

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

**2022/1**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 120.- Ausland (portofrei)  
(Form: 727.000.22/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://www.publicationsfederales.admin.ch)

Prix au numéro:  
CHF 30.-  
Prix de l'abonnement annuel:  
CHF 120.- Suisse  
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.pubblicazionifederali.admin.ch](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:  
CHF 30.-  
Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 120.- Svizzera  
CHF 120.- estero (porto franco)

---

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

2022/1

**Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.** Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

**Organe de publication des autorités suisses de concurrence.** Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

**Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza.** Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

April/avril/aprile 2022

---

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission <sup>1</sup>
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<sup>1</sup> Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence <sup>1</sup>
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<sup>1</sup> Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza <sup>1</sup>
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
B 8	Tribunale penale federale	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

<sup>1</sup> In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.

## Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2022/1

<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b> <b>Rapports d'activité</b> <b>Rapporti d'attività</b>	
A 1	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2021 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2021 de la Commission de la concurrence (COMCO)	23
	3. Rapporto annuale 2021 della Commissione della concorrenza (COMCO)	45
	4. Annual Report 2021 of the Competition Commission	66
<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	<b>Beratungen</b> <b>Conseils</b> <b>Consulenze</b>	
	1. Beratung Statistik Verkauf Elektroapparate	74
	2. Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH / Logistic Center Villingen GmbH	77
	3. Beratung Meldepflicht Unternehmenszusammenschluss Swisscom AG/Innovative Web AG etc.	82
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Abreden im Bereich Luftfracht	84
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Bersan/NCE Betriebsaktivitäten	269
B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 4. März 2021 – Hausdurchsuchung und Beschlagnahme, Verfügungen der WEKO vom [...] und vom [...]	272
B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 1. Dezember 2021 - Hausdurchsuchung und Beschlagnahme	286
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b> <b>Pratique des tribunaux civils</b> <b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 2	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Arrêt du 18 janvier 2022 - Droit de la concurrence, action en conclusion du contrat, accord en matière de concurrence / Recours contre l'arrêt rendu le 5 mars 2021 par la I <sup>le</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg	298
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	302
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	304

# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

## A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	<b>1. Jahresbericht 2021 der Wettbewerbskommission (WEKO)</b>
------	---

### Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Vorwort des Präsidenten</b>	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>Organisation und Statistik</b>	<b>24</b>
<b>2</b>	<b>Wichtigste Entscheide 2021</b>	<b>6</b>	4.1	WEKO, Sekretariat und Statistik	24
2.1	Entscheide der WEKO	6	4.2	Statistik	24
2.2	Urteile der Gerichte	7	<b>5</b>	<b>Digitalisierung</b>	<b>26</b>
<b>3</b>	<b>Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen</b>	<b>10</b>	5.1	Einleitung	26
3.1	Bau	10	5.2	Aktivitäten der WEKO und des Sekretariates	27
3.1.1	Submissionsabreden	10	5.2.1	Netzbaustrategie – Untersuchung gegen Swisscom	27
3.1.2	Baustoffe und Deponien	11	5.2.2	Google	27
3.1.3	Verschiedene Tätigkeiten	11	5.2.3	Vermarktung von Verzeichnisdaten – Untersuchung gegen Swisscom Directories	28
3.2	Dienstleistungen	11	5.2.4	Breitbandanbindung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)	28
3.2.1	Finanzdienstleistungen	11	5.2.5	Eishockey im Pay-TV	28
3.2.2	Gesundheitswesen	12	5.2.6	Verfahren im Bereich Mobile Payment	28
3.2.3	Freiberufliche und andere Dienstleistungen	13	5.2.7	Online-Buchungsplattformen für Hotels	29
3.3	Infrastruktur	14	5.2.8	Softwareanbieter vs. Universitätsspitäler	29
3.3.1	Telekommunikation	14	5.3	Internationaler Kontext	29
3.3.2	Medien	15	5.4	Schlussfolgerung	30
3.3.3	Energie	16			
3.3.4	Verkehr	16			
3.3.5	Staatliche Beihilfen	16			
3.3.6	Weitere Bereiche	17			
3.4	Produktmärkte	17			
3.4.1	Vertikalabreden	17			
3.4.2	Konsumgüterindustrie und Detailhandel	17			
3.4.3	Uhrenindustrie	18			
3.4.4	Automobilsektor	18			
3.4.5	Landwirtschaft	18			
3.5	Binnenmarkt	18			
3.6	Ermittlungen	20			
3.7	Internationales	21			
3.8	Gesetzgebung	22			

## 1 Vorwort des Präsidenten

2021 haben das moderne Kartellgesetz und die Wettbewerbskommission (WEKO) ihren 25-jährigen Geburtstag gefeiert. Das Jubiläum wurde in einer offiziellen Feierstunde im Juni 2021 gewürdigt. Während vor 1996 der Umgang mit Wettbewerbsbeschränkungen permissiv war, hat das aktuelle Gesetz den Schutz wirksamen Wettbewerbs zum Dreh- und Angelpunkt gemacht. Kartelle werden nicht mehr als legitime Ordnungsform akzeptiert, der Verhaltensspielraum marktbeherrschender Unternehmen wird durch das Missbrauchsverbot eingeschränkt und grosse Unternehmenszusammenschlüsse werden auf ihre Wettbewerbsverträglichkeit kontrolliert.

Die Jahresberichte der WEKO veranschaulichen, wie diese Aufgaben mit Leben gefüllt werden. Sie fassen die Aktivitäten der Behörden zusammen und geben einen Überblick über die einschlägigen Gerichtsentscheide. 2021 gab es wieder wichtige richterliche Klarstellungen: Das Bundesgericht bestätigte in den Fällen *Hors-Liste-Medikamente*, dass Preisempfehlungen unter bestimmten Voraussetzungen verbotene vertikale Preisbindungen darstellen. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte im Fall *Swisscom WAN-Anbindung* die Missbräuchlichkeit von Preisen und Kosten-Preis-Scheren durch die Marktbeherrscherin beim Breitbandanschluss der Postfilialen. Zahlreich waren Gerichtsentscheide in Verfahrensfragen, z.B. hinsichtlich der Veröffentlichungspraxis der Wettbewerbsbehörden, des Rechts auf Akteneinsicht und der Zeugnispflicht ehemaliger Organe. Das Verhältnis zwischen verfahrensrechtlichen und materiellen Vorbringen erscheint nicht im Lot. Angesichts beschränkter Behördenkapazitäten geht jede Arbeitswoche, die beispielsweise in die Vor- und Nachbereitung von Publikationsverfügungen zu investieren ist, für die eigentliche Fallarbeit verloren. Es ist zu begrüßen, wenn die Gerichte hier klare Vorgaben machen, die eine schnelle Erledigung repetitiver Verfahrensvorbringen fördern. Überhaupt ist die Beschleunigung der Verfahren von grundlegender Bedeutung für den Schutz des Wettbewerbs. Besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb durch vollendete Tatsachen ausgehebelt wird, ist schnelles Eingreifen erforderlich. In diesem Sinn hat die WEKO vorsorgliche Massnahmen im Fall *Netzbaustrategie Swisscom* verfügt. Der Infrastrukturwettbewerb wird beseitigt oder zumindest stark eingeschränkt, wenn die Konkurrenz keinen direkten Zugang zur Glasfaserinfrastruktur hat. Das Bundesverwaltungsgericht gab einer Beschwerde gegen die vorsorglichen Massnahmen nicht statt und das Bundesgericht wies ein Gesuch um Erteilung aufschiebender Wirkung ab. Der Fortgang von Massnahme- und Hauptsacheverfahren bleibt abzuwarten.

Eine neue Aufgabe steht an: Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative wurde vom Parlament in der Frühjahrssession 2021 angenommen und ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Das Kartellgesetz wurde um Regeln zur relativen Marktmacht ergänzt, die auch darauf abzielen, dass Unternehmen aus der Schweiz beim Bezug von Waren und Dienstleistungen im Ausland nicht diskriminiert werden. Die WEKO hat sich frühzeitig vorbereitet und im Dezember 2021 ein Merkblatt mit Meldeformular veröffentlicht. Die WEKO will bei der

Umsetzung der neuen Regeln eine führende Rolle einnehmen und Leitentscheide erwirken, auch wenn sie die Zuständigkeit zur Anwendung der neuen Regeln mit den Zivilgerichten teilt. Die neuen Vorschriften gegen Geblocking sind hingegen im UWG verankert und fallen damit nicht in den Zuständigkeitsbereich der WEKO.

Beherrschendes Thema des wettbewerbsrechtlichen Diskurses ist seit vielen Jahren die Lage des Wettbewerbs in der digitalen Wirtschaft. Die WEKO sieht sich seit längerem mit einschlägigen Fragestellungen konfrontiert und hat zahlreiche Fälle zu unterschiedlichen Märkten entschieden. Aufgrund ihrer grossen Bedeutung bildet die Digitalisierung das Spezialthema dieses Jahresberichts. Es ist nicht auf die grossen internationalen Internetplattformen beschränkt, sondern durchzieht als Querschnittsphänomen alle Felder der Wettbewerbspolitik. Eine grosse Herausforderung stellt die Fallselektion dar. In einer immer dichter vernetzten Welt haben viele Verhaltensweisen Auswirkungen in der Schweiz. Die WEKO priorisiert Fälle, die einen besonderen Inlandbezug haben. Im Übrigen achtet sie darauf, dass kartellbehördliche Lösungen, die beispielsweise in der EU gefunden werden, bei Bedarf auch auf die Schweiz angewendet werden. Zumeist bedarf es hierzu nicht formeller Verfahren. Fest steht, dass sich das Schutzziel des wirksamen Wettbewerbs auf alle Märkte bezieht. Die WEKO erfüllt diesen Auftrag auch im Hinblick auf die digitale Wirtschaft.

Andreas Heinemann  
Präsident WEKO

## 2 Wichtigste Entscheide 2021

### 2.1 Entscheide der WEKO

Mit Entscheid vom 6. *Dezember 2021* schloss die WEKO die Untersuchung «**Belagswerke Bern**» ab und büsste mehrere Unternehmen wegen kartellrechtlichen Verstössen im Umfang von rund CHF 2,2 Mio. Die Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) missbrauchte ihre marktbeherrschende Stellung, indem sie ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen gewährte und ihrer Kundschaft einen Treuebonus ausschüttete. Weiter vereinbarte ein Teil der Aktionärinnen der BERAG ein Konkurrenzverbot, wonach die BERAG im Umkreis ihres Werks in Rubigen nicht zu konkurrenzieren war. Darüber hinaus hatten sich die BERAG und die BLH Belagswerk Hasle AG gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat eingeräumt und in diesem Rahmen geschäftsrelevante Informationen ausgetauscht. Mit fünf von siebzehn Parteien konnte eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden. Gegenüber fünf Parteien wurde das Verfahren eingestellt bzw. abgeschlossen. Ein Teil der Parteien erhob beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) Beschwerde gegen den WEKO-Entscheid.

Mit Urteil vom 28. *Juni 2021* büsste die WEKO die Pöschl Tabak GmbH mit rund CHF 270'000. Die deutsche Tabakherstellerin Pöschl vertreibt in der Schweiz **Schnupftabak und Tabak zum selber drehen**. In Vertriebsverträgen mit mehreren europäischen Vertriebspartnerinnen verankerte sie Exportverbote. Diese Händler durften keine Tabakprodukte in die Schweiz liefern. Solche Gebietsschutzabreden sind unzulässig, da sie den Schweizer Markt abschotten und den Wettbewerb behindern. Pöschl kooperierte mit den Wettbewerbsbehörden und bot Hand zu einer einvernehmlichen Regelung. Ausländische Vertriebspartnerinnen dürfen nun Bestellungen von Kundinnen und Kunden aus der Schweiz uneingeschränkt bedienen. Die vollständige Kooperation von Pöschl mit der WEKO wirkte sich sanktionsmindernd aus. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Im Juli 2019 büsste die Kammer für Teilverfügungen der WEKO acht Finanzierungsunternehmen, welche **Leasing für Fahrzeuge** anbieten, mit Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 30 Mio. Am 10. *Mai 2021* schloss die WEKO die Untersuchung «Automobil-Leasing» gegenüber dem letzten Unternehmen ab. Sie sanktionierte die Ford Credit Switzerland GmbH wegen unzulässiger Koordinierung von Leasingkonditionen von Juli 2006 bis März 2014 mit rund CHF 7,7 Mio. Ford Credit hatte mit den acht weiteren Unternehmen während mehrerer Jahre systematisch Leasingkonditionen ausgetauscht. Die Unternehmen informierten sich etwa über die Zinsen sowie Restwerttabellen von Fahrzeugen. Diese Preislelemente flossen in die Berechnung der Leasingraten der verschiedenen Anbieter ein. Mit den acht Finanzierungsunternehmen konnte die WEKO eine einvernehmliche Regelung abschliessen, mit Ford Credit hingegen nicht. Ford Credit legte beim BVGer Beschwerde ein.

Die WEKO büsste am 10. *Mai 2021* acht Unternehmen im Bereich **elektrische Installation und Wartung** aus der Region Genf mit gesamthaft CHF 1,27 Mio. wegen unzulässigen Submissionsabreden. Diese Unternehmen hatten von 2013 bis 2018 die Preise ihrer Eingaben bei

öffentlichen und privaten Ausschreibungen koordiniert und Arbeiten im Elektrizitätsbereich untereinander aufgeteilt. Die Unternehmen waren unterschiedlich stark involviert. Ihre jeweilige Beteiligung reichte von einem einzigen bis hin zu mehreren Dutzend abgesprochenen Projekten. Die Unternehmen schlossen mit der WEKO einvernehmliche Regelungen ab. Gegenüber zwei Elektronunternehmen stellte die WEKO das Verfahren ein, da ihnen keine Beteiligung an Submissionsabreden nachgewiesen werden konnte. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO eröffnete am 8. *Februar 2021* eine Untersuchung gegen **Mastercard** wegen einer möglichen Behinderung des National Cash Scheme (NCS) von SIX. Sie erliess vorsorgliche Massnahmen. NCS ist ein neues nationales Regelwerk von SIX für Bargeldbezüge und weitere Transaktionen an Geldautomaten bzw. Bankomaten. Es soll insbesondere Bareinzahlungen oder Saldoabfragen auch an Fremdautomaten ermöglichen. Auslöser der Untersuchung ist eine Anzeige von SIX, wonach Mastercard den Markteintritt des NCS behindere. Die Behinderung erfolge, indem Mastercard das «Co-Badging» des NCS auf der neuen Debit Mastercard verweigere. Unter Co-Badging wird das Aufbringen von zwei oder mehr Zahlungsmarken/-anwendungen auf demselben kartengebundenen Zahlungsinstrument verstanden. Mit den vorsorglichen Massnahmen wird für die kartenherausgebenden Banken die Möglichkeit geschaffen, die Debitkarten technisch für eine allfällige spätere Aktivierung des NCS vorzubereiten. Gegen die vorsorglichen Massnahmen ergriff Mastercard Beschwerde beim BVGer.

### 2.2 Urteile der Gerichte

Am 14. *Dezember 2020* eröffnete die WEKO die Untersuchung **Netzbaustrategie Swisscom**. Gleichzeitig erliess sie vorsorgliche Massnahmen gegenüber Swisscom und untersagte dieser mit sofortiger Wirkung, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Gegen die vorsorglichen Massnahmen rekurrierte Swisscom vor BVGer. Das BVGer wies das Gesuch der Swisscom auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 15. *Januar 2021* ab und bestätigte mit seinem Entscheid vom 30. *September 2021* die vorsorglichen Massnahmen der WEKO zum Glasfaserausbau. Swisscom konnte gemäss BVGer nicht glaubhaft machen, dass ausreichende technologische oder wirtschaftliche Gründe für die Abweichung vom bisherigen Glasfaserstandard mit einem Vierfaser-Modell zu einem Einfaser-Modell bestehen. Die von Swisscom geltend gemachten versorgungs- und regionalpolitischen Aspekte für eine Versorgung von Randregionen mit Hochbreitbandnetzen rechtfertige eine Einschränkung des Wettbewerbs nicht. Nach Ansicht des Gerichts ist davon ausgehen, dass der Netzausbau von Swisscom mit einem Einfaser-Modell ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt. Die zeitliche Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen bejaht das BVGer, weil sich Swisscom durch das Abweichen vom bisherigen Glasfaserstandard über einen langen Zeitraum hinweg eine unanfechtbare Rechtsposition gesichert hätte. Swisscom legte in der Folge Beschwerde

beim Bundesgericht (BGer) ein und beantragte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das BGer wies dieses Gesuch am 6. *Dezember 2021* ab.

Am 8. Februar 2021 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen **Mastercard** wegen einer möglichen Behinderung des **National Cash Scheme** (NCS) von SIX und erliess gleichentags vorsorgliche Massnahmen, wogegen Mastercard Beschwerde beim BVGer einreichte (vgl. Abschnitt 2.1). Am 10. *November 2021* hiess das BVGer das Gesuch von Mastercard, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen, gut. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigte sich mangels Dringlichkeit zum jetzigen Zeitpunkt nicht. Über die Zulässigkeit der vorsorglichen Massnahmen an sich entscheidet das BVGer zu einem späteren Zeitpunkt. Dieser Entscheid des BVGer ist rechtskräftig.

Tamedia hatte vor BVGer wegen der Kostenaufgabe von CHF 5'000 für das WEKO-Vorprüfungsverfahren des **Zusammenschlusses Tamedia** (heute TXGroup) / **Adextra** Beschwerde eingelegt. Sie verlangte die Aufhebung der Kosten mit dem Argument, die WEKO hätte die Meldepflicht zu extensiv ausgelegt und der Zusammenschluss sei nicht meldepflichtig gewesen. Das BVGer wies die Beschwerde am 6. Oktober 2020 ab und bestätigte die Auslegung durch die WEKO. Tamedia zog das Urteil ans BGer weiter. Das BGer ging in seinem entsprechenden Urteil vom 23. *September 2021* nicht auf die Frage ein, ob eine Meldepflicht bestand oder nicht. Es führte aus, dass die Einreichung einer Meldung automatisch zur Eröffnung einer vorläufigen Prüfung führe und daher die Pauschalgebühr von CHF 5'000 unabhängig davon geschuldet sei, ob eine Meldepflicht tatsächlich bestehe. Letzteres hätte gemäss BGer etwa durch eine Beratungsanfrage an das Sekretariat oder eine anfechtbare Feststellungsverfügung geklärt werden können. Damit bestätigte das BGer den WEKO-Entscheid.

Das Verwaltungsgericht Zürich hiess am 26. *August 2021* die WEKO-Beschwerde vom 28. Januar 2021 gegen eine Einladung zur Offertstellung in einem Submissionsverfahren einer Zürcher Gemeinde gut. Das Gericht folgte den Anträgen der WEKO und stellte fest, dass diese Einladung das Binnenmarktgesetz (BGBM) verletzt. Die Zürcher Gemeinde hatte ein Ingenieurbüro mit der Planung und Begleitung der Beschaffung der Badewasseraufbereitung für das kommunale **Schwimmbad** beauftragt. Im Namen der Gemeinde lud das Ingenieurbüro vier Anbietende zur Offerteingabe ein. Mit einem dieser Anbietenden steht das Ingenieurbüro jedoch in einem engen verwandtschaftlichen sowie geschäftlichen Verhältnis. Die Handlungen des Ingenieurbüros waren vorliegend der Gemeinde zuzurechnen. Es bestanden folglich eine Vorbefassung und eine Verletzung der Ausstandspflichten, die einem fairen Beschaffungsverfahren hinderlich und beschaffungsrechtlich unzulässig sind. Somit wird der Wettbewerb in diesem Vergabeverfahren behindert und das BGBM verletzt. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Sieben Unternehmen hatten gegen die WEKO-Entscheidung «**Bauleistungen Graubünden**» aus dem Jahre 2019 Beschwerde eingereicht. Das BVGer wies mit seinen Urteilen vom 9. *August 2021* drei Beschwer-

den ab. Diese Urteile betrafen Fragen zur Unternehmenskontinuität (weiterbestehende Sanktionsmöglichkeit nach Umstrukturierungen von Unternehmen), zu Massnahmen der WEKO sowie zur Berechnung der fünfjährigen Verwirkungsfrist, die für Sanktionen besteht. In sämtlichen Entscheiden stützte das BVGer die Argumentation der WEKO. Eine Partei zog den Entscheid ans BGer weiter. Gegenüber den anderen zwei Unternehmen wurde die WEKO-Entscheidung «Bauleistungen Graubünden» rechtskräftig.

Mit seinem Urteil vom 24. *Juni 2021* bestätigte das BVGer weitgehend den WEKO-Entscheid vom 21. September 2015 gegen **Swisscom** im Bereich der **Breitbandanbindung**. Die Post schrieb im Jahr 2008 die Vernetzung ihrer Poststandorte bzw. die Errichtung und den Betrieb eines «Wide Area Network» (WAN) für ihre Standorte aus. Swisscom gewann die Ausschreibung, da sie einen ca. 30 Prozent tieferen Preis bot als die Mitbewerber. Letztere waren auf die Vorleistungen von Swisscom angewiesen. Das BVGer stellte fest, dass Swisscom ihren Konkurrentinnen zu hohe Vorleistungspreise ansetzte, so dass diese nicht mit dem Angebot von Swisscom konkurrenzieren konnten. Zudem habe Swisscom mit dieser Preispolitik überhöhte Preise gegenüber der Post erzwungen. Da es den Konkurrenten nicht möglich gewesen wäre, eine Marge zu erzielen, habe Swisscom ihre besondere Marktmacht in Form einer sogenannten Kosten-Preis-Schere missbraucht. Das BVGer berechnete die Sanktion teilweise anders als die WEKO und senkte sie von CHF 7'916'438 auf CHF 7'475'261. Swisscom erhob beim BGer Beschwerde.

Die WEKO sanktionierte am 16. Dezember 2011 mehrere Unternehmen im Verfahren **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau**. Dieses Sanktionsverfahren wurde mit Urteil des BGer vom 3. August 2020 auch gegenüber dem letzten beschwerdeführenden Unternehmen rechtskräftig abgeschlossen. Schon früher, nämlich nach der Publikation der Verfügung der WEKO, stellten Beschaffungsstellen aus dem Kanton Aargau **Gesuche um Einsicht** in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO und entsprechende Akten. Die WEKO hiess die Einsichtsgesuche am 11. Dezember 2017 teilweise gut und beabsichtigte, den Beschaffungsstellen in beschränkter Masse Einsicht zu gewähren resp. Auskunft zu geben. Gegen die Einsichtsverfügungen erhoben einzelne Unternehmen Beschwerde. Das BVGer hiess diese Beschwerden mit seinen Urteilen vom 23. Oktober 2018 gut. Das BVGer stellte sich auf den Standpunkt, dass eine Datenbekanntgabe gestützt auf das Datenschutzgesetz (DSG) erst möglich sei, wenn erstens ein rechtskräftiges Sanktionsurteil vorliege, in dem zweitens ein entsprechender Kartellrechtsverstoss festgestellt worden sei. Dagegen erhoben sowohl das WBF mit Unterstützung der WEKO als auch der Kanton Aargau als betroffene Beschaffungsstelle Beschwerde beim BGer. Das BGer hiess diese Beschwerden am 18. *März 2021* in seinen zwei Urteilen gut und stützte die Position der WEKO, wonach die WEKO auf Gesuch hin Akten auch dann an Beschaffungsstellen herausgeben kann, wenn noch kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, also auch dann, wenn die WEKO-Verfügung angefochten wurde.

Mit den drei Urteilen vom 8. *März 2021* schützte das BGer die Beschwerden des WBF gegen die Urteile des

BVGer und bestätigte die Auffassung der WEKO, dass ehemalige Organe von Unternehmen und Untersuchungsadressaten uneingeschränkt als Zeuginnen und Zeugen einvernommen werden können, mithin diese hierfür unter Aussage- und Wahrheitspflicht stehen (mit Strafandrohung für falsches Zeugnis). Die Einvernahme eines ehemaligen Organs berührt den nemo-tenetur-Grundsatz (Verbot des Selbstbelastungszwangs) gemäss BGer grundsätzlich nicht. Das BVGer hatte zuvor entschieden, dass ehemalige Organe nur eingeschränkt als Zeuginnen und Zeugen befragt werden können, da sie abgeleitet vom Schweigerecht des beschuldigten Unternehmens als eigentliche Verfahrenspartei Aussagen verweigern dürften, welche ihre ehemalige Arbeitgeberin belasten könnten. Aktuelle Angestellten ohne Organstellung hingegen komme kein solches (abgeleitetes) Zeugnisverweigerungsrecht zu. Diese Urteile ergingen im Rahmen der Untersuchung **Boycott Apple Pay**.

Das BVGer bestätigte mit seinem Urteil vom *16. Februar 2021* den WEKO-Entscheid vom 11. Dezember 2017 gegen die **Naxoo SA**. Das BVGer kommt ebenfalls zum Schluss, dass die Naxoo SA in der Stadt Genf auf dem Markt für Kabelanschlüsse eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Naxoo missbrauchte diese Stellung gegenüber Liegenschaftseigentümern, Anbietern von Drittsystemen und Endkunden. Sie erzwang in den Hausanschlussverträgen unangemessene Geschäftsbedingungen und beeinträchtigte die Absatzmärkte sowie die technische Entwicklung. Da die Naxoo SA nach dem WEKO-Entscheid ihre Umsatzzahlen korrigierte und diese Basis für die Sanktionsberechnung bilden, reduzierte das BVGer die WEKO-Sanktion von CHF 3,6 auf rund 3,25 Mio. Die Naxoo SA legte gegen dieses Urteil Beschwerde beim BGer ein.

Das BGer hiess am 4. Februar 2021 sowie am *7. Oktober 2021* gesamthaft vier von fünf Beschwerden des WBF gegen Urteile des BVGer vom 19. Dezember 2017 zu **Hors-Liste Medikamenten (Preisempfehlungen)** gut und lehnte eine am *8. Dezember 2021* ab. Konkret bestätigte das BGer die Unzulässigkeit der Publikumspreisempfehlungen (PPE) der Produzenten von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion (Potenzmittel). Diesen Entscheiden geht eine längere Verfahrensgeschichte mit zweimaligem Gang ans BGer voraus. Die WEKO hatte am 2. November 2009 entschieden, dass die PPE für Potenzmittel in Empfehlungsförmigkeit ungelegte vertikale Wettbewerbsabreden zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen darstellten, welche die Verkaufspreise für die Endkundinnen und Endkunden festlegten. Sie verbot den drei Pharmaherstellerinnen die Veröffentlichung von PPE für Cialis, Levitra und Viagra und büsste sie. Das BGer bestätigte die Verfügung nun in der Sache und wies drei der Fälle zur Festlegung der Sanktionen und einen Fall zur Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an das BVGer zurück. Mangels ausreichender Sachverhaltsabklärungen hat sich das BGer nicht zur Frage der Gehilfenschaft von Grossisten und IT-Unternehmen an der vorliegenden Abrede geäußert und die Beschwerde abgewiesen, obwohl das BGer nicht ausschloss, dass diese als Abrededepartners qualifiziert werden können, soweit ihr Verhalten die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

Die Gerichte fällten weitere Urteile zur **Publikation** von kartellrechtlichen Entscheiden und bestätigten die bisherige Praxis:

- Das BGer wies mit Urteilen vom *27. Oktober 2021* in Sachen **Luftfracht** die Beschwerden der Verfahrensparteien gegen die Publikation der WEKO-Verfügung vom 2. Dezember 2013 ab. Die WEKO stellte damals fest, dass mehrere Luftfrachtgesellschaften unzulässige Abreden über Zuschläge im Bereich der internationalen Luftfracht getroffen hatten. Das Hauptverfahren ist vor BVGer hängig.
- Eine Zusammenschlusspartei legte Beschwerde gegen die Publikation einer Stellungnahme der WEKO zu einem **Zusammenschlussvorhaben** ein. Das BVGer entschied am 21. September 2020 die Rückweisung an die WEKO zur weiteren Schwärzung und Anonymisierung der Stellungnahme. Die Zusammenschlusspartei rekurrierte gegen diesen Entscheid beim BGer. Dieses wies die Beschwerde am *19. Oktober 2021* ab und hielt fest, dass Stellungnahmen der WEKO in Zusammenschlussvorhaben als «Entscheidung» zu qualifizieren sind und diese daher von der WEKO publiziert werden dürfen. Es bestätigte auch, dass die zu publizierende Stellungnahme der WEKO keine Geschäftsgeheimnisse mehr preisgibt und datenschutzkonform ist.
- Betreffend Publikation eines Schlussberichtes aus dem Jahr 2014 ergingen im Berichtsjahr mehrere Urteile: Das BGer fällte am *9. Juni 2021* einen Nichteintretensentscheid. Das BVGer wies zuvor eine Beschwerde gegen die Publikationsverfügung mit Entscheid vom *16. April 2021* weitgehend ab und wies eine weitere Beschwerde betreffend Ablehnung des Gesuchs um Wiedererwägung ab. Nach Umsetzung dieses Urteils durch die WEKO mit Publikationsverfügung vom 14. September 2021 trat das BVGer schliesslich mit Datum vom 15. Dezember auf die dagegen erhobene erneute Beschwerde nicht ein (vgl. Abschnitt 3.3.2).

### 3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

#### 3.1 Bau

##### 3.1.1 Submissionsabreden

Am 27. April 2021 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung zu allfälligen Abreden gegen **Transporteure von Waren und Abfällen im Kanton Wallis**. Das Sekretariat verfügt über Anhaltspunkte, dass mehrere Transportunternehmen von Waren und Abfällen im Kanton Wallis Submissionsabreden getroffen haben. Anlässlich eines Ausschreibungsverfahrens zur Müllabfuhr und Abfallentsorgung soll es zu einer allfälligen Koordination der Offerten zwischen den Transportunternehmen gekommen sein. Das Sekretariat führte mehrere Hausdurchsuchungen durch. Das Verfahren befindet sich in der Ermittlungsphase.

Im Juni 2020 eröffnete das Sekretariat im Kanton Graubünden eine Untersuchung in der Region **Moesa**. Es bestehen Anhaltspunkte für Submissionsabreden, die mehrere Unternehmen im Hoch- und Tiefbaubereich getroffen haben. Die Bauprojekte stammen von privaten und öffentlichen Bauherren. Die Untersuchung wurde im

Juni 2021 bei gleichzeitiger Durchführung von Hausdurchsuchungen auf drei weitere Unternehmen ausgedehnt (zwei davon mit Sitz im Tessin, eines mit Sitz in der Region Moesa). Das Verfahren befindet sich in der Ermittlungsphase.

Die WEKO schloss im Sommer 2019 die letzten beiden von insgesamt zehn Untersuchungen im **Kanton Graubünden** ab. In den Verfahren Engadin I, II, III, IV, U, Q sowie Strassenbau legte je ein Teil der Parteien beim BVGer Beschwerde ein. Die Schriftenwechsel vor BVGer sind im Grundsatz abgeschlossen. Zwischenzeitlich fällte das BVGer im Verfahren «Strassenbau» drei Entscheide (vgl. Abschnitt 2.2). Mit weiteren Entscheiden des BVGer ist 2022 zu rechnen.

Im Sommer 2021 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen mehrere Unternehmen, die bei einer einzelnen Ausschreibung allenfalls ihre Offerten für **Brandenschutzabschottungen** koordiniert haben. Das Verfahren befindet sich im Ermittlungsstadium.

Gegen den Entscheid der WEKO vom Juli 2016, gemäss welchem acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG)** sowie **March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise absprachen, sind aktuell noch drei Beschwerden vor BVGer hängig. Ein Beschwerdeverfahren schrieb das BVGer wegen des Rückzugs der Beschwerde im Jahr 2020 ab.

Im Zusammenhang mit dem WEKO-Entscheid **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** war bis Frühling 2021 vor BGer die Frage hängig, ob Beschaffungsstellen zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen vor Eintritt der Rechtskraft einer Sanktionsverfügung Einsicht in die ungeschwärzte Version ebendieser Verfügung und die entsprechenden Akten erhalten können. Diese Frage beantwortete das BGer am 18. März 2021 im Sinne der WEKO (vgl. Abschnitt 2.2). In der Folge konnte die WEKO die fünf bis zu diesem Entscheid bei ihr sistierten Einsichtsgesuche weiterbehandeln. Diese Einsichtsgesuche beziehen sich auf die WEKO-Verfügung Submissionsabreden «See-Gaster» und zwei Entscheide im Kanton Graubünden. Einen Teil der Einsichtsgesuche behandelte die WEKO am 6. Dezember 2021. Die Gesuchsteller und die betroffenen Bauunternehmen haben die Möglichkeit, vor BVGer Beschwerde einzulegen.

### 3.1.2 Baustoffe und Deponien

Die WEKO eröffnete am 7. Juni 2021 eine Untersuchung gegen die **Deponie Höli Liestal AG**. Der WEKO liegen Anhaltspunkte vor, dass das Unternehmen im Wirtschaftsraum Basel über eine marktbeherrschende Stellung im Deponiewesen verfügt und diese missbraucht hat. Es bestehen Indizien dafür, dass die Deponie Höli in der Vergangenheit den eigenen Aktionärinnen tiefere Preise als den übrigen Kunden und Kundinnen verrechnet und die Annahme von Abfallmaterial gewisser Kunden und Kundinnen verweigert hat. Die Untersuchung befindet sich im Ermittlungsstadium.

Die WEKO hatte im Januar 2015 eine Untersuchung gegen mehrere Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche im Raum Bern eröffnet. Diese Untersuchung wurde aus prozessökonomischen Gründen in zwei Ver-

fahren («KTB-Werke» und «KAGA») aufgeteilt. Das kleinere Verfahren «**KTB-Werke**» schloss die WEKO am 10. Dezember 2018 mit Sanktionen ab. Dieser Entscheid ist vor BVGer hängig und der Schriftenwechsel fortgeschritten. Die grössere der beiden Untersuchungen, «**KAGA**», befindet sich im Endstadium. Es ist geplant, den Parteien den Antrag des Sekretariates im Sommer 2022 zur Stellungnahme zuzustellen. Mit dem Entscheid der WEKO ist Ende 2022 zu rechnen.

Die WEKO eröffnete am 5. März 2019 eine Untersuchung gegen **zwei Belagswerke** im Kanton Bern sowie gegen die Aktionärinnen eines der beiden Belagswerke. Diese Untersuchung hat ihren Ursprung in der 2015 eröffneten Untersuchung (**KAGA**). Sie wurde am 6. Dezember 2021 mit Entscheid der WEKO abgeschlossen (vgl. Abschnitt 2.1).

### 3.1.3 Verschiedene Tätigkeiten

Das Sekretariat behandelte im Bereich Bau elf Anzeigen im Rahmen von Marktbeobachtungen, führte zwei Beratungen durch und beurteilte einen Zusammenschluss. Auch im 2021 fanden mehrere Sensibilisierungsveranstaltungen statt (Ausbildung/Sensibilisierung von Einkäuferinnen und Einkäufern des Bundes und von Gemeinden, CAS-Lehrgang der Universität Bern). Im Umweltbereich nahm das Sekretariat in rund 15 Konsultationsverfahren der Verwaltung Stellung.

## 3.2 Dienstleistungen

### 3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Berichtsjahr wurden die beiden IBOR-Untersuchungen zum **EURIBOR** und **Yen LIBOR / Euroyen TIBOR** sowie die Untersuchung im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden im Devisenkassahandel zwischen Banken («**Forex**») weiter in Richtung Abschluss der ordentlichen Verfahren vorangetrieben. Diese sequentiell hybrid geführten Untersuchungen haben in der Vergangenheit zu verschiedenen Teilverfügungen der Kammer für Teilverfügungen der WEKO geführt, mit welchen sie verschiedene einvernehmliche Regelungen inkl. Sanktionen genehmigte und damit die jeweiligen Untersuchungen gegen diese Parteien vorzeitig beendete.

Die Untersuchung **Boycott Apple Pay** wurde 2021 fortgeführt. Im Berichtszeitraum hat das BGer drei Urteilen des BVGer aufgehoben und entschieden, dass ehemalige Organe von Unternehmen und Untersuchungsadressaten uneingeschränkt als Zeuginnen und Zeugen einvernommen werden können (vgl. Abschnitte 2.2 und 3.6). Diese Urteile des BGer sind von grosser praktischer Bedeutung für die Ermittlungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden (vgl. Abschnitt 3.6).

In der Untersuchung gegen **Mastercard** wegen einer möglichen Behinderung des National Cash Scheme (NCS) der SIX erliess die WEKO vorsorgliche Massnahmen, die Mastercard mit Beschwerde beim BVGer anfocht. In einem ersten Zwischenentscheid dazu stellte das BVGer die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her, die zuvor von der WEKO entzogen wurde, und bemerkte dazu, dass über die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen zu einem späteren Zeitpunkt

entschieden wird (vgl. Abschnitte 2.1 u. 2.2). Die Ermittlungen sind im Gange.

Der **bargeldlose Zahlungsverkehr** mit Zahlkarten ist ein Dauerthema bei den Wettbewerbsbehörden. Auch in diesem Berichtsjahr sind zahlreiche Anfragen von Bürgern und Bürgerinnen sowie der Presse dazu eingegangen, insbesondere zu den Gebührenmodellen von Mastercard und Visa für ihre Debitkarten der neuen Generationen. Die Preisüberwachung und das Sekretariat der WEKO haben dazu Verfahren eröffnet. Zudem klärt das Sekretariat, ob die Einführung neuer und die Erhöhung bestehender Lizenzgebühren für die Teilnahme an den Card Schemes von Mastercard oder Visa mit dem Kartellgesetz vereinbar sind. Ebenso führte das Sekretariat die Vorabklärung zur Virtual User Commercial Account-Lösung von Visa und bezüglich der Frage weiter, ob die dabei anfallenden Interchange Fees vom Anwendungsbereich der einvernehmlichen Regelung erfasst werden, welche die WEKO 2014 mit Herausgebern von Kreditkarten und Acquirern von Händlern abgeschlossen hatte. Schliesslich trieb das Sekretariat die Vorabklärung zu Interchange Fees im Cross Border-Bereich voran.

Der Bundesrat beauftragte am 20. Januar 2021 das UVEK und das EFD (EFV), bis Ende des Jahres konkrete Vorschläge zur Weiterentwicklung der **Grundversorgung im Bereich von Post- und Zahlungsverkehrsdiensten** im Lichte des digitalen Wandels zu erarbeiten. Die hierfür eingesetzte unabhängige und interdisziplinäre Expertengruppe hörte das Sekretariat der WEKO im November 2021 zu den wettbewerblichen Aspekten ihres Auftrags an. Im Bereich Zahlungsverkehrsdienste kann das Sekretariat kein Marktversagen feststellen. Aus wettbewerblicher Sicht kann auf eine gesetzliche Grundversorgung mit Zahlungsverkehrsdiensten verzichtet werden. Auch im Ausland werden Zahlungsverkehrsdienste ohne expliziten Grundversorgungsauftrag angemessenen angeboten.

Schliesslich wurden im Bereich Finanzdienstleistungen diverse Unternehmenszusammenschlüsse geprüft und in Phase I zugelassen.

### 3.2.2 Gesundheitswesen

Das Verfahren betreffend **Hors-Liste Medikamente** – konkret Cialis, Levitra und Viagra – fand im Berichtsjahr – nach einem ersten bundesgerichtlichen Urteil aus dem Jahr 2015 – seinen Abschluss (vgl. Abschnitt 2.2). Die Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG hatten für diese Medikamente Publikumspreisempfehlungen (PPE) an Grossisten und Verkaufsstellen (Apotheken sowie selbstdispensierende Ärztinnen und Ärzte) abgegeben. Die Verkaufsstellen befolgten grossmehrheitlich die ihnen via die Datenbank der e-mediat AG über die Kassensysteme beim Einlesen des Strichcodes zur Verfügung stehenden «Preisempfehlungen». Das BGer sah nun das Vorliegen vertikaler Festpreisabreden zwischen den Herstellerinnen sowie den die PPE befolgenden Verkaufsstellen als erwiesen an. Damit bestätigte es den Pilotentscheid der WEKO aus dem Jahr 2009 in Zusammenhang mit Preisbindungen und nahm wesentliche Weichenstellungen für die künftige Praxis der WEKO vor.

Die im September 2019 eröffnete Untersuchung gegen mehrere schweizerische und ausländische Unternehmen, die in der Produktion, im Vertrieb und im Verkauf des Wirkstoffs **Scopolaminbutylbromid** tätig sind, wurde weitergeführt. Mit dem Untersuchungsverfahren soll überprüft werden, ob sich die Indizien bezüglich einer kartellrechtswidrigen Koordination der Verkaufspreise des Wirkstoffs auf internationaler Ebene und einer Aufteilung der internationalen Märkte erhärten lassen.

Im Gesundheitssektor erhielt das Sekretariat diverse **Beratungsanfragen**. Die Fragen reichten von der Möglichkeit, Tarifstrukturen in der Zusatzversicherung einzuführen, über die Zulässigkeit von Tarifverhandlungen seitens der Krankenversicherer bis hin zu Regeln für eine klarere Gebietsaufteilung für Spitex-Unternehmen sowie einem Plan für eine wirksame Organisation von Covid-Tests in Verwaltungen und Unternehmen. Zur Beantwortung all dieser Fragen wurden in Absprache mit den Antragstellenden kurze Konsultationen in Form von Sitzungen oder schriftlichen Kurzbewertungen durchgeführt.

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich Gesundheitswesen eine Reihe von **Unternehmenszusammenschlüssen** zu beurteilen: Astorg/Nordic Capital/Novo/Bioclinica, CSS/Visana/Zur Rose/medi24/WELL und Advent/Eurazeo/Hoist. Ausserdem behandelte das Sekretariat mehr als 150 **Konsultationsverfahren** im Gesundheitswesen sowie zahlreiche **Bürgeranfragen**.

### 3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Das Verfahren "**Installation et services électriques dans la région genevoise**" wurde durch die Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung mit acht Unternehmen abgeschlossen, die am 10. Mai 2021 von der WEKO genehmigt wurde. Der Entscheid ist rechtskräftig. Im Rahmen dieser Untersuchung wurden fast 130 horizontale Abreden aufgedeckt, die zwischen 2013 und 2018 stattgefunden haben (vgl. Abschnitt 2.1).

In der Untersuchung **Automobil-Leasing** zog Ford Credit als letzte verbliebene Untersuchungsadressatin im ordentlichen Verfahren den verfahrensabschliessenden Entscheid der WEKO vom 10. Mai 2021 an das BVGer weiter (vgl. Abschnitt 2.1). Zuvor hatte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO das Verfahren gegenüber den acht anderen Verfahrensparteien mittels Teilverfügung vom 26. Juli 2019 mit einvernehmlichen Regelungen abgeschlossen. Eine dieser Parteien, die FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat), erhob Klage und Beschwerde gegen die Teilverfügung. Während das BVGer 2020 auf die Klage der FCA nicht eingetreten ist, ist die Beschwerde weiter vor BVGer hängig.

Darüber hinaus war das Sekretariat in mehrere Fälle im Zusammenhang mit der **Digitalisierung** involviert, die am Ende dieses Berichts erläutert werden. Es führte auch mehrere Verfahren im **Sportbereich** durch. Im Bereich des **Skisports** wurden die Beziehungen zwischen dem Tourismusbüro von Zermatt und den verschiedenen Skischulen analysiert. Das Verfahren wurde ohne Folgen eingestellt, da sich der Verdacht der Diskriminierung bestimmter Skischulen nicht erhärten hat. Ebenfalls im Zusammenhang mit dem Skisport wurde die vom Kanton Wallis eingeführte "Aktion Schneesport"

analysiert, nachdem eine Anzeige wegen einer möglichen Ungleichbehandlung zwischen den von der genannten Aktion profitierenden Skischulen eingegangen war. Die Aktion zielt auf die Förderung des Schneesports ab und gewährt Walliser Primarschulen Förderungsmittel für Skitage oder andere Schneesportanlässe, die im Wallis organisiert werden. In Zusammenarbeit mit der zuständigen Dienststelle des Kantons Wallis konnte die "Aktion Schneesport" angepasst werden, um eine mögliche Wettbewerbsverzerrung zu vermeiden. Das Sekretariat analysierte auch die Subventionierung von **Tennishallen** im Kanton Zürich. Laut einer beim Sekretariat eingegangenen Beschwerde soll der kantonale Sportfonds, der zur Subventionierung verschiedener Projekte im Sportbereich bestimmt ist, Unternehmen gegenüber gemeinnützigen Vereinen diskriminiert haben. Da die Unterscheidung zwischen gewinnorientierter und nicht gewinnorientierter Tätigkeit vom kantonalen Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen war und das für die Vergabe von Subventionen zuständige kantonale Organ systematisch eine gründliche Prüfung der Anträge vorzunehmen hatte, um keine Wettbewerbsverzerrung zu verursachen, konnte das Verfahren ohne weitere Folgen eingestellt werden. Im Bereich des **Eishockeys** hat das Sekretariat seitens der Nationalen Eishockeyliga (National League AG) eine Anfrage um Beratung bei der Einführung ihres sogenannten "Financial Fair Play"-Systems erhalten. Dieses System sollte die Gesamtsumme der Spielergehälter in der National League begrenzen, um einerseits die finanzielle Stabilität der Vereine zu stärken und andererseits ein Gleichgewicht der Kräfte innerhalb der Liga zu fördern, um so die Attraktivität des Eishockeysports zu erhöhen. Eine Analyse ergab, dass dieses System eine Preisabsprache hätte darstellen können, da die begrenzten Gehälter ausschliesslich zwischen Vertretern der Eishockeyklubs ausgehandelt worden waren. Das Sekretariat äusserte daher seine Vorbehalte gegenüber dem System und wies darauf hin, dass andere Varianten mit geringeren Auswirkungen auf den Wettbewerb möglich seien. Schliesslich wurde dem Sekretariat im Bereich des **Motorsports** eine Beschwerde gegen den Verband Auto Sport Schweiz (ASS) vorgelegt. Der ASS wurde von der Fédération Internationale de l'Automobile (FIA) zum Träger der nationalen Sporthoheit im Bereich des Automobil- und Kartrennsports für die Schweiz ernannt. Im Rahmen dieser Tätigkeit sorgt die ASS dafür, dass die Motorsportwettbewerbe fair sind und den von der FIA aufgestellten Regeln entsprechen. Das Verfahren wurde nicht weitergeführt, da es vorrangig um private Interessen geht, die vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden müssen.

### 3.3 Infrastruktur

#### 3.3.1 Telekommunikation

Im September 2021 eröffnete die WEKO im Bereich der **Online-Verzeichnisdienste** eine Untersuchung gegen Swisscom und deren Tochtergesellschaft Directories. Directories ist die Herausgeberin des gedruckten Telefonbuchs und Betreiberin der beiden Online-Verzeichnisdienste «local.ch» und «search.ch». Im Frühjahr 2019 führte Directories das Einheitsprodukt «SWISS LIST» ein und änderte damit den Preis und die Bedingungen für die Ergänzung des Telefonbucheintrags

grundlegend. Bis dahin konnten die Unternehmen ihren Eintrag mit weiteren Informationen individuell ergänzen. Mit «SWISS LIST» werden verschiedene Produkte und Dienstleistungen nur noch gebündelt angeboten. Die WEKO untersucht zurzeit ob und inwiefern dies zu einer Behinderung von Wettbewerbern und zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite führen könnte.

Die Untersuchung **Netzbaustrategie Swisscom** wurde weiter vorangetrieben. Die diesbezüglich von der WEKO im Dezember 2020 beschlossenen vorsorglichen Massnahmen, welche Swisscom untersagen, Wettbewerbern beim Ausbau des Glasfasernetzes den Zugang zur Infrastruktur (Layer 1-Zugang) zu verunmöglichen, wurden vom BVGer mit Urteil vom 30. September 2021 bestätigt. Swisscom zog die Sache ans BGer weiter, welches das Gesuch auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Ende 2021 abwies (vgl. Abschnitt 2.2).

Die im Jahr 2020 gegen Swisscom eröffnete Untersuchung im Bereich **Breitbandanbindung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)** wurde weitergeführt und es wurden insbesondere weitere Daten erhoben und ausgewertet.

Die WEKO hatte Swisscom im Jahr 2015 für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer sogenannten **Kosten-Preis-Schere** bei der Ausschreibung der Vernetzung der Poststandorte sanktioniert. Das BVGer bestätigte die Verfügung der WEKO mit seinem Urteil vom 24. Juni 2021 weitgehend und passte lediglich die Sanktionshöhe geringfügig an. Swisscom zog den Fall ans BGer weiter (vgl. Abschnitt 2.2).

Das BVGer bestätigte mit seinem Urteil vom 16. Februar 2021 den WEKO-Entscheid vom 11. Dezember 2017 gegen die **Naxoo SA** wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Kabelanschlüsse in der Stadt Genf. Das BVGer reduzierte dabei die von der WEKO ausgesprochene Sanktion von CHF 3,6 auf rund 3,25 Mio., da das Gericht auf geringfügig tiefere Umsatzzahlen abstellte. Die Naxoo SA legte gegen dieses Urteil Beschwerde beim BGer ein (vgl. Abschnitt 2.2).

#### 3.3.2 Medien

Im Bereich der **Vermarktung und Vermittlung von Kinowerbung** wurde im Berichtsjahr aufgrund einer Anzeige gegen eine Werbevermarkterin eine Marktbeobachtung wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob andere Kinowerbevermarkter bzw. -vermittler in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.

Die WEKO hatte im Bereich Medien drei **Zusammenschlussvorhaben** zu beurteilen. Bei TX Group / Acheater-Louer.ch und bei TX Group / Immowelt Schweiz beabsichtigte jeweils die TX Group AG die Acheater Louer.ch & Publimmo Sàrl bzw. einen Teil des Schweizer Geschäfts der Immowelt AG zu erwerben. Die Analyse im Rahmen der vorläufigen Prüfungen ergab, dass (knapp) keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die beiden Zusammenschlussvorhaben bestanden. Bei

Aventinus / Heidi Media beabsichtigte die Fondation Aventinus die Heidi Media SA zu übernehmen. Auch hier ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

Die von der WEKO im Jahr 2020 betreffend die Live-Übertragung von **Eishockeyspielen im Pay-TV** erlassene Verfügung, welche UPC mit rund CHF 30 Mio. büsste, ist weiterhin vor BVGer hängig. Hier fand im Berichtsjahr der Schriftenwechsel statt. Ebenso ist die von der WEKO im Jahr 2016 gegen Swisscom erlassene Verfügung, welche Swisscom für eine ähnliche Verhaltensweise bei der Übertragung von Live-Sport (Fussball und Eishockey) sanktioniert hatte, vor dem BVGer hängig.

Das BVGer hiess die Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 27. Mai 2015 in Sachen Publikation des Schlussberichts vom 12. November 2014 betreffend die Einstellung einer Vorabklärung im Bereich der **TV-Vermarktung und Radiowerbevermittlung** mit Urteil vom 16. April 2021 teilweise gut. Im Wesentlichen waren am Schlussbericht weitere Schwärzungen und Anonymisierungen vorzunehmen. Auf die seitens des betroffenen Unternehmens dagegen erhobene Beschwerde trat das BGer mit Urteil vom 9. Juni 2021 nicht ein. In Umsetzung des Urteils des BVGer erliess die WEKO am 14. September 2021 eine neue Publikationsverfügung, gegen welche wiederum Beschwerde ans BVGer erhoben wurde. Das BVGer trat auf diese Beschwerde mit Entscheid vom 15. Dezember 2021 nicht ein. In gleicher Sache wies das BVGer zudem eine weitere Beschwerde ab, in welcher der WEKO-Entscheid betreffend Ablehnung des Gesuchs um Wiedererwägung angefochten worden war (vgl. Abschnitt 2.2).

Das BVGer hatte am 21. September 2020 die Rückweisung einer Publikationsverfügung an die WEKO zur weiteren Schwärzung und Anonymisierung einer **Stellungnahme zu einem Zusammenschlussvorhaben** entschieden. Die dagegen seitens einer Zusammenschlusspartei erhobene Beschwerde wies das BGer am 19. Oktober 2021 ab und bestätigte, dass die zu publizierende Stellungnahme der WEKO keine Geschäftsgeheimnisse mehr preisgäbe und auch die Datenschutzvorschriften nicht gegen die Publikation sprechen würden (vgl. Abschnitt 2.2).

Im Fall eines weiteren Zusammenschlussvorhabens hatte das BVGer die Beschwerde einer Zusammenschlusspartei gegen die für die vorläufige Prüfung zu bezahlende Pauschalgebühr von CHF 5'000 am 6. Oktober 2020 abgewiesen und damit die **extensive Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG** durch die WEKO geschützt. Das BGer wies die dagegen erhobene Beschwerde in seinem Urteil vom 23. September 2021 ab und stellte fest, dass die Pauschalgebühr unabhängig vom Bestehen einer Meldepflicht geschuldet ist (vgl. Abschnitt 2.2).

### 3.3.3 Energie

Zum Thema **Verwendung von aus dem Monopolbereich stammenden Daten** führt das Sekretariat mehrere Marktbeobachtungen wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch.

Bei der im August 2020 eingestellten Vorabklärung Verwendung von aus dem Monopolbereich stammende

Daten für Tätigkeiten in anderen Märkten ist die **Publikation des Schlussberichts** strittig. Die diesbezüglich vom Sekretariat erlassene Verfügung vom 23. September 2021 wurde von der betreffenden Stromnetzbetreiberin beim BVGer angefochten.

Im Bereich Strom wurde das Sekretariat im Rahmen von **Ämterkonsultationen** bzw. die WEKO im Rahmen von **Vernehmlassungsverfahren** mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Die WEKO setzte sich hier insbesondere für eine zeitnahe vollständige Marktöffnung in der Endkundenversorgung und beim Messwesen, unterjährige Wechselmöglichkeiten sowie ein marktnahes, wettbewerbs- und technologieneutraleres System zur Gewährleistung des Zubaus von erneuerbaren Energien ein. Weiter beantragte die WEKO im Bereich der wirtschaftlichen Landesversorgung, dass bei der Übertragung von öffentlichen Aufgaben des Fachbereichs Energie ein von der Gaswirtschaft rechtlich und funktionell entflochtener sowie vollständig unabhängiger Akteur das Monitoringsystem zur Beobachtung der Versorgungslage betreibt, die hierfür erforderlichen Daten erhebt und diese dem Fachbereich Energie zugänglich macht.

