].

⁹⁰² Vgl. act. [...].

⁹⁰³ Vgl. act. [...].

⁹⁰⁴ Vgl. act. [...].

rungsbestimmungen der KG-Sanktionsverordnung partizipiert hätten, eine Herabsetzung von 5 % gewährt werde, nicht aber Singapur.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 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 effektive 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 gehabthätte, 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 Ele-

⁹⁰⁵ Vgl. act. [...].

⁹⁰⁶ Vgl. act. [...].

⁹⁰⁷ Vgl. act. [...].

⁹⁰⁸ Vgl. act. [...].

menten 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 Basisbetrages reduzieren.⁹¹⁰

1783. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1763 verwiesen werden.

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 nähere 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

⁹⁰⁹ Vgl. act. [...].

⁹¹⁰ Vgl. act. [...].

⁹¹¹ Vgl. act. [...].

⁹¹² Vgl. act. [...].

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:

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 (American)	[...]	10 %	[...]	- 5 %	[...]
UCH (United)	[...]	10 %	[...]	- 5 %	[...]
SAS (Scandinavian)	[...]	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 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 Mitwir-

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.

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

⁹¹⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 12 Abs. 1.

kung 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 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

⁹¹⁷ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 12 Abs. 2.

⁹¹⁸ Vgl. act. [...].

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 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 angestossen⁹²⁰.

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 [...] schein 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

⁹¹⁹ Vgl. act. [...].

⁹²⁰ Vgl. act. [...].

⁹²¹ Vgl. act. [...].

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 eruierbare Bedeutung des Beitrags einer Unternehmung zum Verfahrenserfolg dar.⁹²³ Unter diesen 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 (American)	[...]	- 5 %	[...]		[...]
UCH (United)	[...]	- 5 %	[...]		[...]
SAS (Scandi-	[...]	- 20 %	[...]		[...]

⁹²² Vgl. act. [...].

⁹²³ Vgl. RPW 2009/3, 220 Rz 170, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁹²⁴ Vgl. act. [...].

Partei	Basisbetrag inkl. 10 % Dauerzuschlag	Erschwerende / mildernde Umstände	Ergebnis	Bonus	Sanktion
navian)					
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 Submissionsabsprachen für Unternehmen, die eine Stützofferte eingereicht und daher auf dem relevanten Markt zwangsläufig keinen Umsatz erzielt haben, trotzdem eine Sanktion aus. Dies weil die Stützofferten Teil der Ansprache sind und diejenigen Unternehmen, die eine solche Stützofferte einreichen 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 Gesetzgeber beabsichtigten Zweck von Artikel 49a KG, insbesondere dessen Ziel der abschreckenden Wirkung, unvereinbar wäre.⁹²⁵ Auch in anderen Fällen, etwa bei Gebietsabreden, 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 effektiven Umsätze könnte auch in diesen Fällen dem von Artikel 49a KG angestrebten Zweck zuwiderlaufen. Es kann daher gerechtfertigt sein, trotz fehlendem Umsatz eine Sanktion in angemessener Höhe auszufällen.

1816. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch wesentlich von den soeben angesprochenen Fällen. Dass Alitalia und South African keinen sanktionsrelevanten Umsatz auf den relevanten Märkten erzielt haben ist weder unmittelbar noch mittelbar durch die Abrede bedingt. 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 wer-

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. [...].

den, 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 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

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).

⁹³⁰ Vgl. act. [...].

⁹³¹ Vgl. act. [...].

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 entfallt – 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 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 gleicher 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 Verhal-

⁹³² Vgl. act. [...].

⁹³³ Vgl. act. [...].

⁹³⁴ WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 69 Rz 371 m. w. H., <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (22.7.2011).

tens 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 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 auszuschheidenden 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 Adressantinnen, nämlich 13, zu teilen, was einen Betrag von 96 588 Franken pro Adressantin 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).

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.

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. [...]).