### 3.3.4 Verkehr

Im Bereich Spedition und Logistik hatte die WEKO das **Zusammenschlussvorhaben** DSV Panalpina / Agility Global Integrated Logistics zu beurteilen. Dabei beabsichtigte die DSV Panalpina A/S die Agility Logistics International B.V. und die Agility International GIL Holdings I Limited von der Agility Public Warehousing Company K.S.C.P. zu erwerben. Die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung ergab die Freigabe durch die WEKO.

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer in Sachen **Luftfracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Mio. sanktioniert wurden, hatten verschiedene Parteien Beschwerde ans BVGer erhoben. Ebenfalls strittig war in diesem Fall, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert werden darf. Nach dem Rückweisungsentscheid des BVGer im Jahr 2017 hatte die WEKO am 12. November 2018 die Veröffentlichung einer überarbeiteten Publikationsversion verfügt. Gegen diese Verfügung wurden beim BVGer erneut Beschwerden erhoben, welche im Jahr 2020 alle vollumfänglich abgewiesen wurden. In vier Fällen wurden die Urteile ans BGer weitergezogen. Das BGer wies mit Urteilen vom 27. Oktober 2021 alle Beschwerden vollumfänglich ab, sofern es überhaupt darauf eintrat (vgl. Abschnitt 2.2).

Im Bereich des regionalen Personenverkehrs und der multimodalen Mobilität wurde das Sekretariat im Rahmen von **Ämterkonsultationen** mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Im Zusammenhang mit der Förderung der multimodalen Mobilität hat sich das Sekretariat wiederholt für einen diskriminierungsfreien und zeitnahen Zugang zur öV-Vertriebsinfrastruktur für externe Mobilitätsvermittler eingesetzt.

### 3.3.5 Staatliche Beihilfen

Die WEKO hatte im Berichtsjahr gestützt auf das Luftfahrtgesetz einen Fall betreffend **staatliche Beihilfen**

gemäss Luftverkehrsabkommen (LVA) zu prüfen. Der Kanton Genf beabsichtigt aufgrund der Corona-Pandemie dem Flughafen Genf im Krisenfall einen Kredit in der Höhe von maximal CHF 200 Mio. zu gewähren, um damit die notwendige Liquidität für die Aufrechterhaltung und Fortführung des Betriebs zu gewährleisten. Der Kanton Genf legte der WEKO dazu einen entsprechenden Gesetzesentwurf vor. Die WEKO überprüfte die geplanten Unterstützungsmassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Luftverkehrsabkommen. In ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2021 kam sie zum Schluss, dass das geplante Gesetz nur dann mit dem LVA vereinbar sei, wenn die Darlehenstranchen unter den in der Botschaft genannten und von der WEKO in der Stellungnahme konkretisierten Bedingungen gewährt würden. Das Genfer Kantonsparlament hat das Ergebnis dieser Prüfung nun bei der Verabschiedung des Gesetzesentwurfs, d. h. beim Entscheid über die Gewährung der Beihilfe, zu berücksichtigen.

### 3.3.6 Weitere Bereiche

Die Schweizerische Post AG zog ihre Beschwerde ans BVGer gegen die Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 in Sachen **Geschäftskunden-Preissysteme für adressierte Briefsendungen** zurück. Das BVGer schrieb die Beschwerde in der Folge am 24. August 2021 als gegenstandslos geworden ab. Damit erwuchs die Verfügung der WEKO, wonach der Post für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine Sanktion von rund CHF 22,6 Mio. auferlegt wurde, in Rechtskraft.

## 3.4 Produktemärkte

### 3.4.1 Vertikalabreden

Zum Thema «**Hochpreisinsel Schweiz**» führte das Sekretariat rund zehn Marktbeobachtungen wegen Verdachts auf Preisabreden und Marktabschottungen durch. In mehreren Fällen wurden Verträge angepasst und Rundschreiben an Vertriebspartner gesandt, um Klarheit zu schaffen und Missverständnisse zu vermeiden.

Im Juni 2021 schloss die WEKO die Untersuchung **Pöschl Tabakprodukte** einvernehmlich ab und büsste die deutsche Herstellerin Pöschl Tabak GmbH wegen unzulässigen Exportverboten in ihren Vertriebsverträgen (vgl. vorne 2.1).

### 3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Die Ermittlungen im Rahmen der Untersuchung bezüglich eines möglichen **nachfrageseitigen Kartells von Handelsunternehmen** wurden weitergeführt. Eine Partei legte nach der Untersuchungseröffnung 2020 beim BVGer Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung ein und beantragte die Siegelung der sichergestellten Daten. Das Bundesstrafgericht (BStGer) hiess das Entsiegelungsgesuch der WEKO im Februar 2021 gut und das BVGer wies die Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung im März 2021 ab (vgl. Abschnitt 3.6). Die Urteile sind nicht rechtskräftig.

Eine Marktbeobachtung aus dem Jahr 2020 führte im Januar 2021 zur Eröffnung der **Vorabklärung Zahlungsabwicklung Coop**. Im Rahmen der *Marktbeobachtung* sicherte Coop dem Sekretariat im Sommer 2020 zu, dass Coop ihre Lieferanten nicht zwingen, die

Lieferungen an Coop über die Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG abzurechnen. Sollte sich ein Lieferant entschliessen, nicht über Markant abzurechnen, werde Coop einen derartigen Entscheid in keinem Fall zum Anlass nehmen, den Lieferanten von der Liste der Coop-Geschäftspartner zu streichen, sondern im Rahmen der Verhandlungen mit diesem Lieferanten eine Lösung suchen, welche dem bisher gepflegten partnerschaftlichen Ansatz gegenüber den Lieferanten gerecht werde. Da das Sekretariat trotz oben genannter Zusicherung von Coop Hinweise für gegenteiliges Verhalten erhielt, eröffnete es eine *Vorabklärung*. In deren Zentrum steht der Verdacht, dass Coop Druck auf die Lieferanten ausübt, damit diese ihre Lieferungen an Coop neu kostenpflichtig über Markant abwickeln. Als Alternative zur Abrechnung über Markant habe Coop den Lieferanten eine teurere individuelle Abrechnungsmöglichkeit über Coop angeboten. Im Rahmen der Vorabklärung wird geklärt, ob Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

### 3.4.3 Uhrenindustrie

Im Mai 2021 eröffnete das Sekretariat eine *Vorabklärung* gegen die **Swatch Group** sowie deren Tochtergesellschaft Nivarox, welche u.a. Assortiments (regulierende Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks) herstellt. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp hatte die WEKO festgestellt, dass Nivarox auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments eine marktbeherrschende Stellung innehat. Im Fokus der Vorabklärung steht das Verhalten von Nivarox bei der Belieferung von Kunden ausserhalb der Swatch Group mit Assortiments. Mit der eröffneten Vorabklärung soll geprüft werden, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Swatch Group bzw. Nivarox ihre Marktstellung insbesondere durch die Einschränkung der bestellbaren Mengen sowie durch ungerechtfertigte Preiserhöhungen missbraucht und sich somit unzulässig verhalten hat.

Im Juni 2021 sanktionierte die WEKO zwei Unternehmen wegen **Verletzung der Auskunftspflicht** (Art. 52 KG) im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens Swatch Group Lieferstopp mit je CHF 20'000. Die Entscheide wurden angefochten.

### 3.4.4 Automobilsektor

Die im Juni 2018 eröffnete und im Dezember 2019 ausgedehnte Untersuchung **Concessionari VW** wurde weitergeführt. Gegenstand des Verfahrens sind mutmasslich unzulässige Preis- und Marktaufteilungsabreden zwischen zugelassenen Händlern von Fahrzeugen der Marken des Volkswagen-Konzerns im Kanton Tessin. Im Dezember versandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme. Mit dem Entscheid der WEKO ist 2022 zu rechnen.

Das Sekretariat beantwortete regelmässig Anfragen zur Einhaltung der **Regeln in der KFZ-Bekanntmachung**. So stellte das Sekretariat in verschiedenen Fällen klar, dass die gesetzliche Gewährleistung und die Herstellergarantie nicht verfallen, wenn Konsumentinnen und Konsumenten ihr Kraftfahrzeug durch eine unabhängige Werkstatt reparieren oder unterhalten lassen und die entsprechenden Arbeiten nicht fehlerhaft durchgeführt

worden sind. Konsumentinnen und Konsumenten sind daher nicht verpflichtet, ihr Kraftfahrzeug während der Garantiedauer ausschliesslich innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten unterhalten oder reparieren zu lassen. Zudem darf der Zugang unabhängiger Werkstätten zu technischen Informationen und Originalersatzteilen für Reparatur- und Unterhaltsarbeiten grundsätzlich nicht durch Wettbewerbsabreden beschränkt werden.

### 3.4.5 Landwirtschaft

Das Sekretariat beteiligte sich 2021 an rund 50 Ämterkonsultationen mit Bezug zur Landwirtschaft. Ausserdem genehmigte die WEKO den Zusammenschluss *Swissgenetics/New Generation Genetics* im Bereich Stiersamen. Da der gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtige Zusammenschluss nicht gemeldet worden war, eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO im September 2021 ein **Verwaltungsanktionsverfahren** gemäss Art. 51 KG.

### 3.5 Binnenmarkt

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) gewährleistet die freie Ausübung von Erwerbstätigkeiten in der ganzen Schweiz. Sichergestellt wird dies durch das Recht auf Marktzugang nach den Bestimmungen des Herkunftsorts, die öffentliche Ausschreibung der Übertragung von Monopolen auf Private und durch rechtliche Mindestvorgaben bei kantonalen und kommunalen Beschaffungen. Anfangs 2021 trat das revidierte Beschaffungsrecht in Kraft. Die WEKO setzte vor diesem Hintergrund bei ihren binnenmarktrechtlichen Tätigkeiten einen **Schwerpunkt** auf öffentliche Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden.

Die WEKO erhob in einer kommunalen öffentlichen Vergabe der Renovation eines **Schwimmbads** eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, welches die Beschwerde am 26. August 2021 gut hiess und in seinem Urteil weitgehend den Ausführungen der WEKO folgte (vgl. Abschnitt 2.2). Das Gericht hielt einen Verstoss gegen das kantonale Beschaffungsrecht (Ausstands- und Vorbefassungsregeln) und eine Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss BGBM fest. Den Wettbewerbsbehörden ist aufgrund von Anzeigen bekannt, dass solche Konstellationen, mit einer Vermischung von vorbereitenden Planungstätigkeiten und anschliessender Angebotseinreichung, bei öffentlichen Ausschreibungen öfters auftreten. Derartige Vermischungen beschränken den Wettbewerb und den Marktzugang, da andere Anbieterinnen keine fairen Chancen auf eine Zuschlagserteilung erhalten. Das Sekretariat führte im Nachgang zum erwähnten Schwimmbadfall bei über 90 Gemeinden präventiv eine Sensibilisierungskampagne zu dieser Problematik durch.

Am 30. März 2021 erliess die WEKO eine Empfehlung, wonach der **Einkauf von Strom** auf kantonalen und kommunaler Ebene dem Beschaffungsrecht untersteht und öffentlich auszuschreiben ist. Bislang fanden kaum öffentliche Ausschreibungen von Stromeinkäufen statt. Nach Einschätzung der WEKO untersteht der Stromeinkauf durch Gemeinwesen dem öffentlichen Beschaffungsrecht, unter anderem auch mit Blick auf das Anfang Jahr in Kraft getretene revidierte Beschaffungsrecht.

Eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung besteht etwa beim Stromeinkauf für die Versorgung von Verwaltungsgebäuden oder öffentlichen Verkehrsmitteln. Auch Energieversorger haben den Einkauf von Strom für Endkundinnen in der Grundversorgung öffentlich auszuschreiben. Öffentliche Ausschreibungen ermöglichen eine Auswahl zwischen verschiedenen Stromlieferanten und ermöglichen mehr Marktteilnehmenden den Marktzugang. Zur Umsetzung der Empfehlung der WEKO standen die Wettbewerbsbehörden dieses Jahr im Austausch mit verschiedenen Akteuren und erhielten zahlreiche Anfragen zur Empfehlung der WEKO. Einige Fragestellungen werden durch die Rechtsprechung der Gerichte zu entscheiden sein.

Das Sekretariat führte in der Westschweiz auf Anzeige eines Abschleppunternehmens hin eine Marktbeobachtung betreffend das **Abschleppen** von Motorfahrzeugen durch. Die rechtlichen Analysen des Sekretariats führten zum Schluss, dass die ohne öffentliche Ausschreibung erfolgte Zusammenarbeit des Kantons mit einer Gruppierung von bestimmten Garagenbetreibern nicht binnenmarktrechtskonform war. Das Sekretariat lud den Kanton deshalb ein, über die fehlende Ausschreibung eine Verfügung zu erlassen, da das Fehlen einer Ausschreibung eine Marktzugangsbeschränkung darstellt. Gegen eine solche Verfügung könnte auch die WEKO Beschwerde erheben. Der Kanton verzichtete auf den Erlass einer Verfügung und entschied, für das Abschleppwesen inskünftig eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Das Recht auf freien Marktzugang beinhaltet als Grundsatz das Recht, Waren und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, wenn die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit am Herkunftsort zulässig ist. Das BGBM sieht für die Gewährung des Marktzugangs ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vor. Eine eventuelle behördliche Überprüfung des Marktzugangs hat also ohne Auferlegung von Kosten zu erfolgen. In einem ein **Sicherheitsunternehmen** betreffenden Fall aus der Westschweiz wurden durch die kantonale Vollzugsbehörde für eine Verlängerung einer Bewilligung Gebühren auferlegt, obwohl sich die Betroffenen auf bestehende Bewilligungen in anderen Herkunftskantonen sowie auf die Kostenlosigkeit gemäss BGBM berufen hatten. Sowohl die WEKO als auch die Betroffenen erhoben Beschwerde gegen die Kostenauflegung. Die kantonale Behörde hiess die Beschwerde der WEKO mit Entscheid vom 7. Mai 2021 gut und stellte fest, dass die Auferlegung von Gebühren gegen die im BGBM vorgesehene Kostenlosigkeit eines Verfahrens verstösst.

Die WEKO reichte in zwei Beschwerdeverfahren vor BGer Stellungnahmen gestützt auf das BGBM ein. In einer ersten Stellungnahme vom 25. Mai 2021 begründete die WEKO, dass das BGBM auch im Falle einer auf das öffentliche Beschaffungsrecht gestützten Sanktionierung zur Anwendung gelangt, jedoch in Bezug auf die zu beurteilende Fragestellung keine Verletzung des BGBM vorlag. In einer zweiten Stellungnahme vom 25. Oktober 2021 führte die WEKO in Bezug auf die Verwendung von **Kurztaxenerträgen** aus, dass das BGBM auch auf positive Unterstützungsleistungen wie Subventionen

oder Beihilfen anwendbar ist, wenn diese Leistungen Marktzugangsbeschränkungen verursachen.

Weiter erstellte die WEKO auf Ersuchen eines Kantonsgerichts ein Gutachten zur Frage, ob in Zusammenhang mit dem Projekt **Gateway Basel Nord** öffentliche Ausschreibungen gestützt auf das BGBM durchzuführen wären. Das BGBM sieht vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat. Die WEKO äusserte sich in ihrem Gutachten vom 6. Dezember 2021 zu den aufgeworfenen Rechtsfragen. Dieses und die beiden erwähnten bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind hängig.

### 3.6 Ermittlungen

Im Jahr 2021 wurden zwei Hausdurchsuchungsaktionen durchgeführt. Die erste erfolgte im April des Berichtsjahres und betrifft mutmassliche Abreden von Transporteuren von Waren und Abfällen im Kanton Wallis (vgl. Abschnitt 3.1.1). Die zweite wurde im Juni durchgeführt im Rahmen der Ausdehnung der Untersuchung allfälliger Submissionsabreden im Baubereich in der Region Moesa und betraf auch Unternehmen im Kanton Tessin (vgl. Abschnitt 3.1.1). Beide Aktionen erfolgten unter Einhaltung von COVID-19-Schutzmassnahmen.

Am 8. März 2021 entschied das BGer die seit Jahren umstrittene Frage, welche ehemaligen und aktuellen Mitarbeitenden und Organe eines Unternehmens bei Einvernahmen den Grundsatz von nemo tenetur geltend machen können und somit die Aussage verweigern dürfen. In seinem Leitentscheid hielt das BGer fest, dass (1) sich Unternehmen im strafrechtsähnlichen Kartellsanktionsverfahren auf den Grundsatz von nemo tenetur (Schweigerecht) berufen können; dass (2) faktische und formelle Organe bei Einvernahmen das Schweigerecht der juristischen Person ausüben können; dass (3) alle anderen Personen uneingeschränkt als Zeugen und Zeuginnen zu befragen sind; d.h. namentlich ehemalige Organe und alle anderen aktuellen und ehemaligen Mitarbeitenden des Unternehmens. Es handelt sich um ein sehr bedeutsames Urteil für die Ermittlungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden. Die Einschränkungen, welche das BVGer bei der Einvernahme von ehemaligen Organen statuiert hatte, wurden aufgehoben. Zudem hat das BGer in zwei weiteren Urteilen festgehalten, dass das BVGer auf die Beschwerden gegen die Vorladungen gar nicht hätte eintreten dürfen, da es am Erfordernis des nicht wiedergutzumachenden Nachteils fehlt.

Im Berichtsjahr hat ein Unternehmen erstmals im Zusammenhang mit einer Hausdurchsuchung sowohl eine Einsprache an das BStGer als auch eine Beschwerde an das BVGer erhoben. Beide Gerichte überprüften unabhängig voneinander die Hausdurchsuchung und erachteten diese als rechtmässig. Beide Urteile wurden durch das Unternehmen ans BGer weitergezogen, welches sich nun auch zum Verhältnis der beiden Rechtsmittelwege wird äussern können (vgl. Abschnitt 3.4.2). Die Wettbewerbsbehörden hatten vor dem BVGer die Auffassung vertreten, dass bei einer – auch nur teilweisen – Siegelung das Verfahren vor BStGer dem Beschwerdeverfahren vor BVGer vorgehen sollte, so dass eine ineffiziente Verdoppelung des Rechtsmittelweges und die Gefahr widersprechender Urteile vermieden werden

kann. Darüber hinaus hat das BStGer in einem weiteren Entsiegelungsverfahren eine Hausdurchsuchung, die im Rahmen der Untersuchung von Submissionsabreden in der Region Moesa (vgl. Abschnitt 3.1.1) durchgeführt wurde, für rechtmässig befunden und die Entsiegelung gutgeheissen. Eine Beschwerde ans BVGer in gleicher Angelegenheit ist hängig.

Die in der zweiten Hälfte des Jahres 2020 eingeführte Möglichkeit, den Marker für eine Selbstanzeige mittels eines elektronischen Formulars auf der Website der WEKO setzen zu können (sogenannter «e-Marker») hat sich bewährt und wurde im Jahre 2021 rege verwendet.

### 3.7 Internationales

**EU:** Das Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und EU zum Wettbewerbsrecht fördert den Erfahrungsaustausch und ermöglicht eine enge Kooperation und Koordination bei Untersuchungen, einschliesslich dem Austausch von Beweismitteln. Dieser Austausch ist in der Praxis äusserst wertvoll, auch wenn er nur unter restriktiven Bedingungen erfolgen kann. Im Berichtsjahr tauschten die WEKO und die Generaldirektion (GD) Wettbewerb der EU in einer parallel geführten Untersuchung Beweismittel aus. Im Vorfeld zur Eröffnung dieser Untersuchung in der EU und in der Schweiz waren bereits die Hausdurchsuchungen zeitlich koordiniert worden. In verschiedenen anderen Untersuchungen standen die Fallverantwortlichen der WEKO mit jenen der GD Wettbewerb in Kontakt, um verfahrens- und materiell-rechtliche Fragen zu diskutieren. In den Zusammenschlussverfahren mit parallelen Meldungen in Bern und Brüssel wurden technische und materielle Fragen diskutiert. Auch bei anstehenden Änderungen von Gesetzen, Verordnungen und Leitlinien kann ein Austausch unter den Behörden Klarheit schaffen. So erkundigte sich die WEKO bezüglich der Revision der Vertikalgruppenfreistellungsverordnung bei den Kolleginnen und Kollegen in Brüssel und wurde von diesen im Zusammenhang mit der Überarbeitung der Horizontal-Leitlinien konsultiert. Bei konkreten Fragen zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts kontaktierte die WEKO die Spezialistinnen und Spezialisten in der EU, so z.B. zur Beurteilung von Einkaufsallianzen im Detailhandel.

**Deutschland:** Ende 2017 nahmen die Schweiz und Deutschland Verhandlungen über ein Kooperationsabkommen in Wettbewerbssachen auf. Das angestrebte Abkommen bezieht sich auf die Amtshilfe zwischen der WEKO und dem Bundeskartellamt im Zusammenhang mit unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüssen gemäss dem jeweiligen Wettbewerbsrecht der Vertragsparteien. Der mit Deutschland in der Zwischenzeit ausgehandelte Vertragsentwurf entspricht inhaltlich in weiten Teilen dem Kooperationsabkommen mit der EU. Wann es zur Unterzeichnung kommt, ist angesichts der im September 2021 erfolgten Bundestagswahlen in Deutschland noch unklar. Der Bundesrat wird das Abkommen anschliessend dem Parlament zur Genehmigung unterbreiten.

**OECD:** Auch dieses Jahr fanden die beiden jährlichen Treffen der OECD im Juni und im Dezember ausschliesslich virtuell statt. Da sich damit die Reisen nach Paris erübrigten, profitierten mehr Mitarbeitende der WEKO von einer direkten Teilnahme an den Diskussio-

nen. Diskutiert wurden insbesondere folgende Themen: «Durchsetzung des Wettbewerbs und regulatorische Alternativen», «Datenübertragbarkeit, Interoperabilität und Wettbewerb», «Methoden zur Messung des Wettbewerbs im Markt», «Wettbewerbsfragen bei Büchern und elektronischen Büchern», «Umweltaspekte bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts», «Ex-ante-Regulierung und Wettbewerb auf digitalen Märkten» sowie «Nachrichtenmedien und digitale Plattformen». Anlässlich des Global Forums stand das Thema «Wirtschaftliche Analyse und Beweise in Missbrauchsfällen» im Vordergrund. Die WEKO trug auch dieses Jahr wieder aktiv zu den Diskussionen bei, so z.B. mit einem Beitrag zum Bücher-Fall, in dem die WEKO zehn Grosshändler von französischsprachigen Büchern wegen der Beschränkung von Parallelimporten sanktioniert hatte. Zudem brachte sich die WEKO bei der Überarbeitung verschiedener OECD Empfehlungen aktiv ein, z.B. bei der Überarbeitung der Empfehlungen über die internationale Zusammenarbeit und die Bekämpfung von Angebotsabsprachen.

**ICN:** Am 5. Oktober 2021 traf sich die WEKO mit den im letzten Jahr gewählten «Non-Governmental Advisors» (NGA) zur jährlichen Aussprache. Diskutiert wurden aktuelle Themen in Anlehnung an die Agenda der diesjährigen ICN-Jahreskonferenz, welche vom 13. bis 15. Oktober 2021 in Budapest stattfand. Sowohl Behördenvertreterinnen und -vertreter als auch die Schweizer NGA nahmen virtuell an ausgewählten Veranstaltungsböcken teil. Die WEKO beteiligte sich an der Befragung zum Hauptthema der diesjährigen ICN-Jahreskonferenz, «Nachhaltige Entwicklung und Wettbewerbsrecht». Zudem war die WEKO in die Ausarbeitung verschiedener Merkblätter der ICN involviert. Im Vordergrund stand in diesem Jahr die Erarbeitung und Publikation eines Berichts der Arbeitsgruppe zu unilateralem Verhalten zum Thema «Theorien über Schaden und Abhilfemassnahmen auf digitalen Märkten». Die Arbeitsgruppe befragte zu diesem Zweck Wettbewerbsbehörden und NGAs.

**UNCTAD:** Die WEKO nahm im Juli 2021 virtuell an der UNCTAD Jahreskonferenz teil. Zudem nahm die WEKO abwechselnd mit dem SECO an den Videokonferenzen der neu eingesetzten Arbeitsgruppe zu grenzüberschreitenden Kartellen (Cross-Border Cartels) teil und brachte die schweizerische Perspektive ein. Das Ziel der Arbeitsgruppe ist die Vertiefung der Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von grenzüberschreitenden Kartellen und dabei insbesondere eine bessere Unterstützung kleiner und junger Wettbewerbsbehörden.

**Weltbank:** In der zweiten Jahreshälfte engagierte sich die WEKO im Rahmen des vom SECO finanzierten Entwicklungsprojekts «Competition Policy Implementation Review in Ukraine – International Practice» in der Ukraine. Das Entwicklungsprojekt wurde zusammen mit der International Finance Corporation (IFC), einer für die Privatsektor-Entwicklung zuständigen Institution der Weltbank-Gruppe, umgesetzt. Im November 2021 führte die WEKO zusammen mit der ukrainischen Wettbewerbsbehörde AMCU einen virtuellen zweitägigen Capacity Building Workshop durch. Im Zentrum des Workshops stand der praktische Erfahrungsaustausch zwischen Wettbewerbsbehörden mit einem Fokus auf Screening, d.h. Methoden zur Aufdeckung von Kartellen

mittels Submissionsdaten. Der Workshop fand mit insgesamt über 80 Teilnehmenden grossen Anklang. Weiter unterstützte die WEKO die IFC bei der Projektstudie, indem sie die Sicht einer Wettbewerbsbehörde und die aktuell international diskutierten Fragestellungen und Herausforderungen des Wettbewerbsrechts einbrachte.

### 3.8 Gesetzgebung

In der Schlussabstimmung vom 19. März 2021 haben der Ständerat und Nationalrat den indirekten Gegenvorschlag zur «Fair-Preis-Initiative» angenommen. Die neuen Bestimmungen (Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> und Art. 7 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. g), welche die Einführung des Konzepts der **relativen Marktmacht** im Kartellgesetz vorsehen, traten per 1. Januar 2022 in Kraft. Das Sekretariat der WEKO startete im Frühsommer 2021 die Umsetzungsarbeiten. Es erarbeitete ein Umsetzungskonzept und ein **Merkblatt**, das es am 14. Dezember 2021 publizierte. Die zentralen Informationen des Merkblattes sind Folgende:

- Relativ marktmächtig ist ein Unternehmen dann, wenn andere Firmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder einer Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf alternative Quellen auszuweichen. Unternehmen können bei der WEKO Anzeige erstatten, wenn sie auf diese Weise im Wettbewerb behindert oder benachteiligt werden. Missbräuchlich kann sich ein relativ marktmächtiges Unternehmen etwa verhalten, wenn es einer Produzentin grundlos die Lieferung von Bauteilen verweigert, auf welche diese angewiesen ist. Ein Missbrauch kann auch darin bestehen, dass ein relativ marktmächtiges Unternehmen andere Unternehmen darin behindert, eine in der Schweiz und im Ausland angebotene Ware zu den ausländischen Konditionen zu beziehen.
- Damit die WEKO überhaupt tätig werden kann, ist sie auf Informationen der betroffenen Unternehmen angewiesen. Um diesen eine Anzeige zu erleichtern, hat sie ein Merkblatt und ein Meldeformular veröffentlicht.
- Mit dieser Gesetzesrevision wird das bisherige kartellrechtliche Missbrauchsverbot auf relativ marktmächtige Unternehmen ausgedehnt. Unternehmen werden für Verstösse gegen die neuen Bestimmungen nicht gebüsst. Die WEKO kann ihnen jedoch Handlungs- und Unterlassungspflichten auferlegen.

Der aktuelle Stand der **parlamentarischen Vorstösse** mit Bezug zum Kartellgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» (16.3902) ist von beiden Räten angenommen worden. Der Bundesrat hat am 17. November 2021 den Gesetzesentwurf und die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verabschiedet: Indem Preisparitätsklauseln als missbräuchliche AGB qualifiziert werden und damit als nichtig gelten, sollen Preisbindungsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben untersagt werden.

- Von der **Motion Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» (16.4094), haben die Räte zwei von vier Punkten angenommen, nämlich Fristen für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren und Parteienentschädigungen auch für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren. Der Bundesrat hat sie in das Kartellgesetz-Revisionsprojekt integriert und hat im November 2021 das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.
- Die **Motion Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» (18.3898) verlangt vom Bundesrat eine Verordnung zum Schutz von Konsumenten und KMU vor wettbewerbsverzerrenden Praktiken im KFZ-Handel. Nach der Annahme durch den Nationalrat im September 2020 befindet sich die Motion nun im Ständerat.
- Die **Motion Nantermod** vom 12. Dezember 2018 «Effiziente und faire wettbewerbsrechtliche Verfahren» (18.4183), welche eine Anpassung der Verfahrensregeln über die Akteneinsicht und die Gebührenpflicht in der Vorabklärung fordert, wurde vom Nationalrat im Dezember 2020 abgelehnt und ist damit erledigt.
- Die **Motion Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» (18.4282), welche eine Anpassung von Art. 5 KG verlangt, wurde im Juni 2021 auch vom Nationalrat als Zweitrat angenommen. Der Bundesrat hat sie in das Kartellgesetz-Revisionsprojekt integriert und hat im November 2021 das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.
- Die **Motion Bauer** vom 14. Dezember 2018 «Untersuchungen der WEKO: die Unschuldsvermutung muss Vorrang haben» (18.4304) verlangt eine Streichung von Art. 28 KG, welcher die Publikation der Untersuchungseröffnung mit Namensnennung vorsieht. Die Motion wurde im Dezember 2020 abgeschrieben.
- Das **Postulat Molina** vom 9. Mai 2019 «Stärkung der Fusionskontrollen bei ausländischen Direktinvestitionen» (19.3491) wurde im Juni 2021 vom Nationalrat abgelehnt und ist damit erledigt.
- Die **Interpellation Noser** vom 28. September 2021 «Kartellgesetz umfassend modernisieren» (21.4108) regt eine Reform der institutionellen Strukturen der Wettbewerbsbehörden an und stellt dem Bundesrat entsprechende Fragen. Sie wurde im Dezember 2021 im Ständerat ohne Diskussion behandelt und ist nun erledigt.
- Die **Motion Wicki** vom 30. September 2021 «Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» (21.4189) will das Kartellgesetz insbesondere durch die Stärkung des Untersuchungsgrundsatzes so präzisieren, dass die verfassungsmässige Unschuldsvermutung auch dort An-

wendung finde. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion, weil die darin kritisierten Missstände beim Gesetzesvollzug *nicht* gegeben sind und weil die geforderten Anforderungen an die Unschuldsvermutung bereits im geltenden Kartellgesetz enthalten sind. Dennoch wurde die Motion im Dezember 2021 durch den Ständerat angenommen und wird voraussichtlich 2022 im Nationalrat behandelt werden.

- Mehrere weitere parlamentarische Vorstösse betreffen die Themen Wettbewerb und staatsnahe bzw. Staatsbetriebe sowie Zugang zu geschlossenen Märkten, so namentlich die **Motion Caroni** (15.3399), die **Pa.lv. Schilliger** (17.518), das **Postulat Caroni** (19.3701), das **Postulat WAK-S** (19.4379), die **Motion Caroni** (20.3531), die **Motion Rieder** (20.3532) und die **Interpellation Sauter** (21.3472).

Der Bundesrat plant eine **Teilrevision des Kartellgesetzes** mit den Hauptpunkten Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, Stärkung des Kartellzivilrechts und die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. In die Revisionsarbeiten miteinbezogen werden die zwei überwiesenen Forderungen der erwähnten Motion Fournier, nämlich die Ordnungsfristen und die Parteienentschädigung für die Verfahren vor der WEKO, sowie die ebenfalls erwähnte Motion Français betreffend Kartellabreden. Im November 2021 wurde das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Die Federführung für die KG-Teilrevision seitens der Verwaltung liegt beim GS-WBF und beim SECO. Das Sekretariat der WEKO ist an den Arbeiten beteiligt.

## 4 Organisation und Statistik

### 4.1 WEKO, Sekretariat und Statistik

Die **WEKO** führte 2021 elf ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch (sechs davon online). Anlässlich dieser Sitzungen trifft sie die Entscheidungen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des BGBM. Diese sind der nachstehenden Statistik zu entnehmen (vgl. Abschnitt 4.2).

### 4.2 Statistik

Ende 2021 beschäftigte das **Sekretariat** 76 (Vorjahr 75) Mitarbeitende, wobei der Anteil Frauen 44,7 (Vorjahr 45,3) Prozent beträgt. Die 76 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitlich und besetzen insgesamt 65,2 (Vorjahr 64,1) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung), beträgt 57 (Vorjahr 56), was 50,6 Vollzeitstellen (Vorjahr 49,8) entspricht. 19 (Vorjahr 19) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten des Hauses; dies entspricht 14,6 (Vorjahr 14,3) Vollzeitstellen. Das Sekretariat bietet zudem vier (Vorjahr vier) Praktikantenplätze an. Diese vier Praktikantinnen und Praktikanten arbeiten Vollzeit.

Die Statistik über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates bildet sich für das Jahr 2021 wie folgt ab:

	2021	2020	2019
<b>Untersuchungen</b>			
Während des Jahres geführt	20	20	19
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	13	16
davon Eröffnungen	4	7	3
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	0	2
<b>Endentscheide</b>	4	6	11
davon einvernehmliche Regelungen	3	4	9
davon behördliche Anordnungen	2	1	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	4	4	10
davon Teilverfügungen	0	2	5
<b>Verfahrensleitende Verfügungen</b>	2	2	2
<b>Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)</b>	2	1	6
<b>Vorsorgliche Massnahmen</b>	1	1	1
<b>Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG</b>	2	1	0
<b>Vorabklärungen</b>			
Während des Jahres geführt	11	14	14
davon Übernahmen vom Vorjahr	7	13	8
davon Eröffnungen	4	1	6
<b>Abschlüsse</b>	3	8	4
davon mit Untersuchungseröffnung	1	1	1
davon mit Anpassung des Verhaltens	1	4	3
davon ohne Folgen	1	3	0
<b>Andere Tätigkeiten</b>			
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	1	1	2
Erfolgte Beratungen	33	24	28
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	48	80	63
BGÖ-Gesuche	10	18	7
Sonstige erledigte Anfragen	519	565	488
<b>Zusammenschlüsse</b>			
Meldungen	31	35	40
Kein Einwand nach Vorprüfung	31	34	37
Prüfungen	0	1	3
Entscheide der WEKO nach Prüfung	0	1	2
Untersagung	0	0	0
Zulassung mit Bedingungen / Auflagen	0	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	0	1	2
Vorzeitiger Vollzug	0	0	0
<b>Beschwerdeverfahren</b>			
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	39 (92)	42	46
Urteile BVGer	11 (15)	9	4
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	8 (12)	6	1
davon teilweiser Erfolg	2 (2)	2	2
davon kein Erfolg	1 (1)	1	1
Urteile BGer	5 (12)	7	6
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	4 (11)	6	5
davon teilweiser Erfolg	1 (1)	1	0
davon kein Erfolg	0 (1)	0	1
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	30 (71)	29	36
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.			

Gutachten (Art. 15 KG)	0	0	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	2	0	2
Nachkontrollen	0	0	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	0	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	335	327	120
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	11	12	17
Beihilfeprüfungen	1	2	-
<b>BGBM</b>			
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	1	0	3
Gutachten (Art. 10 BGBM)	4	1	2
Beratungen (Sekretariat)	68	63	93
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 <sup>bis</sup> BGBM)	1	2	0

Aus der Statistik für das Jahr 2021 und dem Vergleich mit den Zahlen aus den Jahren 2020 und 2019 ergeben sich folgende wesentliche Erkenntnisse:

- Untersuchungen: Die Wettbewerbsbehörden führten 2021 praktisch gleich viele Untersuchungen wie in den beiden Vorjahren. Wie im Jahre 2020 schloss die WEKO auch 2021 leicht unterdurchschnittlich viele Verfahren ab.
- Vorabklärungen und Marktbeobachtungen: Auch die Anzahl Vorabklärungen und Marktbeobachtungen fiel 2021 tiefer aus als in den Vorjahren. Dafür führte das Sekretariat mehr Beratungen durch als üblich.
- Zusammenschlüsse: Die Anzahl der geprüften Zusammenschlüsse fiel etwas tiefer aus als 2020 und 2019, bewegt sich aber im Durchschnitt früherer Jahre.
- Beschwerdeverfahren: Die Anzahl hängiger Beschwerden vor den Gerichten ist praktisch gleich geblieben. Jedoch fällten die Gerichte wichtige Entscheide, teilweise über einzelne, teilweise über alle Beschwerden zu einem WEKO-Entscheid. Zur Zählweise gilt es Folgendes zu beachten:
  - WEKO-Entscheide (Verfügungen) richten sich meist gegen mehrere Parteien. Diese reichen vor den Gerichten einzeln eine Beschwerde ein. Die Gerichte behandeln in der Regel jede Beschwerde einzeln und fällen entsprechend mehrere Urteile zu einem einzelnen WEKO-Entscheid. Diese Gerichtsurteile sind in der Sache teilweise sehr ähnlich, können aber auch Einzelfragen behandeln.
  - Für das Jahr 2021 werden neu nicht nur die parallelen Beschwerdeverfahren vor den Gerichten gemeinsam als ein Fall pro WEKO-Entscheid gezählt, sondern wird zusätzlich in Klammern die Gesamtsumme aller separaten, auch parallelen Beschwerden insgesamt aufgeführt. Gleiches gilt für die Statistik auf Stufe Gerichte: Die Urteile werden zum einen unabhängig von der Anzahl Beschwerden zu einem WEKO-Entscheid als ein Urteil gezählt sowie zum anderen sind zusätzlich in Klammern die Urteile zu den einzelnen Beschwerden aufge-

führt (z.B. zählen die Urteile des BGer zu den fünf Beschwerden zum WEKO-Entscheid Hors-Liste Medikamente als ein Urteil sowie in Klammer als fünf Urteile).

- Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen: Während die Anzahl Gutachten, Empfehlungen und Vernehmlassungen ähnlich zu den Vorjahren ist, verharrete die zu behandelnde Anzahl Ämterkonsultationen auf einem überdurchschnittlich hohen Niveau.
- BGBM: Die Anzahl der im Bereich des Binnenmarktgesetzes behandelten Fragen bewegt sich in einem ähnlichen Bereich wie in den letzten Jahren. Die Anzahl Beratungen war ähnlich hoch wie 2020 und damit weiterhin rund einen Drittel geringer als 2019 und 2018.

## 5 Digitalisierung

### 5.1 Einleitung

Die «Digitalisierung» beschäftigt seit Jahren auf nationaler und internationaler Ebene Wirtschaft, Politik und Wettbewerbsbehörden. Auch die WEKO setzt sich seit Jahren, so auch in ihrem Jahresbericht 2016, mit dem Thema **Digitalisierung der Wirtschaft** auseinander. *Digitale Plattformen* bringen verschiedene Marktseiten zusammen und generieren Netzwerkeffekte, welche in einer angemessenen Beurteilung von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigt werden müssen. *Big Data* führen in der Tendenz zu konzentrierten Märkten und sich fortlaufend entwickelnden Geschäftsmodellen zur Datennutzung. Mit der *Sharing Economy* gehen neue Geschäftsmodelle einher und damit die Gelegenheit, eine Anpassung der Regulierung auf die neue Situation zu prüfen. *Online-Handel* reduziert Distributionskosten und schafft Raum für neue Geschäftsmodelle.

Neben den Chancen der Digitalisierung durch neue Geschäftsmodelle, verbesserte Prozesse und ein breiteres Angebot für Konsumentinnen und Konsumenten bestehen auch Gefahren für den Wettbewerb. Die WEKO zeigte 2016 ein Feld von Entwicklungen und möglichen Problemen sowie die Komplexität der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung auf. Die **Aufgabe der WEKO** besteht darin zu warnen, wenn sie Gefahren für den Wettbewerb sieht, und einzugreifen, wenn der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Beispielsweise soll eine Netzwerkinfra-

struktur als Grundlage der digitalen Wirtschaft unter anderem gewährleisten, dass sie Wettbewerb nicht ausschliesst und Investitionsanreize bestehen bleiben.

Mit diesem Jahresbericht gibt die WEKO einen Einblick in ihre **langjährigen Aktivitäten** in digitalen Märkten. Vorwegnehmend lässt sich festhalten, dass die WEKO sich vor allem auf Verhaltensweisen von Unternehmen konzentrierte, die einen Bezug zur Schweizer Wirtschaft haben. Eine gewisse Zurückhaltung auferlegte sie sich bei Verhaltensweisen, die inländische und ausländische Märkte gleichermaßen betreffen und bereits durch die EU-Kommission untersucht werden. Im Sinne der Effizienz vermied die WEKO in solchen Fällen nach Möglichkeit, aufwändige parallele Untersuchungen durchzuführen. Es besteht jedoch die klare Erwartung seitens der WEKO, dass Massnahmen und Zusagen, welche im Ausland zum Tragen kommen, auch entsprechend in der Schweiz umgesetzt werden. Sie setzt sich hierfür aktiv ein, gerade auch ausserhalb formeller Verfahren.

## 5.2 Aktivitäten der WEKO und des Sekretariates

### 5.2.1 Netzbaustrategie – Untersuchung gegen Swisscom

Im Verfahren Netzbaustrategie geht es um die Frage, inwiefern die geänderte Bauweise der Glasfasernetzwerkinfrastruktur durch die Swisscom zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen kann und inwiefern dies kartellrechtlich unzulässig ist. Konkret hatte Swisscom im Februar 2020 ihre neue Netzbaustrategie bekannt gegeben. Dabei änderte sie in Gebieten, welche sie alleine mit einem Glasfasernetz ausbaut, die Bauweise des Netzes so, dass Wettbewerber keinen direkten Zugang mehr zur Netzwerkinfrastruktur erhalten. Dadurch besteht die Gefahr, dass Swisscom beim Bau des Glasfasernetzes Konkurrenten vom Markt ausschliesst. Deswegen eröffnete die WEKO im Dezember 2020 eine Untersuchung und beschloss gleichzeitig vorsorgliche Massnahmen, welche Swisscom untersagen, Wettbewerbern beim Ausbau des Glasfasernetzes den Zugang zur Infrastruktur (Layer 1-Zugang) zu verweigern. Das BVGer bestätigte die vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich, das BGer wies mit Zwischenentscheid vom 6. Dezember 2021 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (vgl. Abschnitt 2.2).

### 5.2.2 Google

Google stand im Fokus verschiedener Verfahren auf Stufe Vorabklärung und Marktbeobachtung. Diese Verfahren decken eine Vielzahl von Aktivitäten von Google ab: So wurde die Gestaltung der allgemeinen Suchfunktion von Google ebenso thematisiert wie die Funktionsweise von «Google Shopping» als eigene Preisvergleichsdienstleistung von Google. Auch die Möglichkeiten von Suchanbietern, sich auf Android-Smartphones zu präsentieren, sowie Einschränkungen seitens Google betreffend Werbung für spezifische, möglicherweise problematische Produkte und Dienstleistungen, wurden abgeklärt. Hierbei wurde insbesondere darauf geachtet, dass seitens der WEKO nicht bloss Verfahren anderer Wettbewerbsbehörden oder der EU-Kommission dupliziert wurden. Wenn solche ausländischen Verfahren jedoch zu Verhaltensanpassungen seitens Google im

europäischen Ausland führten, setzte sich die WEKO wiederholt mit Erfolg dafür ein, dass diese durch Google auch auf die Schweiz ausgeweitet wurden, wie dies im zuvor genannten Verfahren zu «Google Shopping» der Fall war. Ein weiteres aktuelles Beispiel hierfür ist die Ausweitung von Verpflichtungszusagen, welche Google gegenüber der französischen Wettbewerbsbehörde im Bereich der Werbetechnologie abgegeben hat, auf die Schweiz.

### 5.2.3 Vermarktung von Verzeichnisdaten – Untersuchung gegen Swisscom Directories

Die im September 2021 eröffnete Untersuchung betrifft einen möglichen Kartellrechtsverstoss im Bereich der Online-Verzeichnisdienste durch Swisscom Directories (vgl. Abschnitt 2.1). Directories ist die Herausgeberin des gedruckten Telefonbuchs und Betreiberin der beiden Online-Verzeichnisdienste «local.ch» und «search.ch». Im Frühjahr 2019 führte Directories das Einheitsprodukt «SWISS LIST» ein und änderte damit den Preis und die Bedingungen für die Ergänzung des Telefonbucheintrags grundlegend. Bis dahin konnten die Unternehmen ihren Eintrag mit weiteren Informationen individuell ergänzen. Mit «SWISS LIST» werden verschiedene Produkte und Dienstleistungen nur noch gebündelt angeboten. Die WEKO untersucht zurzeit, ob und inwiefern dies zu einer Behinderung von Wettbewerbern und zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite führen könnte.

### 5.2.4 Breitbandanbindung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)

Am 24. August 2020 eröffnete die WEKO gegen Swisscom eine weitere Untersuchung im Bereich Breitbandanbindung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung; vgl. Abschnitt 3.3.1). WANs (Wide Area Network) sind grossflächige Netzwerke, die sich über Länder und sogar Kontinente erstrecken können. Sie verbinden einzelne Rechner innerhalb eines Netzwerks miteinander. WANs werden von Unternehmen oft dazu genutzt, um verschiedene Standorte über weite Entfernungen hinweg miteinander zu verbinden. Im vorliegenden Fall verlangte Swisscom bei verschiedenen Ausschreibungen von Projekten zur Vernetzung von Unternehmensstandorten mutmasslich zu hohe Preise von Wettbewerbern. Die Konkurrenten von Swisscom, d.h. andere Fernmeldeunternehmen, sind für solche Projekte auf die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom angewiesen und können bei zu hohen Preisen für Vorleistungen ihren Kunden kein konkurrenzfähiges Angebot unterbreiten. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass Swisscom ihre Marktposition missbraucht hat. Die WEKO hatte Swisscom 2015 für ein analoges Verhalten bei der Ausschreibung der Vernetzung der Poststandorte sanktioniert. Das BVGer bestätigte die Verfügung der WEKO weitgehend. Der Fall ist vor BGer hängig (vgl. Abschnitt 2.2).

### 5.2.5 Eishockey im Pay-TV

Im Herbst 2020 büsste die WEKO die damalige UPC (heute Sunrise UPC) mit rund CHF 30 Mio. Im Jahr 2016 erwarb UPC für die Jahre 2017 bis 2022 die Exklusivfernsehrechte für die Übertragung von Spielen der Schweizer Eishockeymeisterschaft und verweigerte Swisscom in der Folge jahrelang die Übertragung von

Live-Eishockey. Mit dieser Verhaltensweise behinderte UPC Swisscom in unzulässiger Weise im Wettbewerb. Bereits im Mai 2016 hatte die WEKO in einem früheren Verfahren Swisscom für eine ähnliche Verhaltensweise für die Übertragung von Live-Sport (Fussball und Eishockey) sanktioniert. Beide Fälle sind vor BVGer hängig (vgl. Abschnitt 3.3.2).

### 5.2.6 Verfahren im Bereich Mobile Payment

Der Bereich mobiler Zahlungsdienstleistungen ist ein wiederkehrender Tätigkeitsbereich der WEKO: So ging die heutige nationale Mobile Payment-Lösung TWINT aus dem durch die WEKO bewilligten Zusammenschluss zwischen Paymit und TWINT hervor. Darüber hinaus hat das Sekretariat der WEKO im Rahmen einer Vorabklärung gegen Apple einen Entscheid zugunsten von TWINT getroffen. So bestand zuvor aus Sicht von TWINT die Problematik, dass bei einer versuchten TWINT-Zahlung bei Händler-Terminals mit einem iPhone teilweise die Mobile Payment-Lösung von Apple, d.h. Apple Pay, automatisch aktiviert wurde. Damit eine solche Störung nicht mehr vorkommen kann, hat sich Apple im Rahmen der Vorabklärung verpflichtet, TWINT einen entsprechenden Unterdrückungscode zur Verfügung zu stellen. Umgekehrt ist eine mögliche Behinderung des Markteintrittes von internationalen Mobile Payment-Lösungen wie Apple Pay, Google Pay oder Samsung Pay in der Schweiz Gegenstand einer laufenden Untersuchung der WEKO (vgl. Abschnitt 3.2.1). Diese Untersuchung wurde eröffnet, weil Anhaltspunkte vorlagen, dass die an TWINT beteiligten Schweizer Banken einen kollektiven Boykott gegen solche internationalen Mobile Payment-Lösungen vereinbart haben.

### 5.2.7 Online-Buchungsplattformen für Hotels

Als eine der ersten Wettbewerbsbehörden in Europa führte die WEKO gegen Online-Buchungsplattformen eine Untersuchung betreffend vertragliche Einschränkungen der Preissetzungsmöglichkeiten von Hotels durch: So untersagte die WEKO im Oktober 2015 sogenannte weite Paritätsklauseln als unzulässige Wettbewerbsabreden. Dieser Entscheid erlaubt es Hoteliers, unterschiedliche Preise zwischen Online-Buchungsplattformen festzulegen. Hingegen dürfen Hotels, unter den geltenden sogenannten engen Paritätsklauseln, auf der eigenen Homepage keine tieferen Preise anbieten. Booking.com, Expedia und HRS haben zusätzlich eine Reihe von Ausnahmen bezüglich des direkten Vertriebskanals von Hotels eingeführt: So dürfen Hotels offline tiefere Preise anbieten (z.B. bei telefonischen Anfragen), wie auch online bei nichtöffentlichen Preisen (z.B. bei registrierungspflichtigen Kundenbindungsprogrammen). Auf politischer Ebene entschied der Bundesrat im November 2021, dass mit einer neuen Regelung im UWG sämtliche Preisbindungsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben verboten werden sollen (vgl. Abschnitt 3.8). Die entsprechende Vorlage und der Gesetzesentwurf gehen als nächstes ins Parlament.

### 5.2.8 Softwareanbieter vs. Universitätsspitäler

Das Sekretariat wurde auf ein mögliches Problem des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung seitens eines grossen Softwareanbieters im Zusammen-

hang mit der Vergabe von Lizenzen für seine Produkte an Universitätsspitäler aufmerksam gemacht. Das Unternehmen soll beschlossen haben ein Vertrag mit diesen Universitätsspitalern ab 2020 nicht mehr zu verlängern und sie künftig als «Regierung/Verwaltung»-Nutzer statt wie bisher als «Bildung/Forschung/Lehre»-Nutzer zu behandeln. Nach Ansicht der Kläger würde eine solche Anpassung eine erhebliche Erhöhung der Preise für Lizenzen bedeuten, ohne entsprechende Gegenleistungen. Die Änderung wurde jedoch nicht in allen Ländern vorgenommen. Die zu untersuchenden Fragen sind die der Stellung des Softwareanbieters gegenüber den Universitätsspitalern, die der möglichen Diskriminierung dieser Partner und schließlich die des Preises, nämlich ob dieser allenfalls unangemessen im Sinne des KG ist.

### 5.3 Internationaler Kontext

Da es sich bei der digitalen Transformation um ein globales Phänomen handelt, stellen sich im Ausland die gleichen Fragen und Herausforderungen wie in der Schweiz. Ein Blick auf die internationalen Entwicklungen der letzten Jahre lohnt sich. Zum einen zeigt sich eine Festigung des Fallrechts. So fliesst die Erfahrung im Bereich des Online-Handels in die revidierte Vertikalgruppenfreistellungsverordnung der EU ein. Zum anderen sticht die verstärkte Beschäftigung mit den grossen Online-Plattformen der «Big Tech» Unternehmen hervor. Diese haben eine überragende Bedeutung für den digitalen Zugang zur Online-Wirtschaft, beispielsweise in der Internetsuche, in der Organisation der Online-Werbung, als Marktplatz für Online-Handel oder als Plattform für Softwareanwendungen. Grundlagenberichte zeigen auf, dass die entsprechenden Märkte bestreitbar sein sollen und der Wettbewerb auf den Plattformen nicht in unzulässiger Weise beschränkt werden soll.

Dem Kartellrecht kommt hierbei die Rolle zu, gegen den Missbrauch der überragenden Stellung vorzugehen. Dies zeigt sich in laufenden und abgeschlossenen Verfahren vor verschiedenen Wettbewerbsbehörden. Der Anwendung des Kartellrechts als ex post Verhaltenskontrolle sind jedoch Grenzen gesetzt. Die Verfahren in der komplexen Materie sind äusserst aufwändig und benötigen ihre Zeit. Teilweise wurden daher neue Behörden oder ex ante Regulierungen geschaffen wie beispielsweise das GWB-Digitalisierungsgesetz in Deutschland oder die im Gesetzgebungsprozess befindlichen Vorschläge betreffend den Digital Markets Act sowie den Digital Services Act in der Europäischen Union.

### 5.4 Schlussfolgerung

Die Digitalisierung der Wirtschaft birgt viele Herausforderungen. Sie bringt sowohl für Unternehmen als auch für Verbraucher Chancen mit sich, birgt aber auch Risiken, die von den Wettbewerbsbehörden mit Bedacht angegangen werden müssen. Ein zu schnelles Eingreifen könnte neue Möglichkeiten gefährden und die wirtschaftliche Entwicklung bremsen. Umgekehrt könnte ein zu spätes Erkennen eines Problems den Wettbewerb behindern und die Suche nach Abhilfen für eine neue Situation erschweren.

Infolgedessen gilt es situationsbezogen zu handeln und dabei nicht zu zögern Verfahren einzuleiten, um neue Sachverhalte zu klären. Dieses Gleichgewicht hält das

---

Sekretariat durch die bewährte Praxis, die Entwicklung der Märkte zu beobachten, systematisch alle neuen Verfahren ausländischer Wettbewerbsbehörden gegen die GAFAM zu verfolgen sowie Verfahren zu eröffnen, sobald sich Unternehmen über eine Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz beschweren. Auf diese Wei-

se können die schweizerischen Wettbewerbsbehörden ihr Eingreifen auf die Fälle konzentrieren, welche für die schweizerische Wirtschaft am problematischsten sind, und bleiben stets auf dem Laufenden in einem sich rasch entwickelnden Bereich.

A 1.	<b>2. Rapport annuel 2021 de la Commission de la concurrence (COMCO)</b>
------	--

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Préface du président</b>	<b>4</b>		
<b>2</b>	<b>Décisions les plus importantes en 2021</b>	<b>6</b>		
2.1	Décisions de la COMCO	6	5.2.1	Stratégie de construction du réseau: enquête contre Swisscom 28
2.2	Jugements des tribunaux	7	5.2.2	Google 28
<b>3</b>	<b>Activités dans les différents secteurs</b>	<b>10</b>	5.2.3	Commercialisation de données d'annuaire: enquête contre Swisscom Directories 28
3.1	Construction	10	5.2.4	Connexion à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN) 29
3.1.1	Accords de soumission	10	5.2.5	Hockey sur glace par Pay-TV 29
3.1.2	Matériaux de construction et décharges	11	5.2.6	Procédures dans le domaine des paiements mobiles 29
3.1.3	Diverses activités	11	5.2.7	Plateformes de réservation d'hôtels en ligne 29
3.2	Services	12	5.2.8	Fournisseurs de logiciels vs hôpitaux universitaires 30
3.2.1	Services financiers	12	5.3	Contexte international 30
3.2.2	Santé	13	5.4	Conclusion 30
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	13		
3.3	Infrastructures	14		
3.3.1	Télécommunications	14		
3.3.2	Médias	15		
3.3.3	Énergie	16		
3.3.4	Transports	16		
3.3.5	Aides d'État	17		
3.3.6	Autres domaines	17		
3.4	Produits	17		
3.4.1	Accords verticaux	17		
3.4.2	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	17		
3.4.3	Industrie horlogère	18		
3.4.4	Secteur automobile	18		
3.4.5	Agriculture	18		
3.5	Marché intérieur	19		
3.6	Investigations	20		
3.7	Relations internationales	21		
3.8	Législation	22		
<b>4</b>	<b>Organisation et statistiques</b>	<b>24</b>		
4.1	COMCO, Secrétariat et statistiques	24		
4.2	Statistiques	24		
<b>5</b>	<b>Numérisation de l'économie</b>	<b>27</b>		
5.1	Introduction	27		
5.2	Activités des autorités suisses de la concurrence	28		

## 1 Préface du président

La version moderne de la loi sur les cartels et la Commission de la concurrence (COMCO) ont fêté leurs 25 ans en 2021. Ce jubilé a été célébré lors d'une cérémonie officielle en juin 2021. Si le traitement des restrictions à la concurrence était permissif avant 1996, la protection d'une concurrence efficace est devenue la cheville ouvrière grâce à la loi actuelle. Les cartels ne sont plus acceptés comme une forme de régime légitime. Les pratiques des entreprises ayant une position dominante sur le marché sont limitées par l'interdiction d'abuser de cette position et les importantes concentrations d'entreprises sont contrôlées sous l'angle de leur compatibilité avec la concurrence.

Les rapports annuels de la COMCO montrent la vigueur avec laquelle ces tâches sont accomplies. Ils résument les activités des autorités et fournissent un aperçu des décisions judiciaires en la matière. Les tribunaux ont de nouveau apporté d'importantes clarifications en 2021: le Tribunal fédéral a confirmé dans les cas *médicaments hors liste* que les recommandations de prix sont à certaines conditions des accords verticaux interdits sur les prix. Le Tribunal administratif fédéral a confirmé, dans le cas *connexions à haut débit de Swisscom*, le caractère abusif des prix et des rapports entre les prix et les coûts pratiqués par l'entreprise en position dominante sur le marché des raccordements à large bande des filiales de La Poste. Les décisions des tribunaux ont été nombreuses en matière de procédure, par exemple en ce qui concerne la pratique de publication des autorités de la concurrence, le droit de consulter le dossier et l'obligation de témoigner faite aux anciens organes. Le rapport entre les arguments procéduraux et les éléments matériels n'apparaît pas équilibré. Eu égard aux capacités limitées des autorités, chaque semaine de travail qui doit être consacrée par exemple à la préparation ou au suivi des décisions de publication est perdue pour le traitement des cas proprement dit. Il faut saluer le fait que les tribunaux édictent des directives claires propices au règlement rapide des revendications procédurales répétitives. Somme toute, l'accélération des procédures est d'une importance fondamentale pour protéger la concurrence. Si des faits accomplis risquent de déjouer la concurrence, il est nécessaire d'intervenir rapidement. Dans cet esprit, la COMCO a décidé des mesures provisionnelles dans le cas *stratégie de Swisscom concernant la construction du réseau*. La concurrence en matière d'infrastructures est éliminée ou du moins fortement restreinte si les concurrents n'ont pas d'accès direct à l'infrastructure de fibre optique. Le Tribunal administratif fédéral a rejeté un recours formé contre ces mesures provisionnelles et le Tribunal fédéral a refusé une demande de restitution de l'effet suspensif. Il reste à attendre la suite de la procédure en ce qui concerne les mesures, ainsi que sur le fond.

Une nouvelle tâche se présente: durant la session de printemps 2021, le Parlement a accepté le contre-projet indirect à l'initiative pour des prix équitables, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2022. La loi sur les cartels a été complétée par des dispositions visant le pouvoir de marché relatif, qui ont pour but que les entreprises indigènes ne soient pas discriminées lors de l'achat de mar-

chandises et de services à l'étranger. La COMCO s'est préparée à temps: en décembre 2021, elle a publié une note comprenant un formulaire de dénonciation. Durant la mise en œuvre des nouvelles règles, la COMCO entend jouer un rôle de leader en obtenant des décisions de principe, même si elle partage avec les tribunaux civils la compétence d'appliquer les nouvelles règles. Les nouvelles dispositions contre le géoblocage sont en revanche inscrites dans la loi sur la concurrence déloyale (LCD) et ne relèvent donc pas de la compétence de la COMCO.

Depuis de nombreuses années, les conditions de concurrence dans l'économie numérique constituent un thème dominant les discussions relatives au droit de la concurrence. La COMCO – qui est depuis longtemps confrontée à des questions sur ce sujet – a rendu des décisions dans de nombreux cas concernant divers marchés. En raison de son importance majeure, la numérisation constitue le thème spécial du présent rapport annuel. Ce thème ne se limite pas aux grandes plateformes internationales sur Internet, c'est un phénomène transversal qui touche tous les domaines de la politique de la concurrence. La sélection des cas représente un défi de taille. En Suisse, dans un monde toujours plus densément interconnecté, les effets proviennent de nombreux modes de comportement. La COMCO priorise les cas présentant un lien particulier à notre pays. Au demeurant, elle veille à ce que les solutions qui émanent des autorités cartellaires, par exemple celles de l'UE, soient aussi appliquées en Suisse au besoin. Généralement, des procédures formelles ne sont pas nécessaires à cet effet. Il est acquis que l'objectif de protection inhérent à une concurrence efficace se rapporte à tous les marchés. La COMCO remplit ce mandat également s'agissant de l'économie numérique.

Andreas Heinemann  
Président de la COMCO

## 2 Décisions les plus importantes en 2021

### 2.1 Décisions de la COMCO

Par sa décision du 6 décembre 2021, la COMCO a clôturé l'enquête sur les **centrales d'enrobage bernoises** en sanctionnant plusieurs entreprises à hauteur de quelque 2,2 millions de CHF pour des infractions au droit des cartels. L'entreprise Belagslieferwerk Rubigen SA (BERAG) a abusé de sa position dominante sur le marché en octroyant à ses actionnaires des conditions préférentielles et en versant à sa clientèle un bonus de fidélité. En outre, une partie des actionnaires de BERAG ont convenu d'une interdiction de concurrence selon laquelle BERAG ne devait pas être concurrencée dans un périmètre entourant son site de Rubigen. De plus, BERAG et BLH Belagswerk Hasle SA s'étaient accordé mutuellement un mandat dans leur conseil d'administration respectif et avaient échangé des informations commercialement importantes dans ce cadre. Un règlement amiable a été conclu avec cinq des dix-sept parties concernées. La procédure a été classée dans cinq cas. Certaines parties ont formé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) contre la décision de la COMCO.

La COMCO a infligé une sanction d'environ CHF 270'000.- à Pöschl Tabak S.A.R.L. par sa décision du 28 juin 2021. Le fabricant allemand de tabac Pöschl distribue en Suisse du **tabac à priser** et du **tabac à rouler**. Cette entreprise a prévu contractuellement des interdictions d'exportation avec plusieurs partenaires de distribution européens. Ces revendeurs n'avaient pas le droit de livrer des produits du tabac en Suisse. De tels accords de protection territoriale sont illicites, car ils cloisonnent le marché suisse et entravent la concurrence. Pöschl a coopéré avec les autorités de la concurrence et a tendu la main à un règlement amiable. Désormais, les partenaires de distribution étrangers sont autorisés à satisfaire sans restriction les commandes des clients établis en Suisse. La pleine coopération de Pöschl avec la COMCO a eu pour effet de réduire la sanction. La décision est entrée en force.

En juillet 2019, la chambre pour les décisions partielles de la COMCO a amendé, à hauteur de 30 millions de CHF au total, huit entreprises financières qui proposent des services de **leasing de véhicules**. Le 10 mai 2021, la COMCO a terminé l'enquête « Leasing automobile » envers la dernière des entreprises. Elle a sanctionné Ford Credit Switzerland S.A.R.L. à hauteur de 7,7 millions de CHF en raison de la coordination illicite des conditions de leasing entre juillet 2006 et mars 2014. Ford Credit avait systématiquement échangé les conditions de leasing avec les huit autres entreprises pendant plusieurs années. Ces entreprises s'informaient par exemple sur les taux de leasing et les tables de valeurs résiduelles des véhicules. Ces éléments de prix entraient dans le calcul des taux de leasing des différents prestataires. La COMCO a conclu un règlement amiable avec les huit entreprises de financement. Mais tel n'a pas été le cas avec Ford Credit, qui a interjeté recours auprès du TAF.

Le 10 mai 2021, dans la région de Genève, la COMCO a amendé huit entreprises du **domaine de l'installation**

**et des services électriques** pour un montant totalisant 1,27 million de CHF en raison d'accords de soumission illicites. Entre 2013 et 2018, ces entreprises avaient coordonné les prix de leurs soumissions lors d'appels d'offres publics et privés et elles s'étaient réparti les travaux dans le domaine de l'électricité. Les entreprises étaient impliquées à des degrés divers: d'un seul projet à plusieurs dizaines de projets convenus. Elles ont conclu avec la COMCO des règlements amiables. La COMCO a abandonné la procédure envers deux entreprises dont on ne pouvait pas prouver la participation à des accords de soumission. La décision est entrée en force.

La COMCO a ouvert une enquête le 8 février 2021 contre **Mastercard** en raison d'une éventuelle entrave au National Cash Scheme (NCS) de SIX. Elle a prononcé des mesures provisionnelles. NCS est un nouveau dispositif réglementaire national de SIX pour les retraits d'argent en espèces et d'autres transactions aux bancomats. Le NCS doit notamment permettre les versements en numéraire ou les consultations du solde également à des automates étrangers. L'enquête a été déclenchée par une dénonciation de SIX selon laquelle Mastercard entravait l'introduction du NCS sur le marché. L'entrave consisterait en ce que Mastercard empêcherait l'intégration du NCS dans la nouvelle carte de débit Mastercard (« cobadging »). Par « cobadging », on entend l'intégration de plusieurs marques ou applications de paiement sur le même instrument de paiement lié à la carte. Les mesures provisionnelles permettent aux banques émettrices de cartes de préparer techniquement leurs cartes de débit à une éventuelle activation ultérieure du NCS. Mastercard a formé un recours auprès du TAF contre les mesures provisionnelles.

### 2.2 Jugements des tribunaux

Le 14 décembre 2020, la COMCO a ouvert l'enquête sur la **stratégie de Swisscom concernant la construction du réseau**. Simultanément, elle a ordonné des mesures provisionnelles à l'encontre de Swisscom et lui a interdit, avec effet immédiat, de construire son réseau de fibre optique de façon à empêcher les tiers d'accéder au Layer 1 de l'infrastructure à partir de ses centraux de raccordement. Swisscom a recouru contre ces mesures provisionnelles devant le TAF. Par décision incidente du 15 janvier 2021, le TAF a rejeté la demande de Swisscom de restituer l'effet suspensif et a confirmé, par son arrêt du 30 septembre 2021, les mesures provisionnelles prononcées par la COMCO concernant la construction du réseau de fibre optique. Selon le TAF, Swisscom n'est pas parvenue à rendre crédible la thèse selon laquelle des raisons technologiques ou économiques suffisantes justifieraient que l'on s'écarte du standard actuel de fibre optique, soit un modèle à quatre fibres, pour passer à un modèle à une fibre. Les aspects de politique de desserte et de politique régionale invoqués par Swisscom pour desservir les régions périphériques avec des réseaux à haut débit ne justifient pas une restriction de la concurrence. Selon le tribunal, il faut admettre que la construction du réseau de Swisscom selon un modèle plus simple constitue un comportement abusif d'une entreprise occupant une position dominante sur le marché. Le TAF juge que l'urgence temporelle

justifiant une mesure provisionnelle est avérée en raison du fait que Swisscom se serait assuré une position juridique inattaquable en s'écartant du standard actuel de la fibre optique pendant une longue période. Swisscom a par la suite formé un recours auprès du TF et a demandé la restitution de l'effet suspensif. Le TF a rejeté cette demande en date du 6 décembre 2021.

Le 8 février 2021, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de Mastercard au motif d'une éventuelle entrave au **National Cash Scheme** (NCS) de SIX. Simultanément, elle édictait des mesures provisionnelles contre lesquelles Mastercard a formé un recours auprès du TAF (cf. point 2.1). Le 10 novembre 2021, le TAF a admis la requête de restitution de l'effet suspensif du recours déposée par Mastercard: le retrait de l'effet suspensif ne se justifiait pas actuellement eu égard au degré d'urgence. Quant à l'admissibilité des mesures provisionnelles en soi, le TAF se prononcera ultérieurement. La décision du TAF est en force.

Tamedia avait interjeté recours devant le TAF contre l'astreinte aux frais de CHF 5'000.- pour la procédure préalable menée par la COMCO au sujet de la **concentration entre Tamedia (aujourd'hui TXGroup) et Adextra**. Elle demandait la suppression des coûts au motif que la COMCO aurait interprété trop largement l'obligation de notifier et que la concentration n'était pas soumise à cette obligation. Confirmant l'interprétation de la COMCO, le TAF a rejeté le recours en date du 6 octobre 2020. Tamedia a porté l'arrêt devant le TF. Dans son arrêt du 23 septembre 2021, le TF n'a pas cherché à déterminer si la notification était ou non obligatoire. Il a relevé qu'une notification conduit automatiquement à l'ouverture d'un examen préalable et que l'émolument forfaitaire de CHF 5'000.- est dû indépendamment de l'obligation effective de notifier. Selon le TF, ce dernier point aurait pu être clarifié par une demande de conseil auprès du Secrétariat ou par une décision en constatation susceptible de recours. Le TF a ainsi confirmé la décision de la COMCO.

Le Tribunal administratif du canton de Zurich a accepté le 26 août 2021 le recours de la COMCO du 28 janvier 2021 contre une invitation à déposer une offre dans le cadre d'une procédure de soumission d'une commune zurichoise. Le Tribunal, suivant les propositions de la COMCO, a constaté que cette invitation violait les dispositions de la loi sur le marché intérieur (LMI). Ladite commune zurichoise avait mandaté un bureau d'ingénieurs pour qu'il planifie et accompagne l'acquisition du traitement d'eau de la **piscine** communale. Ce bureau d'ingénieurs a invité, au nom de la commune, quatre prestataires à soumettre leur offre. Toutefois, l'un de ces candidats présente un étroit rapport commercial et de parenté avec le bureau d'ingénieurs. En l'espèce, les actes du bureau d'ingénieurs étant attribuables à la commune, il se trouvait dans une situation de partialité et a contrevenu à son devoir de récusation, ce qui était contraire à une procédure d'acquisition équitable et aux dispositions du droit des marchés publics. La concurrence était donc entravée dans cette procédure d'adjudication et les dispositions de la LMI ont été violées. La décision est entrée en force.

Sept entreprises avaient recouru contre la décision sur les **prestations de construction aux Grisons** (« Bauleistungen Graubünden ») rendue par la COMCO en 2019. Le TAF a rejeté trois de ces recours par ses arrêts du 9 août 2021, qui concernaient la continuité des entreprises (possibilité de maintien des sanctions après la restructuration des entreprises), des mesures de la COMCO et le calcul du délai de péremption de cinq ans applicable aux sanctions. Le TAF a soutenu l'argumentation de la COMCO dans toutes ses décisions. L'une des parties a porté la décision devant le TF. Quant aux deux autres entreprises, la décision de la COMCO « Bauleistungen Graubünden » est entrée en force.

Par son arrêt du 24 juin 2021, le TAF a largement confirmé la décision prise par la COMCO en date du 21 septembre 2015 à l'encontre de **Swisscom** dans le domaine de la **connexion à large bande**. En 2008, La Poste avait lancé un appel d'offres pour la mise en réseau des sites postaux, c'est-à-dire pour la mise en place et l'exploitation d'un réseau étendu (« Wide Area Network », WAN) de ses sites. Swisscom avait remporté l'adjudication, car le prix de son offre était environ 30 % inférieur à celui de ses concurrents. Ces derniers dépendaient des prestations de Swisscom en amont. Le TAF a constaté que Swisscom avait fixé des prix trop élevés pour ses prestations préalables à ses concurrents, de sorte que ceux-ci ne pouvaient pas concurrencer l'offre de Swisscom. En outre, par cette politique de prix, Swisscom a imposé des prix trop élevés à La Poste. Comme il n'aurait pas été possible aux concurrents de réaliser une marge, Swisscom a abusé de son pouvoir de marché particulier sous la forme de ce que l'on appelle un ciseau tarifaire (« effet de ciseaux »). Le TAF a calculé la sanction en partie différemment de la COMCO et l'a réduite de CHF 7'916'438.- à CHF 7'475'261.-. Swisscom a formé un recours auprès du TF.

Le 16 décembre 2011, la COMCO a sanctionné plusieurs entreprises dans le cadre de la procédure portant sur des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie** (« Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau »). L'arrêt exécutoire rendu par le TF en date du 3 août 2020 a clôturé cette procédure de sanction également envers la dernière des entreprises recourantes. Préalablement déjà, la décision de la COMCO étant publiée, des services d'achat émanant du canton d'Argovie ont soumis des **demandes de consultation** de la décision non caviardée de la COMCO et du dossier y relatif. En date du 11 décembre 2017, la COMCO a partiellement accepté ces demandes de consultation et elle avait l'intention d'accorder un droit de regard limité auxdits services d'achat ou à les renseigner. Certaines entreprises ont formé un recours contre les décisions relatives à ce droit de consultation. Par ses arrêts rendus le 23 octobre 2018, le TAF a accepté ces recours. Il a estimé qu'une communication de données conforme à la loi sur la protection des données (LPD) n'est possible que si, premièrement, un jugement de sanction exécutoire a été rendu et que, deuxièmement, une violation du droit des cartels a été constatée dans le cadre de ce jugement. Le DEFR, soutenu par la COMCO, et le canton d'Argovie, concernée en sa qualité

d'instance contractante, ont recouru auprès du TF contre cette décision. Le *18 mars 2021*, le TF rendait deux arrêts et acceptait ces recours en appuyant la position de la COMCO, selon laquelle celle-ci peut transmettre des documents à des services d'achat, à la demande de ceux-ci, même si un jugement exécutoire n'a pas encore été rendu, c'est-à-dire même si la décision de la COMCO a été attaquée.

Par trois arrêts rendus le 8 mars 2021, le TF a protégé les recours du DEFR contre les arrêts du TAF, confirmant l'avis de la COMCO selon lequel les anciens organes d'entreprises et destinataires d'enquête peuvent être entendus sans restriction en qualité de témoins, et qu'ils sont dès lors soumis à l'obligation de déposer et de dire la vérité (obligation assortie d'une menace de sanction pénale en cas de faux témoignage). Selon le TF, l'audition d'un ancien organe ne touche fondamentalement pas au principe interdisant de contraindre une personne à s'incriminer elle-même (principe « nemo tenetur »). Le TAF avait auparavant arrêté que les anciens organes ne peuvent être interrogés comme témoins que sous certaines restrictions parce qu'ils seraient en droit – comme parties proprement dites à la procédure – de refuser de faire des dépositions susceptibles d'incriminer leur ancien employeur en se référant au droit de l'entreprise incriminée à garder le silence. Par contre, les actuels employés sans position au sein d'un organe ne disposeraient pas d'un tel droit (dérivé) à refuser de témoigner. Ces arrêts ont été rendus dans le cadre de l'enquête **Boycott Apple Pay**.

Le TAF a confirmé, par son arrêt du *16 février 2021*, la décision prise le 11 décembre 2017 par la COMCO à l'encontre de **Naxoo SA**. Le TAF parvient lui aussi à la conclusion que Naxoo SA détenait une position dominante en ville de Genève sur le marché du raccordement au télésexeau. Naxoo a abusé de cette position envers les propriétaires d'immeubles, les fournisseurs de systèmes d'accès tiers et les clients finaux. Elle a imposé, dans ses contrats de raccordement des immeubles, des conditions commerciales inéquitables et a limité les débouchés et le développement technique. Comme Naxoo SA a corrigé certaines données relatives à son chiffre d'affaires après la décision de la COMCO et que ces données constituent la base du calcul de la sanction, le TAF a réduit la sanction prononcée par la COMCO de 3,6 millions à environ 3,25 millions de francs. Naxoo SA a formé recours auprès du TF contre cet arrêt.

Le *4 février 2021* et le *7 octobre 2021*, le TF a entièrement accepté quatre recours sur cinq déposés par le DEFR à l'encontre d'arrêts rendus par le TAF en date du 19 décembre 2017 concernant les **médicaments hors liste (recommandations de prix)** et il en a rejeté un le *8 décembre 2021*. Concrètement, le TF a confirmé l'illicéité des prix publics recommandés (PPR) des producteurs de médicaments contre les dysfonctionnements érectiles (traitement de l'impuissance). Ces décisions font suite à une longue procédure au cours de laquelle le TF a été saisi deux fois. Le 2 novembre 2009, la COMCO avait décidé que les PPR pour les produits contre l'impuissance représentaient – bien que présentés sous forme de recommandations – des accords verticaux illicites en matière de concurrence entre les entreprises pharmaceutiques et les services de vente qui

fixaient les prix de vente aux clients finaux. La COMCO a interdit aux trois fabricants de produits pharmaceutiques de publier des PPR pour Cialis, Levitra et Viagra et leur a infligé une sanction. Le TF a confirmé cette décision sur le fond. Il a renvoyé l'affaire au TAF pour qu'il fixe les sanctions dans trois cas ainsi que les frais et indemnités dans un cas. Faute de clarifications suffisantes de l'état de fait, le TF ne s'est pas prononcé sur la question de la complicité des grossistes et des entreprises informatiques à l'accord visé et il a rejeté le recours sans toutefois exclure que ces entreprises puissent être qualifiées de partenaires à l'accord dans la mesure où leur comportement remplit les conditions légales.

Les tribunaux ont encore rendu d'autres jugements sur la publication de décisions concernant le droit cartellaire. Ces jugements confirment la pratique actuelle.

- Par arrêts du *27 octobre 2021* en l'affaire **fret aérien**, le TF a rejeté les recours formés par les parties à la procédure contre la publication de la décision rendue par la COMCO le 2 décembre 2013. À l'époque, la COMCO avait constaté que plusieurs compagnies aériennes avaient passé des accords illicites sur des majorations de prix dans le domaine du fret aérien international. La procédure principale est pendante auprès du TAF.
- Une partie à une concentration a recouru contre la publication d'une prise de position de la COMCO concernant un **projet de concentration**. Le TAF a décidé le 21 septembre 2020 le renvoi de l'affaire à la COMCO pour que le caviardage et l'anonymisation soient complétés. La partie à la concentration a recouru contre cette décision devant le TF, qui a rejeté ce recours en date du *19 octobre 2021*. Le TF a noté que les prises de position de la COMCO en matière de concentration doivent être qualifiées de « décisions » et que la COMCO peut donc les publier. Il a confirmé que la prise de position publiée de la COMCO ne révèle plus de secret d'affaires et qu'elle est conforme aux dispositions en matière de protection des données.
- Durant l'année sous revue, plusieurs arrêts sont intervenus concernant la publication d'un rapport final datant de 2014. Le *9 juin 2021*, le TF a rendu une décision de non-entrée en matière. Auparavant, le TAF avait largement rejeté un recours contre la décision de publication par décision du *16 avril 2021* et il avait rejeté un autre recours concernant le rejet d'une demande de réexamen. Après que la COMCO eut mis cet arrêt en œuvre par décision de publication du 14 septembre 2021, le TAF n'est finalement pas entré en matière, en date du 15 décembre 2021, sur le nouveau recours formé à son encontre (cf. point 3.3.2).

### 3 Activités dans les différents secteurs

#### 3.1 Construction

##### 3.1.1 Accords de soumission

Le 27 avril 2021, le Secrétariat a ouvert une enquête sur de possibles ententes dans le domaine du transport de marchandises et de déchets en **Valais**. Le Secrétariat

dispose d'indices selon lesquels des transporteurs de marchandises et de déchets actifs dans le canton du Valais auraient formé un cartel de soumission. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres pour le ramassage des déchets ménagers, des transporteurs auraient ainsi coordonné leurs offres. Des perquisitions ont été menées. La procédure est actuellement au stade de l'enquête.

En juin 2020, le Secrétariat a ouvert une enquête aux Grisons dans la région de **Moesa**. Des indices laissent à penser que plusieurs entreprises du bâtiment et du génie civil auraient passé des accords de soumission. Les projets de construction proviennent de maîtres d'ouvrage privés et publics. L'enquête a été étendue en juin 2021 à trois entreprises supplémentaires (dont deux ont leur siège au Tessin et une est établie dans la région de Moesa). Simultanément, des perquisitions ont été menées. La procédure est actuellement au stade de l'enquête.

À l'été 2019, la COMCO a clôturé les deux dernières enquêtes sur les dix qu'elle a menées au total dans le **canton des Grisons**. Certaines parties impliquées dans les procédures Engadin I, II, III, IV, U, Q et travaux routiers (« **Strassenbau** ») ont recouru auprès du TAF. Les échanges d'écritures devant cette instance sont en principe terminés. Dans l'intervalle, le TAF a rendu trois arrêts dans la procédure « Strassenbau » (cf. point 2.2). D'autres décisions du TAF devraient survenir au cours de 2022.

Durant l'été 2021, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable à l'encontre de plusieurs entreprises suspectées d'avoir coordonné leurs offres dans le cadre d'un appel d'offres concernant des produits de protection des structures contre le feu (« **Brandschutzabschottungen** »). La procédure est actuellement au stade de l'enquête.

Trois recours sont actuellement encore pendants auprès du TAF contre la décision rendue par la COMCO en juillet 2016 selon laquelle, dans les districts de **See-Gaster (SG)**, de **March** et de **Höfe (SZ)**, huit entreprises de construction routière et de génie civil se sont illicitement entendues sur les prix dans le cadre de plusieurs centaines d'appels d'offres entre 2002 et 2009. Le TAF a classé une procédure de recours en 2020 suite au retrait du recours.

S'agissant de la décision de la COMCO concernant les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**, la question est restée pendante devant le TF jusqu'au printemps 2021 de savoir si, avant l'entrée en force d'une décision de sanction, les services d'achat peuvent consulter la version non caviardée de cette décision et des dossiers correspondants en vue de faire valoir des droits en dommages-intérêts. Le TF a répondu à cette question en date du 18 mars 2021 en allant dans le sens de la COMCO (cf. point 2.2). En conséquence, la COMCO a pu poursuivre le traitement des cinq demandes de consultation qu'elle avait suspendu dans l'attente de cette décision. Ces demandes de consultation concernent la décision de la COMCO relative aux accords de soumission « See-Gaster » et deux décisions concernant des affaires dans le canton des Grisons. La COMCO a traité une partie des demandes de

consultation le 6 décembre 2021. Les requérants et les entreprises de construction concernées ont la possibilité de former un recours auprès du TAF.

### 3.1.2 Matériaux de construction et décharges

La COMCO a ouvert le 7 juin 2021 une enquête à l'encontre de **Deponie Höli Liestal SA**. La COMCO dispose d'éléments indiquant que cette entreprise détient une position dominante sur le marché des décharges dans l'espace économique bâlois et qu'elle en a abusé. Des indices laissent à penser que, par le passé, Deponie Höli a facturé des prix plus bas à ses propres actionnaires qu'aux autres clients et qu'elle a refusé d'accepter les déchets de certains clients. La procédure est actuellement au stade de l'enquête.

En janvier 2015, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs entreprises de la branche des matériaux de construction et des décharges pour matériaux inertes dans la région de Berne. Après que l'enquête eut été divisée en deux procédures pour des raisons d'économie de procédure (« KTB-Werke » et « KAGA »), la plus petite procédure, « **KTB-Werke** », a été clôturée le 10 décembre 2018 par une décision de sanction rendue par la COMCO. Cette décision est pendante devant le TAF et l'échange d'écritures est avancé. La plus grande des deux enquêtes, « **KAGA** », est en passe d'être achevée. Il est prévu de soumettre la proposition du Secrétariat aux parties en été 2022 pour qu'elles prennent position. La décision de la COMCO devrait être rendue fin 2022.

Le 5 mars 2019, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de **deux centrales d'enrobage** dans le canton de Berne et des actionnaires de l'une de ces centrales. Cette enquête trouve son origine dans l'enquête ouverte en 2015 (KAGA). Elle a trouvé son épilogue le 6 décembre 2021 par une décision de la COMCO (cf. point 2.1).

### 3.1.3 Diverses activités

Le Secrétariat a traité onze dénonciations en matière de construction dans le cadre d'observations de marché, il a accompli deux activités de conseil et a procédé à l'évaluation d'une concentration. Toujours en 2021, plusieurs séances de sensibilisation ont eu lieu (formation/sensibilisation des acheteurs de l'administration fédérale et des communes, formation CAS de l'Université de Berne). Dans le domaine de l'environnement, le Secrétariat a pris position une quinzaine de fois dans le cadre de consultations de l'administration.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Services financiers

Durant l'exercice sous revue, les deux enquêtes IBOR relatives à l'**EURIBOR** et au **Yen LIBOR / Euroyen LIBOR** et l'enquête visant des accords entre banques sur le marché des opérations de change (« **Forex** ») ont avancé vers la clôture de la procédure ordinaire. Ces procédures dites « séquentielles hybrides » ont par le passé mené à diverses décisions partielles de la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO, par lesquelles elle a approuvé divers règlements amiables, y compris des sanctions, ce qui a permis

d'anticiper la clôture de ces enquêtes pour les parties concernées.

L'enquête **Boycott Apple Pay** s'est poursuivie en 2021. Durant l'exercice sous revue, le TF a cassé trois arrêts rendus par le TAF en arrêtant que les anciens organes d'entreprises et les destinataires d'enquête peuvent être entendus sans restriction comme témoins (cf. points 2.2 et 3.6). Ces arrêts du TF revêtent une grande importance pratique pour les enquêtes menées par les autorités de la concurrence (cf. point 3.6).

Dans le cadre de son enquête contre **Mastercard** au titre d'une éventuelle entrave du National Cash Scheme (NCS) de SIX, la COMCO a prononcé des mesures provisionnelles que Mastercard a attaquées par un recours auprès du TAF. Dans une première décision incidente à ce sujet, le TAF a restitué l'effet suspensif au recours, qui avait été retiré par la COMCO. Le TAF a noté que l'urgence des mesures provisionnelles ferait l'objet d'une décision ultérieure (cf. points 2.1 et 2.2). L'enquête est en cours.

Le **trafic des paiements sans numéraire** au moyen de carte de paiement est un thème permanent pour les autorités de la concurrence. Durant l'exercice sous rapport également, nombre de questions reçues de citoyens et de journalistes concernaient les modèles de frais de Mastercard et de Visa pour leurs cartes de débit de nouvelle génération. La Surveillance des prix et le Secrétariat de la COMCO ont ouvert des procédures à ce sujet. En outre, le Secrétariat clarifie si l'introduction de nouvelles redevances ou le relèvement des redevances existantes pour participer au système de carte de Mastercard ou de Visa sont compatibles avec la loi sur les cartels. Le Secrétariat a également poursuivi l'enquête préalable sur la solution du compte commercial d'utilisateur virtuel de Visa (« virtual user commercial account ») et sur la question de savoir si les commissions d'interchange facturées dans ce cadre entrent dans le domaine d'application du règlement amiable conclu en 2014 entre la COMCO et les émetteurs de cartes de crédit et d'acquéreurs de commerçants. Enfin, le Secrétariat a fait avancer l'enquête préalable sur les commissions d'interchange des opérations transfrontalières.

Le 20 janvier 2021, le Conseil fédéral a chargé le DETEC et le DFF (AFF) d'élaborer jusqu'à la fin de l'année des propositions concrètes pour développer le **service universel dans le domaine des services postaux et du trafic des paiements** à la lumière de la transformation numérique. En novembre 2021, le Secrétariat de la COMCO a auditionné le groupe d'experts indépendant et interdisciplinaire engagé à cet effet quant aux aspects de leur mandat concernant la concurrence. Dans le domaine des services de trafic des paiements, le Secrétariat ne constate pas de défaillance du marché. Sous l'angle de la concurrence, on peut renoncer à un service universel légal assuré par des services de trafic des paiements. À l'étranger également, des services de trafic de paiements sont proposés de manière adéquate, sans mandat explicite de service universel.

Enfin, diverses concentrations d'entreprises dans le domaine des services financiers ont été examinées et admises en phase I.

### 3.2.2 Santé

La procédure concernant les **médicaments hors liste** – concrètement: Cialis, Levitra et Viagra – est arrivée à son terme durant l'année sous revue, après un premier arrêt du TF rendu en 2015 (cf. point 2.2). Les entreprises pharmaceutiques Pfizer SA, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Suisse) SA avaient remis pour ces médicaments des prix publics recommandés (PPR) aux grossistes et aux points de vente (pharmacies et médecins dispensateurs). Une large majorité des points de vente observent les « recommandations de prix » mises à leur disposition par la banque de données d'e-mediat SA au moyen des systèmes de caisse lors de la lecture du code-barres. Le TF a conclu que des accords verticaux sur les prix imposés entre les fabricants et les points de vente qui s'alignent sur les PPR étaient avérés. Il confirmait ainsi la décision pilote que la COMCO avait rendue en 2009 au sujet des prix imposés et prenait une option essentielle pour la pratique future de la COMCO.

Les investigations relatives à l'enquête ouverte en septembre 2019 par la COMCO contre plusieurs entreprises (suisses et étrangères) touchant à la production, à la distribution et à la vente du principe actif pharmaceutique **scopolaminbutylbromide** se sont poursuivies. L'enquête a pour but de vérifier si les indices d'une coordination des prix de vente de ce principe actif au niveau international et une répartition des marchés mondiaux se confirment et, le cas échéant, s'ils violent la loi sur les cartels.

Le Secrétariat a reçu diverses **demandes de conseil** dans le domaine de la santé. Les questions allaient de la possibilité d'introduire des structures tarifaires dans l'assurance complémentaire aux règles visant à clarifier la répartition des territoires pour les entreprises de Spitex et un plan pour organiser efficacement les tests COVID dans l'administration et les entreprises, en passant par l'admissibilité des négociations tarifaires de la part de l'assureur maladie. Afin de répondre à toutes ces questions et en accord avec les requérants, de brèves consultations ont été réalisées sous forme de séances ou de brèves évaluations écrites.

Par ailleurs, dans le domaine de la santé, la COMCO a dû évaluer une série de **concentrations**: Astorg/Nordic Capital/Novo/Bioclinica, CSS/Visana/Zur Rose/medi24/WELL et Advent/Eurazeo/Hoist. De plus, le Secrétariat a traité plus de 150 **procédures de consultation** dans le domaine de la santé ainsi que de nombreuses **demandes émanant de citoyens**.

### 3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

La procédure « **installation et services électriques dans la région genevoise** » a été clôturée par la signature d'un accord amiable avec huit entreprises, lequel a été validé par la COMCO le 10 mai 2021. La décision est entrée en force. Cette enquête a permis de mettre au jour près de 130 accords horizontaux ayant eu lieu entre 2013 et 2018 (cf. point 2.1).

Dans le cadre de l'enquête visant le **leasing automobile**, Ford Credit – la dernière des destinataires de l'enquête à rester dans la procédure ordinaire – a porté la décision finale rendue par la COMCO le 10 mai 2021

devant le TAF (cf. point 2.1). Auparavant, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO avait réglé à l'amiable la procédure envers les huit autres parties par décision partielle du 26 juillet 2019. L'une de ces parties, FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) a engagé une action et recouru contre la décision partielle. Le TAF n'étant pas entré en matière en 2020 sur l'action de FCA, le recours reste en suspens devant cette instance.

Par ailleurs, le Secrétariat a été impliqué dans plusieurs dossiers liés à la **numérisation**, qui sont expliqués à la fin de ce rapport. Il a aussi mené plusieurs procédures dans le **domaine sportif**. Pour ce qui concerne le **ski**, les relations entre l'office du tourisme de Zermatt et les différentes écoles de ski ont été analysées. La procédure n'ayant toutefois pas mis en évidence de problème particulier de discrimination envers certaines écoles de ski, elle a été clôturée sans suite. Toujours concernant le ski, l'« Action sports de neige » introduite par le canton du Valais a également été analysée suite à une dénonciation pour une possible inégalité de traitement entre les écoles de ski pouvant bénéficier de ladite action. Cette action vise à promouvoir les sports de neige et octroie des subventions aux écoles primaires valaisannes pour les journées de ski, ou autre, organisées sur le territoire valaisan. En collaboration avec le service concerné du canton du Valais, l'« Action sports de neige » a pu être adaptée afin d'éviter une possible distorsion de la concurrence. Le Secrétariat a également analysé le subventionnement des **halles de tennis** dans le canton de Zurich. Selon une plainte reçue par le Secrétariat, le « Sportfonds » cantonal, destiné à subventionner différents projets relatifs au sport, aurait traité de façon discriminatoire des entreprises par rapport à des associations à but non lucratif. Dans la mesure où la distinction entre activité à but lucratif et non lucratif avait précisément été voulue par le législateur cantonal et que l'organe cantonal compétent pour attribuer des subventions mène systématiquement une analyse approfondie des demandes afin de ne pas créer de distorsion de la concurrence, la procédure a pu être clôturée sans suite. Concernant le **hockey sur glace**, le Secrétariat a été saisi d'une demande de conseil de la part de la Ligue nationale de hockey sur glace (National League SA) quant à l'introduction de son système dit du « fair-play financier ». Ce système visait à limiter le montant total des salaires octroyés aux joueurs des équipes de National League, ceci afin de renforcer la stabilité financière des clubs, d'une part, et de favoriser un équilibre des forces au sein de la ligue, d'autre part, le tout dans le but d'augmenter l'attractivité de ce sport. Après analyse, il est apparu que ce système aurait pu constituer un accord sur les prix dans la mesure où les salaires ainsi limités avaient été négociés uniquement entre représentants des clubs. Le Secrétariat a dès lors fait part de ses réserves quant à ce système, indiquant que d'autres variantes avec un impact moindre sur la concurrence étaient possibles. Concernant le **sport automobile** enfin, le Secrétariat a été saisi d'une plainte à l'encontre de l'Association Auto Sport Suisse (ASS). L'ASS a été désignée par la Fédération Internationale de l'Automobile comme étant l'organisation exerçant la souveraineté nationale en matière de sport automobile et de karting en Suisse. Dans le cadre de cette activité, l'ASS veille à garantir que les compétitions de sport automobile soient

loyales et correspondent aux règles édictées par la FIA. La procédure n'a pas été poursuivie, dans la mesure où ce sont prioritairement des intérêts privés qui sont en jeu, lesquels doivent être portés devant les juridictions civiles.

### 3.3 Infrastructures

#### 3.3.1 Télécommunications

En septembre 2021, la COMCO a ouvert une enquête contre Swisscom et sa filiale Directories dans le domaine des **services d'annuaire en ligne**. Directories est l'éditeur de l'annuaire imprimé et l'exploitant des deux services d'annuaire en ligne « local.ch » et « search.ch ». Au printemps 2019, Directories a introduit le produit standardisé « SWISS LIST » et a ainsi fondamentalement modifié le prix et les conditions pour compléter l'inscription à l'annuaire. Jusqu'alors, les entreprises pouvaient compléter individuellement leur inscription par des informations supplémentaires. Mais avec « SWISS LIST », différents produits et services ne seront désormais proposés que sous forme de forfaits. La COMCO examine actuellement si et dans quelle mesure ce changement pourrait entraver les concurrents et désavantager les partenaires commerciaux.

L'enquête sur la **stratégie de Swisscom concernant la construction du réseau** a progressé. Les mesures provisionnelles décidées en décembre 2020 par la COMCO, qui interdisent à Swisscom d'empêcher l'accès de ses concurrents au Layer 1 de l'infrastructure en construisant le réseau de fibre optique, ont été confirmées dans l'arrêt rendu par le TAF en date du 30 septembre 2021. Swisscom a porté l'affaire devant le TF, qui a rejeté fin 2021 la demande de restitution de l'effet suspensif du recours (cf. point 2.2).

L'enquête ouverte contre Swisscom en 2020 dans le domaine de la **connexion à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN)** s'est poursuivie. En particulier, des données supplémentaires ont été relevées et évaluées.

En 2015, la COMCO avait sanctionné Swisscom pour avoir abusé d'une position dominante sur le marché en tirant parti d'un **effet de ciseaux** lors de l'appel d'offres pour la mise en réseau des sites postaux. Le TAF a largement confirmé la décision de la COMCO par son arrêt du 24 juin 2021, où il s'est limité à légèrement adapter le montant de la sanction. Swisscom a porté le cas devant le TF (cf. point 2.2).

Par son arrêt du 16 février 2021, le TAF a confirmé la décision rendue le 11 décembre 2017 par la COMCO contre **Naxoo SA** en raison d'un abus de position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau en ville de Genève. Dans ce contexte, le TAF a réduit la sanction infligée par la COMCO de 3,6 millions de CHF à quelque 3,25 millions de CHF en se référant à un chiffre d'affaires légèrement inférieur. Naxoo SA a formé un recours contre cet arrêt auprès du TF (cf. point 2.2).

#### 3.3.2 Médias

Durant l'exercice sous revue, dans le **domaine de la commercialisation et du courtage d'espaces publicitaires au cinéma**, une observation de marché visant un éventuel abus de position dominante a débuté suite à la

dénonciation d'une régie publicitaire. La question prioritaire est de savoir si d'autres régies ou intermédiaires publicitaires cinématographiques sont entravés dans l'accès à la concurrence et dans son exercice.

Dans le domaine des médias, la COMCO a dû évaluer trois **projets de concentration**. En ce qui concerne TX Group/Acheter-Louer.ch et TX Group/Immowelt Schweiz, TX Group SA avait l'intention d'acquérir Acheter Louer.ch & Publimmo Sàrl, soit une partie des affaires suisses d'Immowelt SA. L'analyse réalisée dans le cadre des examens préliminaires a révélé qu'il n'y avait guère d'indices permettant d'établir ou de corroborer une position dominante sur le marché liée à ces deux projets de concentration. S'agissant d'Aventinus/Heidi Media, la fondation Aventinus voulait reprendre Heidi Media SA. Dans ce cas également, l'évaluation au stade de l'examen préliminaire a débouché sur la validation du projet par la COMCO.

La décision rendue par la COMCO en 2020 concernant la diffusion en direct de **matches de hockey sur glace via Pay-TV**, qui infligeait une sanction d'environ 30 millions de CHF à UPC, est toujours pendante auprès du TAF. Les échanges d'écritures ont eu lieu durant l'exercice sous revue. De même, la décision rendue par la COMCO en 2016 à l'encontre de Swisscom, qui sanctionnait celle-ci pour un comportement semblable en lien avec la diffusion en direct de sport (football et hockey sur glace), est pendante auprès du TAF.

Par son arrêt du 16 avril 2021, le TAF a partiellement accepté le recours interjeté contre la décision de publication du 27 mai 2015 portant sur la publication du rapport final du 12 novembre 2014 relatif à l'arrêt d'une enquête préalable dans le domaine de la **commercialisation TV et du courtage publicitaire radiophonique**. Pour l'essentiel, il fallait compléter le caviardage et l'anonymisation du rapport final. En revanche, par son arrêt du 9 juin 2021, le TAF n'est pas entré en matière sur le recours formé par l'entreprise concernée. Le 14 septembre 2021, la COMCO a adopté une nouvelle décision de publication en exécution de l'arrêt rendu par le TAF. Cette nouvelle décision a de nouveau fait l'objet d'un recours auprès du TAF, qui n'est pas entré en matière sur ce nouveau recours (décision du 15 décembre 2021). En outre, dans la même affaire, le TAF a rejeté un autre recours qui attaquait la décision de la COMCO refusant une demande de réexamen (cf. point 2.2).

Le 21 septembre 2020, le TAF avait décidé le renvoi à la COMCO d'une décision de publication aux fins de compléter le caviardage et l'anonymisation d'une **prise de position relative à un projet de concentration**. En date du 19 octobre 2021, le TAF a rejeté le recours interjeté par l'une des parties à la concentration et il a confirmé que la prise de position à publier de la COMCO ne divulguait pas de secret d'affaires et que les dispositions en matière de protection des données ne s'opposent pas à sa publication (cf. point 2.2).

Dans le cas d'un autre projet de concentration, le TAF avait rejeté le 6 octobre 2020 le recours de l'une des parties à la concentration contre l'émolument forfaitaire de CHF 5'000.- à payer pour l'examen préliminaire. Le TAF protégeait ainsi l'**interprétation extensive de l'art. 9 al. 4 LCart** par la COMCO. Dans son arrêt du

23 septembre 2021, le TF a rejeté le recours formé contre cette décision et il a constaté que l'émolument forfaitaire est dû indépendamment de l'obligation de notifier (cf. point 2.2).

### 3.3.3 Énergie

Le Secrétariat conduit plusieurs observations de marché sous l'angle d'éventuels abus de position dominante concernant l'**utilisation de données provenant du secteur monopolistique**.

S'agissant de l'enquête préalable, terminée en août 2020, sur l'utilisation de données provenant du domaine monopolistique aux fins d'autres activités menées sur d'autres marchés, la **publication du rapport final** est contestée. La décision rendue le 23 septembre 2021 par le Secrétariat a été attaquée devant le TAF par le gestionnaire du réseau électrique concerné.

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat – dans le cadre de **consultations des offices** –, respectivement la COMCO – dans le cadre de **procédures de consultation** – a été plusieurs fois invité à prendre position. En l'occurrence, la COMCO s'est engagée en particulier pour une ouverture du marché proche et complète dans l'approvisionnement des clients finaux et les services de mesure, pour la possibilité de changer de fournisseur en cours d'année et pour un système branché sur le marché, neutre en termes de concurrence et de technologie, qui puisse garantir le développement des énergies renouvelables. En outre, s'agissant de l'approvisionnement économique du pays, la COMCO a proposé qu'en cas de délégation de tâches publiques relevant du domaine Énergie, un acteur juridiquement et fonctionnellement séparé de l'industrie gazière et entièrement indépendant exploite le système de suivi destiné à observer la situation de l'approvisionnement, relève les données nécessaires à cet effet et les mette à disposition du domaine Énergie.

### 3.3.4 Transports

Dans le domaine de l'expédition et de la logistique, la COMCO a dû évaluer le **projet de concentration** DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics. DSV Panalpina A/S avait l'intention d'acquérir Agility Logistics International B.V. et Agility International GIL Holdings I Limited de l'entreprise Agility Public Warehousing Company K.S.C.P. L'évaluation de la COMCO dans le cadre de l'examen préalable a débouché sur la validation du projet.

La procédure de recours auprès du TAF dans l'affaire du **fret aérien** est toujours pendante. Plusieurs parties avaient formé recours auprès du TAF contre la décision du 2 décembre 2013, qui sanctionnait onze compagnies aériennes à hauteur de quelque 11 millions de CHF en raison d'accords horizontaux sur les prix. La question de savoir si et dans quelle mesure la décision du 2 décembre 2013 pouvait être publiée était également controversée. A la suite à la décision de renvoi prise par le TAF en 2017, la COMCO avait décidé le 12 novembre 2018 de publier une version remaniée de la publication. Cette décision a elle aussi fait l'objet de recours auprès du TAF. Tous ces recours ont été intégralement rejetés en 2020. Dans quatre cas, les arrêts ont été portés devant le TF. Celui-ci a rendu ses arrêts le 27 octobre

2021: il rejette tous les recours intégralement, pour autant qu'il soit entré en matière (cf. point 2.2).

S'agissant du trafic régional des voyageurs et de la mobilité multimodale, le Secrétariat a été invité plusieurs fois à prendre position dans le cadre de **consultations des offices**. En ce qui concerne la promotion de la mobilité multimodale, le Secrétariat s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur d'un accès rapide et sans discrimination aux infrastructures de distribution des TP pour les intermédiaires en mobilité externes.

### 3.3.5 Aides d'État

Durant l'exercice sous revue, la COMCO a dû examiner, à l'appui de la loi sur l'aviation, un cas concernant les **aides d'États au sens de l'Accord sur le transport aérien (ATA)**. Compte tenu de la pandémie de coronavirus, le canton de Genève a l'intention d'octroyer à l'Aéroport de Genève, en cas de crise, un crédit de 200 millions de CHF au maximum, afin de garantir les liquidités nécessaires au maintien et à la poursuite de l'exploitation. À cet effet, le canton de Genève a soumis à la COMCO un projet de loi correspondant. La COMCO a examiné les mesures de soutien prévues quant à leur compatibilité avec l'Accord sur le transport aérien (ATA). Dans sa prise de position du 5 juillet 2021, elle conclut que la loi prévue n'est compatible avec l'ATA que si les tranches de prêt sont accordées aux conditions mentionnées dans le Message cantonal et concrétisées par la COMCO dans sa prise de position. Il appartient désormais au Parlement cantonal genevois de prendre en considération le résultat de cet examen lorsqu'il statuera sur le projet de loi, c'est-à-dire lorsqu'il se prononcera sur l'octroi de l'aide.

### 3.3.6 Autres domaines

La Poste suisse SA a retiré le recours déposé auprès du TAF contre la décision de la COMCO du 30 octobre 2017 concernant le **système de tarification des envois de courrier postal pour la clientèle commerciale**. En conséquence, le TAF a classé le recours devenu sans objet en date du 24 août 2021. De ce fait, la décision de la COMCO infligeant à La Poste une sanction de quelque 22,6 millions de CHF à titre d'abus d'une position dominante sur le marché est entrée en force.

## 3.4 Produits

### 3.4.1 Accords verticaux

S'agissant de l'« **îlot de cherté suisse** », le Secrétariat a procédé à une dizaine d'observations de marché en raison de soupçons d'accords sur les prix et de verrouillage du marché. Dans plusieurs cas, des contrats ont été adaptés et des circulaires ont été adressées aux partenaires de distribution afin de clarifier la situation et d'éviter des malentendus.

En juin 2021, la COMCO a clôturé l'enquête sur les **produits du tabac Pöschl** par un accord amiable. Elle a sanctionné le fabricant allemand Pöschl Tabak GmbH en raison de la présence d'interdictions illicites d'exporter dans ses contrats de distribution (cf. point 2.1).

### 3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Les investigations se sont poursuivies dans le cadre de l'enquête sur un éventuel **cartel d'entreprises commerciales du côté de la demande**. Après l'ouverture de l'enquête en 2020, une partie a formé un recours auprès du TAF contre la perquisition et a demandé la mise sous scellés des données saisies. Le Tribunal pénal fédéral (TPF) a accepté la demande de levée des scellés introduite par la COMCO en février 2021 et le TAF a rejeté le recours contre la perquisition en mars 2021 (cf. point 3.6). Ces arrêts ne sont pas encore en force.

Une observation de marché réalisée en 2020 a conduit à l'ouverture, en janvier 2021, de l'**enquête préalable sur le règlement des paiements de Coop**. Dans le cadre de l'*observation de marché*, Coop a assuré au Secrétariat en été 2020 qu'elle ne contraignait pas ses fournisseurs à décompter leurs fournitures par la société Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs SA. Si un fournisseur se décidait à ne pas procéder à ses décomptes par Markant, Coop ne prendrait en aucune manière prétexte de cette décision pour biffer ce fournisseur de sa liste de partenaires commerciaux. Coop chercherait, dans le cadre de négociations avec ce fournisseur, une solution qui serait conforme à l'approche partenariale entretenue jusqu'à présent avec les fournisseurs. Comme il avait reçu des indices de comportement contraire à ce principe, malgré les assurances données par Coop, le Secrétariat a ouvert une *enquête préalable*, centrée sur le soupçon que Coop exerce une pression sur les fournisseurs pour qu'ils effectuent désormais leurs livraisons à Coop contre rémunération via Markant. En guise d'alternative à la facturation via Markant, Coop a proposé aux fournisseurs une possibilité de facturation individuelle plus coûteuse via Coop. L'enquête préalable permettra de clarifier s'il existe des indices d'abus de position dominante sur le marché.