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 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 fortdauernden Zuwiderhandlung im Sinne der europäischen Rechtsprechung. Zweck der jeweiligen Zuwiderhandlung war die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs. 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 Verhaltensweisen einerseits der am Verfahren beteiligten [Luftverkehrsunternehmen United, Alitalia, 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, Kriegsrisikozuschläge, 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 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, 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 – Tschechische 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 widerlegt 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 Limited, 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, Preiselemente 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., 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.	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
Präsident

Dr. Rafael Corazza
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.

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	<p>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.</p> <p>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.</p>
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)	<p>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.</p> <p>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.</p>
	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)	<p>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.</p> <p>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</p>

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
		Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.
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 Unternehmen 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 Unternehmen 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.

	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 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.
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 besonderen die Betriebsunkosten, ein vernünftiger Gewinn, die besonderen Gegebenheiten jeder Linie (wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit) und die durch andere Luftverkehrsunternehmungen auf jedem Abschnitt des vereinbarten Flugweges 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 allen Fällen sind diese Tarife den Luftfahrtbehörden der beiden Vertragsstaa-

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
		ten 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)	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>[...]</p> <p>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.</p>
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)	<p>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.</p> <p>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.</p>
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)	<p>Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat bezeichnet für den Betrieb der vereinbarten Linien eine Luftverkehrsunternehmung und bestimmt den Zeitpunkt der Eröffnung dieser Linien.</p> <p>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.</p>
	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 (Abkommen CH-GB; SR 0.748.127.193.67)	<p>Art. 1 Abs. 2: Für jede vereinbarte Linie wird vom Vertragsstaat, dem das Recht zur Errichtung dieser Linie zusteht, eine Luftverkehrsunternehmung bezeichnet.</p> <p>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 beflegenden Luftverkehrsunternehmungen vereinbart werden; diese Vereinbarung soll, wenn möglich, zu Stande kommen durch Anwendung des Tarifbildungsverfahrens des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA).</p>

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
		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 Unternehmen 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 Abkommen ⁹³⁹	
	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 Tariffestlegungsverfahren der internationalen Organisation anzuwenden, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.
20	Abkommen vom 8. März 1952 über den Luftverkehr zwischen der Schweiz und der Philippinischen Re-	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 Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) in Betracht

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
	publik (Abkommen CH-PH; SR 0.748.127.196.45)	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 Gewinnes, 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 (Abkommen CH-CA; SR	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, der Tarife anderer bezeichneter Unternehmen und andere wirtschaftliche

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/rep/asia/vchn/bilchi/biltai.html>> (21.6.2011))

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
	0.748.127.192.32)	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 Luftverkehrsunternehmen 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 Unternehmen der beiden Vertragsparteien festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen 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.
27	Provisorische Vereinba-	Art. 4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaft-

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
	<p>Abkommen vom 16. Februar 1949 betreffend Luftverkehrslinien zwischen der Schweiz und der Türkei (mit Anhang) (Abkommen CH-TR, SR 0.748.127.197.63)</p>	<p>lichkeit 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.</p>
28	<p>Abkommen vom 15. Dezember 1975 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Korea über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-KR; SR 0.748.127.192.81)</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>
29	<p>Abkommen vom 19. Mai 1966 zwischen der Schweiz und Ceylon über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-LK; AS 1967 983)</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>
	<p>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)</p>	<p>Für vorliegendes Verfahren wegen Inkrafttreten im Jahr 2010 nicht berücksichtigt.</p>
30	<p>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)</p>	<p>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</p> <ul style="list-style-type: none"> 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. <p>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 Entscheid des betroffenen Unternehmens Gültigkeit.</p>
31	<p>Abkommen vom 13. März 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Arabischen Emiraten über die Errichtung regelmässiger Luftverkehrslinien zwischen ihren Gebieten und dar-</p>	<p>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.</p> <p>Art. 11 Abs. 3: Die in Absatz 2 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich zwischen den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz</p>

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
	über hinaus (mit Anhang) (Abkommen CH-AE; SR 0.748.127.193.25)	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)	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
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)	<p>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.</p> <p>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.</p>