### 3.4.3 Industrie horlogère

Le Secrétariat a ouvert en mai 2021 une *enquête préalable* contre le **Swatch Group** et sa filiale Nivarox, qui fabrique notamment des assortiments (composants régulateurs d'un mouvement mécanique). Dans sa décision du 21 octobre 2013 concernant l'arrêt des livraisons du Groupe Swatch (Swatch Group Lieferstopp), la COMCO avait constaté que Nivarox détenait une position dominante sur le marché des assortiments mécaniques fabriqués en Suisse. L'enquête préalable se concentre sur le comportement de Nivarox dans la livraison d'assortiments aux clients situés en dehors du Groupe Swatch. Elle doit permettre d'examiner s'il existe des indices que le Groupe Swatch ou Nivarox a abusé de sa position dominante sur le marché, notamment en restreignant les quantités pouvant être commandées et en relevant sans justifications le niveau des prix, et s'est ainsi comporté de manière illicite.

En juin 2021, dans le cadre de la procédure de réexamen Swatch Group Lieferstopp, la COMCO a sanctionné deux entreprises à hauteur de CHF 20'000.- chacune pour **violation de l'obligation de renseigner** (art. 52 LCart). Les décisions ont été attaquées.

### 3.4.4 Secteur automobile

L'enquête **Concessionari VW**, ouverte en juin 2018 et étendue en décembre 2019, s'est poursuivie. La procédure porte sur des accords de prix et de répartition du marché supposés illicites entre les revendeurs agréés de véhicules des marques du Groupe Volkswagen dans le canton du Tessin. En décembre 2021, le Secrétariat a soumis sa proposition aux parties pour qu'elles prennent position. La COMCO rendra probablement sa décision en 2022.

Le Secrétariat a régulièrement répondu à des demandes concernant le respect des **dispositions de la Communication automobile**. C'est ainsi qu'il a établi clairement dans divers cas que la garantie légale et la garantie du constructeur ne sont pas annulées lorsque les consommateurs font réparer ou entretenir leur véhicule par un atelier indépendant et que les travaux correspondants n'ont pas été effectués de manière incorrecte. Les consommateurs ne sont donc pas tenus, pendant la durée de garantie, de faire réparer ou entretenir leur véhicule exclusivement au sein du réseau d'ateliers agréés. En outre, pour des travaux de réparation et d'entretien, il n'est fondamentalement pas admissible que des accords en matière de concurrence restreignent l'accès des ateliers indépendants aux informations techniques et aux pièces de rechange d'origine.

### 3.4.5 Agriculture

En 2021, le Secrétariat a participé à quelque 50 consultations d'offices liées à l'agriculture. En outre, la COMCO a approuvé la concentration *Swissgenetics/New Generation Genetics* dans le domaine du sperme de taureau. Comme cette concentration soumise à notification obligatoire n'avait pas été notifiée conformément à l'art. 9 al. 4 LCart, le Secrétariat a ouvert en septembre 2021, d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, une **procédure de sanction administrative** selon l'art. 51 LCart.

## 3.5 Marché intérieur

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) garantit le libre exercice des activités lucratives dans toute la Suisse. Celui-ci est assuré par le droit d'accès au marché selon les dispositions relatives au lieu de provenance, la mise au concours publique du transfert de monopoles aux privés et les exigences légales minimales dans le cadre des marchés publics cantonaux et communaux. Le droit révisé des marchés publics est entré en force début 2021. Dans ce contexte, la COMCO a défini les marchés publics des cantons et des communes comme une **priorité** de ses activités relevant du droit régissant le marché intérieur.

Dans le cadre de l'adjudication publique communale de la rénovation d'une **piscine**, la COMCO a formé un recours auprès du Tribunal administratif zurichois, qui a accepté ce recours le 26 août 2021 en suivant largement l'argumentation de la COMCO dans son arrêt (cf. point 2.2). Le Tribunal a constaté une violation du droit cantonal des marchés publics (règles de récusation et de partialité) et de l'interdiction de discriminer au sens de la LMI. Avisées par les dénonciations qu'elles reçoivent, les autorités de la concurrence savent que de telles constellations – assorties d'un mélange d'activités de

planification préparatoires et de soumissions d'offres ultérieures – surviennent souvent dans le cadre d'appels d'offres publics. De tels procédés restreignent la concurrence et l'accès au marché, puisque les autres soumissionnaires ne reçoivent pas de chances équitables d'obtenir une adjudication. À la suite du cas mentionné de la piscine, le Secrétariat a mené sur cette problématique une campagne de sensibilisation à titre préventif dans plus de 90 communes.

Le 30 mars 2021, la COMCO a édicté une recommandation selon laquelle l'**achat d'électricité** aux niveaux cantonal et communal est soumis au droit des marchés publics et doit passer par un appel d'offres public. Jusqu'à présent, les appels d'offres publics pour des achats d'électricité étaient rares. La COMCO estime que l'achat d'électricité par les collectivités publiques relève du droit des marchés publics, eu égard notamment à la révision de ce droit entrée en vigueur au début de l'année. Les appels d'offres publics sont obligatoires, par exemple pour l'achat d'électricité destinée à approvisionner les bâtiments administratifs ou les moyens de transports publics. Les fournisseurs d'énergie doivent eux aussi soumettre à un appel d'offres public l'achat d'électricité destinée aux clients finaux de l'approvisionnement de base. Les appels d'offres publics donnent un choix entre divers fournisseurs d'électricité et permettent l'accès au marché à un plus grand nombre de participants. Durant l'année sous revue, les autorités de la concurrence ont échangé avec divers acteurs afin de mettre en œuvre la recommandation de la COMCO. Elles ont reçu de nombreuses questions relatives à cette recommandation. Certaines questions devront être tranchées par la jurisprudence des tribunaux.

À la suite de la dénonciation d'une entreprise de remorquage, le Secrétariat a mené en Suisse romande une observation de marché concernant le **remorquage** de véhicules à moteur. Les analyses juridiques du Secrétariat ont permis de conclure qu'en l'absence d'un appel d'offres public, la coopération du canton avec un regroupement de certains exploitants de garage n'est pas conforme à la législation régissant le marché intérieur. Le Secrétariat a donc invité le canton à édicter une décision sur ce défaut d'appel d'offres, puisqu'il constitue une restriction à l'accès au marché. Une telle décision pourrait aussi faire l'objet d'un recours de la COMCO. Le canton concerné a renoncé à édicter une décision et il a décidé de mener à l'avenir un appel d'offres public pour les activités de remorquage.

Le droit d'accéder librement au marché implique fondamentalement le droit de proposer des marchandises et des prestations de travail sur l'ensemble du territoire suisse si l'exercice de l'activité lucrative visée est licite au lieu d'origine. La LMI prévoit une procédure simple, rapide et gratuite pour octroyer l'accès au marché. Une éventuelle vérification par les pouvoirs publics de l'accès au marché ne doit donc pas entraîner de frais. Dans un cas qui concernait une **entreprise de sécurité** en Suisse romande, les autorités d'exécution cantonales ont facturé des émoluments pour prolonger une autorisation, bien que les personnes intéressées se soient référées à des autorisations actuelles dans d'autres cantons d'origine et qu'elles aient invoqué la gratuité prévue par la LMI. Tant la COMCO que les personnes

concernées ont recouru contre cette imputation de frais. L'autorité cantonale a admis le recours de la COMCO par décision du 7 mai 2021, et elle a constaté que l'imputation de frais contrevient à la gratuité de la procédure prévue par la LMI.

La COMCO a remis des prises de position, à l'appui de la LMI, dans deux procédures de recours auprès du TF. Dans une première prise de position datée du 25 mai 2021, la COMCO a justifié que la LMI s'applique également dans le cas d'une sanction infligée en vertu du droit des marchés publics, mais qu'aucune violation de la LMI n'était à relever sous l'angle de la problématique à évaluer. Dans la deuxième prise de position du 25 octobre 2021, la COMCO a expliqué, s'agissant de l'utilisation de la **taxe de séjour**, que la LMI est aussi applicable à des prestations de soutien positives telles que les subventions ou les aides, si ces prestations entraînent des restrictions à l'accès au marché.

Par ailleurs, à la demande d'un tribunal cantonal, la COMCO a produit une expertise visant à clarifier s'il faudrait, dans le contexte du projet **Gateway Basel Nord**, conduire des appels d'offres publics en vertu de la LMI. La LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. La COMCO s'est exprimée dans son expertise du 6 décembre 2021 sur les questions de droit soulevées. Ce recours ainsi que les deux autres recours mentionnés auprès du TF sont pendants.

### 3.6 Investigations

Deux perquisitions ont été exécutées en 2021. La première, survenue en avril, concernait des accords supposés entre transporteurs de marchandises et de déchets dans le canton du Valais (cf. point 3.1.1). La deuxième, effectuée en juin en lien avec l'extension de l'enquête sur d'éventuels accords de soumission dans le secteur de la construction dans la région de Moesa, concernait également des entreprises tessinoises (cf. point 3.1.1). Ces deux actions ont été menées dans le respect des mesures de protection contre le COVID.

Le 8 mars 2021, le TF a tranché la question controversée depuis des années de savoir quels collaborateurs et organes d'une entreprise, anciens et actuels, peuvent invoquer le principe *nemo tenetur* (droit de ne pas répondre) lors d'auditions et peuvent donc choisir de garder le silence. Dans son arrêt de référence, le TF a noté que (1) les entreprises peuvent invoquer le principe *nemo tenetur* dans les procédures de sanction cartellaire semblables aux procédures pénales ; (2) les organes effectifs et formels peuvent, lors d'auditions, exercer le droit de garder le silence dévolu aux personnes morales ; (3) toutes les autres personnes, soit les anciens organes et tous les collaborateurs anciens et actuels de l'entreprise, doivent être interrogées sans restriction comme témoins. Il s'agit là d'un arrêt de grande importance pour l'activité d'investigation des autorités de la concurrence. Les restrictions que le TAF avait introduites pour l'audition des anciens organes ont été supprimées. En outre, le TF a arrêté dans deux autres arrêts que le TAF n'aurait aucunement dû entrer en matière sur les recours contre les citations à comparaître,

puisque la condition du préjudice irréparable faisait défaut.

Pour la première fois, durant l'exercice sous revue, une entreprise a aussi bien fait opposition (auprès du TPF) que recours (auprès du TAF) contre une perquisition. Les deux tribunaux ont examiné la perquisition indépendamment l'un de l'autre et l'ont jugée conforme au droit. L'entreprise a porté les deux arrêts devant le TF, qui pourra aussi s'exprimer sur le rapport entre les deux voies de droit (cf. point 3.4.2). Les autorités de la concurrence avaient estimé devant le TAF qu'en cas de mise sous scellés – même partielle –, la procédure devant le TPF devrait précéder la procédure de recours devant le TAF afin d'éviter un doublon inefficace des voies de droit et le risque de jugements contradictoires. En outre, dans une autre procédure de levée des scellés, le TPF a jugé conforme au droit une perquisition effectuée dans le cadre de l'enquête sur des accords de soumission dans la région de Moesa (cf. point 3.1.1) et il a accepté la levée des scellés. Un recours dans la même affaire est pendant devant le TAF.

La possibilité, introduite au deuxième semestre 2020, de placer le marqueur pour une autodénonciation au moyen du formulaire électronique sur le site web de la COMCO (dit « marqueur électronique ») a fait ses preuves: elle a été très utilisée en 2021.

### 3.7 Relations internationales

**UE:** l'Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence favorise les échanges d'expériences tout en permettant une coopération et une coordination étroites dans le cadre des enquêtes, y compris l'échange de moyens de preuve. Cet échange s'avère extrêmement précieux en pratique, même s'il ne peut s'effectuer qu'à des conditions restrictives. Au cours de l'exercice sous revue, la COMCO et la Direction générale (DG) de la concurrence de la Commission européenne ont échangé des moyens de preuve lors d'une enquête menée parallèlement. Les perquisitions avaient été coordonnées dans le temps avant même l'ouverture de cette enquête dans l'UE et en Suisse. Lors de diverses autres enquêtes, les responsables de cas de la COMCO et ceux de la DG de la concurrence étaient en contact pour discuter de questions procédurales et de droit matériel. Dans les procédures relatives aux concentrations comportant des notifications parallèles à Berne et à Bruxelles, des questions techniques et matérielles ont été discutées. Les échanges entre autorités permettent aussi de clarifier la situation en vue de prochaines modifications de lois, d'ordonnances et de lignes directrices. C'est ainsi que les membres de la COMCO se sont renseignés sur la révision du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux auprès de leurs collègues de Bruxelles et qu'ils les ont consultés s'agissant du remaniement des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale. La COMCO a contacté les spécialistes de l'UE pour des questions concrètes concernant l'application du droit européen de la concurrence, par exemple pour évaluer les alliances d'achat dans le commerce de détail.

**Allemagne:** à la fin de 2017, la Suisse et l'Allemagne ont entamé des négociations sur un accord de coopération en matière de concurrence. L'accord visé se rapporte à l'entraide administrative entre la COMCO et l'Office fédéral allemand des cartels (Bundeskartellamt) en matière de restrictions illicites à la concurrence et de concentrations d'entreprises selon le droit de la concurrence respectif des parties au contrat. Le projet de contrat négocié depuis lors avec l'Allemagne correspond largement sur le fond à l'Accord de coopération avec l'UE. La date de la signature est encore incertaine compte tenu des élections au Bundestag allemand survenues en septembre 2021. Le Conseil fédéral soumettra l'Accord ultérieurement à l'approbation du Parlement.

**OCDE:** en 2021 également, les deux réunions annuelles de l'OCDE se sont tenues en juin et en décembre exclusivement virtuellement. Pouvant faire l'économie des déplacements à Paris, les collaborateurs de la COMCO ont été plus nombreux à bénéficier d'une participation directe aux discussions. Les thèmes discutés ont été en particulier les suivants: « L'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires », « Portabilité des données, interopérabilité et concurrence des plateformes numériques », « Méthodes utilisées pour mesurer la concurrence sur le marché », « Questions de concurrence pour les livres et les livres électroniques », « Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence », « La réglementation ex ante sur les marchés numériques » ainsi que « Les problèmes de concurrence affectant les médias d'information et les plateformes numériques ». Lors du Forum global, le thème « Analyse économique et éléments probants dans les affaires d'abus de position dominante » était prioritaire. La COMCO a de nouveau participé activement aux discussions cette année, par exemple avec une contribution sur le cas des livres, la COMCO ayant sanctionné dix diffuseurs/distributeurs de livres francophones pour restriction aux importations parallèles. En outre, la COMCO s'est activement engagée dans le remaniement de diverses recommandations de l'OCDE, notamment le remaniement des recommandations sur la coopération internationale et la lutte contre les accords de soumission.

**RIC:** le 5 octobre 2021, la COMCO a rencontré les conseillers non gouvernementaux (NGAs, « non-governmental advisors ») nommés en 2020 dans le cadre de la réunion annuelle. La discussion a porté sur des thèmes actuels inspirés de l'agenda de la conférence annuelle du RIC, qui s'est tenue du 13 au 15 octobre 2021 à Budapest. Tant les représentants des autorités que les NGAs suisses ont participé virtuellement à des modules choisis de la manifestation. La COMCO a participé à l'enquête sur le thème principal de la conférence annuelle du RIC, « Développement durable et droit de la concurrence ». De plus, la COMCO s'est impliquée dans l'élaboration de divers aide-mémoire du RIC. Durant l'exercice sous revue, la priorité est allée à l'élaboration et à la publication d'un rapport du groupe de travail dédié au comportement unilatéral sur le thème « Théories du dommage et mesures d'aide sur les marchés numériques ». Pour réaliser ce travail, le groupe de travail a interrogé les autorités de la concurrence et les NGAs.

**CNUCED:** la COMCO a participé virtuellement en juillet 2021 à la conférence annuelle de la CNUCED. Elle a en outre participé, en alternance avec le SECO, aux vidéo-conférences du nouveau groupe de travail sur les cartels transfrontaliers (« cross-border cartels »), où elle apporte la perspective suisse. L'objectif de ce groupe de travail est d'approfondir la coopération dans la lutte contre les cartels transfrontaliers et d'améliorer en particulier le soutien fourni aux autorités de la concurrence jeunes et de plus petite taille.

**Banque mondiale:** au deuxième semestre, la COMCO s'est engagée en Ukraine dans le cadre du projet de développement financé par le SECO « Competition Policy Implementation Review in Ukraine – International Practice ». Le projet de développement a été mis en œuvre conjointement avec la Société financière internationale (SFI), une institution du Groupe de la Banque mondiale responsable du développement du secteur privé. En novembre 2021, la COMCO a mené pendant deux jours, en coopération avec l'autorité ukrainienne de la concurrence AMCU, un Capacity Building Workshop. Les échanges d'expériences pratiques entre les autorités de la concurrence étaient au cœur de l'atelier, l'attention portant notamment sur le screening, c'est-à-dire sur les méthodes analytiques permettant de déceler les cartels sur la base des données de soumission. Cet atelier, qui a réuni plus de 80 participants, a suscité un vif intérêt. Par ailleurs, la COMCO a soutenu la SFI dans l'étude de projet en apportant le point de vue d'une autorité de la concurrence et les questions et défis du droit de la concurrence actuellement débattus au niveau international.

### 3.8 Législation

Le 19 mars 2021, le Conseil des États et le Conseil national ont adopté en votation finale le contre-projet indirect à l'initiative pour des prix équitables ». Les nouvelles dispositions (art. 4 al. 2<sup>bis</sup> et art. 7 al. 1 et 2 let. g), qui introduisent la notion de **pouvoir de marché relatif** dans la loi sur les cartels, sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022. Le Secrétariat de la COMCO a lancé les travaux de mise en œuvre au début de l'été 2021. Il a élaboré un concept de mise en œuvre et une **note explicative** du 6 décembre 2021, publiée le 14 décembre 2021. Voici les informations essentielles de ce document:

- Une entreprise dispose d'un pouvoir de marché relatif lorsque d'autres entreprises sont dépendantes en matière d'offre ou de demande d'un produit ou d'une prestation de telle sorte qu'il n'existe pas de possibilités suffisantes et raisonnables de se tourner vers des sources alternatives. Les entreprises concernées peuvent déposer une dénonciation auprès de la COMCO si elles sont entravées ou désavantagées dans l'exercice de la concurrence. Une entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif pourrait par exemple se comporter de manière abusive si elle refuse, sans raison, de livrer à un producteur des composants dont celui-ci est tributaire. Il pourrait également y avoir un abus lorsqu'une entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif empêche d'autres entreprises de se procurer une marchandise proposée en Suisse et à l'étranger aux conditions étrangères.

- Une intervention de la COMCO n'est possible que si celle-ci dispose d'informations de la part des entreprises concernées. Afin de faciliter la dénonciation, elle a publié une note explicative et un formulaire de dénonciation.
- Cette révision de la loi étend l'interdiction d'abus prévue par le droit des cartels aux entreprises disposant d'un pouvoir de marché relatif. Les entreprises ne seront pas amendées en cas de violation des nouvelles dispositions. La COMCO peut toutefois leur imposer des obligations d'agir et de s'abstenir.
- La **motion Bauer** du 14 décembre 2018 « Enquêtes de la COMCO. La présomption d'innocence doit prévaloir » (18.4304) exige la suppression de l'art. 28 LCart, qui prévoit la publication des ouvertures d'enquêtes et la mention du nom des parties concernées. Cette motion a été classée en décembre 2020.
- Le **postulat Molina** du 9 mai 2019 « Investissements directs étrangers. Renforcer le contrôle des fusions » (19.3491) a été rejeté en juin 2021 par le Conseil national. Il est donc classé.

L'état actuel des **interventions parlementaires** concernant la loi sur les cartels se présente comme suit:

- La **motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plateformes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902) a été acceptée par les deux Chambres. Le Conseil fédéral a adopté le 17 novembre 2021 le projet de loi et le Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Comme les clauses de parité tarifaire sont qualifiées de conditions générales abusives et par conséquent nulles et non avenues, les clauses limitant la liberté tarifaire doivent être interdites dans les contrats entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement.
- Les Chambres ont accepté deux des quatre points de la **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094), à savoir: les délais pour les procédures administratives relevant du droit des cartels et l'allocation de dépens également dans les procédures administratives de première instance. Le Conseil fédéral les a intégrés dans le projet de révision de la loi sur les cartels et il a ouvert la procédure de consultation en novembre 2021.
- La **motion Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898) exige que le Conseil fédéral crée une ordonnance pour protéger les consommateurs et les PME contre les pratiques biaisant la concurrence dans le secteur automobile. La motion ayant été acceptée par le Conseil national en septembre 2020, elle se trouve à présent au Conseil des États.
- La **motion Nantermod** du 12 décembre 2018 « Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence » (18.4183), qui demande une adaptation des règles de procédure relatives à l'accès au dossier et à l'obligation de payer des émoluments lors de l'enquête préalable, a été rejetée par le Conseil national en décembre 2020. Elle est donc classée.
- La **motion Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » (18.4282), qui exige une modification de l'art. 5 LCart, a également été acceptée en juin 2021 par le Conseil national en tant que second conseil. Le Conseil fédéral l'a intégrée dans le projet de révision de la loi sur les cartels et il a ouvert la procédure de consultation en novembre 2021.
- L'**interpellation Noser** du 28 septembre 2021 « Révision complète de la loi sur les cartels » (21.4108) incite à une réforme des structures institutionnelles des autorités de la concurrence en posant au Conseil fédéral des questions en ce sens. Elle a été traitée sans discussion en décembre 2021 au Conseil des États et elle est donc classée.
- La **motion Wicki** du 30 septembre 2021 « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels » (21.4189) veut préciser la loi sur les cartels, en particulier en renforçant la maxime de l'instruction, de manière à ce que le principe de la présomption d'innocence garanti par la Constitution y soit aussi appliqué. Le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion parce que les irrégularités qu'elle dénonce dans l'exécution de la loi ne sont pas avérées et que les exigences posées à la présomption d'innocence sont déjà prévues dans la loi sur les cartels actuellement en vigueur. La motion a toutefois été acceptée en décembre 2021 par le Conseil des États. Elle sera probablement traitée en 2022 par le Conseil national.
- Plusieurs autres interventions parlementaires concernent les thèmes de la concurrence, des entreprises publiques ou proches du secteur public et de l'accès aux marchés fermés. Tel est notamment le cas des interventions suivantes: **motion Caroni** (15.3399), **intervention parlementaire Schilliger** (17.518), **postulat Caroni** (19.3701), **postulat CER-E** (19.4379), **motion Caroni** (20.3531), **motion Rieder** (20.3532) et **interpellation Sauter** (21.3472).

Le Conseil fédéral prévoit une **révision partielle de la loi sur les cartels** comprenant les principaux points suivants: la modernisation du contrôle des concentrations, le renforcement du volet civil du droit des cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. Les travaux de révision comprendront les deux exigences acceptées de la motion Fournier, mentionnée ci-dessus, à savoir les délais d'ordre et l'indemnisation des parties pour les procédures devant la COMCO, ainsi que la motion Français, également citée, concernant les accords cartellaires. La procédure de consultation a été lancée en novembre 2021. La responsabilité administrative de la révision partielle de la loi sur les cartels incombe au SG-DEFER et au SECO. Le Secrétariat de la COMCO participe aux travaux.

## 4 Organisation et statistiques

### 4.1 COMCO, Secrétariat et statistiques

En 2021, la **COMCO** s'est réunie onze fois (dont six fois en ligne) en séance plénière d'une journée ou d'une

demi-journée. Lors de ces réunions, elle a rendu ses décisions conformément à la loi sur les cartels et en application de la LMI. Ces décisions sont présentées dans les statistiques suivantes (cf. point 4.2).

## 4.2 Statistiques

Le **Secrétariat** comptait 76 collaborateurs fin 2021 (75 l'année précédente), la proportion de femmes étant de 44,7 % (45,3 % l'année précédente). L'effectif de 76 collaborateurs correspond à 65,2 équivalents plein temps (64,1 l'année précédente). L'effectif du personnel occupé à l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur, Direction comprise, atteint 57

collaborateurs (56 l'année précédente), soit 50,6 équivalents plein temps (49,8 l'année précédente). 19 collaborateurs (19 l'année précédente), soit 14,6 équivalents plein temps (14,3 l'année précédente), sont engagés au service Ressources, où ils assurent l'appui nécessaire à toutes les activités de la COMCO et de son Secrétariat. En outre, le Secrétariat comprend 4 places de stage (4 l'année précédente). Les quatre stagiaires travaillent à plein temps.

Les statistiques des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présentent comme suit pour 2021:

	2021	2020	2019
<b>Enquêtes</b>			
Menées durant l'année	20	20	19
dont reprises de l'année précédente	16	13	16
dont ouvertes durant l'année	4	7	3
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	0	2
<b>Décisions</b>	4	6	11
dont accords amiables	3	4	9
dont décisions de l'autorité	2	1	2
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	4	4	10
dont décisions partielles	0	2	5
<b>Décisions de procédure</b>	2	2	2
<b>Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)</b>	2	1	6
<b>Mesures provisionnelles</b>	1	1	1
<b>Procédure de sanction au sens des art. 50 ss LCart</b>	2	1	0
<b>Enquêtes préalables</b>			
Menées durant l'année	11	14	14
dont reprises de l'année précédente	7	13	8
dont ouvertes durant l'année	4	1	6
<b>Clôtures</b>	3	8	4
dont avec ouverture d'enquête	1	1	1
dont avec adaptation du comportement	1	4	3
dont sans suite	1	3	0
<b>Autres activités</b>			
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	1	1	2
Conseils	33	24	28
Observations de marché clôturées	48	80	63
Requêtes LTrans	10	18	7
Autres demandes traitées	519	565	488
<b>Concentrations</b>			
Notifications	31	35	40
Pas d'intervention après examen préalable	31	34	37
Examens	0	1	3
Décisions de la COMCO après examen	0	1	2
Interdiction	0	0	0
Autorisation conditionnelle/soumise à des charges	0	0	0
Autorisation sans réserve	0	1	2
Exécution provisoire	0	0	0

Procédures de recours			
Total des recours auprès du TAF et du TF	39 (92)	42	46
Arrêts du TAF	11 (15)	9	4
dont succès des autorités de la concurrence	8 (12)	6	1
dont succès partiel	2 (2)	2	2
dont sans succès	1 (1)	1	1
Arrêts du TF	5 (12)	7	6
dont succès des autorités de la concurrence	4 (11)	6	5
dont succès partiel	1 (1)	1	0
dont sans succès	0 (1)	0	1
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	30 (71)	29	36
Avis, recommandations et prises de position, etc.			
Avis (art. 15 LCart)	0	0	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0	0
Avis et prises de position (art. 47 LCart, art. 5 al. 4 LSPr ou art. 11a LTC)	2	0	2
Suivi des affaires	0	0	1
Communications (art. 6 LCart)	0	0	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	335	327	120
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	11	12	17
Contrôles des aides	1	2	-
LMI			
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	1	0	3
Expertises (art. 10 LMI)	4	1	2
Conseils (Secrétariat)	68	63	93
Recours (art. 9 al. 2 <sup>bis</sup> LMI)	1	2	0

Les statistiques 2021 et la comparaison avec les chiffres de 2020 et de 2019 révèlent pour l'essentiel ce qui suit:

- Enquêtes: les autorités de la concurrence ont mené en 2021 à peu près autant d'enquêtes que les deux années précédentes. Comme en 2020, la COMCO a clôturé en 2021 un nombre de procédures légèrement inférieur à la moyenne.
- Enquêtes préalables et observations de marché: le nombre d'enquêtes préalables et d'observations de marché en 2021 a lui aussi été inférieur à celui des années précédentes. En revanche, le Secrétariat a effectué davantage de conseils qu'à l'accoutumée.
- Concentrations: le nombre de concentrations contrôlées en 2021 a été un peu plus bas qu'en 2020 et 2019, mais il se situe dans la moyenne des années précédentes.
- Procédures de recours: le nombre de recours pendants devant les tribunaux est pratiquement resté le même. Mais les tribunaux ont rendu des décisions importantes concernant en partie des cas individuels et pour une part l'ensemble des recours contre une décision de la COMCO. Il faut noter ce qui suit quant au mode de comptage:
  - Les décisions de la COMCO visent généralement plusieurs parties, qui forment individuellement un recours devant les tribunaux. En règle générale, les tribunaux traitent chaque recours individuellement, ce qui les conduit à rendre plusieurs jugements pour la même décision de la COMCO. Ces jugements sont en partie très semblables sur le fond, mais ils peuvent aussi traiter de questions spécifiques.
  - Désormais et à partir de 2021, les statistiques ne présenteront plus seulement les procédures de recours parallèles devant les tribunaux comme un seul cas par décision de la COMCO, mais indiqueront en outre, entre parenthèses, le nombre total de tous les recours séparés ou parallèles. Il en va de même des statistiques au niveau des tribunaux: les jugements sont d'une part comptés comme un seul jugement, indépendamment du nombre de recours par décision de la COMCO ; d'autre part, le nombre d'arrêts par recours est aussi indiqué entre parenthèses (p. ex., les arrêts du TF concernant les cinq recours contre la décision de la COMCO sur les médicaments hors liste comptent comme un jugement, mais le nombre de cinq figure entre parenthèses).
- Avis, expertises, recommandations et prises de position: si le nombre d'avis, d'expertises, de recommandations et de prises de position dans le cadre de consultations est semblable à celui des années précédentes, le nombre de consultations des offices à traiter s'est maintenu à un niveau supérieur à la moyenne.

- LMI: le nombre de questions traitées en lien avec la loi fédérale sur le marché intérieur est du même ordre que les années précédentes. Le nombre de conseils fournis en 2021 était semblable à celui de 2020 et, de ce fait, d'environ un tiers inférieur à celui de 2018 et de 2019.

## 5 Numérisation de l'économie

### 5.1 Introduction

Depuis des années, la numérisation occupe le monde économique, la classe politique et les autorités de la concurrence sur les plans national et international. La COMCO étudie elle aussi depuis des années le thème de la **numérisation de l'économie**, comme en atteste son rapport annuel 2016. Les *plateformes numériques* réunissent diverses faces du marché et génèrent des effets de réseau qui doivent être pris en compte dans une évaluation adéquate des possibles restrictions de la concurrence. Le *big data* tend à entraîner une concentration des marchés et une évolution continue des modèles d'affaires visant à exploiter les données. La *sharing economy* implique de nouveaux modèles d'affaires qui fournissent l'occasion d'examiner s'il y a lieu d'adapter la réglementation à la nouvelle situation. Le *commerce en ligne* réduit les coûts de distribution et constitue le terreau de nouveaux modèles d'affaires.

Si la numérisation comporte des opportunités sous forme de nouveaux modèles d'affaires, de processus améliorés et d'un élargissement de l'offre aux consommateurs, elle recèle aussi des menaces pour la concurrence. En 2016, la COMCO a présenté un champ de développements et de problèmes éventuels ainsi que la complexité de l'évaluation en matière de droit de la concurrence. La **tâche de la COMCO** consiste à mettre en garde lorsqu'elle voit que la concurrence est en danger et à intervenir si la concurrence est entravée. Par exemple, en tant que base de l'économie numérique, une infrastructure de réseau doit notamment garantir qu'elle n'exclura pas la concurrence et que les incitations à investir seront maintenues.

Dans le présent rapport annuel, la COMCO donne un aperçu de ses **activités de longue date** dans les marchés numériques. Notons en préambule que la COMCO s'est surtout intéressée aux comportements d'entreprises qui présentent un lien avec l'économie suisse. Elle s'est imposé une certaine retenue pour les comportements qui – concernant autant le marché indigène que les marchés étrangers – étaient déjà couverts par les examens de la Commission européenne. Dans de tels cas et par souci d'efficacité, la COMCO a évité si possible de mener de coûteux examens en parallèle. Cependant, la COMCO attend clairement que les mesures et les engagements pris à l'étranger soient aussi mis en œuvre en Suisse. Elle s'engage activement à cette fin, notamment en dehors des procédures formelles.

## 5.2 Activités des autorités suisses de la concurrence

### 5.2.1 Stratégie de construction du réseau: enquête contre Swisscom

La procédure visant la stratégie de construction du réseau de Swisscom a pour but de déterminer dans quelle mesure les changements apportés par Swisscom à sa conception de l'infrastructure du réseau de fibre optique peuvent conduire à une restriction de la concurrence, et jusqu'à quel point cette démarche est contraire au droit des cartels. Concrètement, Swisscom avait communiqué sa nouvelle stratégie de construction du réseau en février 2020. Selon cette nouvelle stratégie, dans les régions où elle construit seule un réseau de fibre optique, Swisscom modifie la conception du réseau de manière à ce que ses concurrents n'obtiennent plus d'accès direct à l'infrastructure de réseau. Il en résulte le risque que Swisscom exclue des concurrents du marché en construisant le réseau de fibre optique. La COMCO a donc ouvert une enquête en décembre 2020 et a simultanément prononcé des mesures provisionnelles interdisant à Swisscom d'empêcher ses concurrents d'accéder au Layer 1 de l'infrastructure lors de la construction du réseau de fibre optique. Le TAF a entièrement confirmé ces mesures provisionnelles et le TF, par sa décision incidente du 6 décembre 2021, a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif du recours (cf. point 2.2).

### 5.2.2 Google

Plusieurs procédures aux stades de l'enquête préalable et de l'observation de marché se sont concentrées sur Google. Ces procédures couvrent une multitude d'activités de Google: la conception de la fonction générale de recherche de Google a été thématifiée tout comme le fonctionnement de « Google Shopping », la prestation de comparaison tarifaire propre de Google. Les examens ont aussi permis de clarifier les possibilités qu'ont les prestataires de recherche de se présenter sur les smartphones Android et les restrictions que Google peut imposer à la promotion publicitaire de certains produits spécifiques éventuellement problématiques. Ce faisant, la COMCO a veillé à ne pas simplement reproduire les procédures d'autres autorités de la concurrence ou de la Commission européenne. Cependant, lorsque de telles procédures étrangères ont conduit à des adaptations de comportement de la part de Google dans d'autres pays européens, la COMCO s'est engagée à plusieurs reprises avec succès pour que Google les étende également à la Suisse, comme cela a été le cas dans la procédure susmentionnée concernant « Google Shopping ». Un autre exemple actuel est l'extension à la Suisse de l'engagement pris par Google envers l'autorité française de la concurrence dans le domaine de la technologie publicitaire.

### 5.2.3 Commercialisation de données d'annuaire: enquête contre Swisscom Directories

L'enquête ouverte en septembre 2021 concerne une éventuelle violation du droit cartellaire dans le domaine des services d'annuaire en ligne par Swisscom Directories (cf. point 2.1). Directories est l'éditrice de l'annuaire téléphonique imprimé et l'exploitante des deux services d'annuaire en ligne « local.ch » et « search.ch ». Au printemps 2019, Directories a introduit le produit standardisé « SWISS LIST » et modifiait ce faisant fondamentalement le prix et les conditions du complément à l'inscription dans l'annuaire téléphonique. Jusque-là, les entreprises pouvaient compléter individuellement leur inscription par des informations supplémentaires. Mais avec « SWISS LIST », différents produits et services ne seront désormais proposés que sous forme de forfaits. La COMCO examine actuellement si et dans quelle mesure ce changement pourrait entraver les concurrents et désavantager les partenaires commerciaux.

### 5.2.4 Connexion à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN)

Le 24 août 2020, la COMCO a ouvert une autre enquête à l'encontre de Swisscom dans le domaine de la connexion à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN, cf. point 3.3.1). Les WANs (« wide area networks ») sont des réseaux de grande ampleur qui peuvent s'étendre sur des pays, voire des continents. Ils relient entre eux les ordinateurs individuels d'un réseau. Souvent, les réseaux étendus sont utilisés par les entreprises pour relier différents sites séparés par de grandes distances. En l'occurrence, lors de divers appels d'offres concernant des projets de mise en réseau de sites d'entreprise, Swisscom a vraisemblablement exigé de ses concurrents des prix trop élevés. Les concurrents de Swisscom – à savoir d'autres fournisseurs de services de télécommunication – sont tributaires de l'infrastructure de Swisscom pour de tels projets. Si les prix des prestations préalables sont trop élevés, les concurrents ne sont pas en mesure de soumettre des offres concurrentielles à leurs clients. Des indices laissent à penser que Swisscom a abusé de sa position sur le marché. En 2015, la COMCO avait sanctionné Swisscom pour un comportement similaire lors de l'appel d'offres concernant la mise en réseau des sites postaux. Le TAF a largement confirmé la décision de la COMCO. Ce cas est pendant devant le TF (cf. point 2.2).

### 5.2.5 Hockey sur glace par Pay-TV

À l'automne 2020, la COMCO a infligé une amende de quelque 30 millions de CHF à UPC (aujourd'hui Sunrise UPC). En 2016, UPC avait acquis les droits TV exclusifs sur la retransmission des matchs de hockey sur glace du championnat suisse pour la période 2017-2022. Pendant des années, UPC a alors empêché Swisscom de retransmettre le hockey sur glace en direct. En agissant de la sorte, UPC a entravé Swisscom de manière illicite dans la concurrence. En mai 2016 déjà, dans le cadre d'une procédure antérieure, la COMCO avait sanctionné Swisscom pour un comportement similaire concernant la retransmission de sport en direct (football et hockey sur glace). Les deux cas sont pendants devant le TAF (cf. point 3.3.2).

### 5.2.6 Procédures dans le domaine des paiements mobiles

Les services de paiement mobiles constituent un domaine d'activité récurrent de la COMCO. Par exemple, la solution de paiement mobile nationale TWINT est issue de la concentration, autorisée par la COMCO, entre Paymit et TWINT. Par ailleurs, le Secrétariat de la COMCO a rendu une décision en faveur de TWINT dans le cadre d'une enquête préalable à l'encontre d'Apple. Pour TWINT, le problème était que la solution de paiement mobile d'Apple (Apple Pay) s'activait automatiquement lorsque l'utilisateur tentait d'effectuer un paiement par TWINT avec un iPhone aux terminaux de commerçants. Pour qu'un tel dysfonctionnement ne puisse plus se produire, Apple s'est engagée, dans le cadre de l'enquête préalable, à mettre à la disposition de TWINT un code de suppression correspondant. Inversement, une éventuelle entrave à l'entrée sur le marché suisse de solutions de paiement internationales comme Apple Pay, Google Pay ou Samsung Pay fait actuellement l'objet d'une enquête de la COMCO (cf. point 3.2.1). Cette enquête a été ouverte en raison d'indices selon lesquels les banques suisses qui participent à TWINT auraient convenu d'un boycott collectif contre de telles solutions de paiement mobile internationales.

### 5.2.7 Plateformes de réservation d'hôtels en ligne

La COMCO a été l'une des premières autorités de la concurrence en Europe à mener une enquête contre des plateformes de réservation en ligne concernant des restrictions contractuelles des possibilités des hôtels de fixer leurs prix. C'est ainsi qu'en octobre 2015, la COMCO a interdit les clauses dites de parité élargies en les qualifiant d'accords illicites en matière de concurrence. Cette décision permet aux hôteliers de fixer des prix différents en fonction des plateformes de réservation en ligne. En revanche, selon les actuelles clauses de parité dites restreintes, ils ne peuvent pas proposer des prix inférieurs sur leur propre site. Booking.com, Expedia et HRS ont en outre introduit une série d'exceptions concernant le canal de distribution direct des hôtels: ceux-ci sont autorisés à proposer des prix inférieurs hors ligne (p. ex. au téléphone) ou en ligne s'il ne s'agit pas de prix publics (p. ex. dans le cadre de programmes de fidélisation de la clientèle qui exigent un enregistrement). Sur le plan politique, le Conseil fédéral a décidé en novembre 2021 qu'une nouvelle réglementation dans la LCD interdirait toutes clauses limitant la liberté tarifaire dans les contrats entre les plateformes de réservation en ligne et les établissements d'hébergement (cf. point 3.8). Le Message et le projet de loi seront prochainement soumis au Parlement.

### 5.2.8 Fournisseurs de logiciels vs hôpitaux universitaires

Le Secrétariat a été rendu attentif à un possible problème d'abus de position dominante de la part d'un important fournisseur de logiciels, dans le cadre de l'attribution de licences pour ses produits aux hôpitaux universitaires. Dès 2020, cette entreprise aurait décidé de ne pas prolonger un contrat avec ces hôpitaux et de les considérer à l'avenir comme des utilisateurs « Gouvernement / administration », en lieu et place de « Édu-

cation, recherche et enseignement » qui valait jusqu'alors. De l'avis des plaignants, un tel changement représenterait une augmentation importante du prix des licences, sans contreparties correspondantes. Il n'aurait toutefois pas eu lieu dans tous les pays. Les questions qui doivent être analysées sont celles de la position de ce fournisseur vis-à-vis des hôpitaux universitaires, de la possible discrimination de ces mêmes partenaires et enfin du prix, à savoir si celui-ci est potentiellement inéquitable au sens de la LCart.

### 5.3 Contexte international

Comme la transformation numérique représente un phénomène global, les mêmes questions et défis se posent à l'étranger et en Suisse. Il est utile de considérer les développements à l'internationale de ces dernières années. On assiste, d'une part, à une consolidation de la jurisprudence. Par exemple, l'expérience acquise dans le domaine du commerce en ligne a été prise en compte dans le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux de l'UE. D'autre part, il est frappant de constater l'attention accrue que suscitent les grandes plateformes en ligne des « géants du web », qui sont d'une importance capitale pour l'accès numérique à l'économie en ligne, par exemple dans la recherche sur Internet, dans l'organisation de la publicité en ligne, en tant que place de marché pour le commerce en ligne ou en tant que plateforme pour les applications logicielles. Des rapports de base montrent que les marchés correspondants doivent être contestables et que la concurrence sur les plateformes ne doit pas être restreinte de manière illicite.

Il incombe au droit cartellaire de combattre les abus de position dominante. Les procédures en cours et clôturées devant diverses autorités de la concurrence en attestent. Toutefois, appliquer le droit des cartels comme

un contrôle a posteriori des comportements a ses limites. Les procédures dans cette matière complexe sont extrêmement coûteuses et prennent du temps. C'est pourquoi l'on a créé dans certains cas de nouvelles autorités ou des réglementations ex ante, comme la « GWB-Digitalisierungsgesetz » (loi sur la numérisation) en Allemagne ou les propositions en cours de processus législatif concernant le Digital Markets Act ainsi que le Digital Services Act de l'Union européenne.

### 5.4 Conclusion

La numérisation de l'économie présente de nombreux enjeux. Si elle amène des opportunités tant pour les entreprises que pour les consommateurs, elle n'en comporte pas moins également des risques que les autorités de la concurrence appréhendent de façon judicieuse. Une intervention trop rapide pourrait mettre en danger de nouvelles opportunités et freiner ainsi un développement économique. À l'inverse, la prise de conscience tardive d'un problème pourrait entraver la concurrence et rendre plus difficile la recherche de remèdes à une situation nouvelle.

Il convient dès lors d'agir de façon circonstanciée, tout en n'hésitant pas à initier des procédures afin de clarifier de nouveaux états de fait. C'est dans la quête de cet équilibre que le Secrétariat a établi une pratique éprouvée consistant à observer le développement des marchés, à s'intéresser systématiquement à toutes nouvelles procédures menées à l'étranger contre les GAFAM et à ouvrir des procédures sitôt que des entreprises se plaignent d'une entrave à la concurrence en Suisse. De cette façon, les autorités suisses de la concurrence réservent prioritairement leurs interventions aux cas les plus problématiques pour l'économie suisse et se maintiennent informées en permanence dans ce domaine en pleine évolution.

A 1.	<b>3. Rapporto annuale 2021 della Commissione della concorrenza (COMCO)</b>
------	---

## Indice

<b>1</b>	<b>Prefazione del presidente</b>	<b>4</b>		
<b>2</b>	<b>Principali decisioni del 2021</b>	<b>6</b>		
2.1	Decisioni della COMCO	6	5.2.1	Strategia di potenziamento della rete: inchiesta nei confronti di Swisscom 27
2.2	Decisioni dei tribunali	7	5.2.2	Google 27
<b>3</b>	<b>Attività nei vari ambiti economici</b>	<b>10</b>	5.2.3	Commercializzazione dei dati dell'elenco telefonico: inchiesta nei confronti di Swisscom Directories 27
3.1	Costruzione	10	5.2.4	Connessione a banda larga delle sedi aziendali (connessione WAN) 28
3.1.1	Accordi di appalto	10	5.2.5	Hockey su ghiaccio sulla Pay-TV 28
3.1.2	Materiali edili e discariche	11	5.2.6	Procedure relative al pagamento mobile 28
3.1.3	Diverse attività	11	5.2.7	Piattaforme di prenotazione online per alberghi 28
3.2	Servizi	11	5.2.8	Fornitore di software vs. ospedali univer- sitari 29
3.2.1	Servizi finanziari	11	5.3	Contesto internazionale 29
3.2.2	Sistema sanitario	12	5.4	Conclusioni 29
3.2.3	Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali	13		
3.3	Infrastruttura	14		
3.3.1	Telecomunicazione	14		
3.3.2	Media	14		
3.3.3	Energia	15		
3.3.4	Trasporti	16		
3.3.5	Aiuti pubblici	16		
3.3.6	Altri ambiti	16		
3.4	Mercati dei prodotti	17		
3.4.1	Accordi verticali	17		
3.4.2	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio	17		
3.4.3	Industria orologiera	17		
3.4.4	Settore automobilistico	18		
3.4.5	Agricoltura	18		
3.5	Mercato interno	18		
3.6	Indagini	19		
3.7	Affari internazionali	20		
3.8	Legislazione	22		
<b>4</b>	<b>Organizzazione e statistica</b>	<b>24</b>		
4.1	COMCO, Segreteria e statistica	24		
4.2	Statistica	24		
<b>5</b>	<b>Digitalizzazione</b>	<b>26</b>		
5.1	Introduzione	26		
5.2	Attività delle autorità svizzere della concorrenza	27		

## 1 Prefazione del presidente

Nel 2021 l'attuale legge sui cartelli e la Commissione della concorrenza (COMCO) hanno compiuto 25 anni. L'anniversario è stato celebrato nel corso di una cerimonia ufficiale nel mese di giugno del 2021. Se prima del 1996 in materia di limitazioni della concorrenza si seguiva un approccio permissivo, con l'introduzione della legge vigente la protezione della concorrenza efficace è diventata un principio cardine. I cartelli non sono più considerati una forma di ordinamento legittimo e accettabile; la libertà di manovra delle imprese con una posizione dominante sul mercato è ristretta dal divieto di abusi; e le grandi concentrazioni di imprese vengono controllate sotto il profilo della loro compatibilità con la concorrenza.

I rapporti annuali della COMCO mostrano come si adempiono questi compiti, offrendo una sintesi delle attività svolte dalle autorità e fornendo una panoramica delle pertinenti decisioni giudiziarie. Anche nel 2021 sono stati raggiunti importanti chiarimenti giudiziari: riguardo ai *medicamenti fuori lista* e alla *connessione alla banda larga (rete WAN)* delle filiali della Posta, il Tribunale federale e il Tribunale amministrativo federale hanno confermato, rispettivamente, che in determinate condizioni le raccomandazioni di prezzo costituiscono accordi verticali vietati di imposizione del prezzo, e che sussistevano abusi di prezzo e di compressione dei margini da parte di *Swisscom*, ricollegabili alla sua posizione dominante sul mercato. Sono state prese numerose decisioni giudiziarie inerenti a questioni procedurali relative, ad esempio, alla prassi di pubblicazione seguita dalle autorità in materia di concorrenza, al diritto all'esame degli atti e all'obbligo di testimoniare degli ex organi aziendali. Il rapporto tra le allegazioni procedurali e quelle materiali risulta squilibrato. Considerate le limitate risorse a disposizione delle autorità, ogni settimana lavorativa dedicata, ad esempio, alla preparazione e al seguito delle decisioni di pubblicazione viene sottratta al tempo che può essere impiegato per il trattamento dei casi. I tribunali dovrebbero stabilire in questa materia direttive chiare, così da snellire le allegazioni procedurali ripetitive. Più in generale, ai fini della protezione della concorrenza lo sveltimento delle procedure riveste un'importanza fondamentale. Se la concorrenza viene messa a rischio da fatti compiuti, occorre intervenire rapidamente. A questo scopo, in relazione al caso della *strategia di potenziamento della rete Swisscom* la COMCO ha disposto misure cautelari: se gli altri operatori non possono accedere direttamente alla rete di fibra ottica, la concorrenza nel settore infrastrutturale viene annullata, o quantomeno fortemente limitata. Il Tribunale amministrativo federale non ha accolto un ricorso interposto contro le suddette misure cautelari, e il Tribunale federale ha respinto una richiesta di effetto sospensivo. Resta da decidere il proseguimento della procedura, in materia di misure e nel merito della causa.

Un nuovo compito attende ora la COMCO: durante la sessione primaverile del 2021, il Parlamento ha accolto il controprogetto indiretto all'Iniziativa per prezzi equi, entrato in vigore il 1° gennaio 2022. La legge sui cartelli è stata integrata con delle regole concernenti le posizioni dominanti relative. Anche queste disposizioni sono fina-

lizzate a impedire che le imprese della Svizzera subiscano discriminazioni all'atto dell'acquisto di merci e servizi all'estero. La COMCO si è preparata per tempo e nel dicembre 2021 ha pubblicato una circolare con formulario. Riguardo all'attuazione di queste nuove regole, la COMCO vuole avere un ruolo centrale e giungere a delle sentenze guida, pur considerando che in quest'ambito sono competenti anche i tribunali civili. Invece le nuove prescrizioni contro il blocco geografico (*geo-blocking*) sono contenute nella legge federale contro la concorrenza sleale, e pertanto non sono di competenza della COMCO.

Da molti anni, la situazione relativa alla concorrenza sul mercato digitale è il tema predominante del dibattito giuridico in questa materia. La COMCO da lungo tempo si occupa di questioni legate a questi aspetti, e ha deciso nel merito di svariati casi inerenti a mercati differenti. Vista la sua particolare importanza, la digitalizzazione riveste un ruolo particolare in questo rapporto annuale. Si tratta di un fenomeno trasversale, che non riguarda soltanto le grandi piattaforme online bensì, più in generale, tutti i campi della politica della concorrenza. La scelta dei casi è difficile. In considerazione della crescente interdipendenza economica, molte attività che si svolgono nel mondo hanno ripercussioni anche in Svizzera. La COMCO ritiene prioritari i casi particolarmente attinenti alla realtà nazionale. Inoltre presta particolare attenzione alle soluzioni antitrust adottate, ad esempio, nell'UE, che possono se necessario trovare applicazione anche in Svizzera. Nella maggior parte dei casi ciò non richiede alcuna procedura formale. Resta il fatto che l'obiettivo di protezione di una concorrenza efficace concerne tutti i mercati. La COMCO persegue questo obiettivo tenendo presente anche l'economia digitale.

Andreas Heinemann  
Presidente della COMCO

## 2 Principali decisioni del 2021

### 2.1 Decisioni della COMCO

Con la decisione del 6 dicembre 2021 la COMCO ha chiuso l'inchiesta sui **produttori di asfalto bernesi**, multando diverse imprese (per un importo di ca. 2,2 mio. fr.) per infrazioni della legge sui cartelli. La ditta fornitrice di asfalto Rubigen AG (BERAG) ha abusato della sua posizione dominante sul mercato concedendo condizioni preferenziali ai propri azionisti e distribuendo un premio fedeltà alla sua clientela. Alcuni azionisti della BERAG hanno anche concluso un accordo volto a impedire la concorrenza alla BERAG nelle vicinanze del suo impianto di Rubigen. Inoltre BERAG e BLH Belagswerk Hasle AG si sono affidate reciprocamente un mandato nel consiglio di amministrazione e in questo contesto si sono scambiate informazioni pertinenti agli affari. Con cinque delle 17 parti coinvolte è stata raggiunta una conciliazione. Nei confronti di cinque parti la procedura è stata sospesa o abbandonata. Alcune parti hanno impugnato la decisione della COMCO davanti al Tribunale amministrativo federale (TAF).

Il 28 giugno 2021 la COMCO ha inflitto a Pöschl Tabak GmbH una multa di ca. 270 000 franchi. Questa società tedesca commercia in Svizzera **tabacco da fiuto e da arrotolare**. Nei contratti di distribuzione con diversi partner europei prevedeva divieti di esportazione: ai commercianti in questione non era concesso inviare in Svizzera forniture di prodotti del tabacco. Questi accordi di protezione territoriale non sono ammessi perché isolano il mercato svizzero e ostacolano la concorrenza. Pöschl ha cooperato con le autorità in materia concorrenza, dichiarandosi disponibile a una conciliazione. Ora i partner esteri di distribuzione possono servire senza alcuna limitazione i clienti svizzeri. In considerazione della sua piena collaborazione con la COMCO, Pöschl ha ottenuto un alleggerimento della sanzione. La decisione è passata in giudicato.

Nel luglio del 2019 la camera per le decisioni parziali della COMCO ha multato otto società finanziarie che offrono il **leasing auto**, per un importo complessivo di 30 milioni di franchi. Il 10 maggio 2021 in quest'ambito la COMCO ha terminato l'indagine concernente l'ultima società, multando la Ford Credit Switzerland GmbH per coordinamento illecito delle condizioni di leasing (da luglio 2006 a marzo 2014) per circa 7,7 milioni di franchi. Per diversi anni Ford Credit, con le altre otto società, ha scambiato informazioni sulle condizioni di leasing. Le società condividevano ad esempio informazioni sugli interessi e le tabelle relative al valore residuo delle automobili. Questi elementi di prezzo confluivano nel calcolo dei tassi di leasing dei diversi offerenti. Con otto società finanziarie la COMCO ha raggiunto una conciliazione, ma non con Ford Credit, che ha interposto ricorso presso il TAF.

Il 10 maggio 2021 otto imprese attive nell'**installazione e manutenzione elettrica** della regione di Ginevra sono state multate per un totale di 1,27 milioni di franchi a causa di accordi di appalto illeciti. Dal 2013 al 2018 hanno coordinato le loro offerte in occasione di gare d'appalto pubbliche e private e spartito incarichi nel settore dell'elettricità. Le imprese in questione erano coin-

volte in misura diversa: da alcuni fino a diverse decine di progetti concordati. Le imprese hanno raggiunto una conciliazione con la COMCO. Nei confronti di due imprese la COMCO ha abbandonato la procedura vista l'impossibilità di dimostrare la loro partecipazione ad un accordo di appalto. La decisione è passata in giudicato.

L'8 febbraio 2021 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di **Mastercard**: quest'ultima è sospettata di aver ostacolato il National Cash Scheme (NCS) di SIX. La COMCO ha disposto misure cautelari. NCS è un nuovo ordinamento nazionale di SIX concernente il prelievo contanti e altre transazioni ai bancomat, finalizzato in particolare a permettere i pagamenti in contanti o le richieste di saldo anche al bancomat di altri istituti. L'inchiesta è partita da una segnalazione di SIX, secondo cui Mastercard ostacolerebbe a NCS l'accesso al mercato, rifiutando il *co-badging* di NCS sulla nuova Debit Mastercard. Per *co-badging* si intende l'applicazione di due o più marchi/applicazioni a un'unica carta di pagamento. Le misure cautelari permettono agli istituti che emettono le carte debito di predisporre sul piano tecnico un'eventuale attivazione successiva di NCS. Contro le misure cautelari Mastercard ha interposto ricorso presso il TAF.

### 2.2 Decisioni dei tribunali

Il 14 dicembre 2020 la COMCO ha avviato l'inchiesta relativa alla **strategia di potenziamento della rete Swisscom**. Nel contempo ha disposto misure cautelari nei confronti di Swisscom vietandole – con effetto immediato – un potenziamento della sua rete di fibra ottica che impedisca a terzi di accedere direttamente all'infrastruttura (*layer 1*) dalle centrali di collegamento di Swisscom. Quest'ultima ha impugnato le misure cautelari di fronte al TAF. Con decisione incidentale del 15 gennaio 2021 il TAF ha respinto la domanda di Swisscom di ripristino dell'effetto sospensivo e con decisione del 30 settembre 2021 ha confermato le misure cautelari della COMCO relative all'ampliamento della rete di fibra ottica. Secondo il TAF, Swisscom non è stata in grado di dimostrare l'attendibilità dei motivi tecnici ed economici che avrebbero giustificato il passaggio dall'attuale standard (cavo a quattro fibre) a un cavo a fibra unica. Le ragioni addotte da Swisscom, relative ad aspetti legati all'approvvigionamento e alla politica regionale e concernenti l'approvvigionamento con le reti a banda ultra larga delle regioni più discoste, non legittimavano una limitazione della concorrenza. Secondo il TAF l'ampliamento della rete di Swisscom con un sistema monofibra costituisce un abuso di posizione dominante. L'urgenza delle misure cautelari è stata confermata dal TAF, perché abbandonando l'attuale sistema Swisscom si sarebbe assicurata una posizione giuridicamente inoppugnabile per un lungo arco di tempo. Successivamente Swisscom ha interposto ricorso presso il Tribunale federale (TF) chiedendo il ripristino dell'effetto sospensivo. Il 6 dicembre 2021 il TF ha respinto il ricorso.

L'8 febbraio 2021 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di **Mastercard** sospettandola di ostacolare l'attuazione del **National Cash Scheme (NCS)** di SIX; lo stesso giorno, ha disposto misure cautelari contro cui Mastercard ha interposto ricorso davanti al TAF

(cfr. n. 2.1). Il 10 novembre 2021 il TAF ha accolto la richiesta di Mastercard relativa al ripristino dell'effetto sospensivo. La revoca di quest'ultimo non si giustificava, visto che a quel momento non sussisteva alcuna urgenza. Questa decisione del TAF è passata in giudicato. Sull'ammissibilità delle misure cautelari in sé il TAF deciderà in seguito.

Tamedia aveva presentato ricorso al TAF in relazione al rimborso spese, per un importo di 5000 franchi, dovute all'esame preliminare svolto dalla COMCO in relazione alla **concentrazione Tamedia** (oggi TXGroup) / **Adextra**. Il ricorso chiedeva la cancellazione delle spese sostenendo che la COMCO aveva interpretato in modo eccessivamente estensivo l'obbligo di annuncio e che la concentrazione in questione non era soggetta a tale obbligo. Il 6 ottobre 2020 il TAF ha respinto il ricorso, confermando l'interpretazione della COMCO. Successivamente Tamedia ha interposto ricorso presso il TF. Quest'ultimo, nella sua decisione del 23 settembre 2021 non è entrato nel merito della questione concernente l'esistenza o meno di un obbligo di annuncio, ritenendo che l'inoltro di un annuncio comportasse automaticamente l'apertura di un esame preliminare, e che di conseguenza la tassa forfettaria di 5000 franchi fosse dovuta indipendentemente dall'obbligo suddetto. D'altra parte secondo il TF quest'ultimo aspetto poteva essere chiarito, ad esempio, consultando la Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito Segreteria) oppure mediante una decisione di accertamento impugnabile. In questo modo il TF ha confermato la decisione della COMCO.

Il 26 agosto 2021 il Tribunale amministrativo di Zurigo ha accolto il ricorso della COMCO del 28 gennaio 2021 contro un invito a presentare offerte nel quadro di una procedura di appalto di un Comune zurighese. Il tribunale ha accolto le richieste della COMCO e stabilito che l'invito infrangeva la legge sul mercato interno (LMI). Il Comune aveva incaricato uno studio d'ingegneria di progettare e gestire la fornitura dell'acqua alla **piscina comunale**. A nome del Comune lo studio d'ingegneria ha invitato quattro operatori a presentare un'offerta. Con uno di questi offerenti lo studio era tuttavia in stretti rapporti di parentela e societari. Nella fattispecie la condotta dello studio d'ingegneria era imputabile al Comune. Di conseguenza sussistevano un pregiudizio e una violazione degli obblighi di ricusazione, che impedivano una procedura di appalto equa ed erano inammissibili sotto il profilo del diritto. Pertanto la procedura di aggiudicazione ostacolava la concorrenza e violava la legge sul mercato interno. La decisione è passata in giudicato.

Sette imprese hanno interposto ricorso contro la decisione del 2019 della COMCO relativa a **lavori di costruzione nei Grigioni**. Con decisione del 9 agosto 2021 il TAF ha respinto tre ricorsi. Queste decisioni concernevano questioni inerenti alla continuità aziendale (applicabilità di una sanzione anche dopo una ristrutturazione aziendale), alle misure della COMCO e al calcolo del termine di decadenza di cinque anni, vigente per le sanzioni. In tutte le decisioni il TAF ha sostenuto le argomentazioni della COMCO. Una parte ha presentato ricorso al TF. Nei confronti di due altre imprese la decisione è passata in giudicato.

Con decisione del 24 giugno 2021 il TAF ha in larga parte convalidato la decisione della COMCO del 21 settembre 2015 nei confronti di **Swisscom** nel settore della **connessione alla banda larga**. Nel 2008, la Posta ha messo a concorso la connessione e/o la creazione e la gestione di una rete WAN (*wide area network*) per le sue sedi. Swisscom si è aggiudicata il mandato, avendo proposto un'offerta all'incirca del 30 per cento più bassa di quella delle concorrenti. Queste ultime dipendevano dalle prestazioni intermedie fornite da Swisscom. Il TAF ha stabilito che per le sue concorrenti Swisscom ha fissato prezzi troppo elevati, tali da impedire loro di competere con la sua offerta. Inoltre con questa politica dei prezzi Swisscom avrebbe imposto prezzi eccessivi alla Posta. In questo caso, vista la posizione delle concorrenti, Swisscom avrebbe abusato della sua posizione di dominanza del mercato comprimendo i loro margini. Il TAF ha calcolato l'importo della multa in modo diverso rispetto alla COMCO, abbassandolo da 7 916 438 a 7 475 261 franchi. Swisscom ha interposto ricorso presso il TF.

Il 16 dicembre 2011 la COMCO ha multato diverse imprese nella procedura inerente al **settore della costruzione stradale e del genio civile nel Cantone di Argovia**. Questa procedura si è conclusa con la decisione del TF del 3 agosto 2020, passata in giudicato, concernente l'ultima società ricorrente. Già in precedenza, soprattutto con la pubblicazione della decisione della COMCO, i servizi di aggiudicazione del Cantone di Argovia hanno chiesto di esaminare la versione integrale della decisione della COMCO e gli atti ad essa relativi. L'11 dicembre 2017 la COMCO ha parzialmente accettato la domanda, con l'intenzione di permettere un esame limitato e di fornire le informazioni pertinenti. Contro questa decisione alcune imprese hanno interposto ricorso, accolto dal TAF con decisione del 23 ottobre 2018. Secondo il TAF la comunicazione dei dati è permessa dalla legge federale sulla protezione dei dati (LPD) soltanto 1) in presenza di una decisione di sanzione passata in giudicato, in cui 2) viene stabilita una violazione alla normativa sui cartelli. Contro questa sentenza sia il DEFR, assistito dalla COMCO, sia il Cantone di Argovia (servizio di aggiudicazione) hanno inoltrato ricorso al TF. Il 18 marzo 2021, con due sentenze, il TF ha accolto i ricorsi sostenendo la posizione della COMCO, secondo cui l'esame degli atti può essere consentito ai servizi di aggiudicazione anche in assenza di una decisione passata in giudicato, dunque anche se la decisione della COMCO è stata impugnata.

Con tre decisioni dell'8 marzo 2021 il TF ha accolto i ricorsi del DEFR contro le decisioni del TAF confermando l'opinione della COMCO, secondo cui gli ex organi aziendali e destinatari di procedura possono essere interrogati senza restrizioni, e quindi sottostanno all'obbligo di deposizione e all'obbligo di dichiarare il vero (con comminatoria penale in caso di falsa dichiarazione). Secondo il TF, in generale per l'interrogatorio di un ex organo il principio *nemo tenetur* (secondo cui nessuno può essere obbligato ad affermare la propria responsabilità penale), non si applica. In precedenza il TAF aveva invece deciso che gli ex organi possono essere interrogati soltanto limitatamente, considerato che, in virtù del diritto di non rispondere dell'azienda imputata

ta, in quanto parti al procedimento effettive possono rifiutarsi di fare deposizioni che potrebbero incriminare il loro ex datore di lavoro. Coloro che sono ancora dipendenti e che non occupano una posizione di organo non hanno invece questo diritto (derivato) di rifiutare una deposizione. Le sentenze suddette sono state emesse nel quadro dell'inchiesta relativa al **boicottaggio di Apple Pay**.

Nella sua sentenza del *16 febbraio 2021* il TAF ha confermato la decisione della COMCO dell'11 dicembre 2017 nei confronti di **Naxoo SA**. Anche il TAF è giunto alla conclusione che Naxoo SA sul mercato della città di Ginevra occupasse una posizione dominante. Naxoo ha abusato di questa posizione, a danno di proprietari di immobili, fornitori di altri sistemi e clienti finali. Nei contratti di allacciamento degli immobili imponeva condizioni inadeguate; ha pregiudicato i mercati di sbocco e lo sviluppo tecnico. Considerato che in seguito alla decisione della COMCO Naxoo SA ha corretto le cifre del proprio fatturato, e visto che queste costituiscono la base per stabilire l'importo delle multe, il TAF ha ridotto l'ammontare deciso dalla COMCO da 3,6 a circa 3,25 milioni di franchi. Naxoo SA ha impugnato questa decisione davanti al TF.

Il *4 febbraio 2021* rispettivamente il *7 ottobre 2021* Il TF ha accolto complessivamente quattro dei cinque ricorsi presentati dal DEFR contro decisioni del TAF del 19 dicembre 2017 relative ai **medicamenti fuori lista (raccomandazioni di prezzo)**, e ne ha respinto uno con decisione dell'*8 dicembre 2021*. In pratica il TF ha confermato l'illiceità delle raccomandazioni di prezzo al pubblico dei fabbricanti di medicinali contro le disfunzioni erettili. Queste decisioni sono state precedute da un lungo iter, con due ricorsi al TF. Il 2 novembre 2009 la COMCO aveva deciso che le raccomandazioni di prezzo al pubblico per questi medicinali celassero un accordo verticale di non concorrenza tra le società farmaceutiche e i punti vendita che stabilivano i prezzi finali di vendita ai consumatori. La COMCO ha vietato alle tre società produttrici dei farmaci la pubblicazione di raccomandazioni di prezzo di vendita al pubblico per Cialis, Levitra e Viagra, infliggendo loro anche una multa. Il TF ha ora confermato la decisione in causa, rinviando al TFA tre casi affinché stabilisca le sanzioni e un caso per la decisione relativa a spese e indennizzo. In assenza di un sufficiente accertamento dei fatti, il TF non si è espresso in merito alla questione relativa alla complicità di grossisti e aziende informatiche nell'accordo in questione, e ha respinto il ricorso. Tuttavia il TF non ha escluso queste parti siano qualificabili come partner dell'accordo, nella misura in cui la loro condotta corrisponde ai requisiti di legge.

Nei casi seguenti i tribunali hanno emesso altre sentenze concernenti la **pubblicazione** di decisioni in materia di diritto in materia di cartelli e confermato la pressé vigente:

- con decisione del *27 ottobre 2021* relativa al **trasporto aereo di merci**, il TF ha respinto i ricorsi delle parti contro la pubblicazione della decisione della COMCO del 2 dicembre 2013. In quell'occasione la COMCO aveva stabilito che diverse compagnie avevano concluso accordi illeciti riguardo a supplementi applicati

nel settore del trasporto aereo internazionale. La causa principale è pendente di fronte al TAF;

- una società facente parte di una concentrazione ha interposto ricorso contro la pubblicazione di un preavviso della COMCO relativo a un **progetto di concentrazione**. Il TAF ha deciso il 21 settembre 2020 di rinviare alla COMCO il preavviso affinché ne omettesse e anonimizzasse altre parti. Le società facenti parte della concentrazione hanno ricorso contro questa decisione di fronte al TF. Quest'ultimo il *19 ottobre 2021* ha respinto il ricorso stabilendo che i preavvisi della COMCO inerenti a progetti di concentrazioni vanno qualificati come «decisioni» e pertanto possono essere pubblicati dalla COMCO. Ha confermato anche che pubblicando i preavvisi della COMCO non si rivela alcun segreto d'affari e si rispetta la protezione dei dati;
- in relazione alla pubblicazione di un rapporto finale del 2014, nell'anno in rassegna sono state emesse diverse sentenze: il *9 giugno 2021* il TF ha deciso di non entrare nel merito. Dapprima, il *16 aprile 2021*, il TAF aveva respinto in larga parte un ricorso contro una decisione di pubblicazione e successivamente ha respinto un altro ricorso concernente il rigetto della domanda di riesame. In seguito all'applicazione di questa sentenza da parte della COMCO – con decisione di pubblicazione del 14 settembre 2021 –, il 15 dicembre il TAF non è entrato nel merito di un nuovo ricorso presentato contro quest'ultima (cfr. n. 3.3.2).

### 3 Attività nei vari ambiti economici

#### 3.1 Costruzione

##### 3.1.1 Accordi di appalto

Il 27 aprile 2021 la Segreteria ha aperto un'inchiesta su possibili accordi nel settore del **trasporto di merci e rifiuti nel Cantone del Vallese**. Secondo gli indizi raccolti dalla Segreteria, ditte di autotrasporto di merci e rifiuti avrebbero stipulato accordi di appalto. Si sospetta che in occasione di una gara d'appalto per delle offerte inerenti alla raccolta dei rifiuti solidi urbani le società di trasporto abbiano concordato le offerte. La Segreteria ha effettuato diverse perquisizioni. È in corso la fase di indagine.

Nel giugno 2020 la Segreteria ha avviato un'inchiesta nel **Moesano (GR)**. Sussistono indizi concreti di accordi di appalto da parte di varie società attive nel settore dell'edilizia e del genio civile. Si trattava di progetti di committenti privati e pubblici. Nel giugno del 2021 l'inchiesta si è estesa ad altre tre società (due con sede in Ticino, una nel Moesano), che sono state perquisite. È in corso la fase di indagine.

Nell'estate 2019 la COMCO ha concluso le ultime due di dieci inchieste che hanno interessato il **Cantone dei Grigioni**. In ognuna delle varie procedure (Engadina I, II, III, IV, U, Q e Genio civile) alcune parti hanno interposto ricorso presso il TAF. Gli scambi di scritti davanti al TAF sono sostanzialmente conclusi. Nel frattempo il TAF ha emesso tre decisioni nell'ambito della costruzione di strade (cfr. n. 2.2). Per il 2022 sono attese nuove decisioni del TAF.

Nell'estate del 2021 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare nei confronti di diverse società che, nel quadro di un'unica gara d'appalto, potrebbero aver concordato le loro offerte per la realizzazione di **sistemi di protezione antincendio**. È in corso la fase di indagine.

Contro una decisione della COMCO, di luglio 2016, secondo cui otto imprese del settore della costruzione e del genio civile nei circondari **See-Gaster (SG)** e **March und Höfe (SZ)** tra il 2002 e il 2009 avrebbero concordato illecitamente i prezzi nel quadro di diverse centinaia di gare d'appalto, tre ricorsi sono ancora pendenti davanti al TAF. Quest'ultimo nel 2020 ha cancellato un ricorso che era stato ritirato.

In relazione alla decisione della COMCO inerente **alla costruzione di strade e al genio civile nel Cantone di Argovia**, fino alla primavera del 2021 è rimasta pendente davanti al TF la questione relativa alla possibilità, per i servizi di aggiudicazione, di esaminare la versione completa (senza omissioni) di una decisione di sanzione e degli atti pertinenti, così da far valere le loro richieste di risarcimento prima che questa passi in giudicato. A questa domanda il TF ha risposto il 18 marzo 2021, sostenendo la posizione della COMCO (cfr. n. 2.2). In virtù di questa sentenza, la COMCO ha potuto proseguire il trattamento delle cinque richieste di consultazione degli atti che erano rimaste in sospeso, riguardanti la decisione della COMCO agli accordi di appalto nel circondario See-Gaster e due decisioni concernenti il Cantone dei Grigioni. Una parte delle richieste di consultazione degli atti è stata evasa il 6 dicembre 2021. I richiedenti e le società di costruzione interessati possono ricorrere al TAF.

### 3.1.2 Materiali edili e discariche

Il 7 giugno 2021 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti della **Deponie Höli Liestal AG**, sulla base di indizi di abusi di posizione dominante da parte di questa società della regione basilese, attiva nel settore delle discariche. In passato la Deponie Höli potrebbe aver offerto prezzi ridotti ai propri azionisti rispetto a quelli praticati normalmente e rifiutato di accettare il materiale di scarto di alcuni clienti. È in corso la fase di indagine.

Nel gennaio del 2015 la COMCO ha aperto un'inchiesta nei confronti di diverse imprese del settore dei materiali edili e delle discariche operanti nell'area di Berna. Per ragioni di economia processuale, l'inchiesta è stata suddivisa in due procedure (KTB-Werke e KAGA). La procedura di minore entità (**KTB-Werke**) si è conclusa il 10 dicembre 2018 con la comminazione di sanzioni. La relativa decisione è pendente davanti al TAF e lo scambio di scritti è in una fase avanzata. Quella di entità maggiore (**KAGA**) è in fase conclusiva. La Segreteria dovrebbe presentare alle parti la sua proposta nell'estate di quest'anno; la decisione della COMCO è attesa per fine anno.

Il 5 marzo 2019 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di **due impianti di pavimentazione** del Cantone di Berna come pure degli azionisti di uno dei due impianti. Questa inchiesta trae origine da quella aperta nel 2015 (**KAGA**). Si è conclusa con una decisione della COMCO il 6 dicembre 2021 (cfr. n. 2.1).

### 3.1.3 Diverse attività

Nel settore della costruzione la Segreteria si è occupata di 11 denunce effettuate nel quadro dell'osservazione di mercato, ha prestato due consulenze e valutato una concentrazione di imprese. Anche nel 2021 sono state organizzati diversi eventi di sensibilizzazione (formazione e/o sensibilizzazione degli acquirenti della Confederazione e dei Comuni, formazione CAS dell'Università di Berna). In ambito ambientale la Segreteria ha preso posizione in relazione a ca. 15 procedure di consultazione dell'Amministrazione.

## 3.2 Servizi

### 3.2.1 Servizi finanziari

Nell'anno di riferimento le due inchieste IBOR concernenti **EURIBOR** e **Yen LIBOR / Euroyen TIBOR** nonché l'inchiesta in relazione con accordi di non concorrenza nel settore del commercio delle divise di cassa tra banche (**Forex**) sono proseguite verso la conclusione della procedura ordinaria. Questa serie di inchieste ibride ha già portato a diverse decisioni parziali da parte della camera preposta della COMCO, con le relative conciliazioni e sanzioni, e alla conclusione anticipata delle inchieste nei confronti delle parti interessate.

Nel 2021 è proseguita anche l'inchiesta **Boycott Apple Pay**. Nel periodo di riferimento, il TF ha respinto tre sentenze del TAF e deciso che gli ex organi aziendali e i destinatari dell'inchiesta possono essere interrogati senza restrizioni (cfr. n. 2.2 e 3.6). Queste decisioni del TF hanno una grande rilevanza pratica per le attività di indagine delle autorità in materia di concorrenza (cfr. n. 3.6).

Nell'inchiesta nei confronti di **Mastercard** in merito alla possibilità che abbia ostacolato il National Cash Scheme (NCS) di SIX, la COMCO ha disposto misure cautelari che sono state impugnate da Mastercard davanti al TAF. In una prima decisione incidentale il TAF ha ripristinato l'effetto sospensivo dei ricorsi che in precedenza era stato ritirato dalla COMCO, osservando che sull'urgenza delle misure cautelari si deciderà in seguito (cfr. n. 2.1 e 2.2). Le indagini sono in corso.

Il **traffico elettronico dei pagamenti** mediante carte di pagamento è un tema che da tempo occupa le autorità in materia di concorrenza. Anche nell'anno in rassegna sono giunte numerose richieste da parte di cittadini e della stampa, concernenti in particolare i modelli tariffari di Mastercard e Visa per le loro carte di debito di ultima generazione. In quest'ambito la Sorveglianza dei prezzi e la Segreteria della COMCO hanno avviato delle procedure. Inoltre la Segreteria sta valutando se l'introduzione di nuovi diritti di licenza per la partecipazione al *card scheme* di Mastercard o Visa e/o l'aumento dei relativi costi sia conciliabile con la legge sui cartelli. La Segreteria ha svolto anche un'inchiesta preliminare sulla soluzione *virtual user commercial account* di Visa e sull'inclusione della relativa commissione d'interscambio (*interchange fee*) nel campo d'applicazione della conciliazione che nel 2014 la COMCO ha concluso con le

emittenti di carte di credito e gli *acquirer* di cui si avvalgono i commercianti. Da ultimo, la Segreteria ha proseguito l'inchiesta preliminare concernente la commissione d'interscambio nel settore *cross-border*.

Il 20 gennaio 2021 il Consiglio federale ha incaricato il DATEC e il DFF (AFF) di elaborare entro fine anno proposte concrete per sviluppare ulteriormente, anche alla luce della digitalizzazione, l'**approvvigionamento di base nel settore dei servizi postali e del traffico dei pagamenti**. Il gruppo indipendente e interdisciplinare di esperti ha sentito la Segreteria della COMCO nel novembre 2021 riguardo agli aspetti del mandato inerenti alla concorrenza. Nell'ambito del traffico dei pagamenti la Segreteria non constata alcuna inefficienza del mercato. Sotto il profilo della concorrenza, per quanto concerne il traffico dei pagamenti si può rinunciare a un mandato legale di approvvigionamento di base. Anche all'estero l'offerta di questi servizi non è associata a un mandato legale.

Da ultimo, in ambito di servizi finanziari sono state esaminate e ammesse alla fase I diverse concentrazioni di imprese.

### 3.2.2 Sistema sanitario

Dopo una prima sentenza del TF, del 2015, nell'anno di riferimento si è conclusa la procedura concernente i **medicamenti fuori lista** (Cialis, Levitra e Viagra; cfr. n. 2.2). Per questi medicinali le società farmaceutiche Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA e Bayer (Schweiz) AG hanno fornito raccomandazioni di prezzo al pubblico ai grossisti e ai punti vendita (farmacia e i medici dispensatori). La maggior parte dei punti vendita ha seguito le «raccomandazioni di prezzo», contenute nella banca dati di e-mediat AG tramite i sistemi di cassa al momento della lettura del codice a barre. Il TF ha ritenuto dimostrata la presenza di accordi verticali di determinazione del prezzo tra i fabbricanti e i punti vendita che hanno seguito le raccomandazioni di prezzo al pubblico. In questo modo ha confermato la decisione pilota della COMCO del 2009, relativa alle imposizioni di prezzo, dando così importanti indirizzi operativi alla futura prassi della COMCO.

L'inchiesta avviata nel settembre 2019 nei confronti di diverse società svizzere ed estere attive nella produzione, nella distribuzione e nella vendita del principio attivo **scopolamina butilbromuro** è proseguita. L'inchiesta dovrà verificare gli indizi di un coordinamento illecito dei prezzi di vendita del principio attivo sul piano internazionale e di una ripartizione dei mercati internazionali.

Nel settore sanitario la Segreteria ha ricevuto diverse **richieste di consulenza**. Si trattava di questioni inerenti, ad esempio, alla possibilità di introdurre strutture tariffarie nell'assicurazione complementare, alla liceità di negoziati tariffari da parte dell'assicuratori malattie, alle regole per un'attribuzione chiara delle regioni di intervento agli operatori Spitex oppure a un piano per organizzare efficacemente i test COVID-19 nelle amministrazioni e nelle imprese. Per rispondere a tutte queste domande d'intesa con i richiedenti sono stati organizzati brevi incontri sotto forma di riunioni e rilasciate valutazioni scritte.

Inoltre la COMCO ha valutato diverse **concentrazioni di imprese** del settore sanitario: Astorg/Nordic Capital/Novo/Bioclinica, CSS/Visana/Zur Rose/medi24/WELL e Advent/Eurazeo/Hoist. La Segreteria si è occupata di più di 150 **procedure di consultazione** nel settore sanitario nonché di numerose **richieste di cittadini**.

### 3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

La procedura concernente l'**installazione e manutenzione elettrica nella regione di Ginevra** si è conclusa con una conciliazione con otto imprese, convalidata dalla COMCO il 10 maggio 2021. La decisione è passata in giudicato. Questa inchiesta ha permesso di scoprire quasi 130 accordi orizzontali conclusi tra il 2013 e il 2018 (cfr. n. 2.1).

Nell'inchiesta sul **leasing auto**, Ford Credit – l'ultima destinataria di procedura ordinaria – ha impugnato la decisione conclusiva della COMCO, del 10 maggio 2021, davanti al TAF (cfr. n. 2.1). In precedenza la camera per le decisioni parziali della COMCO aveva terminato la procedura nei confronti delle otto altre parti raggiungendo con esse una conciliazione (decisione parziale del 26 luglio 2019). Una delle parti, la FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat), ha sporto denuncia e interposto ricorso nei confronti della decisione parziale. Nel 2020 il TAF ha deciso di non entrare nel merito della denuncia; il ricorso è invece ancora pendente.

La Segreteria ha lavorato a diversi dossier legati alla **digitalizzazione**, che vengono illustrati alla fine del rapporto. Inoltre ha svolto diverse procedure nel **settore sportivo**. Per ciò che concerne lo sci, sono stati analizzati i rapporti intercorrenti tra l'ufficio del turismo di Zermatt e le diverse scuole di sci. Non essendo stati rilevati problemi particolari di discriminazione nei confronti di singole scuole, la procedura si è conclusa senza alcun seguito. In quest'ambito, anche l'offerta *Action sports de neige* – introdotta dal Cantone del Vallese – è stata esaminata in seguito a una denuncia per possibile disparità di trattamento tra le scuole di sci beneficiarie di detta offerta. Si tratta di un'iniziativa volta a promuovere gli sport invernali e a concedere sovvenzioni alle scuole elementari vallesane per l'organizzazione di giornate sulla neve o eventi simili sul territorio vallesano. In collaborazione con il servizio preposto del Cantone del Vallese Action sports de neige, è stata modificata in modo da evitare possibili distorsioni della concorrenza. La Segreteria ha valutato anche le sovvenzioni versate al **tennis** coperto del Cantone di Zurigo. Secondo un reclamo inoltrato alla Segreteria, il fondo sportivo cantonale, destinato al sovvenzionamento di diversi progetti sportivi, avrebbe discriminato le aziende rispetto alle associazioni a scopo non lucrativo. Considerato che la distinzione tra attività a scopo lucrativo e/o non lucrativo era stata voluta dal legislatore cantonale e che l'organo cantonale competente in materia di sovvenzioni verifica sistematicamente e in modo approfondito le richieste, la procedura è stata chiusa senza alcun seguito. Riguardo all'**hockey su ghiaccio**, la lega nazionale di hockey (National League AG) ha sottoposto alla Segreteria una domanda di consulenza riguardo all'introduzione del cosiddetto «fair play finanziario». Si tratta di un sistema finalizzato a limitare l'importo totale dei salari versati ai

giocatori delle squadre che militano nella National League, così da migliorare la stabilità finanziaria dei club e, nel contempo, favorire l'equilibrio delle forze in campo in seno alla lega. Il tutto con l'obiettivo di accrescere l'interesse nei confronti di questo sport. L'analisi ha portato a evidenziare aspetti dell'accordo che avrebbero potuto costituire una forma di accordo sui prezzi, visto che il tetto salariale sarebbe stato negoziato soltanto tra i rappresentanti dei club. La Segreteria ha dunque manifestato le sue riserve rilevando la possibilità di altre modalità d'intervento, con un impatto minore sulla concorrenza. Da ultimo, per ciò che concerne lo **sport automobilistico**, la Segreteria ha ricevuto una denuncia nei confronti dell'Associazione auto sport Suisse (ASS). L'ASS è stata nominata organizzazione sovrana in materia di sport automobilistico e karting in Svizzera dalla Federazione internazionale dell'automobile. Nel quadro di questa attività, l'ASS si preoccupa di garantire che le gare degli sport automobilistici si svolgano correttamente e secondo le regole emanate dalla FIA. La procedura non ha avuto seguito in quanto si tratta di interessi prevalentemente privati, che devono essere oggetto delle giurisdizioni civili.

### 3.3 Infrastruttura

#### 3.3.1 Telecomunicazione

Nel settembre 2021 la COMCO ha aperto un'inchiesta nel settore dei **servizi d'elenco online** nei confronti di Swisscom e della sua filiale Directories. Directories è l'editrice dell'elenco telefonico cartaceo e gestisce i due servizi d'elenco online local.ch e search.ch. Nella primavera del 2019 Directories ha introdotto il prodotto unitario SWISS LIST modificando radicalmente prezzo e condizioni per l'integrazione dei dati registrati nell'elenco telefonico. Fino ad allora le società potevano integrare autonomamente i loro dati con altre informazioni. Con SWISS LIST diversi prodotti e servizi vengono offerti soltanto sotto forma di pacchetti. Attualmente la COMCO sta verificando se e in quale misura ciò possa ostacolare i concorrenti e svantaggiare la controparte commerciale.

L'inchiesta concernente la **strategia di potenziamento della rete Swisscom** è proseguita. Le relative misure cautelari decise dalla COMCO nel dicembre 2020 – che vietavano a Swisscom un potenziamento della sua rete di fibra ottica che impedisse ai suoi concorrenti di accedere all'infrastruttura (layer 1) – sono state confermate da una sentenza del TAF del 30 settembre 2021. Swisscom ha impugnato la sentenza davanti al TF, che a fine 2021 ha respinto la domanda di ripristino dell'effetto sospensivo del ricorso (cfr. n. 2.2).

L'inchiesta avviata nel 2020 nei confronti di Swisscom nel settore della **connessione alla banda larga di sedi aziendali (rete WAN)** è proseguita con la raccolta e l'analisi di nuovi dati.

Nel 2015 la COMCO aveva sanzionato per abuso di posizione dominante sul mercato tramite **compressione dei margini**, nel quadro delle gare d'appalto inerenti alla connessione delle filiali della Posta. Il TAF ha ampiamente confermato la decisione della COMCO con decisione del 24 giugno 2021, limitandosi a modificare leggermente l'importo della multa. Swisscom ha impugnato la decisione davanti al TF (cfr. n. 2.2).

Con sentenza del 16 febbraio 2021 il TAF ha confermato la decisione della COMCO dell'11 dicembre 2017 nei confronti della **Naxoo SA** per abuso di posizione dominante sul mercato nel settore dei collegamenti via cavo a Ginevra. Il TAF ha ridotto la multa inflitta dalla COMCO da 3,6 a circa 3,25 milioni di franchi perché si è basato su un fatturato leggermente più basso. La Naxoo SA ha interposto ricorso contro questa decisione presso il TF (cfr. n. 2.2).

#### 3.3.2 Media

Nel settore della **commercializzazione e mediazione di pubblicità cinematografica** nell'anno di riferimento in seguito a una denuncia si è proceduto a una osservazione di mercato nei confronti di una società di commercializzazione pubblicitaria per accertare eventuali abusi di posizione dominante sul mercato. La questione principale riguarda la possibilità che altri operatori di questo settore – commercializzazione e mediazione di pubblicità cinematografica – vengano ostacolati quanto tentano di entrare in concorrenza.

La COMCO ha valutato tre **progetti di concentrazione** nel settore dei media. Nel caso di TX Group/Acheter-Louer.ch e TX Group/Immowelt Schweiz, TX Group AG intendeva acquisire Acheter Louer.ch & Publmmo Sàrl e una parte delle attività svolte in Svizzera da Immowelt AG. Dalle analisi svolte nel quadro dell'esame preliminare è emerso che non sussistono (praticamente) indizi che le suddette concentrazioni creino o rafforzino una posizione dominante. Nel caso di Aventinus/Heidi Media la fondazione Aventinus progettava di rilevare Heidi Media SA. Anche in questo caso, dopo un esame preliminare la COMCO ha approvato la concentrazione.

La decisione emanata dalla COMCO nel 2020, concernente la **trasmissione televisiva a pagamento di partite di hockey** in diretta, che sanzionava UPC con una multa di circa 30 milioni di franchi, è sempre pendente davanti al TAF. Nell'anno di riferimento è avvenuto il relativo scambio di scritti. Anche la decisione emanata dalla COMCO nel 2016 nei confronti di Swisscom, sanzionata a causa di una condotta simile riguardo alla trasmissione di eventi sportivi dal vivo (calcio e hockey su ghiaccio), è pendente davanti al TAF.

Con decisione del 16 aprile 2021, il TAF ha parzialmente accolto il ricorso contro la decisione del 27 maggio 2015, concernente la pubblicazione del rapporto finale del 12 novembre 2014 sull'interruzione di un'inchiesta preliminare nel settore della **commercializzazione televisiva e della mediazione di pubblicità radiofonica**. In sostanza, si chiedeva di omettere e anonimizzare altre parti del rapporto. Contro tale decisione la società interessata ha presentato ricorso al TF. Quest'ultimo il 9 giugno 2021 ha deciso di non entrare nel merito del ricorso. In adempimento della sentenza del TAF, il 14 settembre 2021 la COMCO ha emesso una nuova decisione di pubblicazione, contro cui è stato nuovamente interposto ricorso presso il TAF. Quest'ultimo non è entrato nel merito del ricorso (decisione del 15 dicembre 2021). Nella stessa causa, il TAF ha inoltre respinto un ricorso presentato contro una decisione della COMCO inerente al rifiuto di una domanda di riconsiderazione (cfr. n. 2.2).

Il 21 settembre 2020 il TAF ha deciso di rinviare alla COMCO una decisione di pubblicazione di un **rapporto relativo a un progetto di concentrazione**, per ulteriori omissioni e interventi di anonimizzazione. Il ricorso che le parti della concentrazione hanno presentato contro questa decisione è stato respinto dal TF 19 ottobre 2021; in questa occasione il TF ha confermato che con la pubblicazione del preavviso della COMCO non si rivela alcun segreto d'affari e che anche le disposizioni in materia di protezione dei dati non sono in contrasto con detta pubblicazione (cfr. n. 2.2).

In relazione a un altro progetto di concentrazione di imprese, il 6 ottobre 2020 il TAF aveva respinto un ricorso di una parte interessata contro il pagamento della tassa forfettaria di 5000 franchi prevista per l'esame preliminare e, di conseguenza, ha confermato l'**interpretazione estensiva dell'articolo 9 capoverso 4 LCart** data dalla COMCO. Il TF ha respinto un ricorso interposto contro questa decisione (sentenza del 23 settembre 2021) stabilendo che l'emolumento forfettario è dovuto indipendentemente dall'obbligo di annuncio (cfr. n. 2.2).

### 3.3.3 Energia

Riguardo all'**utilizzo di dati provenienti dal settore di monopolio** la Segreteria ha svolto diverse osservazioni di mercato per accertare eventuali abusi di posizione dominante sul mercato.

Per ciò che concerne l'inchiesta preliminare, interrotta nell'agosto del 2020, relativa all'utilizzazione di dati provenienti dal settore di monopolio per attività su altri mercati, la questione della **pubblicazione del rapporto finale** è oggetto di contestazione. La decisione emanata dalla Segreteria il 23 settembre 2021 è stata impugnata davanti al TAF dal gestore di rete elettrica interessato.

Nel settore dell'energia elettrica la Segreteria e la COMCO hanno espresso diversi pareri nel quadro di **consultazioni degli uffici**. In quest'ambito la COMCO si è impegnata soprattutto per una rapida e totale apertura del mercato dell'approvvigionamento dei clienti finali e nell'ambito della metrologia; per consentire i cambiamenti entro periodi inferiori a un anno; e per un sistema che garantisca lo sviluppo delle energie rinnovabili in modo compatibile con il mercato, la concorrenza e la neutralità tecnologica. Inoltre in merito al trasferimento di compiti statali del settore Energia dell'Approvvigionamento economico del Paese, la COMCO ha chiesto che un attore autonomo e indipendente dal settore del gas – anche sotto il profilo giuridico e della sua funzione –, gestisca il sistema di monitoraggio per l'osservazione della situazione relativa all'approvvigionamento, rilevi i dati necessari e li metta a disposizione del settore Energia.

### 3.3.4 Trasporti

Nel settore della spedizione e della logistica la COMCO ha valutato il **progetto di concentrazione di imprese** DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics. DSV Panalpina A/S intendeva acquisire Agility Logistics International B.V. e Agility International GIL Holdings I Limited da Agility Public Warehousing Company K.S.C.P. Al termine della valutazione nel quadro dell'inchiesta preliminare, la COMCO ha dato il via libera alla concentrazione.

In materia di **trasporto aereo di merci** rimane pendente il ricorso presentato da diverse parti al TAF contro la decisione del 2 dicembre 2013, che sanzionava 11 compagnie aeree per accordi orizzontali sui prezzi con una multa ammontante complessivamente 11 milioni di franchi. In questo caso la questione litigiosa concerneva anche la pubblicazione della decisione suddetta. In seguito alla decisione di rinvio del TAF nel 2017, la COMCO il 12 novembre 2018 ha disposto la pubblicazione della decisione in una versione riveduta. Contro questa decisione sono stati nuovamente interposti ricorsi davanti al TAF, tutti respinti completamente nel 2020. In quattro casi, le decisioni sono state impugnate davanti al TF. Il 27 ottobre 2021 il TF ha respinto completamente tutti i ricorsi in cui è entrato nel merito (cfr. n. 2.2).

Nel settore del trasporto regionale di persone e della mobilità multimodale la Segreteria è stata interpellata nel quadro di diverse **consultazioni degli uffici**. In relazione alla promozione della mobilità multimodale la Segreteria ha ripetutamente auspicato che gli operatori intermediari della mobilità possano accedere in tempi brevi e senza discriminazioni alle infrastrutture di distribuzione dei trasporti pubblici.

### 3.3.5 Aiuti pubblici

Nell'anno di riferimento la COMCO, in virtù della legge federale sulla navigazione aerea, ha esaminato un caso concernente **aiuti di Stato secondo un accordo internazionale relativo al traffico aereo**. Il Cantone di Ginevra intendeva concedere, a causa della pandemia di coronavirus, all'aeroporto di Ginevra in caso di crisi u credito massimo di 200 milioni di franchi affinché potesse garantirsi sufficiente liquidità per la gestione presente e futura. Il Cantone di Ginevra ha perciò sottoposto alla COMCO un progetto di legge. La COMCO ha esaminato le misure di finanziamento previste alla luce della loro conformità secondo un accordo internazionale relativo al traffico aereo. Nel suo preavviso del 5 luglio 2021 è giunta alla conclusione che la legge proposta sarebbe conforme all'accordo soltanto se la concessione delle tranche di prestito fosse stata soggetta alle condizioni menzionate nel relativo messaggio e concretizzate nel preavviso della COMCO. Il Parlamento cantonale ginevrino terrà conto del risultato dell'esame ai fini della promulgazione del progetto di legge, cioè della decisione sulla concessione degli aiuti.

### 3.3.6 Altri ambiti

La Posta svizzera SA ha interposto ricorso davanti al TAF contro la decisione della COMCO del 30 ottobre 2017, concernente il **tariffario per clienti commerciali relativo agli invii indirizzati della posta-lettere**. Il TAF ha stralciato il ricorso il 24 agosto 2021 in quanto privo di oggetto. Di conseguenza la decisione della COMCO di sanzionare la Posta con una multa di circa 22,6 milioni di franchi per abuso di posizione dominante sul mercato è passata in giudicato.

## 3.4 Mercati dei prodotti

### 3.4.1 Accordi verticali

In relazione al **livello elevato dei prezzi in Svizzera**, la Segreteria ha effettuato circa dieci osservazioni di mercato per sospetti accordi di prezzo e isolamento del

mercato. In diversi casi sono stati modificati contratti e inviate circolari ai partner di distribuzione per fare chiarezza ed evitare malintesi.

Nel giugno del 2021 la COMCO ha chiuso l'inchiesta concernente **Pöschl Tabakprodukte** con una conciliazione e multando la società produttrice tedesca Pöschl Tabak GmbH per divieti d'esportazione illeciti contenuti nei suoi contratti di distribuzione (cfr. n. 2.1).

### 3.4.2 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Le indagini nel quadro dell'inchiesta su un possibile **cartello di imprese commerciali nel settore della domanda** sono proseguite. In seguito all'apertura dell'inchiesta, nel 2020, una parte ha interposto ricorso davanti al TAF contro la perquisizione, chiedendo che venissero apposti i sigilli ai dati sequestrati. Nel febbraio 2021 il Tribunale penale federale (TPF) ha accolto la domanda di dissigillamento della COMCO e il TAF nel marzo del 2021 ha respinto il ricorso contro la perquisizione (cfr. n. 3.6). Le sentenze non sono passate in giudicato.

In seguito a un'osservazione di mercato del 2020, nel gennaio 2021 è stata aperta un'**inchiesta preliminare sul regolamento dei pagamenti presso Coop**. Nel quadro dell'*osservazione di mercato*, Coop nell'estate 2020 ha garantito alla Segreteria di non obbligare i propri fornitori a fatturare le proprie forniture tramite la società Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG. Qualora un fornitore decidesse di non rivolgersi a Markant per le forniture, in nessun caso Coop reagirebbe stralciando il fornitore in questione dall'elenco dei suoi partner commerciali, bensì negozierebbe con lui una soluzione conforme all'approccio collaborativo seguito in precedenza. La Segreteria, nonostante le assicurazioni suddette, ha raccolto a questo riguardo indizi contrari, e pertanto ha avviato un'inchiesta preliminare, incentrata sul sospetto che Coop eserciti pressione sui fornitori affinché ora fatturino le loro forniture a Coop tramite Markant assumendosene i costi. In alternativa, Coop offrirebbe ai fornitori la possibilità di una fatturazione diretta a Coop, individuale e più cara. Nel quadro dell'*inchiesta preliminare* si tratterà di accertare se sussistono indizi di un abuso di posizione dominante sul mercato.

### 3.4.3 Industria orologiera

Nel maggio 2021 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare nei confronti di **Swatch Group** e della sua filiale Nivarox, che produce, tra le altre cose, i cosiddetti assortimenti (insieme delle parti che formano lo scappamento di un movimento meccanico). Con decisione del 21 ottobre 2013 nel merito della cessazione delle forniture di Swatch Group, la COMCO aveva constatato che Nivarox occupa una posizione di dominanza sul mercato svizzero degli *assortiment*. L'inchiesta preliminare è focalizzata sul comportamento di Nivarox nel quadro delle forniture di *assortiment* a clienti esterni a Swatch Group. L'inchiesta preliminare dovrà verificare se sussistono indizi di abusi di posizione dominante sul mercato da parte di Swatch Group e/o Nivarox, in particolare mediante limitazione dei quantitativi ordinabili e aumenti

di prezzo ingiustificati, e dunque di comportamento illecito.

Nel giugno del 2021 la COMCO ha sanzionato due aziende per **violazione dell'obbligo di fornire informazioni** (art. 52 LCart) nel quadro della procedura di riesame relativa alla cessazione di forniture da parte di Swatch Group, infliggendo ad ognuna una multa di 20 000 franchi. Le decisioni in questione sono state impugnate.

### 3.4.4 Settore automobilistico

L'inchiesta sui **concessionari VW**, avviata nel giugno 2018 ed estesa nel dicembre 2019, è proseguita. Oggetto della procedura sono presunti accordi illeciti di prezzo e di ripartizione dei mercati tra rivenditori autorizzati di veicoli dei marchi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino. In dicembre la Segreteria ha inviato alle parti il suo progetto di decisione per presa di posizione. La decisione della COMCO è prevista per il 2022.

La Segreteria ha risposto a più richieste concernenti il rispetto delle **regole contenute nella Comunicazione autoveicoli (ComAuto)**. In questo modo la Segreteria ha potuto chiarire che la garanzia legale e la garanzia del fabbricante non vengono annullate da lavori di riparazione o manutenzione non effettuati a regola d'arte da officine indipendenti. Anche nel periodo di garanzia, per la riparazione o manutenzione del loro veicolo i consumatori non sono tenuti a rivolgersi esclusivamente alle officine della rete di concessionari. Inoltre le officine indipendenti devono in generale poter accedere alle informazioni tecniche e ottenere ricambi originali per i lavori di riparazione senza subire limitazioni dovute ad accordi di non concorrenza.

### 3.4.5 Agricoltura

Nel 2021 la Segreteria ha partecipato a circa 50 consultazioni degli uffici riguardanti questioni legate all'agricoltura. Inoltre la COMCO ha autorizzato la concentrazione Swissgenetics/New Generation Genetics operante nel settore del seme bovino. Visto che la concentrazione, pur essendo soggetta all'obbligo previsto dall'articolo 9 capoverso 4 LCart, non è stata annunciata, nel settembre 2021 la Segreteria d'intesa con un membro della Presidenza ha aperto **una procedura di sanzione amministrativa** ai sensi dell'articolo 51 LCart.

## 3.5 Mercato interno

La legge federale sul mercato interno (LMI) garantisce la libertà di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa, in virtù del diritto di accesso al mercato secondo le prescrizioni del luogo d'origine, delle gare d'appalto relative al trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli pubblici e delle norme minime applicabili agli acquisti cantonali e comunali. All'inizio del 2021 è entrata in vigore la revisione del diritto in materia di appalti pubblici. Le **priorità** della COMCO nell'ambito del mercato interno concernevano perciò gli appalti pubblici cantonali e comunali.

La COMCO ha interposto ricorso presso il tribunale amministrativo del Cantone di Zurigo in relazione a una gara d'appalto pubblica comunale per la ristrutturazione di una **piscina**. Il tribunale ha accolto il ricorso con decisione del 26 agosto 2021, sostenendo ampiamente le

argomentazioni della COMCO (cfr. n. 2.2). Secondo il tribunale ci sono state una violazione del diritto cantonale in materia di appalti (regole in materia di astensione e riacquisizione) e una violazione del divieto di discriminazione ai sensi della LMI. In base alle denunce ricevute, le autorità in materia di concorrenza sanno che questo tipo di situazioni, in cui alle attività preliminari di pianificazione si aggiunge la presentazione dell'offerta, si verificano spesso in occasione delle gare d'appalto pubbliche. Ciò limita la concorrenza e l'accessibilità del mercato, visto che gli altri offerenti non hanno le stesse possibilità di aggiudicarsi l'appalto. Alla luce di questo caso, la Segreteria ha svolto una campagna di sensibilizzazione su questa problematica presso più di 90 Comuni.

Il 30 marzo 2021 la COMCO ha emanato una raccomandazione secondo cui l'**acquisto di energia** da parte di Cantoni e Comuni è soggetto al diritto in materia di appalti e deve essere oggetto di gare d'appalto pubbliche. Finora non ci sono quasi mai stati bandi pubblici per l'acquisto di corrente elettrica. Secondo le valutazioni della COMCO, l'acquisto di energia elettrica da parte di enti comunali sottostà al diritto pubblico in materia di appalti, anche in virtù della revisione della normativa in questa materia entrata in vigore a inizio anno. L'obbligo di indire un bando pubblico sussiste ad esempio nel caso dell'acquisto di corrente per l'approvvigionamento di edifici amministrativi o mezzi di trasporto pubblici. Anche le società erogatrici di energia sono tenute a indire concorsi pubblici per l'acquisto di corrente elettrica destinata ai clienti finali nel quadro dell'approvvigionamento di base. Le gare d'appalto pubbliche consentono di scegliere tra diversi fornitori di corrente e permettono a un numero maggiore di operatori di accedere al mercato. Nell'anno di riferimento le autorità in materia di concorrenza hanno discusso l'attuazione della raccomandazione della COMCO con diversi attori coinvolti, e sono state interpellate più volte in merito alle raccomandazioni. Alcune questioni verranno decise dalla giurisprudenza dei Tribunali.

In seguito alla denuncia di un'impresa di servizi rimorchio veicoli, la Segreteria ha svolto un'osservazione di mercato nella Svizzera romanda concernente il **rimorchio veicoli**. Le analisi giuridiche della Segreteria hanno permesso di concludere che la collaborazione, senza bando pubblico, del Cantone con un gruppo di imprese di autoriparazione non era conforme alla normativa sul mercato interno. La Segreteria ha perciò invitato il Cantone a emanare una decisione relativa all'assenza di bando, considerato che questa costituisce una limitazione dell'accesso al mercato. Contro una simile decisione anche la COMCO avrebbe potuto presentare ricorso. Il Cantone ha rinunciato a emanare una decisione, scegliendo di indire una gara d'appalto per le future prestazioni di servizio rimorchio veicoli.

Il diritto di accedere liberamente al mercato comporta, in via di principio, quello di offrire merci e prestazioni lavorative su tutto il territorio svizzero, quando le attività lucrative in questione sono permesse nel luogo d'origine. Per consentire l'accesso al mercato la LMI prevede una procedura semplice, rapida e gratuita. Un'eventuale verifica dell'accessibilità del mercato da parte dell'autorità deve quindi escludere l'imposizione di costi. In un caso concernente una **società di sicurezza** della

Svizzera romanda gli organi esecutivi cantonali hanno chiesto il pagamento di emolumenti per la proroga di un'autorizzazione, nonostante gli interessati abbiano fatto riferimento ad autorizzazioni rilasciate da altri Cantoni d'origine nonché alla gratuità secondo la LMI. Sia la COMCO sia gli interessati hanno presentato ricorso contro l'attribuzione dei costi. Con decisione del 7 maggio 2021, l'autorità cantonale ha accolto il ricorso della COMCO e stabilito che l'attribuzione di costi viola il principio di gratuità della procedura definito nella LMI.

In due procedure di ricorso davanti al TF la COMCO ha dato la sua presa di posizione basandosi sulla LMI. In un primo caso (preavviso del 25 maggio 2021) la COMCO ha giustificato l'applicabilità della LMI anche alle sanzioni decise in base al diritto pubblico in materia di cartelli; tuttavia in relazione alla questione in giudizio non sussisteva alcuna violazione della LMI. Nel secondo preavviso (del 25 ottobre 2021) la COMCO ha spiegato che in merito all'utilizzazione dei **ricavati delle tasse di soggiorno** la LMI si applica anche a prestazioni di sostegno come sovvenzioni o aiuti, se queste limitano l'accessibilità del mercato.

Inoltre la COMCO su richiesta di un tribunale cantonale ha stilato una perizia sulla necessità, in base alla LMI, di aprire bandi di concorso pubblici per il progetto **Gateway Basel Nord**. La LMI prevede che il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali si svolga su concorso. Nel suo parere del 6 dicembre 2021 la COMCO si è espressa sulle questioni giuridiche che le sono state poste. Il parere e le due procedure di ricorso al TF sono tuttora pendenti.

### 3.6 Indagini

Nel 2021 sono state effettuate due operazioni di perquisizione. La prima, in aprile, concerneva presunti accordi tra trasportatori di merci e rifiuti nel Cantone del Vallese (cfr. n. 3.1.1). La seconda si è svolta in giugno, nel quadro degli sviluppi dell'inchiesta su eventuali accordi di appalto nel settore della costruzione nel Moesano, che concerneva anche società del Cantone Ticino (cfr. n. 3.1.1). Entrambe le operazioni si sono svolte nel rispetto delle misure di protezione COVID-19.

L'8 marzo 2021 il TF ha deciso sulla questione, oggetto di lunghe controversie, riguardo a quali presenti e/o passati collaboratori e organi di una società possano in caso di interrogatorio far valere il principio *nemo tenetur* e, di conseguenza, rifiutarsi di deporre. Nella sua sentenza guida il TF ha stabilito che: 1) le società oggetto di una procedura sanzionatoria in materia di cartelli possono appellarsi al principio suddetto (diritto di non rispondere); 2) gli organi (che sono tali sotto il profilo formale e materiale) possono esercitare il diritto di non rispondere delle persone giuridiche; e (3) che tutte le altre persone possono essere interrogate senza limitazioni in qualità di testimoni; sono soprattutto gli ex organi e tutti gli altri collaboratori presenti e passati della società. Si tratta di una sentenza di grande rilevanza ai fini delle attività investigative delle autorità in materia di concorrenza. Le limitazioni poste dal TAF in relazione all'interrogatorio di ex organi sono state soppresse. Inoltre il TF ha stabilito con due altre sentenze che il TAF non avrebbe dovuto entrare nel merito dei ricorsi contro le citazioni, mancando la condizione di pregiudizio irreparabile.

Nell'anno di riferimento, in relazione a una perquisizione un'impresa ha presentato ricorso sia davanti al TPF (ricorso in opposizione) sia davanti al TAF. Entrambi i tribunali hanno esaminato separatamente la perquisizione giudicandola legittima. Le due sentenze sono state impugnate davanti al TF, che a quel punto ha potuto esprimersi anche in merito al rapporto tra le due vie di diritto (cfr. n. 3.4.2). Davanti al TAF le autorità in materia di concorrenza hanno sostenuto che nel caso dell'apposizione (anche parziale) di sigilli, la procedura davanti al TPF dovesse avere la precedenza sulla procedura di ricorso davanti al TAF, in modo da evitare inefficienze (doppioni) e il rischio di sentenze contraddittorie. Inoltre in un'altra procedura di dissigillamento il TPF ha giudicato legittima una perquisizione effettuata nel quadro di un'inchiesta di accordi di appalto nel Moesano (cfr. n. 3.1.1) e approvato il dissigillamento. Nello stesso affare è pendente un ricorso al TAF.

Dalla seconda metà del 2020 per un'autodenuncia si può utilizzare un modulo elettronico disponibile sul sito della COMCO (e-Marker). Questo strumento si è dimostrato funzionale e nel 2021 è stato ampiamente utilizzato.

### 3.7 Affari internazionali

**UE:** L'accordo di cooperazione tra Svizzera e UE sui diritti della concorrenza promuove lo scambio di esperienze e permette di cooperare e coordinare in modo ottimale le inchieste, anche per ciò che concerne lo scambio di mezzi di prova. Nella pratica questo scambio si dimostra estremamente utile, nonostante debba sottostare a condizioni restrittive. Nell'anno di riferimento la COMCO e la direzione generale Concorrenza della Commissione UE (DG Concorrenza) si sono scambiate mezzi probatori nel quadro di un'inchiesta condotta parallelamente; anche le tempistiche delle perquisizioni effettuate nell'Ue e in Svizzera che hanno portato all'avvio dell'inchiesta erano state coordinate. Nel quadro dei loro contatti, i responsabili della COMCO e della DG Concorrenza hanno discusso questioni procedurali e di diritto materiale concernenti diversi casi trattati nell'ambito di altre inchieste. Sono state discusse anche questioni tecniche e materiali inerenti a procedure di concentrazione oggetto di annunci paralleli a Berna e Bruxelles. Anche in vista di modifiche di leggi, ordinanze o direttive gli scambi tra autorità possono portare chiarezza. Ad esempio la COMCO si è informata presso i colleghi di Bruxelles in occasione della revisione del regolamento UE sugli accordi verticali, ed è stata a sua volta consultata da questi ultimi in merito alla revisione delle regole di concorrenza dell'UE sugli accordi orizzontali tra imprese. La COMCO si è rivolta agli specialisti dell'UE anche per domande specificamente inerenti all'attuazione del diritto UE in materia di concorrenza, ad esempio per valutare alleanze di acquisto nel settore del commercio al dettaglio.

**Germania:** alla fine del 2017, Svizzera e Germania 2017 hanno avviato negoziati per un accordo di cooperazione in materia di concorrenza. Si tratta in particolare di assistenza amministrativa tra la COMCO e l'Ufficio federale dei cartelli tedesco (Bundeskartellamt) nell'ambito delle limitazioni della concorrenza e delle concentrazioni di imprese illecite secondo il diritto pertinente delle parti

contrattuali. Il progetto di accordo che è stato nel frattempo negoziato con la Germania corrisponde ampiamente, sotto il profilo dei contenuti, all'accordo di cooperazione con l'UE. A causa delle elezioni al Bundestag di settembre 2021, non è ancora possibile prevedere la data in cui l'accordo verrà firmato. Successivamente il Consiglio federale sottoporrà per approvazione l'accordo al Parlamento.

**OCSE:** Anche nell'anno di riferimento i due incontri OCSE di giugno e dicembre si sono svolti esclusivamente in remoto. Non essendo necessaria una presenza fisica a Parigi, i collaboratori della COMCO hanno potuto approfittare maggiormente della partecipazione diretta alle discussioni, che concernevano in particolare i temi seguenti: esercizio della concorrenza e regolamentazioni alternative; portabilità dei dati, interoperabilità e concorrenza; metodi di misurazione della concorrenza sul mercato; questioni legate alla concorrenza nei libri cartacei ed elettronici; aspetti ambientali inerenti all'esercizio della concorrenza; regolazione ex ante e concorrenza sui mercati digitali; media di informazione e piattaforme digitali. Il forum globale si è occupato soprattutto di analisi economica e prove nei casi di abuso. Anche quest'anno la COMCO ha partecipato attivamente alle discussioni, con un contributo su un caso concernente il commercio librario, per il quale la COMCO ha sanzionato dieci commercianti all'ingrosso di libri in lingua francese per limitazione delle importazioni parallele. Inoltre la COMCO ha partecipato attivamente all'elaborazione di diverse raccomandazioni OCSE, ad esempio quelle sulla cooperazione internazionale e la lotta alle turbative d'asta.

**ICN:** il 5 ottobre 2021 la COMCO ha incontrato i non-governmental advisor (NGA) eletti lo scorso anno. La discussione, che si tiene ogni anno, verteva sui temi in programma alla conferenza annuale dell'ICN, svoltasi dal 13 al 15 ottobre 2021 a Budapest. Sia i rappresentanti delle autorità, sia gli NGA svizzeri hanno partecipato in remoto a una selezione di manifestazioni. La COMCO ha aderito al sondaggio sul tema principale della conferenza di quest'anno: sviluppo sostenibile e diritto in materia di concorrenza. Inoltre è stata coinvolta nell'elaborazione di diverse note informative dell'ICN. In primo piano quest'anno c'erano l'elaborazione e la pubblicazione di un rapporto del gruppo di lavoro sulla condotta unilaterale in relazione alle teorie concernenti i danni e i correttivi sui mercati digitali. A questo scopo il gruppo di lavoro ha consultato le autorità in materia di concorrenza e gli NGA.

**UNCTAD:** nel luglio del 2021 la COMCO ha partecipato in remoto alla conferenza annuale dell'UNCTAD. Inoltre, alternandosi con la SECO, ha contribuito alle videoconferenze del neocostituito gruppo di lavoro sui cartelli transfrontalieri (cross-border cartels) illustrando il punto di vista della Svizzera. Il gruppo di lavoro si propone di intensificare la collaborazione nella lotta ai cartelli transfrontalieri, soprattutto per fornire sostegno alle autorità antitrust che dispongono di minori risorse ed esperienza.

**Banca mondiale:** nel secondo semestre la COMCO si è impegnata nel quadro di un progetto di sviluppo in Ucraina finanziato dalla SECO (*Competition Policy Implementation Review in Ukraine – International Practice*).

Il progetto è stato realizzato in collaborazione con l'International Finance Corporation (IFC), un'istituzione della Banca mondiale che si dedica allo sviluppo del settore privato. Nel novembre 2021 la COMCO in collaborazione con le autorità ucraine preposte alla concorrenza (AMCU) ha organizzato in remoto un *capacity building workshop* che verteva sullo scambio di esperienze tra autorità, in particolare sullo screening, cioè i metodi che permettono di scoprire i cartelli servendosi dei dati relativi alle gare d'appalto. Il workshop ha avuto un largo seguito (più di 80 partecipanti). Inoltre la COMCO ha collaborato con l'IFC nel quadro di studi di progetto, presentando il punto di vista di un'autorità in materia di concorrenza e le questioni e i problemi attualmente dibattuti a livello internazionale nell'ambito del diritto pertinente.

### 3.8 Legislazione

Con la votazione finale del 19 marzo 2021 il Consiglio degli Stati e il Consiglio nazionale hanno accolto il controprogetto indiretto all'iniziativa per prezzi equi. Le nuove disposizioni (art. 4 cpv. 2<sup>bis</sup> e art. 7 cpv. 1 nonché cpv. 2 lett. g), che introducono il concetto di **posizione dominante relativa** nella legge sui cartelli, sono entrate in vigore il 1° gennaio 2022. All'inizio dell'estate del 2021 la Segreteria della COMCO ha iniziato i lavori attuativi; ha elaborato un piano d'attuazione e una **circolare** che è stata pubblicata il 14 dicembre 2021. Le principali informazioni contenute nella circolare sono le seguenti:

- si considera che un'impresa abbia una posizione dominante relativa se altre imprese dipendono da essa per la fornitura o la domanda di un prodotto o servizio in modo tale che non ci sono sufficienti e ragionevoli possibilità di passare a fonti alternative. Le imprese possono presentare un reclamo alla COMCO se sono ostacolate o svantaggiate nella concorrenza in questo modo. Un'impresa che dispone di una posizione dominante relativa può ad esempio comportarsi in modo abusivo, se rifiuta senza motivo di fornire a un produttore dei componenti da cui quest'ultimo dipende. Esiste un abuso anche qualora un'impresa con una posizione dominante relativa impedisce ad altre imprese di acquistare un prodotto offerto in Svizzera e all'estero alle condizioni estere;
- affinché la COMCO possa agire, essa dipende dalle informazioni delle imprese coinvolte. Per facilitare la loro segnalazione, la COMCO ha pubblicato una circolare e un formulario di notifica;
- con questa revisione, l'attuale divieto di abuso di posizione dominante nella legge sui cartelli è esteso alle imprese con una posizione dominante relativa. Le imprese non saranno multate per le violazioni delle nuove disposizioni. Tuttavia, la COMCO potrà imporre loro degli obblighi o dei divieti di agire.

Per ciò che concerne **gli interventi parlamentari che riguardano la legge sui cartelli**, la situazione è la seguente:

- la **mozione** depositata dal consigliere agli Stati **Bischof** il 30 settembre 2016 «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione on line a scapito degli albergatori» (16.3902) è stata accolta da entrambi i Consigli. Il 17 novembre 2021 il

Consiglio federale ha licenziato il progetto di legge e il messaggio concernente la modifica della legge federale contro la concorrenza sleale (LCSI): le clausole di parità di prezzo vengono qualificate come CCG abusive e, di conseguenza, non sono valide; nei contratti tra le piattaforme di prenotazione online e le strutture ricettive le clausole di imposizione del prezzo devono essere vietate;

- della **mozione** «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza» (16.4094), depositata il 15 dicembre 2016 dal consigliere agli Stati **Fournier**, i due Consigli hanno accolto due temi su quattro: la fissazione di termini per i procedimenti amministrativi del diritto in materia di cartelli e l'indennizzo delle parti anche per i procedimenti amministrativi di primo grado. Il Consiglio federale li ha inseriti nel progetto di revisione della legge sui cartelli; la procedura di consultazione è stata aperta nel novembre 2021;
- la **mozione** depositata il 27 settembre 2018 dal consigliere nazionale **Pfister** «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli» (18.3898) chiede al Consiglio federale di emanare un'ordinanza per tutelare i consumatori e le PMI dalle pratiche distorsive della concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli. Nel settembre del 2020 è stata accolta dal Consiglio nazionale; ora dovrà pronunciarsi il Consiglio degli Stati;
- la **mozione** depositata dal consigliere nazionale **Nantermod** il 12 dicembre 2018 «Procedure efficaci ed eque nel diritto della concorrenza» (18.4183), che chiedeva una modifica del diritto delle regole procedurali in relazione alla consultazione degli atti e agli emolumenti obbligatori nel quadro delle inchieste preliminari, è stata respinta dal Consiglio nazionale nel dicembre 2020 ed è pertanto liquidata;
- la **mozione** depositata dal consigliere agli Stati **Français** il 13 dicembre 2018 «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo» (18.4282), che incarica il Consiglio federale di precisare l'articolo 5 LCart, è stata accolta anche dal Consiglio nazionale (secondo Consiglio) nel giugno del 2021. Il Consiglio federale ne ha tenuto conto nel quadro del progetto di revisione della legge sui cartelli; la procedura di consultazione è stata aperta nel novembre 2021;
- la **mozione** «Inchieste della COMCO. La presunzione d'innocenza deve prevalere» (18.4304), depositata dal consigliere nazionale **Bauer** il 14 dicembre 2018 chiedeva la soppressione dell'articolo 28 LCart, secondo cui nella pubblicazione ufficiale dell'apertura dell'inchiesta vengono menzionate le persone inquisite. La mozione è stata stralciata dal ruolo nel dicembre 2020;
- il **postulato** depositato il 9 maggio 2019 dal consigliere nazionale **Molina** «Rafforzamento del controllo delle fusioni sugli investimenti diretti esteri» (19.3491) è stato respinto nel giugno del 2021 dal Consiglio nazionale e di conseguenza è liquidato;

- l'**interpellanza** «Modernizzazione completa della legge sui cartelli» (21.4108) depositata il 28 settembre 2021 dal consigliere agli Stati **Noser** propone una riforma delle strutture istituzionali delle autorità in materia di concorrenza e pone al Consiglio federale delle domande a tale riguardo. È stata trattata nel dicembre 2021 dal Consiglio degli Stati senza discussione; l'interpellanza è liquidata;
- la **mozione** «Mantenere il principio inquisitorio. No all'inversione dell'onere della prova nella legge sui cartelli» (21.4189) depositata il 30 settembre 2021 dal consigliere agli Stati **Wicki** mira in particolare a precisare la legge sui cartelli mediante un rafforzamento del principio inquisitorio, affinché venga applicata la presunzione d'innocenza prevista dalla Costituzione. Il Consiglio federale propone di respingere la mozione, perché le irregolarità nell'applicazione della legge esposte dall'autore della mozione *non* sussistono e le esigenze di presunzione d'innocenza sono già contenute nella legge sui cartelli vigente. Il Consiglio degli Stati ha accolto la mozione nel dicembre 2021; il Consiglio nazionale se ne occuperà presumibilmente nel 2022;
- diversi altri interventi parlamentari concernono i temi della concorrenza e delle aziende statali e parastatali nonché l'accesso ai mercati chiusi: ad esempio, la **mozione Caroni** (15.3399), l'**iniziativa parlamentare Schilliger** (17.518), il **postulato Caroni** (19.3701), il **postulato CET-S** (19.4379), la **mozione Caroni** (20.3531), la **mozione Rieder** (20.3532) e l'**interpellanza Sauter** (21.3472).

Il Consiglio federale sta progettando una **revisione parziale della legge sui cartelli** focalizzata sulla modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese, il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli e il

miglioramento della procedura di opposizione. Nei lavori di revisione sono state inserite le due richieste delle succitate mozioni Fournier (termini ordinatori e indennizzi alle parti per la procedura della COMCO) e Français (accordi di cartello). La procedura di consultazione è stata avviata nel novembre 2021. Responsabili della revisione parziale sono la SG-DEFR e la SECO. La Segreteria della COMCO partecipa ai lavori.

## 4 Organizzazione e statistica

### 4.1 COMCO, Segreteria e statistica

Nel 2021 la **COMCO** ha svolto 11 riunioni plenarie di un giorno o di mezza giornata (sei delle quali online). Le decisioni prese in occasione di tali sedute, in conformità con la legge sui cartelli e la legge federale sul mercato interno, sono consultabili all'interno della statistica riportata di seguito (cfr. n. 4.2).

### 4.2 Statistica

A fine 2021 la **Segreteria** contava 76 collaboratori (anno precedente: 75), di cui il 44,7 % donne (anno precedente: 45,3 %). I 76 collaboratori lavorano a tempo pieno o parziale, per un totale di 65,2 posti a tempo pieno (anno precedente: 64,1). Inclusa la direzione, i collaboratori che si dedicano all'applicazione della LCart e della LMI sono 57 (anno precedente: 56), cioè 50,6 posti a tempo pieno (anno precedente: 49,8). 19 collaboratori (anno precedente: 19) sono impiegati nell'ambito delle Risorse e forniscono sostegno a tutti i lavori della sede per un totale di 14,6 posti a tempo pieno (anno precedente: 14,3). Inoltre la Segreteria offre 4 posti di stage (anno precedente: 4). I quattro stagisti lavorano a tempo pieno.

La tabella riassume i dati statistici relativi alle attività della COMCO e della sua Segreteria nel 2021:

	2021	2020	2019
<b>Inchieste</b>			
Eseguite nel corso dell'anno	20	20	19
di cui riprese dall'anno precedente	16	13	16
di cui avviate	4	7	3
di cui nuove inchieste nate dalla suddivisione di inchieste precedenti	0	0	2
<b>Decisioni finali</b>	4	6	11
di cui conciliazioni	3	4	9
di cui decisioni dell'autorità	2	1	2
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	4	4	10
di cui decisioni parziali	0	2	5
<b>Decisioni di procedura</b>	2	2	2
<b>Altre decisioni (pubblicazione, costi, consultazione degli atti, ecc.)</b>	2	1	6
<b>Misure cautelari</b>	1	1	1
<b>Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart</b>	2	1	0
<b>Inchieste preliminari</b>			
Eseguite nel corso dell'anno	11	14	14
di cui riprese dall'anno precedente	7	13	8
di cui avviate	4	1	6
<b>Concluse</b>	3	8	4

di cui con apertura di un'inchiesta	1	1	1
di cui con adeguamento delle attività dell'impresa	1	4	3
di cui senza seguito	1	3	0
<b>Altre attività</b>			
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	1	1	2
Consulenze	33	24	28
Osservazioni del mercato concluse	48	80	63
Domande LTras	10	18	7
Altre richieste evase	519	565	488
<b>Concentrazioni</b>			
Annunci	31	35	40
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	31	34	37
Esami	0	1	3
Decisioni della COMCO dopo l'esame	0	1	2
Divieti	0	0	0
Ammissioni vincolate a condizioni/oneri	0	0	0
Ammissioni senza riserve	0	1	2
Esecuzioni anticipate	0	0	0
<b>Procedure di ricorso</b>			
Procedure di ricorso davanti a TAF e TF (totale)	39 (92)	42	46
Sentenze del TAF	11 (15)	9	4
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	8 (12)	6	1
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	2 (2)	2	2
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1 (1)	1	1
Sentenze del TF	5 (12)	7	6
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	4 (11)	6	5
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1 (1)	1	0
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	0 (1)	0	1
Pendenti a fine anno (presso TAF e TF)	30 (71)	29	36
<b>Pareri, raccomandazioni, preavvisi ecc.</b>			
Pareri (art. 15 LCart)	0	0	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0	0
Pareri (art. 47 LCart., art. 5 cpv. 4 LSPPr oppure 11a LTC)	2	0	2
Controlli a posteriori	0	0	1
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	0	1
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	335	327	120
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	11	12	17
Valutazione degli aiuti	1	2	-
<b>LMI</b>			
Raccomandazioni/Indagini (art. 8 LMI)	1	0	3
Perizie (art. 10 LMI)	4	1	2
Consulenze (Segreteria)	68	63	93
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	1	2	0

Dai dati statistici relativi al 2021 e dal loro confronto con quelli relativi al 2019-2020 emergono i seguenti punti essenziali:

- inchieste: nel 2021 le autorità della concorrenza hanno svolto più o meno lo stesso numero di inchieste rispetto a entrambi gli anni precedenti. Come nel 2020

il numero di procedure portate a termine dalla COMCO è stato leggermente inferiore alla media;

- inchieste preliminari e osservazioni del mercato: anche nel 2021 la Segreteria ha svolto meno inchieste preliminari rispetto agli anni precedenti. Tuttavia, la Segreteria ha svolto più consulenze del solito;
- concentrazioni: il numero di concentrazioni esaminate è stato leggermente inferiore a quello del 2020 e del 2019, ma rimane in linea con la media degli anni precedenti;
- procedure di ricorso: il numero di procedure pendenti presso i tribunali è rimasto praticamente invariato. Tuttavia, i tribunali hanno preso decisioni importanti, a volte su ricorsi individuali, a volte su tutti i ricorsi a una decisione della COMCO. Per il computo bisogna tener di quanto segue:
  - Le decisioni della COMCO sono di solito rivolte contro più parti che però interpongono ricorso individualmente. Di regola, i tribunali trattano ogni ricorso singolarmente ed emettono quindi diverse sentenze riguardo a una singola decisione della COMCO. Queste sentenze sono in parte molto simili nella sostanza, ma possono anche trattare questioni individuali.
  - Per il 2021, a titolo di novità, per ogni decisione della COMCO non vengono più conteggiate solo le procedure di ricorso trattate parallelamente e considerate come unico caso; infatti viene indicata tra parentesi anche la somma totale di tutti i singoli ricorsi. Ciò vale anche per la statistica a livello di tribunali: le sentenze relative a più ricorsi contro una decisione della COMCO trattati parallelamente vengono conteggiate come un'unica sentenza (indipendentemente dal numero di ricorsi); allo stesso tempo però vengono indicate tra parentesi anche le sentenze relative ai singoli ricorsi (ad esempio, le sentenze del Tribunale federale riguardanti i cinque ricorsi relativi alla decisione della COMCO sui medicinali fuori lista vengono conteggiate come una sola sentenza ma indicando tra parentesi il numero delle singole sentenze, ossia 5).
- Pareri, raccomandazioni e preavvisi: mentre il numero di pareri, raccomandazioni e consultazioni è simile agli anni precedenti, il numero di consultazioni degli uffici da trattare è rimasto a un livello superiore alla media.
- LMI: le questioni affrontate nell'ambito della LMI riguardano più o meno gli stessi temi considerati negli anni precedenti. Il numero di consulenze è rimasto simile al 2020 e quindi ancora circa un terzo inferiore alle cifre del 2019 e del 2018.

## 5 Digitalizzazione

### 5.1 Introduzione

A livello sia nazionale sia internazionale, l'economia, la politica e le autorità della concorrenza sono confrontate da anni con il fenomeno della digitalizzazione. Anche la COMCO ha affrontato in varie occasioni il tema della

**digitalizzazione dell'economia**, ad esempio nel suo rapporto annuale del 2016. Le piattaforme digitali riuniscono diversi fronti del mercato e generano effetti di rete, che vanno considerati in una valutazione appropriata di possibili restrizioni della concorrenza. I big data tendono a generare mercati concentrati e modelli di business flessibili per usare i dati. L'economia della condivisione (*sharing economy*) porta con sé nuovi modelli commerciali e quindi l'opportunità di valutare se è il caso di adattare la regolamentazione alla nuova situazione. Il commercio online riduce i costi di distribuzione e crea spazio per nuovi modelli di business.

Tuttavia, oltre alle opportunità offerte dalla digitalizzazione attraverso nuovi modelli di business, processi migliori e una gamma più ampia di prodotti per i consumatori, ci sono anche rischi per la concorrenza. Nel 2016 la COMCO ha illustrato vari sviluppi e potenziali problemi nonché la complessità delle valutazioni in materia di diritto della concorrenza. Il **compito della COMCO** è quello di segnalare pericoli per la concorrenza e di intervenire in caso di limitazione della concorrenza. Per esempio l'infrastruttura di rete, su cui si basa l'economia digitale, dovrebbe fare in modo di non escludere la concorrenza e di mantenere gli incentivi agli investimenti.

Il presente rapporto annuale fornisce una panoramica delle **attività pluriennali** sui mercati digitali della COMCO: quest'ultima si è concentrata principalmente sul comportamento delle imprese che hanno un legame con l'economia svizzera, mentre è intervenuta poco per quanto riguarda le pratiche in cui sono coinvolti mercati sia nazionali sia esteri già oggetto di inchiesta da parte della Commissione europea, evitando, quando possibile, di condurre inchieste parallele costose, in un'ottica di efficienza. Tuttavia, la COMCO si aspetta chiaramente che le misure e gli impegni validi all'estero siano attuati anche in Svizzera, impegnandosi attivamente in questo senso, soprattutto al di fuori delle procedure formali.

### 5.2 Attività delle autorità svizzere della concorrenza

#### 5.2.1 Strategia di potenziamento della rete: inchiesta nei confronti di Swisscom

Nella procedura relativa alla strategia di potenziamento della rete si mira a stabilire in che misura la costruzione dell'infrastruttura di rete in fibra ottica di Swisscom, che si discosta dallo standard, comporta una restrizione della concorrenza e una violazione della legge sui cartelli. La nuova strategia, annunciata a febbraio 2020, prevede una costruzione della rete in fibra ottica strutturata in un modo tale che i concorrenti non hanno più accesso diretto all'infrastruttura. Di conseguenza, c'è il rischio che durante la costruzione Swisscom escluda questi ultimi dal mercato. Per questo motivo, nel dicembre 2020 la COMCO ha aperto un'inchiesta ordinando misure cautelari che vietano a Swisscom un potenziamento della rete che impedisca ai concorrenti di accedere all'infrastruttura (accesso di livello 1, layer 1 access). Il TAF ha confermato tutte le misure cautelari e il TF ha respinto la domanda di ripristino dell'effetto sospensivo nella sua decisione incidentale del 6 dicembre 2021 (cfr. n. 2.2).

### 5.2.2 Google

Google è stata al centro di varie procedure a livello di inchiesta preliminare e di osservazione del mercato relative a varie sue attività, come la struttura della funzione di ricerca o il funzionamento del suo servizio di comparazione degli acquisti «Google Shopping». Sono state chiarite anche le possibilità dei provider di ricerca di essere visibili sugli smartphone Android e le restrizioni da parte di Google per quanto riguarda la pubblicità per prodotti e servizi specifici potenzialmente problematici. Si è fatta molta attenzione a far sì che la COMCO non avviasse a sua volta le stesse procedure aperte da altre autorità della concorrenza o dalla Commissione europea; tuttavia, quando Google ha reagito in altri Paesi europei in seguito a queste procedure all'estero, la COMCO si è impegnata affinché ciò avvenisse anche Svizzera, come nel caso relativo a «Google Shopping». Un altro esempio è l'estensione alla Svizzera degli impegni presi da Google nel campo della tecnologia pubblicitaria nei confronti all'autorità francese della concorrenza.

### 5.2.3 Commercializzazione dei dati dell'elenco telefonico: inchiesta nei confronti di Swisscom Directories

L'inchiesta avviata nel settembre 2021 riguarda una possibile violazione da parte di Swisscom Directories della legge sui cartelli per quanto riguarda i servizi online di elenco telefonico online (cfr. n. 2.1). Directories è l'editrice dell'elenco telefonico cartaceo e gestisce i due servizi online local.ch e search.ch. Nella primavera del 2019 ha introdotto il prodotto unitario SWISS LIST, modificando radicalmente prezzo e condizioni per l'integrazione dei dati registrati nell'elenco telefonico. Fino ad allora le società potevano integrare autonomamente i loro dati con altre informazioni, mentre con «SWISS LIST» diversi prodotti e servizi vengono offerti solo sotto forma di pacchetti. Attualmente la COMCO sta verificando se e in quale misura ciò possa ostacolare i concorrenti e svantaggiare la controparte commerciale.

### 5.2.4 Connessione a banda larga delle sedi aziendali (connessione WAN)

Il 24 agosto 2020 la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di Swisscom (Svizzera) AG per quanto riguarda la connessione alla banda larga delle sedi aziendali (rete WAN, cfr. n. 3.3.1). Le WAN (*wide area network*) sono reti con un'ampia estensione territoriale, che possono coprire diversi Paesi e persino continenti, collegando singoli computer all'interno di una rete. Le WAN sono spesso utilizzate dalle aziende per collegare diverse sedi molto distanti tra loro. In questo caso Swisscom ha presumibilmente richiesto prezzi troppo elevati ai concorrenti per numerose gare d'appalto sul collegamento fra sedi aziendali. Questi ultimi, ossia altre imprese di telecomunicazioni, devono appoggiarsi all'infrastruttura di rete di Swisscom e, in caso di prezzi troppo alti per prestazioni a monte, non possono proporre offerte concorrenziali ai loro clienti. Swisscom potrebbe dunque aver abusato della sua posizione dominante sul mercato. Nel 2015 la COMCO aveva sanzionato Swisscom per una fattispecie analoga nella gara d'appalto riguardante la connessione delle sedi della Posta. Il TAF ha conferma-

to in larga parte la decisione della COMCO. Il caso è pendente davanti TF (cfr. n. 2.2).

### 5.2.5 Hockey su ghiaccio sulla Pay-TV

Nell'autunno 2020 la COMCO ha multato l'allora UPC (oggi Sunrise UPC) per circa 30 milioni di franchi. Nel 2016 UPC aveva acquistato i diritti televisivi esclusivi per la trasmissione delle partite del campionato svizzero di hockey su ghiaccio per il periodo 2017-2022 e in seguito si è rifiutata per anni di permettere a Swisscom di trasmettere queste partite in diretta, ostacolando in modo illecito la concorrenza. A maggio 2016, nell'ambito di una procedura precedente, la COMCO aveva già sanzionato Swisscom per una pratica simile relativa alla trasmissione in diretta di eventi sportivi (calcio e hockey su ghiaccio). Entrambi i casi sono pendenti davanti al TAF (cfr. n. 3.3.2).

### 5.2.6 Procedure relative al pagamento mobile

La COMCO ha spesso a che fare con i servizi di pagamento mobile: l'attuale soluzione di pagamento mobile svizzera TWINT, per esempio, è il risultato della concentrazione di Paymit e TWINT approvata dalla COMCO. Inoltre, la Segreteria della COMCO ha emanato una decisione a favore di TWINT nell'ambito di un'inchiesta preliminare contro Apple. TWINT sosteneva infatti che quando una persona tentava di pagare in un negozio tramite TWINT con un iPhone a volte veniva attivata automaticamente Apple Pay, la soluzione di pagamento mobile di Apple. Durante questa inchiesta Apple si è impegnata a fornire a TWINT un codice che impedisce ad Apple Pay di attivarsi automaticamente, facendo così in modo che questo problema non possa più verificarsi. È però anche in corso un'inchiesta della COMCO relativa a un possibile ostacolo all'ingresso sul mercato svizzero di soluzioni di pagamento mobile offerte da operatori esteri, come Apple Pay, Google Pay o Samsung Pay (cfr. n. 3.2.1). L'inchiesta è stata aperta per un presunto boicottaggio collettivo contro tali soluzioni di pagamento da parte delle banche svizzere che offrono TWINT.

### 5.2.7 Piattaforme di prenotazione online per alberghi

La COMCO è stata una delle prime autorità della concorrenza in Europa ad aprire un'inchiesta contro le piattaforme di prenotazione online riguardo alle restrizioni contrattuali sui prezzi degli alberghi e a ottobre 2015 ha vietato le cosiddette clausole di parità tariffaria ampia, in quanto considerate accordi illeciti. Grazie a questa decisione agli albergatori possono fissare prezzi diversi nelle varie piattaforme di prenotazione online; d'altra parte, però, data la cosiddetta clausola di parità tariffaria ristretta, non sono autorizzati a offrire prezzi più bassi sulla propria pagina. Booking.com, Expedia e HRS hanno inoltre introdotto una serie di eccezioni per quanto riguarda il canale diretto degli hotel: gli alberghi sono autorizzati a offrire prezzi più bassi offline (p. es. al telefono) e nel caso di prezzi non pubblici (p.es. per i programmi di fidelizzazione che richiedono un'iscrizione). A livello politico, il Consiglio federale ha deciso a novembre 2021 che tutte le clausole di imposizione dei prezzi nei contratti tra le piattaforme di prenotazione online e gli albergatori vanno vietate con una nuova regolamentazione nella legge federale contro la concorrenza sleale

(cfr. n. 3.8). Il relativo messaggio e il disegno di legge verranno sottoposti all'esame del Parlamento.

### 5.2.8 Fornitore di software vs. ospedali universitari

È stato segnalato alla Segreteria un possibile abuso di posizione dominante sul mercato da parte di un importante fornitore di software per quanto riguarda la concessione di licenze agli ospedali universitari. Dal 2020 l'azienda ha deciso di non estendere il contratto con questi ospedali e di considerarli in futuro utenti «Governo / Amministrazione», invece di «Formazione, ricerca e insegnamento». Secondo i querelanti tale cambiamento rappresenta un aumento significativo del prezzo delle licenze, senza alcuna controprestazione. Sottolineano inoltre che non in tutti i Paesi è stata introdotta questa modifica. Le questioni da analizzare sono la posizione di questo fornitore nei confronti degli ospedali universitari, l'eventuale discriminazione di questi ultimi e la questione se il prezzo è potenzialmente iniquo ai sensi della LCart.

### 5.3 Contesto internazionale

Dato che la digitalizzazione è un fenomeno globale, vi sono le stesse domande e difficoltà sia in Svizzera sia all'estero. Osservando gli sviluppi a livello internazionale degli ultimi anni, si può notare un consolidamento della giurisprudenza. Per esempio, l'esperienza raccolta nel campo del commercio online verrà integrata nel nuovo regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali. Si nota anche una maggiore presenza delle grandi piattaforme online delle aziende Big Tech, di fondamentale importanza per l'accesso digitale all'economia, per esempio nella ricerca su internet, nell'organizzazione della pubblicità online, come mercato per il commercio online o come piattaforma per le applicazioni software. Alcuni rapporti indicano che si tratta di mercati contestabili e che la concorrenza sulle piattaforme non va essere ostacolata in modo illecito.

In questo contesto, il ruolo della legislazione sui cartelli è di agire contro l'abuso della posizione dominante sul mercato. Questo ruolo si riflette nelle procedure, in corso e chiuse, svoltesi davanti a varie autorità in materia di concorrenza. Tuttavia, l'applicazione della legislazione sui cartelli come controllo a posteriori della condotta presenta dei limiti. Trattandosi di un ambito complesso, le procedure sono estremamente onerose e richiedono tempo. In alcuni casi, quindi, sono state create nuove autorità o regolamentazioni a priori, come la nuova legge contro le limitazioni alla concorrenza in campo digitale (*GWB-Digitalisierungsgesetz*) in Germania o le proposte di legge attualmente in fase di elaborazione riguardanti la legge sui mercati digitali e la legge sui servizi digitali dell'Unione Europea.

### 5.4 Conclusioni

La digitalizzazione dell'economia comporta molte sfide. Infatti genera opportunità sia per le imprese sia per i consumatori, ma d'altra parte implica anche rischi, che le autorità della concorrenza stanno affrontando in modo adeguato. Un intervento troppo rapido potrebbe mettere in pericolo le nuove opportunità e quindi ostacolare lo sviluppo economico, ma la presa di coscienza tardiva di un problema potrebbe ostacolare la concorrenza e rendere più difficile trovare una soluzione.

Bisogna quindi agire in modo circostanziato, avviando se necessario una procedura per chiarire nuovi fatti. Per cercare l'equilibrio, la Segreteria ha stabilito una prassi collaudata che consiste nel monitorare gli sviluppi del mercato, interessandosi sistematicamente a qualsiasi nuova procedura contro le GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft) all'estero e avviando una procedura non appena le imprese segnalano un ostacolo alla concorrenza in Svizzera. In questo modo le autorità svizzere della concorrenza concentrano le proprie energie sui casi più problematici per l'economia elvetica e si tengono costantemente informate sui nuovi sviluppi.

A 1.	<b>4. Annual Report 2021 of the Competition Commission</b>
------	--

## Table of Contents

<b>1</b>	<b>Foreword from the President</b>	<b>4</b>		
<b>2</b>	<b>Most Important Decisions of 2021</b>	<b>6</b>		
2.1	Decisions of the Competition Commission	6	5.2.1	Network development strategy – Investigation into Swisscom 26
2.2	Court judgments	7	5.2.2	Google 26
<b>3</b>	<b>Activities in Individual Sectors</b>	<b>10</b>	5.2.3	Marketing of directory data – Investigation into Swisscom Directories 26
3.1	Construction	10	5.2.4	Broadband access for business locations (WAN connection) 27
3.1.1	Bid rigging	10	5.2.5	Ice hockey on Pay-TV 27
3.1.2	Building materials and landfills	10	5.2.6	Cases related to mobile payment services 27
3.1.3	Various activities	11	5.2.7	Online booking platforms for hotels 27
3.2	Services	11	5.2.8	Software providers v. university hospitals 28
3.2.1	Financial services	11	5.3	The international context 28
3.2.2	Healthcare	12	5.4	Conclusion 28
3.2.3	Liberal professions and other services	12		
3.3	Infrastructure	13		
3.3.1	Telecommunications	13		
3.3.2	Media	14		
3.3.3	Energy	15		
3.3.4	Transport	15		
3.3.5	State aid	16		
3.3.6	Other sectors	16		
3.4	Product markets	16		
3.4.1	Vertical agreements	16		
3.4.2	Consumer goods industry and retail trade	16		
3.4.3	Watch industry	17		
3.4.4	Automotive sector	17		
3.4.5	Agriculture	17		
3.5	Internal market	17		
3.6	Investigations	19		
3.7	International	20		
3.8	Legislation	21		
<b>4</b>	<b>Organisation and Statistics</b>	<b>23</b>		
4.1	ComCo, Secretariat and statistics	23		
4.2	Statistics	23		
<b>5</b>	<b>Digitalisation</b>	<b>25</b>		
5.1	Introduction	25		
5.2	Activities of the Swiss competition authorities	26		

## 1 Foreword from the President

In 2021, the modern Cartel Act and the Competition Commission (ComCo) both celebrated their 25th birthdays. These anniversaries were honoured in an official ceremony in June 2021. Whereas prior to 1996, the tendency was to accept restrictions of competition, the current law has made the protection of effective competition the focal point. Cartels are no longer accepted as legitimate, the scope for dominant undertakings to act has been restricted by the ban on abuses, while major company mergers are assessed with regard to their competitive acceptability.

ComCo's annual reports illustrate how these tasks are implemented. They summarise the authorities' activities and provide an overview of the most important court decisions. In 2021, the courts once again clarified some significant issues: the Federal Supreme Court confirmed in the *off-list medicines* cases that in certain circumstances, recommended prices may be prohibited as vertical price fixing agreements. The Federal Administrative Court confirmed in the *Swisscom WAN connection* case that the prices and the margin-squeeze of the dominant company in the market for broadband connections for businesses was unlawful. There were numerous court decisions on procedural issues, e.g., with regard to publishing decisions, the right to inspect files and the duty to testify of former senior managers. Unfortunately, there does not seem to be a balance between procedural and substantive actions. In view of the authorities' limited capacities, every working week spent preparing and following up publication decisions, for example, is a week lost that could have been spent working on actual cases. It is a welcome move in this regard when the courts set clear guidelines that allow recurrent procedural submissions to be dealt with rapidly. In general, speeding up procedures is crucially important in protecting competition. Where there is a risk that competition will be undermined by *faits accomplis*, rapid intervention is required. With this in mind, ComCo ordered interim measures in the case of *Swisscom's network expansion strategy*. Infrastructure competition will be eliminated or at least severely restricted if Swisscom's competitors do not have direct access to the optical fibre infrastructure. The Federal Administrative Court rejected an appeal against the interim measures and the Federal Supreme Court rejected an application to suspend their effect. The proceedings on the measures and on the merits of the case remain pending.

A new task lies ahead: the indirect counter-proposal to the Fair Prices Initiative was approved by Parliament in the 2021 spring session and came into force on 1 January 2022. The rules on relative market power have been added to the Cartel Act, in part with the aim of ensuring that Swiss companies are not discriminated against when purchasing goods and services abroad. ComCo was quick to prepare and publish a factsheet with a report form in December 2021. It aims to play a leading role in the implementation of the new rules and secure key decisions, even if it shares responsibility for applying the new rules with the civil courts. The new regulations against 'geoblocking' on the other hand are part of the

Unfair Competition Act and thus do not fall within ComCo's remit.

For years, the dominant topic in the discourse on competition law has been the state of competition in the digital economy. ComCo has been confronted with the main issues for quite some time and has decided numerous cases involving a variety of markets. Because of its enormous importance, digitalisation has been chosen as the special topic for this annual report. Its influence is not limited to the major international internet platforms; it is a phenomenon that permeates every field of competition policy. Case selection presents a major challenge. In an ever more interconnected world, many behaviours have an impact in Switzerland. ComCo prioritises cases that have a particular domestic impact. In addition, it ensures that solutions adopted by other competition authorities, such as those in the EU, are also applied in Switzerland as required. In most cases, this does not require any formal procedure. What is certain is that the goal of protecting effective competition applies to all markets. ComCo also fulfils this mandate with regard to the digital economy.

Andreas Heinemann  
President of the Competition Commission

## 2 Most Important Decisions of 2021

### 2.1 Decisions of the Competition Commission

In a decision dated *6 December 2021*, ComCo concluded an investigation against **asphalt** plants and road construction companies in the **Bern** area and imposed fines totalling approximately CHF 2.2 million for violations of competition law. The Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) abused its dominant position in that it granted its shareholders preferential terms and paid its customers a loyalty bonus. In addition, some of BERAG's shareholders agreed on a ban on competition, by which no one was to compete with BERAG in the area around its works in Rubigen. Furthermore, BERAG and BLH Belagswerk Hasle AG each granted the other a seat on their respective boards and in this way exchanged business-related information. An amicable settlement was reached with five of the seventeen parties. In the case of a further five parties, the proceedings were concluded without action or abandoned. Certain parties have filed an appeal against the ComCo decision in the Federal Administrative Court (FAC).

In a judgment dated *28 June 2021*, ComCo fined Pöschl Tabak GmbH around CHF 270,000. The German tobacco producer Pöschl sells **snuff and rolling tobacco** in Switzerland. It included export bans in distribution agreements with several European sales partners. These dealers were not permitted to supply tobacco products in Switzerland. Territorial protection agreements of this type are unlawful, as they foreclose the Swiss market and prevent competition. Pöschl cooperated with the competition authorities and agreed to an amicable settlement. Foreign sales partners are now allowed to take orders from customers in Switzerland without restriction. Pöschl's full cooperation with ComCo led to a reduced sanction. The decision has taken full legal effect.

In July 2019, ComCo's Chamber for Partial Rulings imposed fines totalling CHF 30 million on eight finance companies that offer **vehicle leasing**. On *10 May 2021* ComCo concluded the investigation into automobile leasing in respect of the last company. It fined Ford Credit Switzerland GmbH around CHF 7.7 million for the unlawful coordination of leasing terms between July 2006 and March 2014. Ford Credit had systematically exchanged details of leasing terms with the eight other companies for several years. The companies informed each other, for example, about interest rates and vehicle residual value tables. These pricing details were used to calculate the leasing rates offered by the various leasing providers. ComCo was able to conclude an amicable settlement with the eight other finance companies, but not with Ford Credit. Ford Credit has filed an appeal with the FAC.

On *10 May 2021*, ComCo fined eight companies involved in **electrical installations and servicing** in the Geneva Region a total of CHF 1.27 million for unlawful bid rigging. From 2013 to 2018, these companies had coordinated the prices in their bids in public and private invitations to tender and divided up the work in the electrical sector among themselves. The companies were involved in the scheme to varying degrees. Their respec-

tive involvement ranged from a single project to several dozen agreed projects. The companies agreed to amicable settlements with ComCo. ComCo abandoned the proceedings against two electrical installation companies, as they could not be proven to have participated in the bid rigging. The decision has taken full legal effect.

On *8 February 2021*, ComCo opened an investigation into **Mastercard** for possibly obstructing the National Cash Scheme (NCS) offered by SIX. It ordered interim measures. The NCS is a new national policy from SIX on cash withdrawals and further transactions at ATMs. In particular, it should allow cash deposits and account enquiries to be made at third-party ATMs. The investigation was triggered by a report from SIX that Mastercard was preventing the NCS from becoming established in the market. The obstruction allegedly involves Mastercard refusing the NCS's 'co-badging' on the new Debit Mastercard. Co-badging is the provision of two or more payment brands/applications on the same card-based payment instrument. The interim measures allow the card-issuing banks to prepare the debit cards technically for the subsequent activation of the NCS. Mastercard has filed an appeal against the interim measures with the FAC.

### 2.2 Court judgments

On 14 December 2020, ComCo opened an investigation into **Swisscom's network expansion strategy**. At the same time it ordered interim measures and prohibited Swisscom with immediate effect from expanding its optical fibre network in such a way that third parties can no longer have Layer 1 access from Swisscom exchanges. Swisscom appealed to the FAC against the interim measures. The FAC rejected the application from Swisscom to restore the suspensive effect of its appeal in an interim decision on 15 January 2021 and confirmed in its decision of 30 September 2021 ComCo's interim measures on the optical fibre network expansion. The FAC held that Swisscom had failed to establish that there were sufficient technological or economic reasons for changing from the existing optical fibre standard with a four-fibre-model to a single-fibre model. Swisscom's arguments based on service provision and regional policy aspects for providing outlying regions with high-speed broadband networks did not justify a restriction of competition. The court took the view that Swisscom's network expansion with a single-fibre model presumably qualified as abusive conduct by a dominant company. The FAC upheld the urgency of the interim measures because Swisscom, by changing from the existing optical fibre standard, would have secured an unchallengeable legal position for a long period of time. Swisscom subsequently filed an appeal with the Federal Supreme Court and requested the restoration of suspensive effect. The Federal Supreme Court rejected this application on 6 December 2021.

On 8 February 2021, ComCo opened an investigation into **Mastercard** for possibly obstructing the National Cash Scheme (NCS) offered by SIX, ordering interim measures on the same day. Mastercard appealed against these measures to the FAC (see Section 2.1). On *10 November 2021* the FAC upheld the request from

Mastercard to restore the appeal's suspensive effect. The withdrawal of suspensive effect was not justified due to a lack of urgency. The FAC will decide at a later date on the permissibility of the interim measures themselves. This decision by the FAC has taken full legal effect.

Tamedia had appealed to the FAC against an order to pay costs of CHF 5,000 for ComCo's preliminary investigation procedure into the **merger between Tamedia** (now the TXGroup) **and Adextra**. It demanded the order for the costs be quashed, arguing that ComCo had interpreted the obligation to report too extensively, and that the merger did not have to be reported. The FAC rejected the appeal on 6 October 2020 and confirmed ComCo's interpretation. Tamedia appealed the judgment to the Federal Supreme Court (FSC). The FSC in its related judgment of *23 September 2021* did not consider the question of whether there was a duty to report. It stated that filing a report automatically led to the opening of a preliminary examination and thus the fixed fee of CHF 5,000 became due irrespective of whether there was actually a duty to report. According to the FSC, the question of whether there was a duty could have been clarified by requesting advice from the Secretariat or seeking a contestable declaratory order, for example. The FSC therefore upheld the ComCo decision.

The Zurich Administrative Court on *26 August 2021* granted the ComCo appeal of 28 January 2021 against an invitation to submit offers in a bidding procedure by a Zurich commune. The court allowed ComCo's applications and found that the invitation infringed the Internal Market Act (IMA). The Zurich commune commissioned an engineering firm to plan and supervise the procurement of a water treatment system for the communal **swimming pool**. On behalf of commune, the engineering firm invited four suppliers to make bids. However, members of the engineering firm were in a family and business relationship with one of the bidders. In the circumstances, the commune had to be held accountable for the actions of the engineering firm. As a consequence, there was a case of 'prior involvement' and a breach of the duty of recusal that rendered the procurement procedure unfair and violated procurement law. Competition was thus obstructed in this bidding procedure and the Internal Market Act violated. The decision has taken full legal effect.

Seven companies appealed against ComCo's **Graubünden construction services** decision made in 2019. The FAC in its judgments of *9 August 2021* rejected three appeals. The judgments related to issues of corporate continuity (continued possibility of sanctions after the restructuring of companies), to ComCo measures and to calculating the five-year period within which sanctions can be enforced. In all the decisions, the FAC upheld ComCo's arguments. One party has appealed the decision to the FSC. ComCo's decision on Graubünden construction services has become legally binding on the other two companies.

In its judgment of 24 June 2021, the FAC largely confirmed the ComCo decision of 21 September 2015 against **Swisscom** in relation to **broadband access**. Swiss Post in 2008 invited bids for networking their post office locations and for setting up and running a wide

area network (WAN) for these locations. Swisscom was awarded the contract, as the price it offered was around 30 per cent lower than its competitors' prices. The latter were reliant on Swisscom's upfront services. The FAC found that Swisscom charged its competitors prices for its upfront services that were too high, with the result that they could not compete with the bid from Swisscom. In addition, through this pricing policy, Swisscom forced Swiss Post to pay excessive prices. As it was impossible for competitors to achieve any profit margin, Swisscom had abused its market power by what is known as a margin squeeze. The FAC calculated the sanction in a way that differed in certain respects from the ComCo calculation and reduced the penalty from CHF 7,916,438 to CHF 7,475,261. Swisscom has appealed the decision to the FSC.

On 16 December 2011, ComCo fined several companies in the case relating to **road construction and civil engineering in the canton of Aargau**. This sanctions procedure was finally concluded by a legally binding judgment of the FSC dated 3 August 2020 in relation to the last remaining appellant company. Earlier, after publication of the ComCo decision, procurement bodies from the Canton of Aargau filed **applications to inspect** the unredacted ComCo decision and the related files. ComCo partially approved these requests for access on 11 December 2017 and intended to allow the procurement bodies to inspect the files to a limited extent or to provide them with information. Certain companies appealed against the inspection decision. The FAC allowed these appeals in its judgments of 23 October 2018. The FAC took the view that a disclosure of data based on the Data Protection Act (FADP) is only possible firstly if a legally binding sanctions decision has been issued, and secondly if a related breach of competition law has been identified. In response, the EAER with support from ComCo and the Canton of Aargau as the procurement body concerned each filed an appeal with the FSC. The FSC allowed these appeals on *18 March 2021* in its two judgments, supporting the position that ComCo had taken, i.e., that ComCo, upon request, can hand over files to procurement bodies even if a legally binding judgment has not yet been issued, i.e., where an appeal is pending against a ComCo decision.

In three judgments dated *8 March 2021*, the FSC upheld the appeals filed by the EAER against judgments of the FAC and confirmed ComCo's opinion that former senior managers of companies and entities subject to investigation can be questioned without restriction as witnesses, i.e., that they are required to testify and tell the truth (subject to the penalties for perjury). According to the FSC, interviewing a former senior manager did not in principle affect the nemo-tenetur principle (protection from self-incrimination). The FAC had previously decided that there were limits to the extent to which former senior managers could be questioned as witnesses, as they had a right, derived from the defendant company's right to remain silent as an actual party to the proceedings, to refuse to make any statement that might incriminate their former employer. In the FAC's view, on the other hand, current employees without senior management status had no such (derived) right to refuse to testify. These

judgments were issued in connection with the **Boycott Apple Pay** investigation.

In its judgment of *16 February 2021*, the FAC confirmed the ComCo decision of 11 December 2017 against Naxoo SA. The FAC also concluded that **Naxoo SA** held a dominant position in the city of Geneva in the market for cable connections. Naxoo abused this position in relation to property owners, suppliers of third party systems and end customers. They imposed unreasonable terms and conditions in house connection contracts and compromised sales markets and technical development. As Naxoo SA corrected its sales figures following the ComCo decision and this forms the basis for the sanctions calculation, the FAC reduced the ComCo sanction from CHF 3.6 to around 3.25 million. Naxoo SA has filed an appeal against this judgment with the FSC.

On *4 February and 7 October 2021*, the FSC allowed four out of five appeals filed by the EAER against FAC judgments dated 19 December 2017 on **off-list medicines (recommended prices)**, rejecting one appeal on 8 December 2021. The FSC confirmed the unlawfulness of the retail prices (RRPs) recommended by the manufacturers of medicines to treat erectile dysfunction (impotence drugs). These decisions came after a long history of proceedings involving two appeals to the FSC. ComCo on 2 November 2009 had decided that the RRP for impotence drugs were unlawful vertical agreements affecting competition between the pharmaceutical companies and the retailers, which although disguised as recommendations in fact fixed the sales prices for end customers. It prohibited the three pharmaceutical manufacturers from publishing RRP for Cialis, Levitra and Viagra and fined them. The FSC has now confirmed the decision on the merits and referred three of the cases back to the FAC to determine the sanctions and one case to determine the costs and consequential damages. In the absence of sufficient clarification of the facts, the FSC did not pronounce on the issue of the complicity of wholesalers and IT companies in relation to the agreement in question and rejected the appeal, although the FSC did not exclude the possibility that these parties could be regarded as parties to the agreement, insofar as their conduct fulfilled the statutory requirements.

The courts handed down further judgments on the publication of decisions under competition law, confirming the legal precedent:

- In judgments dated *27 October 2021*, the FSC rejected the appeals filed by the parties to the **air freight** proceedings against the publication of ComCo's decision of 2 December 2013. ComCo found at the time that several air freight companies had entered into unlawful agreements on surcharges for international air freight. The main proceedings are pending before the FAC.
- A party to the merger filed an appeal against the publication of a ComCo opinion on a **planned merger**. The FAC decided on 21 September 2020 to refer the opinion back to ComCo for additional redacting and anonymising. The party to the merger appealed against this decision to the FSC. The FSC rejected the appeal on *19 October 2021*, noting that ComCo

opinions on planned mergers should be regarded as 'decisions' and that ComCo may therefore publish them. It also confirmed that the ComCo opinion to be published no longer discloses trade secrets and is data protection compliant.

- Several judgments were handed down in the report year in relation to the publication of a final report in 2014: on *9 June 2021* the FSC issued a decision dismissing the action. The FAC had previously largely rejected an appeal against the ruling on publication in a decision dated *16 April 2021* and turned down a further appeal relating to the rejection of an application for reconsideration. After ComCo implemented this judgment with a ruling on publication dated 14 September 2021, the FAC on 15 December dismissed a further appeal against the ruling (see Section 3.3.2).

### 3 Activities in Individual Sectors

#### 3.1 Construction

##### 3.1.1 Bid rigging

On 27 April 2021, the Secretariat opened an investigation into possible agreements affecting carriers of goods and waste in the canton of Valais. The Secretariat has received indications that several transport companies of goods and waste in the canton of Valais have entered into bid rigging agreements. In one tendering procedure for waste collection and disposal, it is alleged that transport companies coordinated their bids. The Secretariat conducted several searches of business premises. The case is currently in the investigation phase.

In June 2020, the Secretariat opened an investigation in the canton of Graubünden in the **Moesa** region. There are indications of bid rigging involving several companies in the construction and civil engineering sector. The case involves both private and public construction projects. The investigation was extended in June 2021 to include three further companies (two based in Ticino and one in the Moesa region), with searches of business premises being conducted simultaneously. The case is currently in the investigation phase.

In the summer of 2019, ComCo concluded the final two of ten investigations in the **canton of Graubünden**. In each of the Engadin I, II, III, IV, U, Q and road construction cases, some of the parties appealed to the FAC. The exchange of written submissions with the FAC has basically been concluded, and the FAC has issued three decisions in the road construction case (see Section 2.2). The FAC is expected to issue further decisions in 2022.

In the summer of 2021, the Secretariat opened a preliminary investigation into several companies that may have coordinated their bids for **fire protection walls** in a single tendering procedure. The case is currently in the investigation phase.

Three appeals are currently pending before the FAC against the ComCo decision of July 2016 that in several hundred tendering procedures between 2002 and 2009, eight road construction and civil engineering companies in the districts of **See-Gaster (SG) and March and Höfe (SZ)** had unlawfully agreed on prices. The FAC dis-

missed one case after the corresponding appeal was withdrawn in 2020.

In relation to the ComCo decision on **roads and civil engineering in the canton of Aargau**, a decision was still pending until spring 2021 before the FSC on whether procurement bodies were allowed access before the ruling on sanctions becomes legally enforceable to the unredacted version of a decision and the related files for the purpose of filing claims for damages. The FSC answered the question on 18 March 2021, upholding ComCo's decision (see Section 2.2). Subsequently, ComCo was able to deal with the five requests for access that had been suspended pending this decision. These requests for access relate to the ComCo decision on bid rigging in the See-Gaster case and two decisions in the canton of Graubünden. ComCo dealt with some of the requests for access on 6 December 2021. The applicants and the construction companies concerned have the option of filing an appeal with the FAC.

### 3.1.2 Building materials and landfills

On 7 June 2021, ComCo opened an investigation into **Deponie Höli Liestal AG**. ComCo has received reports that the company holds and has abused a dominant position in the landfill business in the Basel area. There are indications that Deponie Höli has in the past charged its own shareholders lower prices than other customers and has refused to accept waste material from certain customers. The case is currently in the investigation phase.

In January 2015, ComCo opened an investigation into several companies in the building materials and landfill industry in the Bern area. The investigation was divided into two cases (KTB-Werke and KAGA) for reasons of procedural economy. ComCo concluded the smaller **KTB-Werke case** on 10 December 2018 with sanctions. This decision has been appealed to the FAC and the exchange of written submissions has reached an advanced stage. The larger of the two investigations, **KAGA**, is in its final stages. It is planned to issue the parties with the Secretariat's proposed decision in the summer of 2022 for their comments. ComCo's decision is expected at the end of 2022.

On 5 March 2019, ComCo opened an investigation into **two surfacing works** in the canton of Bern and against the shareholders of one of the two surfacing works. This investigation has its origins in the **KAGA** case opened in 2015. It was concluded on 6 December 2021 with a ComCo decision (see Section 2.1).

### 3.1.3 Various activities

The Secretariat dealt with eleven reports in the construction sector as part of market monitoring procedures, provided advice on two occasions, and assessed one merger. In addition, several awareness-raising events were held in 2021 (training/raising awareness for federal and communal procurement officers, CAS course at the University of Bern). In the environment sector, the Secretariat participated in around 15 consultation procedures organised by the Administration.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Financial services

In the report year, progress was made towards concluding the ordinary procedure in the two IBOR investigations on **EURIBOR** and **Yen LIBOR / Euroyen TIBOR** and the investigation into agreements affecting competition related to **foreign exchange spot transactions** between banks (**Forex**). These sequentially hybrid investigations were the subject of various decisions from the ComCo Chamber for Partial Rulings in the past in which various amicable settlements including sanctions were approved, thereby concluding the investigations against the parties concerned at an early stage.

The **Boycott Apple Pay** investigation was continued in 2021. In the report period, the FSC overruled three judgments by the FAC and decided that former senior managers of companies and other entities under investigation can be questioned as witnesses without restriction (see Sections 2.2 and 3.6). These FSC judgments are of major practical importance for the investigative activities of the competition authorities (see Section 3.6).

In the investigation into **Mastercard** for possible obstruction of the National Cash Scheme (NCS) run by SIX, ComCo ordered interim measures, which Mastercard challenged by appealing to the FAC. In an initial interim decision, the FAC reinstated the suspensive effect of the appeal that ComCo had previously revoked, commenting that a decision would be taken on the urgency of the interim measures at a later date (see Sections 2.1 and 2.2). The investigations are ongoing.

**Cashless payment transactions** with payment cards is a constant issue for the competition authorities. Once again in this report year numerous enquiries were received from members of the public and the media, in particular with regard to the charging schemes applied by Mastercard and Visa for their new generation of debit cards. The Office for Price Surveillance and the ComCo Secretariat have opened proceedings on this question. In addition, the Secretariat examined whether the introduction of new licence fees and the increase in existing fees for participating in the card schemes offered by Mastercard or Visa are compatible with the Cartel Act. The Secretariat also continued with the preliminary investigation into Visa's Virtual User Commercial Account solution and into the question of whether the interchange fees incurred in connection with it are covered by the amicable settlement that ComCo reached in 2014 with credit card issuers and merchant acquirers. Lastly, the Secretariat continued the preliminary investigation into interchange fees in the cross-border sector.

On 20 January 2021, the Federal Council instructed DETEC and the FDF (FFA) to draw up, by the end of the year, specific proposals for developing the **universal provision of postal and payment services** in light of the digital revolution. The independent and interdisciplinary panel of experts appointed for this purpose invited the ComCo Secretariat to a hearing in November 2021

on the competition-related aspects of their task. The Secretariat is unable to identify any market failure in relation to payment services. From a competition point of view, no statutory requirement for the universal provision of payment services is required. Payment services are also offered appropriately in other countries without any need for an express universal service mandate.

Lastly, in the financial services sector, various company mergers were assessed and authorised in phase I.

### 3.2.2 Healthcare

The case relating to **off-list medicines** – specifically Cialis, Levitra and Viagra – reached its conclusion in the report year – following an initial FSC judgment from 2015. The pharmaceutical companies Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA and Bayer (Schweiz) AG had issued recommended retail prices (RRPs) for these medicines to wholesalers and retailers (pharmacies and self-dispensing doctors). The majority of retailers followed the ‘price recommendations’ made available to them via the e-mediat AG database through their checkout systems when the barcode was scanned. The FSC held that it was proven that there were vertical fixed price agreements between the manufacturers and with retailers that applied the RRP. It thereby confirmed the ComCo pilot decision from 2009 in connection with price fixing agreements and set the course for ComCo’s future practice on this question.

The investigation opened in September 2019 into several Swiss and foreign companies involved in the production, distribution and sale of the active pharmaceutical ingredient **scopolamine butylbromide** was continued. The investigation will examine whether the indications of the unlawful coordination of sales prices for the agent at an international level and of an allocation of international markets are substantiated.

In the healthcare sector, the Secretariat received miscellaneous **requests for advice**. The enquiries related to matters ranging from the possibility of introducing tariff structures in supplementary insurance, via the permissibility of tariff negotiations by health insurance companies to rules on a clearer allocation of territories for home care service companies (Spitex) and a plan for the effective organisation of COVID tests in government offices and businesses. In order to respond to all these questions, arrangements were made with those concerned either to have brief discussions in the form of meetings or provide brief written opinions.

In addition, ComCo was called on to assess a range of **company mergers** in the healthcare sector: Astorg/Nordic Capital/Novo/Bioclinica, CSS/Visana/Zur Rose/medi24/WELL and Advent/Eurazeo/Hoist. The Secretariat also dealt with more than 150 **consultation procedures** related to the healthcare sector and numerous **enquiries from members of the public**.

### 3.2.3 Liberal professions and other services

The case relating to **installation and electrical services in the Geneva region** was concluded with eight companies signing an amicable settlement, which was confirmed by ComCo on 10 May 2021. The decision has taken full legal effect. This investigation uncovered

around 130 horizontal agreements that were concluded between 2013 and 2018 (see Section 2.1).

In the investigation into **automobile leasing**, Ford Credit, the last remaining party under investigation in the ordinary procedure, appealed ComCo’s decision concluding the proceedings dated 10 May 2021 to the Federal Administrative Court (see Section 2.1). Previously, the ComCo Chamber for Partial Rulings had concluded proceedings against the eight other parties with amicable settlements in a partial ruling dated 26 July 2019. One of these parties, FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat), raised an action and appeal against the partial ruling. While the Federal Administrative Court dismissed the FAC action in 2020, the appeal remains pending before the Federal Administrative Court.

In addition, the Secretariat has been involved in several cases relating to **digitalisation** that are discussed at the end of this report. It also conducted several proceedings in the **field of sport**. In relation to **skiing**, relations between the tourist office in Zermatt and various ski schools were analysed. As the investigation failed to substantiate specific instances of discrimination against certain ski schools, it was closed without further action. Also in relation to skiing, the ‘Snow Sports Campaign (Action sports de neige)’ launched by the Canton of Valais was analysed following a complaint of possible unequal treatment of the ski schools that potentially benefit from the campaign. The campaign aims to promote snow sports and grants subsidies to primary schools in Valais to fund ski trips or similar events organised in the canton. ComCo worked with the service concerned in the canton of Valais to adapt ‘Action sports de neige’ in order to avoid any possible distortion of competition. The Secretariat also analysed subsidies for **tennis halls** in the canton of Zurich. According to a complaint received by the Secretariat, the cantonal sports fund, which is used to subsidise various sports projects, had treated businesses in a discriminatory manner when compared with non-profit clubs. In view of the fact that the cantonal parliament had chosen to make a distinction between profit and non-profit activities and that the cantonal body responsible for awarding subsidies systematically carries out a thorough analysis of the applications in order not to distort competition, it was possible to close the case without taking any further action. In relation to **ice hockey**, the Secretariat was asked for advice by the National Ice Hockey League (National League AG) on the introduction of its ‘Financial Fair Play’ system. This system aims to limit the total salaries paid to team members in the National League, firstly in order to increase the financial stability of the clubs and secondly in order to support a balance of power within the league, all with the aim of increasing the attractiveness of the sport. The analysis indicated that this system could have constituted a price agreement in that the limited salaries were negotiated between club representatives only. The Secretariat therefore expressed its reservations about this system, suggesting that other options with less impact on competition were possible. Finally, in relation to **motorsport**, the Secretariat received a complaint against the Association Auto Sport Schweiz (ASS). The ASS has been designated by the Fédération Internationale de l’Automobile as the national governing organisa-

tion for motorsport and karting in Switzerland. As part of its activities, the ASS ensures that motor sport competitions are fair and comply with the rules laid down by the FIA. The case was not pursued, as private interests are primarily at stake, which meant that the matter had to be brought before the civil courts.

### 3.3 Infrastructure

#### 3.3.1 Telecommunications

In September 2021, ComCo opened an investigation into Swisscom and its subsidiary Directories in relation to **online directory services**. Directories is the publisher of the printed telephone book and runs the two online directory services 'local.ch' and 'search.ch'. In spring 2019, Directories introduced the standard product 'SWISS LIST', thus fundamentally changing the prices and conditions for adding or changing a telephone book entry. Until then, businesses could amend their entries individually in order to add information. With the introduction of 'SWISS LIST', various products and services are only offered as part of a package. ComCo is investigating whether and to what extent this has hampered competitors and been detrimental for customers.

The investigation into **Swisscom's network expansion strategy** made further progress. The interim measures in relation to this ordered by ComCo in December 2020, which prohibit Swisscom from stopping competitors from gaining access (Layer 1-access) to the infrastructure as the optical fibre network is expanded, was confirmed by the FAC in a judgment dated 30 September 2021. Swisscom referred the matter to the FSC, which rejected its application to restore the suspensive effect of the appeal at the end of 2021 (see Section 2.2).

The investigation opened in 2020 into Swisscom in relation to **broadband access for business locations (WAN connection)** continued, primarily by collecting and evaluating additional data.

ComCo fined Swisscom in 2015 for abusing a dominant position by way of a so-called **margin squeeze** related to an invitation to tender for networking post offices. The FAC largely confirmed ComCo's decision in its judgment of 24 June 2021, making only minor changes to the amount of the fine. Swisscom has referred the matter to the FSC (see Section 2.2).

The FAC confirmed in its judgment of 16 February 2021 the ComCo decision of 11 December 2017 against **Naxoo SA** for abusing a dominant position in relation to cable connections in the city of Geneva. The FAC reduced the fine imposed by ComCo from CHF 3.6 to around 3.25 million, as the court based its calculation on slightly lower sales figures. Naxoo SA has appealed against this judgment to the FSC (see Section 2.2).

#### 3.3.2 Media

In relation to **marketing and placing cinema advertising**, a market monitoring procedure was opened in response to a report from an advertising agency in order to identify any abuse of a dominant position. Here, the main question is whether any other cinema advertising agencies or intermediaries are being prevented from entering the market or competing.

ComCo was required to assess three **planned mergers** in the media sector. In the case of TX Group / Acheter-Louer.ch and in TX Group / Immowelt Schweiz, the TX Group AG intended firstly to acquire Acheter Louer.ch & Publmmo Sàrl and secondly part of the Swiss business of Immowelt AG. The analysis in the preliminary investigations revealed that there were no (or scarcely any) indications that a dominant position would be established or consolidated by the two planned mergers. In the case of Aventinus / Heidi Media, the Fondation Aventinus intended to take over Heidi Media SA. Here, ComCo's assessment in the preliminary examination allowed the green light to be given.

The decision issued by ComCo in 2020 relating to the live broadcast of **ice hockey matches on pay-TV**, which fined UPC around CHF 30 million, is still pending before the FAC. In the report year, an exchange of written submissions took place. Likewise, the decision that ComCo issued in 2016 against Swisscom, which sanctioned Swisscom for a similar practice in the transmission of live sport (football and ice hockey) is also pending before the FAC.

The FAC partly allowed the appeal against the ruling on publication of 27 May 2015 in relation to the publication of the final report of 12 November 2014 on the abandonment of a preliminary investigation into **TV marketing and radio advertising services** in a judgment dated 16 April 2021. Essentially, further redactions and anonymisations had to be made to the final report. However, the FSC dismissed the appeal by the company concerned in a judgment dated 9 June 2021. To implement the FAC's judgment, ComCo issued a new ruling on publication on 14 September 2021, in response to which yet another appeal was filed in the FAC. The FAC dismissed this appeal in a decision dated 15 December 2021. In the same case, the FAC also rejected a further appeal in which ComCo's decision relating to rejection of an application for reconsideration had been challenged (see Section 2.2).

The FAC had decided on 21 September 2020 to refer a ruling on publication back to ComCo for the further redaction and anonymisation of an **opinion on a planned merger**. The appeal raised by one party to the merger was dismissed by the FSC on 19 October 2021, which confirmed that the ComCo opinion to be published no longer disclosed any trade secrets and also that publication was not contrary to the data protection regulations (see Section 2.2).

In the case of another planned merger, on 6 October 2020 the FAC rejected the appeal of a party to the merger against the fixed fee of CHF 5,000 to be paid for the preliminary investigation and thus upheld ComCo's **extensive interpretation of Article 9 paragraph 4 Cartel Act**. The FSC rejected the appeal against this decision in its judgment of 23 September 2021 and found that the fixed fee is payable irrespective of whether there is a duty to report (see Section 2.2).

#### 3.3.3 Energy

The Secretariat is conducting several market monitoring procedures related to the issue of **using data originat-**

ing from a monopoly sector in order to establish whether there is any abuse of a dominant position.

In relation to the preliminary investigation abandoned in August 2020 into the use of data originating from a monopoly sector for activities in other markets, the **publication of the final report** is in dispute. The decision issued by the Secretariat on 23 September 2021 has been appealed by the electricity grid operator concerned to the FAC.

In the electricity sector, both the Secretariat and ComCo were requested on several occasions to provide opinions in various consultation procedures. ComCo advocated in particular a prompt and full liberalisation of the market for the supply of end customers and for metrology, the possibility of changing during a year and a market-oriented, competition- and technology-neutral system to guarantee the expansion of renewable energy sources. In addition, in the area of national economic supply, ComCo requested that, in the event of public tasks being transferred from the Energy Section, an actor that is legally and professionally separate from the gas industry and completely independent should operate the monitoring system for observing the supply situation, collect the data required for this purpose and make this data available to the Energy Section.

### 3.3.4 Transport

In relation to freight forwarding and logistics, ComCo was called on to assess the **planned merger** between DSV Panalpina and Agility Global Integrated Logistics. Here DSV Panalpina A/S intended to acquire Agility Logistics International B.V. and Agility International GIL Holdings I Limited from Agility Public Warehousing Company K.S.C.P. The assessment made in the preliminary examination resulted in ComCo allowing the merger.

The FAC has still to issue a decision in the appeal proceedings in the case relating to **air freight**. Various parties have appealed to the FAC against the ruling of 2 December 2013, which led to sanctions totalling around CHF 11 million being imposed on 11 airlines for entering into horizontal price-fixing agreements. Also in dispute in this case was whether and to what extent the ruling of 2 December 2013 could be published. Following the FAC's decision to refer the matter back to ComCo on 12 November 2018, ComCo ordered the publication of a revised version of the ruling. This decision was once again appealed to the FAC, but the appeals were all dismissed in their entirety in 2020. Four of these judgments were appealed to the FSC. The FSC in judgments dated 27 October 2021 rejected all these appeals in their entirety, insofar as it actually considered them (see Section 2.2).

In relation to regional passenger transport and multi-modal mobility, the Secretariat was on several occasions asked to provide opinions as part of the **office consultation procedures**. In connection with promoting multi-modal mobility, the Secretariat has repeatedly advocated non-discriminatory and timely access to public transport marketing infrastructure for external mobility facilitators.

### 3.3.5 State aid

In the report year, ComCo was required to assess a case relating to **state aid under the Air Transport Agreement (ATA)** based on the Aviation Act. The Canton of Geneva intends to grant Geneva Airport a credit amounting to a maximum of CHF 200 million in the event of a crisis due to the corona pandemic, so as to guarantee the required liquidity for maintaining and continuing operations. The Canton of Geneva submitted a related draft law to ComCo. ComCo examined the planned support measures with regard to their compatibility with the Air Transport Agreement. In its opinion of 5 July 2021, it concluded that the planned law would only be compatible with the ATA if the instalments of the loan were paid in accordance with the terms set out in the memorandum to the law and the ComCo opinion. The Geneva Cantonal Parliament must now take account of the results of this review in approving the draft law, i.e., in its decision on granting the aid.

### 3.3.6 Other sectors

Swiss Post AG withdrew its appeal to the FAC against ComCo's decision of 30 October 2017 in the case of **business customer pricing systems for addressed postal deliveries**. The FAC subsequently dismissed the appeal on 24 August 2021 as it no longer required consideration. Accordingly, ComCo's decision to impose a sanction of around CHF 22.6 million on Swiss Post for the abuse of a dominant position has become legally binding.

## 3.4 Product markets

### 3.4.1 Vertical agreements

On the subject of '**Switzerland as an island of high prices**', the Secretariat conducted some ten market monitoring procedures in response to suspicions of price-fixing agreements and market foreclosures. In several cases, contracts were revised and circulars sent to sales partners in order to achieve clarity and prevent misunderstandings.

In June 2021, ComCo concluded the investigation into **Pöschl tobacco products** amicably and fined the German manufacturer Pöschl Tabak GmbH for unlawful export bans in its distribution agreements (see above Section 2.1).

### 3.4.2 Consumer goods industry and retail trade

Enquiries as part of the investigation into a possible **demand-side cartel of trading companies** continued. Following the opening of the investigation in 2020, one party filed an appeal with the FAC against the search of premises and requested the sealing of the data seized. The Federal Criminal Court (FCC) agreed to ComCo's request to remove the seals in February 2021 and the FAC rejected the appeal against the search of premises in March 2021 (see Section 3.6). The judgments are not yet legally binding.

A monitoring of the market in 2020 led to the opening of a **preliminary investigation into Coop payment pro-**

**cesses** in January 2021. In the course of the *market monitoring*, Coop assured the Secretariat in the summer of 2020 that it did not force its suppliers to bill their deliveries to Coop through Markant Handels- und Industrie-waren-Vermittlungs AG. If a supplier decides not to bill via Markant, Coop claims it would under no circumstances use that decision as a reason to remove the supplier from Coop's list of business partners, but would try to negotiate a solution with the supplier concerned in line with the partnership approach cultivated so far towards the suppliers. As the Secretariat had received allegations of conduct that was contrary to the assurance given by Coop, it opened a *preliminary investigation*, focusing on the suspicion that Coop exerts pressure on suppliers so that they now bill their deliveries to Coop via Markant, a process that is subject to a charge. As an alternative to billing via Markant, Coop has offered suppliers a more expensive individual billing option via Coop. The preliminary investigation will clarify whether there are any indications of the abuse of a dominant position.

### 3.4.3 Watch industry

In May 2021, the Secretariat opened a *preliminary investigation* into the **Swatch Group** and its subsidiary Nivarox, whose products include assortments (the regulating components of a mechanical watch movement). In an order dated 21 October 2013 in the Swatch Group Supply Stop case, ComCo found that Nivarox holds a dominant position in the market for mechanical assortments manufactured in Switzerland. The preliminary investigation focuses on the conduct of Nivarox in relation to the supply of assortments to customers outside the Swatch Group. The preliminary investigation aims to establish whether there is any evidence that the Swatch Group or Nivarox has abused its position in the market and has thus acted unlawfully, in particular by restricting the quantities that may be ordered or by making unjustified increases in prices.

In June 2021, ComCo fined two companies CHF 20,000 each for **violating the obligation to provide information** (Art. 52 Cartel Act) in the course of the reassessment proceedings in the Swatch Group Supply Stop case. The decisions have been challenged.

### 3.4.4 Automotive sector

The investigation continued in the case of **Concessionari VW**, which was opened in June 2018 and expanded in December 2019. The subject of the proceedings are suspected unlawful price and market allocation agreements between authorised dealers of Volkswagen Group vehicles in the canton of Ticino. In December, the Secretariat sent the parties its draft decision for comment. The ComCo decision is expected in 2022.

The Secretariat regularly responded to enquiries about compliance with the **rules of the MV Notice**. In various cases, the Secretariat made it clear that the statutory guarantee and the manufacturer's warranty do not lapse if consumers have their vehicle repaired or serviced by an independent workshop and the relevant work is properly carried out. Consumers are therefore not required to have their vehicles maintained or repaired while under warranty exclusively by workshops within

the authorised network. In addition, access by independent workshops to technical information and original spare parts for repair and maintenance work may not in principle be restricted by agreements affecting competition.

### 3.4.5 Agriculture

The Secretariat took part in around 50 office consultation procedures that relate to agriculture in 2021. In addition ComCo approved the merger between *Swissgenetics and New Generation Genetics* in relation to bull semen. As the merger had not been reported as was required under Article 9 paragraph 4 Cartel Act, the Secretariat opened an **administrative penalty procedure** in September 2021 in accordance with Article 51 Cartel Act by agreement with the ComCo presiding committee.

## 3.5 Internal market

The Federal Act on the Internal Market (IMA) guarantees the **free exercise of professional activities** throughout Switzerland. This is ensured by granting a right of access to the market if the provisions of the place of origin of the product are satisfied, through public tendering for the transfer of monopolies to private entities, and by maintaining legal minimum requirements for cantonal and communal procurements. At the start of 2021, the revised law on public procurement came into force. In view of this, ComCo **focused** its internal market activities on public procurements by cantons and communes.

ComCo filed an appeal with the Canton of Zurich Administrative Court in relation to the public bidding procedure organised by a commune for a contract for renovating a **swimming pool**. The appeal was upheld on 26 August 2021, the court largely following ComCo's arguments (see Section 2.2). The court held there had been a breach of the cantonal law on public procurement (rules on recusal and prior involvement) and a violation of the ban on discrimination under the Internal Market Act. The competition authorities are aware of reports that similar scenarios, where those involved in preparatory planning activities are at the same time involved in submitting offers, frequently arise in cases of public invitations to tender. Such dual roles can lead to restrictions of competition and access to the market, as other providers are not given a fair chance to win the contract. Following the swimming pool case, the Secretariat ran a preventive campaign involving over 90 communes to raise awareness of this difficulty.

On 30 March 2021, ComCo issued a recommendation that the **purchase of electricity** at cantonal and communal level be made subject to the law on public procurement and a public tendering process. Up to now, there have been hardly any public invitations to tender for electricity purchases. In ComCo's view, the purchase of electricity by a public authority is governed by the law on public procurement, in part in view of the revised law on public procurement which came into force at the start of 2021. For example, a public invitation to tender is required when selecting an electricity provider for administrative buildings or public transport. Utility companies also have to invite public bids for the purchase of electricity for end customers in terms of the universal provision of services. Public invitations to tender make it pos-

sible to choose between several electricity providers and permit more providers to have access to the market. In the course of the year, the competition authorities received numerous enquiries about the ComCo recommendation and discussed the recommendation with various actors. Some issues will have to be decided by the courts.

The Secretariat carried out a market monitoring procedure in the French-speaking part of Switzerland in response to a report from a vehicle recovery company concerning the **towing of motor vehicles**. The Secretariat concluded that the collaboration of the Canton concerned with a specific group of garage proprietors without a public invitation to tender did not comply with internal market law. The Secretariat therefore invited the Canton to issue a ruling that there was no invitation to tender as this amounted to a restriction on market access. ComCo could then appeal against the ruling. The Canton chose not to issue a ruling, but decided to conduct a public tendering process for future vehicle recovery services.

The right of free access to the market has as its basic principle the right to offer goods and services anywhere in Switzerland provided the person concerned is permitted to carry on the same professional activity at their place of origin. The Internal Market Act provides a simple, rapid and free of charge procedure for granting access to the market. Any official review of access to the market must therefore be carried out without costs being imposed. In a case relating to **security firms** in the French-speaking part of Switzerland, fees were charged by the cantonal executive authority concerned for extending a licence, even though the company concerned drew attention to its existing licences in other cantons of origin and to the requirement not to charge fees under the IMA. Both ComCo and the parties concerned filed appeals against this charging of costs. The cantonal authority allowed ComCo's appeal in a decision dated 7 May 2021 and held that charging fees was contrary to the requirement in the Internal Market Act that costs should not be imposed.

ComCo submitted opinions in two appeal proceedings before the FSC based on the Internal Market Act. In the first opinion dated 25 May 2021, ComCo took the view that the Internal Market Act also applies to penalties imposed under the law on public procurement, but that there had been no violation of the IMA in the case in question. In a second opinion dated 25 October 2021, ComCo stated in relation to the use of **tourist tax revenues** that the Internal Market Act also applies to positive support payments such as subsidies or aid if these payments lead to restrictions on market access.

In addition, at the request of a cantonal court, ComCo provided an expert opinion on the issue of whether public invitations to tender based on the Internal Market Act were required in connection with the **Gateway Basel North** project. The Internal Market Act provides that transferring the use of cantonal and communal monopolies to private entities requires a tendering procedure. ComCo comments on the legal issues this raises in its expert opinion of 6 December 2021. This and the two FSC appeal proceedings mentioned are still pending.

### 3.6 Investigations

In 2021, two searches of business premises were carried out. The first took place in April and related to allegations of agreements among transporters of goods and waste in the canton of Valais (see Section 3.1.1). The second was carried out in June as an extension of the investigation into alleged bid rigging in the construction industry in the Moesa region and also related to companies in the canton of Ticino (see Section 3.1.1). Both operations were carried out in compliance with COVID-19 protective measures.

On 8 March 2021, the FSC decided on the long disputed question of which former and current company employees and managers can claim the right to remain silent when questioned (*nemo tenetur*) and thus refuse to provide a statement. In its landmark decision, the FSC held (1) that in cartel sanctions proceedings, which are similar to criminal proceedings, companies may invoke the principle of *nemo tenetur* (right to remain silent); (2) that de facto and formally appointed senior managers may exercise the right to remain silent of a legal entity; and (3) that all other persons may be questioned without restriction; i.e., in particular former managers and all other current and former employees of the company. This judgment is very significant as far as the competition authorities' investigative activities are concerned. The limits that the FAC had imposed for the questioning of former senior managers have been set aside. In addition, in two further judgments, the FSC held that the FAC should not even have considered the appeals against summonses, as they did not meet the requirement of an irretrievable disadvantage.

In the report year, a company filed both an objection with the Federal Criminal Court (FCC) and an appeal to the FAC for the first time in connection with a search of business premises. Both courts reviewed the search of business premises independently of each other and concluded that they were lawful. The company appealed both judgments to the FSC, which can now also rule on the relationship between the two legal remedies (see Section 3.4.2). The competition authorities argued in the FAC that in the case of the sealing of documents – even if only partial – the procedure before the FCC should take precedence over the appeal proceedings before FAC, so that an inefficient duplication of appeal proceedings and the risk of contradictory judgments can be avoided. Furthermore, in another procedure for removing the seals on documents, the FCC held that a search of business premises that was carried out in the investigation into bid rigging in the Moesa region (see Section 3.1.1) was lawful and approved the removal of the seals. An appeal to the FAC on the same matter is pending.

The possibility of setting a marker for a voluntary report by means of an electronic form on the ComCo website (an 'e-Marker'), introduced in the second half of 2020, has proven its value and was regularly used in 2021.

### 3.7 International

**EU:** The cooperation agreements between Switzerland and the EU on competition law encourage the discussion of experiences and facilitate close cooperation and coordination in investigations, including the exchange of

evidence. In practice, this exchange is extremely valuable, even if it can only be done under restrictive conditions. In the report year, ComCo and the EU's Directorate-General (DG) for Competition exchanged evidence in one parallel investigation. Already in the run-up to opening this investigation in the EU and in Switzerland, searches of business premises were coordinated. In various other investigations, the case managers at ComCo were in contact with their counterparts at DG Competition in order to discuss procedural and substantive issues. In merger proceedings based on parallel reports in Bern and Brussels, technical and material issues were discussed. Furthermore, where changes to acts, ordinances and guidelines are in the pipeline, an exchange between the authorities can bring clarity. For example, ComCo consulted colleagues in Brussels with regard to the revision of the Vertical Block Exemption Regulation, and was consulted by them in connection with the revision of the Horizontal Guidelines. For specific questions on the application of EU competition law, such as the assessment of purchasing alliances in the retail trade, the Competition Commission contacted specialists in the EU.

**Germany:** At the end of 2017, Switzerland and Germany began talks on a cooperation agreement on competition matters. The agreement envisaged relates to administrative assistance between ComCo and Germany's Federal Cartel Office in connection with unlawful restraints of competition and company mergers under the respective competition laws of the contracting parties. The content of the draft agreement negotiated with Germany in the intervening period corresponds to a large extent to the cooperation agreement with the EU. When the agreement with Germany will be signed remains unclear in view of the elections to the German parliament in September 2021. The Federal Council will thereafter submit the agreement to Parliament for approval.

**OECD:** Once again the two annual meetings of the OECD in June and in December were held virtually this year. As it was not necessary to travel to Paris, more ComCo employees were able to benefit from direct participation in the debates. In particular, the following topics were discussed: 'Competition enforcement and regulatory alternatives', 'Data portability, interoperability and competition', 'Methodologies to measure market competition', 'Competition issues in books and e-books', 'Environment consideration in competition enforcement', 'Ex ante regulation and competition in digital markets' and 'News media and digital platforms'. At the Global Forums, the focus was on 'Economic analysis and evidence in abuse cases'. ComCo again played an active part in the discussions, for example with a contribution on a books case in which it had fined ten wholesalers of books in French for restricting parallel imports. In addition, ComCo also contributed actively to the revision of various OECD recommendations, such as those on international cooperation and on combating bid-rigging.

**ICN:** On 5 October 2021, ComCo met the Non-Governmental Advisors (NGA) appointed last year for the annual discussion. Discussions focused on the latest topics following the agenda of this year's ICN annual conference, which was held from 13 to 15 October 2021 in Budapest. Representatives of the authorities and the

Swiss NGAs took part online in selected blocks of the event. ComCo took part in the question round on the main theme of this year's ICN annual conference, 'Sustainable development and competition law'. In addition, ComCo was involved in producing various ICN information sheets. This year, the focus was on preparing and publishing a report from the Unilateral Conduct Working Group on the subject of 'Theories about damage and remedies in digital markets'. In compiling the report, the working group questioned competition authorities and NGAs.

**UNCTAD:** In July 2021, ComCo participated virtually in the UNCTAD annual conference. In addition, ComCo took part alternately with SECO in the video conferences of the newly established working group on cross-border cartels, providing the Swiss perspective. The aim of the working group is to increase cooperation on combating cross-border cartels and in particular to thereby provide better support for smaller and more recently established competition authorities.

**World Bank:** In the second half of the year, ComCo was involved in the 'Competition Policy Implementation Review in Ukraine – International Practice', a SECO-funded development project in Ukraine. The project was conducted jointly with the International Finance Corporation (IFC), an institution in the World Bank Group responsible for private sector development. In November 2021, ComCo and the Ukrainian competition authority, the AMCU, held a virtual two-day capacity building workshop. The workshop centred on a practical exchange of experiences between competition authorities focusing on screening, i.e. methods of detecting cartels by means of bid data. The workshop was very well received, with a total of over 80 participants. In addition, ComCo supported the IFC with a project study by providing the view of a competition authority and highlighting the issues and challenges of competition law that are currently being discussed at an international level.

### 3.8 Legislation

In the final vote on 19 March 2021, the Council of States and National Council adopted the indirect counterproposal to the 'Fair Prices Initiative'. The new provisions (Art. 4 para. 2<sup>bis</sup> and Art. 7 para. 1 and para. 2 lit. g), which introduce of the concept of **relative market power** in the Cartel Act, came into force on 1 January 2022. The ComCo Secretariat started the implementation work in the early summer of 2021. It drew up an implementation plan and a **factsheet**, which it published on 14 December 2021. The key information on the factsheet is as follows:

- A company has relative market power if other companies are dependent on it for the supply of or demand for goods or services in such a way that there are no adequate and reasonable opportunities for switching to other companies. Companies can file a report with ComCo if they are prevented from competing or disadvantaged in competition in this way. A company with relative market power acts unlawfully, for example, if it refuses without justification to supply a manufacturer with components that it is reliant on. An abuse can also arise where a company with relative market power prevents another company from

purchasing a product that is offered both in Switzerland and abroad on the foreign terms.

- In order for ComCo to be able to take action at all, it is dependent on information provided by the companies concerned. To make it easier for them to file a report, ComCo has published a factsheet and a notification form.
- With this revision of the law, the previous prohibition of abuse under competition law is extended to companies with relative market power. Companies will not be fined for violations of the new provisions. However, the Competition Commission can impose obligations on them to act or to cease and desist.

The current status of **parliamentary proposals** with regard to the Cartel Act is as follows:

- The **Bischof Motion** of 30 September 2016 'Ban adhesion contracts between online booking platforms and the hotel industry' (16.3902) has been approved by both Councils. The Federal Council on 17 November 2021 approved the draft act and the dispatch on the amendment to the Federal Unfair Competition Act (UCA): by classifying price parity clauses as unlawful GCBs and thus as null and void, price fixing clauses in contracts between online booking platforms and accommodation providers will be prohibited.
- The Councils have accepted two of the four points in the **Fournier Motion** of 15 December 2016 'Improve the position of SMEs in competition proceedings' (16.4094), namely the introduction of deadlines for competition law administrative proceedings and the reimbursement of party costs even in first instance administrative proceedings. The Federal Council included these points in the Cartel Act revision bill and opened the consultation procedure in November 2021.
- The **Pfister Motion** of 27 September 2018 on the 'Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector' (18.3898) demands that the Federal Council enact an ordinance to protect consumers and SMEs from practices in the motor vehicle sector that distort competition. After its acceptance by the National Council in September 2020, the motion is now before the Council of States.
- The **Nantermod Motion** of 12 December 2018 on 'Fair and effective procedures in competition law' (18.4183), which called for changes to the procedural rules on inspecting files and compulsory fees in preliminary investigations, was rejected by the National Council in December 2020 and is therefore concluded.
- The **Français Motion** of 13 December 2018, 'The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition' (18.4282), which calls for an amendment to Article 5 Cartel Act, was approved by the Council of States and afterwards also by the National Council in June 2021. The Federal Council included the required amendment in the Cartel Act revision bill and opened the consultation procedure in November 2021.

- The **Bauer Motion** of 14 December 2018, 'ComCo investigations: the presumption of innocence must take precedence' (18.4304) demanded the repeal of Article 28 Cartel Act, which provides for the public announcement of the opening of an investigation, including naming the parties. The motion was abandoned in December 2020.
- The **Molina Postulate** of 9 May 2019, 'Strengthen merger controls in the case of direct foreign investments' (19.3491), was rejected by the National Council in June 2021 and is therefore concluded.
- The **Noser Interpellation** of 28 September 2021, 'Comprehensively modernise the Cartel Act' (21.4108), urged a reform of the competition authorities' institutional structures and asked the Federal Council related questions. It was dealt with in December 2021 in the Council of States without debate and is now concluded.
- The **Wicki Motion** of 30 September 2021, 'Safeguard the principle of investigation – No reversal of the burden of proof in the Cartel Act' (21.4189), aims to clarify the Cartel Act, in particular by strengthening the principle of investigation in such a way that the Act also applies the constitutional presumption of innocence. The Federal Council called for the motion to be rejected because the irregularities in applying the law that the motion criticises do *not* occur and because the Cartel Act already includes the requirements called for with regard to the presumption of innocence. Nevertheless, the motion was approved in December 2021 by the Council of States and will probably be debated in the National Council in 2022.
- Several additional parliamentary proposals related to competition and state-affiliated or state-owned enterprises and access to closed markets, in particular the **Caroni Motion** (15.3399), the **Schilliger parliamentary initiative** (17.518), the **Caroni Postulate** (19.3701), the **EATC-S Postulate** (19.4379), the **Caroni Motion** (20.3531), the **Rieder Motion** (20.3532) and the **Sauter Interpellation** (21.3472).

The Federal Council is planning a **partial revision of the Cartel Act** in which the main points are the modernisation of the merger control procedure, consolidation of civil competition law and improvements to the opposition procedure. The revision will include the two demands in the Fournier Motion just mentioned, namely official processing times and the award of legal costs in proceedings before ComCo, and the Français Motion relating to cartel agreements. In November 2021, the consultation procedure began. The GS-EAER and SECO share overall responsibility for the partial revision of the Cartel Act within the Administration. The ComCo Secretariat plays a part in this work.

## 4 Organisation and Statistics

### 4.1 ComCo, Secretariat and statistics

In 2021 ComCo held eleven full or half-day plenary sessions (including six online). At these meetings, it took decisions on matters related to the Cartel Act and the IMA. More details on these can be found in the statistics below (see Section 4.2).

## 4.2 Statistics

As of the end of 2021, the **Secretariat** employed 76 (previous year 75) staff members, 44.7 per cent of whom were women (previous year 45.3%). The 76 employees include both full-time and part-time staff representing a total of 65.2 (previous year 64.1) full-time positions. The number of employees involved in matters relating to the application of the Cartel and Internal Market Acts (including the executive board) is 57 (previous year 56), corre-

sponding to 50.6 full-time positions (previous year 49.8). Nineteen employees (previous year 19) work in the Resources Division, providing support for all ComCo's work; this corresponds to 14.6 (previous year 14.3) full-time positions. The Secretariat also offers four (previous year 4) internships. These four interns work full-time.

The statistics on the work carried out by ComCo and its Secretariat in 2021 are as follows:

	2021	2020	2019
<b>Investigations</b>			
Total number of active investigations	20	20	19
Investigations carried forward from the previous year	16	13	16
Newly opened investigations	4	7	3
Investigations resulting from splitting up existing investigations	0	0	2
<b>Final decisions</b>	4	6	11
Amicable settlements	3	4	9
Administrative rulings	2	1	2
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	4	4	10
Partial decisions	0	2	5
Procedural rulings	2	2	2
Other decisions (concerning publications, fees, access to files, etc.)	2	1	6
Interim measures	1	1	1
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	2	1	0
<b>Preliminary investigations</b>			
Total number of active preliminary investigations	11	14	14
Preliminary investigations carried forward from the previous year	7	13	8
Newly opened preliminary investigations	4	1	6
Concluded preliminary investigations	3	8	4
Investigations opened	1	1	1
Modification of conduct	1	4	3
No consequences	1	3	0
<b>Other activities</b>			
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	1	1	2
Advice	33	24	28
Market monitoring	48	80	63
Freedom of information applications	10	18	7
Other enquiries	519	565	488
<b>Mergers</b>			
Notifications	31	35	40
No objection after preliminary investigation	31	34	37
Investigations	0	1	3
ComCo decisions after investigation	0	1	2
Authorisation refused	0	0	0
Authorised with conditions/requirements	0	0	0
Authorised without reservations	0	1	2
Early implementation	0	0	0
<b>Appeal proceedings</b>			
Total number of appeals before the FAC and FSC	39 (92)	42	46
Judgments of the FAC	11 (15)	9	4
Success for the competition authority	8 (12)	6	1

Partial success	2 (2)	2	2
Unsuccessful	1 (1)	1	1
Judgments of the FSC	5 (12)	7	6
Success for the competition authority	4 (11)	6	5
Partial success	1 (1)	1	0
Unsuccessful	0 (1)	0	1
Pending at the end of year (before FAC and FSC)	30 (71)	29	36
Expert reports, recommendations and opinions, etc.			
Expert report (Art. 15 Cartel Act)	0	0	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	2	0	2
Follow-up checks	0	0	1
Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	0	1
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	335	327	120
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	11	12	17
State aid assessments	1	2	-
Internal Market Act			
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	1	0	3
Expert reports (Art. 10 IMA)	4	1	2
Provision of advice (Secretariat)	68	63	93
Appeals (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)	1	2	0

The statistics for 2021 and a comparison with the figures for 2020 and 2019 reveal the following:

- Investigations: In 2021 the competition authorities conducted around the same number of investigations as in the two previous years. As in 2020, ComCo concluded a slightly below average number of cases.
- Preliminary investigations and market monitoring procedures: The number of preliminary investigations and market monitoring procedures in 2021 was also lower than in previous years. On the other hand, the Secretariat was called on for advice more often than usual.
- Mergers: The number of mergers assessed was rather lower than in 2020 or 2019, but was in line with the average for earlier years.
- Appeal proceedings: The number of appeals pending before the courts remained almost the same. However, the courts made important decisions, sometimes on individual appeals, and sometimes on all appeals against a ComCo decision. The following points should be noted with regard to the statistics:
  - ComCo decisions (rulings) normally apply to several parties. Each party has an individual right of appeal. The courts normally deal with each appeal individually and therefore issue several judgments in response to a single ComCo decision. These court rulings are sometimes very similar in substance, but may also address individual issues.
  - In a new move for 2021, not only are parallel appeal proceedings counted as a single case per ComCo decision, but the total number of all separate but parallel appeals is given in brackets. The foregoing also applies to the statistics

at court level: the judgments are counted as a single judgment irrespective of the number of appeals against a ComCo decision, while at the same time the number of judgments on the individual appeals is given in brackets (e.g., the FSC judgments in the five appeals against the ComCo decision on off-list medicines is counted as one judgment and in brackets as five judgments).

- Expert reports, recommendations and opinions: while the number of expert reports, recommendations and consultation proceedings is similar to previous years, the number of office consultation procedures remains at an above average high level.
- IMA: The number of enquiries dealt with relating to the Internal Market Act fell within a similar range as in recent years. The number of advisory procedures was similar to that in 2020 and thus once again about a third lower than in 2019 and 2018.

## 5 Digitalisation

### 5.1 Introduction

Digitalisation has been a major issue for businesses, politicians and competition authorities at national and international level for years. ComCo has also been grappling with the question of the **digitalisation of the economy** for years, commenting in detail on the subject in its annual report for 2016, for example. *Digital platforms* bring various market sides together and generate network effects, which must be taken into account in making an accurate assessment of possible restraints of competition. *Big Data* tend to lead to concentrated markets and constantly developing business models for data usage. The *Sharing Economy* brings new business models and with them the opportunity to consider adapt-

ing the regulatory framework to the new situation. *Online trading* reduces distribution costs and creates space for new business models.

In addition to the opportunities that digitalisation brings in the shape of new business models, improved processes and a broader choice for consumers, digitalisation also brings risks to competition. In 2016, ComCo described a range of developments and potential problems, as well as the complexity of assessing their effect on competition. **ComCo's task** is to warn if it sees risks to competition, and to intervene when competition is adversely affected. For example, it must be ensured that any network infrastructure forming the basis for the digital economy, among other things, does not exclude competition and that investment incentives remain in place.

In this annual report, ComCo has decided to look at its **many years of activities** in digital markets. It should be made clear beforehand that ComCo concentrates above all on business practices that have a connection with the Swiss economy. It applies a certain caution in its approach to practices that affect domestic and foreign markets equally and are already being investigated by the EU Commission. For the sake of efficiency, in such cases, ComCo if possible avoids conducting time-consuming parallel investigations. However, ComCo clearly expects that measures and assurances that are applied abroad will also be applied in Switzerland. It is actively committed to this, both within and outside formal procedures.

## 5.2 Activities of the Swiss competition authorities

### 5.2.1 Network development strategy – Investigation into Swisscom

The Network Development Strategy case involves the question of the extent to which the modified design of the fibre-optic network infrastructure used by Swisscom can lead to a restriction of competition and to what extent this should be prohibited under competition law. In February 2020, Swisscom announced its new network development strategy. In areas where the expansion involved an optical fibre network only, it changed the design of the network so that competitors no longer had direct access to the network infrastructure. The risk is that Swisscom, by building this form of optical fibre network, will exclude competitors from the market. In response, ComCo opened an investigation in December 2020 and at the same time ordered interim measures to stop Swisscom from refusing competitors (Layer 1) access to the infrastructure when expanding the optical fibre network. The FAC confirmed the interim measures in their entirety, and the FSC in an interim decision dated 6 December 2021 rejected Swisscom's application to restore the suspensive effect of the appeal (see Section 2.2).

### 5.2.2 Google

Google is the focus of various preliminary investigation and market monitoring proceedings. These cases cover a variety of Google's activities: for example, the design of Google's general search function has been discussed, as has the workings of 'Google Shopping' as Google's own price comparison service. The opportunities for search providers to present themselves on Android

smartphones and the restrictions that Google has itself imposed on advertising for specific, possibly problematic products and services have also been examined. In this connection, particular attention has been paid to ensuring that ComCo does not simply duplicate the proceedings of other competition authorities, such as the European Commission. However, when foreign proceedings have led to Google changing its practices, ComCo has repeatedly been successful in ensuring that Google also applies these changes in Switzerland, as in the 'Google Shopping' case just mentioned. Another current example is extending to Switzerland the application of commitments that Google has given to the French competition authority in relation to advertising technology.

### 5.2.3 Marketing of directory data – Investigation into Swisscom Directories

The investigation opened in September 2021 relates to a possible breach of competition law in relation to the online directory services provided by Swisscom Directories (see Section 2.1). Directories publishes the printed telephone book and runs the two online directory services 'local.ch' and 'search.ch'. In spring 2019, Directories introduced a standard product known as 'SWISS LIST', fundamentally changing the prices and the conditions for altering phone book entries. Previously, the option for businesses to change their entry and add additional information was a separate service. With 'SWISS LIST' various products and services are only offered as packages. ComCo is investigating whether and to what extent this could be obstructing competitors and having a detrimental effect on customers.

### 5.2.4 Broadband access for business locations (WAN connection)

On 24 August 2020, ComCo opened a further investigation into Swisscom in relation to broadband access for business locations (WAN connection; see Section 3.3.1). WANs (Wide Area Networks) are extensive networks that in some cases stretch across whole countries or even continents. They link individual computers within a network with each other. WANs are often used by businesses to connect different locations over long distances. In this case, Swisscom demanded that competitors pay prices that were allegedly excessive in connection with various tenders for projects to network business locations. Swisscom's competitors, i.e., other telecommunications companies, are reliant on Swisscom's network infrastructure for such projects and are unable to offer their customers competitive prices if the charges for upfront services are too high. There are therefore indications that Swisscom has abused its market position. ComCo fined Swisscom in 2015 for similar conduct over bids for networking post offices. The FAC largely confirmed ComCo's decision. The case is pending before the FSC (see Section 2.2).

### 5.2.5 Ice hockey on Pay-TV

In autumn 2020, ComCo fined the then UPC (now Sunrise UPC) around CHF 30 million. In 2016, UPC secured exclusive television rights for the 2017-2022 period to broadcast the Swiss ice hockey championship, and thereafter refused for years to allow Swisscom to broadcast live ice hockey. By doing so, UPC unlawfully pre-

vented Swisscom from engaging in competition. ComCo had already fined Swisscom in an earlier case in May 2016 for similar practices related to broadcasting live sport (football and ice hockey). Both cases are pending before the FAC (see Section 3.3.2).

### 5.2.6 Cases related to mobile payment services

Mobile payment services are a recurring field of activity for ComCo: for example, the current national mobile payment solution TWINT is the product of a merger between Paymit and TWINT approved by the Competition Commission. Furthermore, the ComCo Secretariat decided in favour of TWINT in a preliminary investigation into Apple. Here, the original problem from TWINT's point of view was that often when trying to pay using TWINT at a shop terminal with an iPhone, Apple's mobile payment solution, Apple Pay, was automatically activated. In order to stop this malfunction from occurring, Apple committed to provide TWINT with a suppression code. At the same time, the possibility that international mobile payment solutions such as Apple Pay, Google Pay or Samsung Pay may be prevented from entering the market in Switzerland is the subject of an ongoing ComCo investigation (see Section 3.2.1). This investigation was opened because there were indications that the Swiss banks participating in TWINT had agreed to a collective boycott of such international mobile payment solutions.

### 5.2.7 Online booking platforms for hotels

ComCo was one of the first competition authorities in Europe to conduct an investigation into online booking platforms, which focused on contractual restrictions on hotels' right to set prices: in October 2015, ComCo prohibited broad parity clauses as unlawful agreements affecting competition. This decision allows hoteliers to set different prices on different online booking platforms. On the other hand, under the applicable close parity clauses, hotels are not permitted to offer lower prices on their own websites. Booking.com, Expedia and HRS have also introduced a series of exemptions for direct sales channels used by hotels: for example, hotels are allowed to offer lower prices offline (e.g., in response to telephone enquiries), and online in the case of non-public prices (e.g., for customer loyalty schemes that require registration). At a political level, the Federal Council decided in November 2021 that a new provision in the Unfair Competition Act would ban all price fixing clauses in agreements between online booking platforms and accommodation businesses (see Section 3.8). The related bill and the draft provisions are set to be debated in Parliament.

### 5.2.8 Software providers v. university hospitals

The Secretariat has become aware of the potential abuse of a dominant position by a major software provider relating to awarding licences for its products to university hospitals. In 2020, the company decided not to renew a contract with these hospitals and in future to consider them as 'government/administration' users rather than 'education, research and teaching' users, as was previously the case. From the plaintiffs' viewpoint, this change represented a major increase in the price of the licences, without receiving any consideration in re-

turn. In other countries, the software provider in question made no comparable change to its pricing policy. The issues that have to be analysed are the position of this provider vis-à-vis the university hospitals, the possibility that these partners have been discriminated against and finally the question of the price, i.e., whether it is potentially unfair in terms of the Cartel Act.

## 5.3 The international context

As digital transformation is a global phenomenon, other countries face the same questions and challenges as Switzerland. The international developments in recent years are worth considering. On the one hand, the case law is becoming more consistent. For example, experience in relation to online trading has had an impact on the EU's revised Vertical Block Exemption Regulation. On the other hand, online platforms operated by 'Big Tech' companies have increasingly been subjected to public scrutiny. These platforms are of paramount importance for digital access to the online economy, for example in internet searches, in the organisation of online advertising, as a marketplace for online commerce or as a platform for software applications. Basic reports indicate that the relevant markets should be accessible and that competition on the platforms should not be unduly restricted.

In this connection, competition has a role to play in combating the abuse of dominant positions. This is illustrated by the cases that are ongoing or have been concluded before various competition authorities. The application of competition law as an ex post check on practices has its limits, however. The proceedings in this complex field are extremely expensive and time-consuming. In some cases, new authorities or ex ante regulations have therefore been created, such as the GWB (Restrictions of Competition) Digitalisation Act in Germany or the proposals relating to the Digital Markets Act and the Digital Services Act that are going through the legislative process in the European Union.

## 5.4 Conclusion

The digitalisation of the economy presents numerous challenges. While it brings opportunities both for businesses and for consumers, it also brings risks, which competition authorities are wisely addressing. Intervening too quickly might jeopardise new opportunities and thus slow economic development. On the other hand, a delay in tackling a problem could lead to restraints of competition and make it more difficult to find remedies for a new situation.

It is therefore advisable to act with some circumspection, while not hesitating to open proceedings in order to clarify new circumstances. In the search for this balance, the Secretariat has established a proven practice of monitoring market developments, taking a systematic interest in any new proceedings against the Big Tech companies abroad, and initiating proceedings as soon as companies complain of any obstacles to competition in Switzerland. In this way, the Swiss competition authorities reserve their interventions for the cases that are most problematic for the Swiss economy and keep themselves constantly informed of developments in a rapidly evolving field.

## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

### B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	<b>4. Beratungen</b> Conseils Consulenze
B 1.4	<b>1. Beratung Statistik Verkauf Elektroapparate</b>

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

#### 1. Sachverhalt und Fragestellung

1. Im Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz (nachfolgend: FEA) sind mit rund 50 Firmen alle namhaften Unternehmen der schweizerischen Haushaltapparateindustrie organisiert. Ihre Geschäftsgebiete umfassen den Gross- und Kleingeräte-sektor, die Boilerindustrie, Elektroheizungen sowie gewerbliche Geräte. Alle Mitglieder des FEA sind Hersteller oder Importeure von elektrischen Haushaltapparaten und bieten in der ganzen Schweiz Verkaufs- und Servicenetze an<sup>1</sup>.

2. Gemäss der Beratungsanfrage plane der FEA die Einführung einer Statistik (nachfolgend: FEA-Statistik), welche folgende Eckpunkte aufweisen sollte. Sie betreffe die Verkäufe der Hersteller und Importeure über eine ganze Reihe von Produktkategorien. Die Abnehmer seien u.a. Küchenfachgeschäfte und Grossverteiler (sog. B2B-Geschäft). Die Daten zur Erstellung der FEA-Statistik würden vierteljährlich erhoben werden.

3. Die erhobenen Daten würden folgendermassen ausgewertet werden: Einerseits würden betreffend bestimmten Produktkategorien die Stückzahlen und Sell-in-Umsätze je Hersteller und Importeur aufgeschlüsselt. Andererseits würden betreffend bestimmten Produktkategorien die Gesamtstückzahlen und Gesamt-Sell-in-Umsätze der Hersteller und Importeure differenziert nach den folgenden vier Absatzkanälen ausgewiesen: «Electrical Retail Trade ERT», «Kitchen Retail Trade KRT bis 4 Küchen», «KRT Objektgeschäft ab 5 Küchen», «Laundry Objektgeschäft ab 5 Waschtürmen». Das Sekretariat versteht die Schilderungen des FEA so, dass geplant ist, die vorgenannten Datenauswertungen den FEA-Mitgliedsunternehmen zur Verfügung zu stellen.

4. Der FEA bringt vor, dass die geplante Datenerhebung und die Erstellung der FEA-Statistik zu härterem Wettbewerb und Preisdruck führen würden, welcher von den Herstellern/Importeuren zugunsten erhöhter Transparenz akzeptiert werde.

5. Der FEA möchte wissen, ob das geplante Verhalten des FEA betreffend die Einführung und Zurverfügungstellung einer Statistik über die Umsätze im Business-to-Business-Geschäft (B2B) kartellrechtskonform sind.

#### 2. Beurteilung

##### 2.1. Im Allgemeinen

6. Die Wettbewerbsbehörden wenden das Kartellgesetz an. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen ihrer Tätigkeit insbesondere, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen oder ob ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung zulasten des Wettbewerbs missbraucht (Art. 7 KG). Unzulässige Wettbewerbsabreden können z. B. vorliegen, wenn Wettbewerber gemeinsam die Preise festsetzen oder aber Märkte untereinander aufteilen (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Auch ein Informationsaustausch kann unter bestimmten Umständen als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert werden<sup>2</sup>, beispielsweise über die Festsetzung von Preisen oder die Aufteilung von Gebieten (Art. 5 Abs. 4 KG), oder aber ein marktbeherrschendes Unternehmen sich missbräuchlich verhalten könnte (Art. 7 KG).

<sup>1</sup> <<https://www.fea.ch/de/verband/>> (16.12.2021).

<sup>2</sup> Vgl. etwa RPW 2011/4, 584 Rz 391, *Ascopa*; RPW 2016/4, 916 f., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

## 2.2. Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 KG)

7. Das Kartellgesetz ist nur auf «Unternehmen» anwendbar (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus.

8. Ein Verein wie der FEA kann dementsprechend nicht ohne Weiteres als Unternehmen qualifiziert werden, denn Vereine sind oftmals nicht als selbständige Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess tätig.<sup>3</sup> Für die Unternehmenseigenschaft des FEA spricht in casu, dass es sich bei der vom FEA zu erstellenden Statistik um beschränkt bzw. gar nicht anderweitig verfügbare Informationsgüter handelt. Diese Daten werden wahrscheinlich für die Nachfrager – die Mitglieder des FEA – für deren kommerzielle Tätigkeit von Nutzen sein, weshalb eine Nachfrage im Wirtschaftsprozess bestehen dürfte. Indes ist eine endgültige Beurteilung der Unternehmenseigenschaft vom FEA mangels genauer Sachverhaltskenntnis nicht möglich und wegen fehlender Relevanz für das Endergebnis auch nicht erforderlich. Ob der FEA in Bezug auf die Erhebung von Daten über die Umsätze, die Verkaufsmengen und die Absatzkanäle seiner Mitgliedunternehmen sowie die Erstellung einer diesbezüglichen Statistik als Unternehmen gemäss dem Kartellrecht zu qualifizieren ist, wird daher für die weitere Beurteilung offengelassen.

9. Festzuhalten ist indes, dass jedenfalls die Mitgliedsunternehmen des FEA Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind. Sie sind daher an das Kartellrecht gebunden.

### 2.2.1. Allenfalls unzulässiger Informationsaustausch (Art. 5 KG)

10. Die geplante FEA-Statistik und deren Verwendung sind auf den Austausch von Informationen insbesondere über unternehmensindividuelle Verkaufsmengen, Umsätze und Absatzkanäle zwischen Unternehmen gerichtet. Dies stellt einen Informationsaustausch dar. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann unter Umständen eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen (Art. 5 Abs. 1 KG).<sup>4</sup>

11. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Abreden, die den Wettbewerb 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).

12. Ob ein Informationsaustausch unzulässig ist, hängt insbesondere von seinen Auswirkungen im Einzelfall ab. Die abschliessende Beurteilung eines Informationsaustausches erfordert daher umfangreiche Sachverhalts-

mittlungen. Solche Ermittlungen werden im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG nicht durchgeführt, weshalb wir uns auf die nachfolgenden Ausführungen beschränken.

13. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd sein.<sup>5</sup> Die Beurteilung, ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hängt von vielen je nach konkretem Einzelfall unterschiedlichen Faktoren ab. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wurden bis anhin schwergewichtig a) die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen betrachtet und b) die Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes.

14. In Bezug auf a) die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen sind folgende, nicht abschliessende Kriterien relevant: Gemäss der Praxis der Wettbewerbsbehörden trägt der Austausch vertraulicher, firmenspezifischer Informationen ein hohes Risiko einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung in sich. Insbesondere der Austausch solcher Angaben über Verkaufspreise, Mengen oder Geschäftsstrategien sind als problematisch einzustufen. Weiter ist das Aggregationsniveau der Daten für die Beurteilung der wettbewerbs-schädigenden Auswirkung zu betrachten. Je detaillierter die ausgetauschten Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten entsprechend anzupassen. Die Aktualität der Informationen ist insofern von Bedeutung, als dass der Austausch rein historischer Daten kaum zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Das Risiko einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ist umso geringer, je älter die ausgetauschten Daten sind. Aktuelle Daten und Prognosen bergen hingegen das Risiko, dass sich die Marktteilnehmer kollusiv verhalten. Schliesslich ist auch die Frequenz des Informationsaustausches zu berücksichtigen. Konkurrenten können ihre Geschäftsstrategien einfacher und schneller aneinander anpassen, je öfter der Austausch stattfindet.<sup>6</sup> Ferner ist darauf zu achten, dass die Informationen ein repräsentatives Bild des Marktes in Bezug auf die Anzahl Marktteilnehmer, die verschiedenen Regionen, die Mengen etc. wiedergeben. Mit der Datenerhebung und -auswertung ist vorzugsweise eine unabhängige Stelle zu beauftragen, welche auch sicherstellt, dass die erhobenen Daten korrekt erfasst wurden.

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2017/2, 272 Rz 3, *Neue Statuten eines Branchenverbands*; RPW 2012/4, 823 Rz 45, *Vertrieb von Musik*; RPW 2000/2, 172 Rz 26 f., *Association fribourgeoise des écoles de circulation*; siehe dazu auch VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 24.

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa RPW 2011/4, 583 ff. Rz 381 ff., *Ascopa*; RPW 2016/4, 916 f., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

<sup>5</sup> SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: *DIKE-Kommentar, Kartellgesetz*, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Rz 150.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2016/4, 916, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

15. Hinsichtlich b) der Struktur des vom Informationsaustausch betroffenen Marktes gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass in Märkten mit homogenen Produkten Wettbewerbsparameter wie z.B. der Preis einfacher koordiniert werden können als in Märkten mit differenzierten Produkten. Ferner ist die Gefahr einer Verhaltensabstimmung in konzentrierten Märkten höher als in fragmentierten Märkten, da eine hohe Marktkonzentration die Überwachung von expliziten oder impliziten Abreden erleichtert.<sup>7</sup>

16. Mit Blick auf die vorangehenden Ausführungen ist es daher generell kartellrechtlich problematisch, wenn die Erstellung und Verwendung der geplanten FEA-Statistik dazu führt, dass die FEA-Mitgliedsunternehmen Informationen austauschen, welche ihnen ohne die Statistik nicht zur Verfügung stehen würden. Dies verringert die strategische Ungewissheit auf dem Markt. Höchst problematisch ist daher insbesondere die geplante Auswertung der Daten nach Stückzahlen und Sell-in-Umsätzen je Hersteller und Importeur (betreffend bestimmte Produktkategorien; vgl. oben Rz 3). Denn diese Informationen sind firmenspezifische – normalerweise geheime – Informationen von hoher Aktualität, welche zudem den FEA-Mitgliedsunternehmen nicht aggregiert, sondern mit hohem Detaillierungsgrad (z.B. nach spezifischen Produktgruppen und nicht mit Bandbreiten versehen) bekannt gemacht werden sollen. Für den Austausch dieser Informationen ist nicht ersichtlich – und es wurde von der FEA auch nicht substantiiert –, wie der geplante Informationsaustausch zur Verbesserung der Wettbewerbssituation zwischen den Mitgliedsunternehmen beitragen könnte. Möchte der FEA also Daten sammeln und seinen Mitgliedsunternehmen in Form einer Statistik zur Verfügung stellen, so sollte er aus kartellrechtlicher Sicht sicherstellen, dass den FEA-Mitgliedsunternehmen hierdurch keine firmenspezifischen Verkaufsmengen, Umsätze oder Absatzkanäle und -gebiete bekannt gegeben werden.

### 3. Fazit

17. Die vom FEA konkret geplante Datensammlung und -auswertung erachten wir als kartellrechtlich problematisch. Denn dadurch besteht die Gefahr, dass zwischen Konkurrenzunternehmen sensible Informationen über ihre Verkaufsmengen, Umsätze sowie Absatzkanäle ausgetauscht werden. Das Sekretariat empfiehlt deshalb insbesondere, die geplante Auswertung der Daten nach Stückzahlen und Sell-in-Umsätzen je Hersteller und Importeur und pro bestimmte Produktkategorie zu unterlassen.

18. Soweit der FEA dennoch Daten sammeln und seinen Mitgliedsunternehmen zur Verfügung stellen möchte, muss er aus kartellrechtlicher Sicht stets sicherstellen, dass die oben erläuterten Grundsätze (vgl. Rz 13–15) eingehalten werden.

### 4. Vorbehalte und Kosten

Die vorliegende Beurteilung beruht einzig auf den von Ihnen gemachten Angaben; zusätzliche oder abweichende tatsächliche Gegebenheiten können zu einer anderen Beurteilung führen. Wir weisen Sie zudem darauf hin, dass das vorliegende Schreiben die Einschät-

zung des Sekretariats wiedergibt und die Wettbewerbskommission dadurch nicht gebunden wird.

Wie wir Ihnen in unserer Eingangsbestätigung bereits mitgeteilt haben, sind Beratungen durch das Sekretariat kostenpflichtige Dienstleistungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. d und Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz [Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2]). Gemäss Artikel 4 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt. [...].

---

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2016/4, 916, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

B 1.4

## 2. Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH / Logistic Center Villingen GmbH

*Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

### I. Sachverhalt

Die Bächle Logistics GmbH, Deutschland (nachfolgend Käuferin), plane [...] Hugger Holding GmbH, Deutschland (nachfolgend: Target 1), und [...] der Anteile der Logistic Center Villingen GmbH, Deutschland (nachfolgend: Target 2; zusammen: Zielgesellschaften), i. S. der Erlangung alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 1 VKU<sup>1</sup> zu erwerben. Das Zusammenschlussvorhaben werde dem Bundeskartellamt aufgrund der in Deutschland relevanten Umsatzschwellen nach dem Signing gemeldet. Die Käuferin sei ein deutsches Unternehmen und seit Mai 2018 eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Post CH AG (nachfolgend: Post oder Schweizerische Post). Ihre Aktivitäten würden sich auf Speditionsdienstleistungen in Deutschland im Stückgutverkehr, Teil- und Komplettladeverkehr mit eigenem Fuhrpark und auf (Lager-)Logistikdienstleistungen konzentrieren. Target 1 sei ein familiengeführtes Speditionsunternehmen im Südschwarzwald in Deutschland mit eigenem Fuhrpark [...] und Kunden in vielen verschiedenen Branchen wie z. B. Lebensmittel, Metall, Chemie, Bau und Elektronik. Target 2 sei ein kleines mittelständiges Lagerlogistikunternehmen, ebenfalls im Südschwarzwald in Deutschland angesiedelt, [...] Die Käuferin und die Targets 1 und 2 seien lokale Wettbewerber. Die Käuferin und Target 1 seien in dem von der WEKO bisher angenommenen nationalen Markt für Strassentransport von Stückgut in Deutschland als auch im nationalen Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse in Deutschland tätig. Target 1 fahre keine Standorte in der Schweiz an, nehme also selber keine Direktzustellungen in die Schweiz vor. Für die wenigen grenzüberschreitenden Lieferungen in die Schweiz greife sie vielmehr auf Subunternehmer zurück.

Die Käuferin und Target 2 seien im Bereich der nationalen Lagerlogistik in Deutschland tätig. Weder die Käuferin noch Target 2 führe in diesem Bereich Leistungen in der Schweiz aus.

Nach der in der Beratungsanfrage vertretenen Ansicht ist das soeben beschriebene Zusammenschlussvorhaben aus zweierlei Gründen nicht meldepflichtig: Einerseits wirke sich das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz nicht aus (Art. 2 Abs. 2 KG) und andererseits liege auch keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG vor.

In Bezug auf das Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG) wird geltend gemacht, dass das KG nur dann anwendbar sei, wenn eine unmittelbare Auswirkung in der Schweiz bestehe. Auch nach der Praxis des Sekretariats könne eine Auswirkung auf die Schweiz im Sinne des Auswirkungsprinzips nur angenommen werden, wenn eine gewisse Spürbarkeit in der Schweiz vorliege bzw.

wenn zumindest potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz vorliegen würden. Dies bestätige das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen *Gaba*, wo es zumindest mögliche Auswirkungen auf den Schweizer Markt verlangt habe. Entsprechend sei ein Zusammenschlussvorhaben nur meldepflichtig, wenn es (mögliche) Auswirkungen in der Schweiz habe. Gemäss Praxis des Sekretariats fehle ein solcher Bezug zur Schweiz, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweise (d. h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätige) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten seien.

Zwar verfügten sowohl Target 1 als auch 2 in geringem Umfang über Schweizer Kunden, keine der beiden Zielgesellschaften erbringe jedoch Direktzustellungen in die Schweiz. Vielmehr würden diese wenigen Schweizer Kunden ausschliesslich von Unterakkordanten, die nicht zur Schweizerischen Post gehören würden, beliefert. Daran solle sich nach dem Zusammenschluss auch nichts ändern. Im letzten Geschäftsjahr hätten diese über Subunternehmen abgewickelten Lieferungen in die Schweiz [0-10] % der gemeinsamen Gesamtumsätze von Target 1 und Target 2 (also ca. CHF [...]) betragen. Derart marginale Umsätze genügen nach Ansicht der Schweizerischen Post nicht um (mögliche) Auswirkungen der Transaktion auf die Schweiz bzw. die relevanten Märkte in der Schweiz (die Schweizerische Post schätze den Güterlogistikmarkt mittels Strassentransporte in der Schweiz auf einen Gesamtumsatz von ca. CHF 15-20 Mia.) im Sinne der Praxis zu begründen. Die Märkte für Strassentransport von Stückgut und für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse seien gemäss Praxis der WEKO überdies national abzugrenzen. Somit sei auch nach der jüngsten Beratung in Sachen *VW / Enel* eine Meldepflicht zu verneinen. Ganz unabhängig davon werde die Struktur des Schweizer Marktes durch das Zusammenschlussvorhaben in keiner Weise tangiert und bleibe vollkommen unverändert. Es handle sich um eine reine «foreign-to-foreign-Transaktion» ohne Auswirkungen in der Schweiz. Die Anwendung des KG und damit eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG sei aus Sicht der Post vor diesem Hintergrund zu verneinen.

Die Meldepflicht sei zudem auch dann zu verneinen, wenn davon ausgegangen würde, dass diese nicht schon alleine aufgrund von Art. 2 Abs. 2 KG weg falle:

Die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG seien vorliegend bei weitem nicht erfüllt, weshalb eine Fusionskontrollmeldung nur gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG ausgelöst werden könne.

<sup>1</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2017 habe die WEKO in Ziffer 1 des Dispositivs die marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG der Schweizerischen Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden (gemeinsam «nationale Vertragskundenbriefmärkte») festgestellt. Die Verfügung sei am 24. September 2021 in Rechtskraft erwachsen. Da es sich bei der Käuferin in Deutschland um ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der Schweizerischen Post handle, gelte die Post als am Zusammenschlussvorhaben beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Die erste Voraussetzung sei somit erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben betreffe nach Ansicht der Post jedoch keinen vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Markt zu den nationalen Vertragskundenbriefmärkten. Es fehlt deshalb nach Ansicht der Post an der zweiten Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG.

Vorliegend sei zu beurteilen, ob zwischen dem Markt für Strassentransport von Stückgut, dem Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse oder den Tätigkeiten der Lagerlogistik (gemeinsam die «relevanten Märkte») und einem der nationalen Vertragskundenbriefmärkte ein Nahverhältnis i. S. einer Vor- oder Nachlagerung oder Benachbarkeit bestehe. Da es zwischen den nationalen Vertragskundenbriefmärkten und den relevanten Märkten keine vertikale Beziehung gäbe, sei lediglich fraglich, ob es sich um benachbarte Märkte handle. Gemäss dem vom Bundesverwaltungsgericht festgelegten rechtlichen Beurteilungsmassstab müsse für den Ausschluss von benachbarten Märkten von vornherein und somit bereits im Zeitpunkt der Meldung und ohne weiteren Klärungsbedarf festgestellt werden können, dass zwischen den in Frage stehenden Märkten Wettbewerbseffekte ausgeschlossen werden könnten. Dies sei vorliegend der Fall. Zunächst bestehe keinerlei Überschneidung zwischen den relevanten Märkten und den nationalen Vertragskundenbriefmärkten. Zudem fände keine Übertragung bzw. Verlagerung der langjährigen Expertise und Infrastruktur der Post im (Schweizer) Briefbereich in den (deutschen) Güterlogistikbereich oder umgekehrt statt. Eine solche sei auch in Zukunft nicht zu erwarten. Dies sei unter anderem auf die separate und auf die spezifischen Dienstleistungen ausgerichtete (rein nationale) Infrastruktur zurückzuführen:

- Für den (Schweizer) Briefbereich und den Güterlogistikbereich bestünden für die Abwicklung je individuelle Brief- bzw. Güterlogistikzentren an unterschiedlichen Orten in der Schweiz (Brief) und Deutschland (Güterlogistik von Käuferin und den Targets 1 und 2).
- Der Brief- und der Güterlogistikbereich würden über auf die für die individuellen Dienstleistungen zugeschnittenen Verkehrsmittel verfügen, die aufgrund ihrer speziellen Ausrichtung nicht für den Einsatz im anderen Bereich in Frage kommen würden. [...]
- Es bestünden individuelle, wiederum auf die spezifischen Brief- oder Güterlogistikdienstleistungen angepasste Routennetze.

Hinzu komme, dass die relevanten Dienstleistungen aufgrund der soeben aufgeführten, auch geographischen Unterschiede der Geschäftsbereiche nicht wirtschaftlich als Bündel bezogen oder verkauft werden würden. Auch die jeweiligen Kundengruppen und Verwendungszwecke von Brief- und Güterlogistikdienstleistungen seien unterschiedlich, so dass es insgesamt an einem Mehrwert eines gebündelten Produktesortiments, das Briefe und Güterlogistik umfasse, schlicht fehle.

Vor diesem Hintergrund bestünden heute oder in absehbarer Zukunft keinerlei Synergien oder irgendwelche Wettbewerbsbeziehungen zwischen den nationalen Schweizer Vertragskundenbriefmärkten einerseits und den für die Transaktion relevanten Märkten für Strassentransport von Stückgut und Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse in Deutschland bzw. Güterlogistik in Deutschland andererseits. Insbesondere sei eine Wechselwirkung bzw. Abwanderung des Geschäfts vom einen Markt zugunsten des anderen im Sinne eines potentiellen Wettbewerbs bzw. einer gewissen Substituierbarkeit sowie Synergien durch die Bündelung von Leistungen oder Know-how zu verneinen.

Deshalb seien nach Ansicht der Post jegliche, auch potentielle Wettbewerbseffekte zwischen den in Frage stehenden Märkten von vornherein und ohne weiteren Klärungsbedarf ausgeschlossen. Folglich sei vorliegend im Einklang mit der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine Meldepflicht auszuschliessen, da auch keine benachbarten Märkte gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffen seien.

## II. Fragestellung

In Bezug auf den geschilderten Sachverhalt werden in der Beratungsanfrage zwei Fragen gestellt:

1. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass das Zusammenschlussvorhaben vorliegend keiner Meldepflicht unterliegt, da es mangels Bezug zur Schweiz bereits gemäss Art. 2 Abs. 2 KG vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgeschlossen ist?
2. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass das Zusammenschlussvorhaben vorliegend keiner Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterliegt, weil es sich bei den diesbezüglich relevanten Märkten und den nationalen Vertragskundenbriefmärkten nicht um benachbarte Märkte im Sinne dieser Bestimmung handelt?

## III. Beurteilung

### Auswirkungsprinzip

In Bezug auf die räumliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes besagt das in Art. 2 Abs. 2 KG formulierte Auswirkungsprinzip, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.<sup>2</sup> Art. 2 Abs. 2 KG will dabei lediglich klarstellen, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2017/2 277, Rz 4, Beratungsanfrage zur Meldepflicht eines französischen Gemeinschaftsunternehmens; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 41 ff.

Art. 2 Abs. 2 KG hat somit einen weiten Geltungsbe-  
reich. Dabei gibt der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 KG kei-  
nen Hinweis darauf, dass die Auswirkung in der Schweiz  
eine gewisse Intensität aufweisen muss.<sup>3</sup> Das Bundes-  
gericht hat in seinem Urteil in Sachen *Gaba* ausdrücklich  
festgehalten, dass eine Berücksichtigung einer Spürbar-  
keit im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich sei.  
Wäre dem nicht so, bedürfte es bereits bei der Beurtei-  
lung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassen-  
den materiellen Prüfung und nicht nur einer rudimentä-  
ren Abklärung, welche die Gefahr einer willkürlichen und  
rechtsungleichen Behandlung in sich birge.<sup>4</sup> Für die Prü-  
fung des Vorliegens einer Meldepflicht muss daher die  
Möglichkeit von Auswirkungen auf die Schweiz genügen.

In der Beratungsanfrage wird geltend gemacht, dass im  
Sinne der Mitteilung des Sekretariats über die Praxis zur  
Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen<sup>5</sup>  
(nachfolgend: Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und  
Beurteilung von Zusammenschlüssen) das Zusammen-  
schlussvorhaben mangels Umsatz und Aktivitäten in der  
Schweiz keinen Bezug zur Schweiz aufweisen würde.

Unter dem Titel «Keine Meldepflicht für GU ohne Bezug  
zur Schweiz» wird in der genannten Mitteilung in Ziffer 4  
ausgeführt, dass trotz Überschreiten der Umsatzschwel-  
len von Art. 9 Abs. 1 KG bei der Gründung eines Ge-  
meinschaftsunternehmens im Ausland ausnahmsweise  
dann keine Meldepflicht besteht, wenn das Gemein-  
schaftsunternehmen einerseits weder Aktivitäten noch  
Umsätze in der Schweiz aufweist (d. h. insbesondere  
keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits  
solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch  
zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind. Sind  
diese Voraussetzungen erfüllt, ist davon auszugehen,  
dass das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkun-  
gen in der Schweiz i. S. v. Art. 2 Abs. 2 KG hat.

Als Ausnahmevorschrift ist Ziffer 4 der Mitteilung zur  
Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammen-  
schlüssen eng auszulegen. Denn gemäss der vom Ge-  
setzgeber festgelegten Konzeption sollen Zusammen-  
schlüsse von den Wettbewerbsbehörden für die Zu-  
sammenschlusskontrolle aufgegriffen werden, wenn die  
Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht bzw.  
überschritten werden. Der Gesetzgeber ging davon aus,  
dass in einem solchen Fall Auswirkungen auf den hiesi-  
gen Wettbewerb bestehen könnten, weshalb solche  
Zusammenschlüsse zu überprüfen sind.<sup>6</sup> Dasselbe muss  
auch für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG gelten.

Die genannte Ausnahmebestimmung von der Melde-  
pflicht betrifft ausdrücklich den Fall der «Gründung eines  
Gemeinschaftsunternehmens». Vorliegend geht es je-  
doch um die Erlangung alleiniger Kontrolle. Es wäre  
zwar denkbar, dass die genannte Regel von Ziffer 4 der  
Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung  
von Zusammenschlüssen auch auf Fälle von Art. 9 Abs.  
4 KG Anwendung finden könnte, doch spielt dies vorlie-  
gend keine Rolle, da die Voraussetzungen für die Befreiung  
von der Meldepflicht im Sinne von Ziffer 4 der  
Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung  
von Zusammenschlüssen im vorliegenden Fall ohnehin  
nicht gegeben wären.

Wie in der Beratungsanfrage ausgeführt wird, verfügen  
sowohl Target 1 als auch 2 in geringem Umfang über

Schweizer Kunden. Der Umstand, dass die Zielunter-  
nehmen keine Direktzustellungen in die Schweiz vor-  
nehmen, sondern diese von Subunternehmer ausgeführt  
werden, ist im Zusammenhang mit der Zurechenbarkeit  
des Umsatzes nicht von Bedeutung. Es ist nicht erfor-  
derlich, dass die Zielunternehmen die Lieferungen selbst  
vornehmen. Relevant ist nur, dass sie mit den von ihnen  
angebotenen Leistungen Umsatz erzielen.

In Bezug auf die örtliche Zuordnung dieser Umsätze wird  
in der Beratungsanfrage ausgeführt, die charakteristi-  
schen Leistungen der drei Unternehmen bestünden u. a.  
in der Bereitstellung von «Transportdienstleistungen, die  
an einen Zielort geliefert würden». Die Transportdienst-  
leistungen würden somit nicht zwingend am Standort der  
Unternehmen erfüllt. Daraus kann aber auch geschlos-  
sen werden, dass die Transportdienstleistungen zumin-  
dest teilweise auch am Standort der Kunden und damit  
in der Schweiz erfüllt werden.

Gemäss Ziffer 8 der Mitteilung zur Praxis bei der Mel-  
dung und Beurteilung von Zusammenschlüssen ist für  
die Zuordnung von Umsätzen grundsätzlich der Standort  
der Nachfrager ausschlaggebend, d. h. der Ort, an den  
vertragsgemäss ein Produkt geliefert wird (Leistungsort)  
bzw. an dem der Wettbewerb mit alternativen Lieferan-  
ten um den Kunden stattfindet. Die Umsätze wären  
dementsprechend grundsätzlich dem Standort der Kun-  
den und somit der Schweiz zuzuordnen.

Zum gleichen Schluss gelangt man, wenn rechtsverglei-  
chend die «Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu  
Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr.  
139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unterneh-  
menzusammenschlüssen» (nachfolgend: EU-  
Mitteilung)<sup>7</sup> herangezogen wird.<sup>8</sup> Wie in der Schweiz gilt  
auch nach europäischem Recht die Regel, «dass der  
Umsatz dem Ort zuzurechnen ist, an dem sich der Kun-  
de befindet». Dem liegt das Prinzip zu Grunde, dass der  
Umsatz dem Ort zuzurechnen ist, an dem der Wettbe-  
werb mit alternativen Lieferanten stattfindet. Dieser Ort  
ist in der Regel auch der Ort, an dem die charakteristi-  
sche Handlung im Rahmen des fraglichen Vertrags  
durchgeführt werden muss, d. h. an dem die Dienstlei-  
stungen tatsächlich erbracht und die Waren tatsächlich  
ausgeliefert werden.»<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Vgl. BGE 143 II 297 E 3.2.3, *Gaba/WEKO*.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 143 II 297 E 3.3, *Gaba/WEKO*.

<sup>5</sup> Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission über die  
Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom  
25.3.2009 (Stand 1.10.2019); abrufbar unter <[https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches\\_dokumentation/meldefomulare.html](https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldefomulare.html)>  
(29.10.2021).

<sup>6</sup> Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartell-  
gesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 Rz 76 m. w. H.

<sup>7</sup> ABl. C 43/10 vom 21.2.2009.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2019/3a 604, Rz 13, *Beratung zur Meldepflicht nach Art. 9  
Abs. 1 Bst b KG*.

<sup>9</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 196.

In Bezug auf Dienstleistungen unterscheidet die EU-Mitteilung grundsätzlich drei Fall Konstellationen: «Die erste Kategorie umfasst Fälle, in denen der Dienstleister seinen Ort verändert, die zweite Kategorie Fälle, in denen der Kunde seinen Ort verändert. Die dritte Kategorie umfasst diejenigen Fälle, in denen eine Dienstleistung erbracht wird, ohne dass der Dienstleister oder der Kunde ihren Ort verändern müssen. Bei den ersten beiden Kategorien ist der erzielte Umsatz dem Bestimmungsort desjenigen zuzurechnen, der seinen Ort verändert, d. h. dem Ort, an dem die Dienstleistung tatsächlich an den Kunden erbracht wird. In der dritten Kategorie wird der Umsatz im Allgemeinen dem Ort des Kunden zugerechnet.»<sup>10</sup>

Aus der Beratungsanfrage wird zumindest nicht ersichtlich, dass die Schweizer Kunden zum Zwecke der Dienstleistungserbringung ihren Ort verändern müssen. Entsprechend ginge die EU-Mitteilung in einem solchen Fall von der ersten oder dritten Kategorie aus und die entsprechenden Umsätze wären am ehesten dem Ort des Kunden, also der Schweiz zuzurechnen.

Unerheblich ist schliesslich der Umstand, dass es sich bei den erzielten Umsätzen im Verhältnis zum Gesamtmarktumsatz um marginale Umsätze handelt. Selbst die Ausnahmebestimmung von Ziffer 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen würde ausdrücklich nur dann zur Anwendung gelangen, wenn gar keine Umsätze in der Schweiz erzielt werden, was vorliegend offenbar nicht der Fall ist.

Insgesamt ist festzuhalten, dass gemäss den Ausführungen in der Beratungsanfrage die Zusammenschlussunternehmen auch über Schweizer Kunden verfügen. Die Schweizerische Post kauft somit – wenn auch nur indirekt – zwei Unternehmen, welche in der Schweiz tätig sind und Umsätze in der Schweiz erzielen. Damit ist vorliegend ein Bezug des genannten Zusammenschlussvorhabens zum Wettbewerb in der Schweiz nicht offensichtlich ausgeschlossen. Selbst die analoge Anwendung von Ziffer 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen würde die Meldepflicht des Vorhabens gemäss Art. 9 KG nicht ausschliessen. Das Kartellgesetz bleibt somit gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf das zur Diskussion stehende Zusammenschlussvorhaben anwendbar.

### Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG

Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet der Absätze 1–3 eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht somit nur, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vorliegen und zweitens muss ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt bestehen.<sup>11</sup>

Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 (nachfolgend: Botschaft)<sup>12</sup> führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass es dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.<sup>13</sup> Zur Frage, wann ein Markt einem anderen vor- oder nachgelagert oder zu diesem benachbart ist, äussert sich die Botschaft jedoch nicht.

Art. 9 Abs. 4 KG ist in einem Zusammenschlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens grundsätzlich extensiv auszulegen.<sup>14</sup>

Vor- und nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sind solche Märkte, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher kommen. D. h. Märkte, die in einem Vertikalverhältnis zum Markt stehen, in welchem eine Marktbeherrschung festgestellt wurde.<sup>15</sup>

Als benachbart zu einem anderen Markt gilt ein Markt nach der Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>16</sup> Die Praxis der WEKO legt den Begriff des benachbarten Marktes regelmässig weit aus. Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.<sup>17</sup> Nach Ansicht des Sekretariats ist nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann.

<sup>10</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 199.

<sup>11</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.30, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>12</sup> Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 468.

<sup>13</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 581.

<sup>14</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.45, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>15</sup> Vgl. BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*; DIKE KG-PRÜMMER (Fn 6), Art. 9 N 122; BSK KG-REINERT (Fn 2, Art. 9 KG N 305 ff.); SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: *Commentaire romand. Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 9 LCart N 117 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

<sup>17</sup> Vgl. DIKE KG-PRÜMMER (Fn 6), Art. 9 KG N 125; BSK KG-REINERT (Fn 2), Art. 9 KG N 310 ff.

Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Schweizerische Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden (nachfolgend zusammen: Briefmärkte) als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.<sup>18</sup>

Gemäss der Beratungsanfrage sind die Käuferin sowie die Targets 1 und 2 auf den Märkten für Strassentransport von Stückgut, dem Markt für Speditionsdienstleistungen für Transporte auf der Strasse und im Bereich Lagerlogistik tätig. Demgemäss sind diese nicht auf den Märkten tätig, für welche eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG rechtskräftig festgestellt wurde. Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage ist aufgrund des Fehlens von vertikalen Beziehungen zwischen den in Rede stehenden Märkten auch nicht davon auszugehen, dass die Käuferin sowie die Targets 1 und 2 auf einem diesen Märkten vor- oder nachgelagerten Markt tätig sind.

In Bezug auf die Frage nach der Benachbarkeit der Märkte ergibt sich gestützt auf die Ausführungen in der Beratungsanfrage, dass sowohl die Käuferin als auch die Zielunternehmen keine Paketzustellungen an Endkunden vornehmen und daher insbesondere nicht auf den direkt benachbarten Märkten für Paketdienste tätig sind. In der Beratungsanfrage wird sodann ausgeführt, dass für die beiden Bereiche, d. h. den Logistikbereich der Käuferin und der Zielunternehmen einerseits sowie den Briefbereich der Post andererseits – nicht die gleiche Infrastruktur genutzt werde. Deshalb und auch aufgrund von geografischen Unterschieden (Schweiz – Deutschland) könnten die relevanten Dienstleistungen auch nicht als Bündel bezogen oder verkauft werden. Schliesslich seien auch die Kundengruppen und Verwendungszwecke unterschiedlich, so dass insgesamt eine Wechselwirkung bzw. Abwanderung des Geschäfts vom einem Markt zugunsten des anderen im Sinne eines potentiellen Wettbewerbs bzw. einer gewissen Substituierbarkeit sowie Synergien durch die Bündelung von Leistungen oder Know-how zu verneinen sei. Gestützt auf diese Ausführungen sind keine Interdependenzen zwischen den zur Diskussion stehenden Briefmärkten der Schweizerischen Post und den Dienstleistungen im Speditions- und Logistikbereich der deutschen Zusammenschlussunternehmen zu erkennen, sodass von einer zumindest teilweisen Substituierbarkeit bzw. einem zum Teil parallelen Verlauf der Nachfrage ausgegangen werden könnte. Damit fehlt es vorliegend insgesamt an dem von Art. 9 Abs. 4 KG verlangten Nahverhältnis.

#### IV. Fazit

Obwohl es sich sowohl bei der Käuferin – einer Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post – als auch bei den Zielgesellschaften um deutsche Unternehmen handelt, könnte das Zusammenschlussvorhaben trotzdem auch Auswirkungen in der Schweiz entfalten. So verfügen beide Zielgesellschaften jeweils ebenfalls über Schweizer Kunden, mit welchen auch Umsatz in der Schweiz erzielt wird. In diesem Sinne sind die Zielgesellschaften auch in der Schweiz tätig und ein Bezug

des genannten Zusammenschlussvorhabens zum Wettbewerb in der Schweiz ist nicht offensichtlich ausgeschlossen. Das Kartellgesetz bleibt somit gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf das zur Diskussion stehende Zusammenschlussvorhaben anwendbar.

Es wurde rechtskräftig festgestellt, dass die Schweizerische Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG ist. Die Käuferin und die Zielgesellschaften sind gemäss der Beratungsanfrage auf den Märkten für Strassentransport von Stückgut, dem Markt für Speditionsdienstleistungen für Transporte auf der Strasse sowie im Bereich Lagerlogistik tätig. Dabei handelt es sich nicht um Märkte, die zu den Märkten, für welche eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG festgestellt wurde, in einem ausreichenden speziellen Nahverhältnis stehen. Damit ist entsprechend den Ausführungen in der Beratungsanfrage nicht erkennbar, dass das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der den Märkten für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden vor- oder nachgelagert oder benachbart und somit nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

Aufgrund der obigen Ausführungen kann die eingangs gestellte Beratungsanfrage wie folgt beantwortet werden:

1. Das Sekretariat teilt die Auffassung nicht, dass das Zusammenschlussvorhaben vorliegend keiner Meldepflicht unterliegt, da es mangels Bezug zur Schweiz bereits gemäss Art. 2 Abs. 2 KG vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgeschlossen sei.
2. Das Sekretariat teilt die Auffassung, dass das Zusammenschlussvorhaben vorliegend keiner Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterliegt, weil es sich bei den diesbezüglich relevanten Märkten und den nationalen Vertragskundenbriefmärkten nicht um benachbarte Märkte im Sinne dieser Bestimmung handelt.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2020/2 625, Disp.Ziff. 1, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

B 1.4

### 3. Beratung Meldepflicht Unternehmenszusammenschluss Swisscom AG/ Innovative Web AG etc.

*Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

#### I. Sachverhalt

Die Swisscom AG (nachfolgend Swisscom) beabsichtigt, die Innovative Web AG, Innovative Web Marketing & Service AG sowie die Innovative Government AG (alle zusammen nachfolgend i-Web) zu übernehmen. i-Web solle nach dem Kauf dem Geschäftsbereich von Swisscom Directories AG (nachfolgend Directories) zugeordnet werden. Die i-Web habe ein identisches Aktienariat.

i-Web erziele einen jährlichen Umsatz von rund CHF [...]. Eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG falle damit von Vorneherein ausser Betracht. Gegenstand der vorliegenden Beratungsanfrage sei eine etwaige Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG. Wie nachfolgend im Einzelnen dargelegt werde, sei auch eine entsprechende Meldepflicht nach Auffassung von Swisscom zu verneinen.

Gemäss der Beratungsantwort in Sachen Websheep vom 8. November 2018 (RPW 2019/1, S. 82 ff.) bestehe der Anknüpfungspunkt für eine mögliche Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in der festgestellten marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie und dem Umstand, dass die Märkte für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge sowie für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten als nachgelagerte Märkte hierzu zu betrachten seien. Entscheidend für die Meldepflicht sei gemäss der Beratungsantwort demnach gewesen, dass Websheep mittels ihrer Online-Vergleichsplattformen Verzeichnisdaten zur Verfügung stelle und Verzeichnisdaten aus horizontalen Verzeichnissen beziehe. Die Tätigkeiten von i-Web seien grundlegend anders gelagert. i-Web biete primär Lösungen für Gemeinden für ihre Webpräsenz und Module zur Interaktion mit ihren Einwohnerinnen und Einwohnern an. Einfach erklärt erstelle i-Web für Gemeinden und Behörden Webseiten. Weitere Kunden seien Kantone, Schulen, Feuerwehren und dergleichen (<https://www.i-web.ch/de/>). Auf diesen Webseiten seien allerlei Informationen abrufbar und teilweise buchbar. Die Vielfalt der enthaltenen Informationen zeige sich exemplarisch an der Webseite der Gemeinde Chur (<https://www.chur.ch/>), wo unter anderem Informationen zu Politik, offenen Stellen, Sehenswürdigkeiten, Abfallentsorgung und bewilligten Baugesuchen enthalten seien, Todesfälle und Wohnungswechsel gemeldet und Betreuungsauskünfte und Heimatscheine online bestellt werden könnten. Selbstverständlich würden die Webseiten auch Kontaktinformationen von Amtsstellen, lokalen Vereinen und dergleichen enthalten. i-Web nutze oder bearbeite hierzu keinerlei Daten aus Verzeichnissen, sondern stelle ausschliesslich die Software zur Verfügung. i-Web führe somit keine Verzeichnisse und samm-

le oder bearbeite auch keine Daten. Der Entscheid, welche Adressdaten öffentlich dargestellt werden sollen sowie die Aufbereitung dieser Daten obliege ausschliesslich den Gemeinden und sonstigen Kunden von i-Web. Ebenso wenig könnten Daten, die von Nutzern eingegeben werden, von i-Web eingesehen und genutzt werden. i-Web sei somit auf keinem der Märkte tätig, die der Festnetztelefonie nachgelagert seien (Märkte für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge sowie für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten). Das Interesse an i-Web liege denn auch nicht in möglichen Synergien zum Daten- und Verzeichnissgeschäft von Directories begründet. Vielmehr möchte Directories das bereits bestehende Angebot für Gemeinden (<https://www.localcities.ch/de/>) durch die höherwertigen Dienste von i-Web ergänzen.

In diesem Sinne wird das Sekretariat ersucht im Rahmen der vorliegenden Beratungsanfrage gemäss Art. 23 Abs. 2 KG mitzuteilen, ob es die Auffassung von Swisscom teile, wonach im Zusammenhang mit dem angedachten Zusammenschlussvorhaben keine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bestehe.

#### II. Beurteilung

Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht ungeachtet der Absätze 1–3 eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht somit nur, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vorliegen und zweitens muss ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt bestehen.<sup>1</sup>

Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 (nachfolgend Botschaft)<sup>2</sup> führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass es dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatelklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG

<sup>1</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.30, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>2</sup> Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468.

wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.<sup>3</sup> Zur Frage, wann ein Markt einem anderen vor- oder nachgelagert oder zu diesem benachbart ist, äussert sich die Bot-schaft jedoch nicht.

Art. 9 Abs. 4 KG ist in einem Zusammenschlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens grundsätzlich extensiv auszulegen.<sup>4</sup>

Vor- und nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sind solche Märkte, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher kommen. D. h. Märkte, die in einem Vertikalverhältnis zum Markt stehen, in welchem eine Marktbeherrschung festgestellt wurde.<sup>5</sup>

Als benachbart zu einem anderen Markt gilt ein Markt nach der Praxis der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>6</sup>

Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Markt für Festnetztelefonie als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.<sup>7</sup> Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich gemäss den damaligen Erwägungen auf das Netz und die Dienste.<sup>8</sup> Im selben Entscheid wurde ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auf dem dem Telefoniemarkt nachgelagerten Internet-Provider-Markt festgestellt.<sup>9</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist der Umstand, dass es sich bei den Märkten für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge sowie den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten um dem Markt für Festnetztelefonie direkt nachgelagerte Märkte handelt. Dies deshalb, weil Verzeichnisdaten beim Abschluss eines Vertrages über Festnetztelefonie anfallen und in der Regel mit Vertragsabschluss erhoben werden. Diese Daten sind der Input für die Verzeichnisdaten und sind damit der direkte Rohstoff für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste.<sup>10</sup>

Gemäss der Beratungsanfrage erstellt i-Web für Gemeinden und Behörden Webseiten. Selbstverständlich würden die Webseiten auch Kontaktinformationen von Amtsstellen, lokalen Vereinen und dergleichen enthalten, i-Web nutze oder bearbeite hierzu jedoch keinerlei Daten aus Verzeichnissen, sondern stelle ausschliesslich die Software zur Verfügung.

Demgemäss ist i-Web offensichtlich nicht auf dem Markt für Festnetztelefonie tätig. Aufgrund der Angaben in der Beratungsanfrage ist auch nicht davon auszugehen, dass i-Web auf einem den Telefoniemärkten benachbarten bzw. vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist. Die Angebote auf dem Markt für Festnetztelefonie sind zum einen nicht «bis zu einem gewissen Grad» durch die Dienstleistungen der i-Web im Softwarebereich substituierbar. Zum anderen wird in der Beratungsanfrage auch dargelegt, dass die i-Web keine Verzeichnisse führt und auch keine Daten sammelt oder bearbeitet und somit nicht auf den nachgelagerten Märkten für Verzeichnisdaten

ten und –einträge tätig ist. Andere dem Markt für Festnetztelefonie vor- oder nachgelagerte Märkte, auf denen i-Web tätig ist, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Da es sich bei der von i-Web angebotenen Dienstleistung somit insgesamt «nur» um die Zurverfügungstellung von Software handelt, ist das von Art. 9 Abs. 4 KG verlangte Nahverhältnis zum Markt für Festnetztelefonie nicht erkennbar.

### III. Fazit

Die im Verfahren Telecom PTT/Blue Windows rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung von Swisscom betrifft den schweizerischen Markt für Festnetztelefonie. Dabei gilt Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

Die Tätigkeit von i-Web umfasst im Wesentlichen «nur» die Zurverfügungstellung von Software. i-Web führt insbesondere keine Verzeichnisse und sammelt oder bearbeitet auch keine Daten und ist somit nicht auf den vordergründig in Betracht fallenden nachgelagerten Märkten für Verzeichnisdaten und –einträge tätig. Auch ein anderes Nahverhältnis im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG zum Markt für Festnetztelefonie ist nicht ersichtlich. Damit ist entsprechend den Ausführungen in der Beratungsanfrage nicht erkennbar, dass das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der dem Markt für Festnetztelefonie vor-oder nachgelagert oder benachbart und somit nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

Aufgrund der obigen Ausführungen kann die eingangs gestellte Beratungsanfrage wie folgt beantwortet werden:

Das Sekretariat der WEKO teilt die Einschätzung von Swisscom, wonach das Zusammenschlussvorhaben Swisscom AG / Innovative Web AG, Innovative Web Marketing & Service AG sowie Innovative Government AG der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nicht untersteht.

<sup>3</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 581.

<sup>4</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020 E. 2.45, *Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*, bestätigt durch BGer 2C\_934/2020 vom 23.9.2021.

<sup>5</sup> Vgl. BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*; FELIX PRÜMMER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9 N 122); MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 305 ff.; SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: Commentaire romand. Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 9 LCart N 117 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 1997/2, 167 Rz 38, *Telecom PTT/Blue Window*.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 2 und 3, *Telecom PTT/Blue Window*.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2019/1, 82, *Beratungsanfrage betreffend Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens*, m. w. H.

## B 2 Wettbewerbskommission

### Commission de la concurrence

### Commissione della concorrenza

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Abreden im Bereich Luftfracht</b>

#### 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 [...],
2. **Korean Air Lines Co. Ltd.**, vertreten durch [...],
3. **Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.**, und deren Tochtergesellschaft **Polar Air Cargo Worldwide, Inc.**, beide vertreten durch [...]
4. **South African Airways (PTY) Ltd.**, vertreten durch [...],
5. **Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A.**, vertreten durch [...],
6. **AMR Corporation** und deren Tochtergesellschaft **American Airlines, Inc.**, beide vertreten durch [...],
7. **United Continental Holdings, Inc.**, und deren Tochtergesellschaft **United Air Lines, Inc.**, beide vertreten durch [...],
8. **SAS AB** und deren Tochtergesellschaften **Scandinavian Airlines A/S** und **SAS Cargo Group A/S**, alle vertreten durch [...],
9. [...], beide vertreten durch [...],
10. **Singapore Airlines Limited** und deren Tochtergesellschaft **Singapore Airlines Cargo Pte. Ltd.**, beide vertreten durch [...],
11. [...], vertreten durch [...],
12. [...], vertreten durch [...],
13. [...], vertreten durch [...],
14. [...], alle vertreten durch [...].

#### Übersicht

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b>	<b>85</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung	85
A.2	Parteien	85
A.2.1	Einleitung	85
A.2.2	[...]	86
A.2.3	[...]	86
A.2.4	Korean Air Lines Co. Ltd.	86
A.2.5	Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.	86
A.2.6	South African Airways (PTY) Ltd.	87
A.2.7	Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A.	87
A.2.8	AMR Corporation (American Airlines, Inc.)	87
A.2.9	United Continental Holdings, Inc., (United Air Lines, Inc.)	87
A.2.10	SAS AB (SAS-Gruppe)	87
A.2.11	[...]	88
A.2.12	Singapore Airlines Limited	88
A.2.13	[...]	88
A.2.14	[...]	88
A.2.15	[...]	88
A.2.16	[...]	88
A.2.17	Tabellarische Übersicht Parteien	89
A.3	Verfahren	90
A.3.1	Verfahrensgeschichte	90
A.3.2	Zeitliche Übersicht zu den Selbstanzeigen	94
A.3.3	Ausländische Verfahren	95
A.3.4	Anträge der Parteien im Rahmen von Artikel 30 Absatz 2 KG	96
A.3.5	Stellungnahmen der Parteien zum Verfahren	97
A.4	Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts	106

A.4.1 Vorbemerkungen	106	C.2 Ergebnis	257
A.4.2 Beschreibung Luftfrachtdienstleistungen	107	<b>D Ergebnis</b>	<b>258</b>
A.4.3 Wesentliche Methoden und Struktur der Kontakte	109	<b>E Dispositiv</b>	<b>260</b>
A.4.4 Treibstoffzuschläge	109	<b>F Anhang</b>	<b>261</b>
A.4.5 [...]	111		
A.4.6 Kriegsrisikozuschläge	111	<b>A Sachverhalt</b>	
A.4.7 Zollabfertigungszuschläge für die USA	112	<b>A.1 Gegenstand der Untersuchung</b>	
A.4.8 Frachtraten	112	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.4.9 Kommissionierung von Zuschlägen	113		
A.4.10 Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier	114	<b>A.2 Parteien</b>	
A.4.11 Stellungnahmen der Parteien zur Sachverhaltsfeststellung	115	<b>A.2.1 Einleitung</b>	
<b>B Erwägungen</b>	<b>128</b>	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.	
B.1 Geltungsbereich	128	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.	
B.1.1 Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens	129	4. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit. <sup>1</sup> 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. <sup>2</sup> Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Artikel 17 f. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).	
B.1.2 EU-Luftverkehrsabkommen	133		
B.1.3 Stellungnahmen der Parteien zum Geltungsbereich	143		
B.2 Vorbehaltene Vorschriften	151		
B.2.1 Abkommen ausserhalb des EU-Luftverkehrsabkommens	151		
B.2.2 EU-Luftverkehrsabkommen	152		
B.2.3 Stellungnahmen der Parteien zu vorbehaltenen Vorschriften	152		
B.3 Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die anzuwendenden Bestimmungen	153		
B.3.1 Einleitung	153		
B.3.2 Stellungnahmen der Parteien zu Subsumtion im Allgemeinen	154		
B.3.3 Subsumtion EU-Luftverkehrsabkommen	157		
B.3.4 Subsumtion Kartellgesetz	172		
B.4 Massnahmen	231		
B.4.1 Anordnung von Massnahmen	231		
B.4.2 Sanktionierung	232		
<b>C Kosten</b>	<b>256</b>		
C.1 Stellungnahmen der Parteien zu den Kosten	256		
C.1.1 Stellungnahme Atlas (Polar)	256		
C.1.2 Stellungnahme South African	257		
C.1.3 Stellungnahme Alitalia	257		
C.1.4 Stellungnahme AMR (American)	257		
C.1.5 Stellungnahme United	257		
C.1.6 Stellungnahme [...]	257		

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

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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<sup>bis</sup> KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbe- reich 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.<sup>4</sup>

7. Soweit vorliegend ein Konzern verfahrensbeteiligt ist<sup>5</sup>, ist zu berücksichtigen, dass diesem weder Rechts- noch Handlungsfähigkeit zukommt. Da der Konzern somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungs- adressat sein kann, ist im Einzelfall zu prüfen, welchen Rechtsträgern beziehungsweise welchen juristisch selb- ständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung eröff- net werden muss.<sup>6</sup> Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesell- schaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Ent- scheidungen aber auf der Ebene der herrschenden Konzern- gesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung, gefällt, sind nach der Praxis der Wett- bewerbskommission (nachfolgend: WEKO) beide Ges- ellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrach- ten.<sup>7</sup> Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Mutter- gesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.<sup>8</sup>

## A.2.2 [...]

[...]

## A.2.3 [...]

11. Die [...] (nachfolgend: [...]) ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.<sup>9</sup> Im [...] Konzern sind die für den Luftfrachtbereich zuständigen Organisationseinheiten die [...] (nachfolgend: [...]) und die [...] (nachfolgend: [...])<sup>10</sup> mit ihrer Luftfrachtdivision [...] ([...]).<sup>11</sup> Die vollständige Übernahme von [...] durch [...] erfolgte im Jahr [...].<sup>12</sup> Allerdings gab die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) die Übernahme von [...] durch [...] schon am [...] frei.<sup>13</sup> Es bestehen Hinweise, dass [...] bereits im [...] [...] mitkontrollierte.<sup>14</sup> Im Folgenden wird daher von einer Konzernzugehörigkeit von [...] zur [...] Gruppe ab [...] ausgegangen.

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

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

## A.2.4 Korean Air Lines Co. Ltd.

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

15. In der Schweiz führt Korean Air zwei Geschäftsstel- len, eine am Flughafen in Zürich-Kloten und eine am Flughafen Basel-Mulhouse. In Zürich werden sowohl Passagiertransporte als auch Luftfrachttransporte ange- boten. Luftfrachttransporte von und nach Zürich erfolgen jedoch nur im Gepäckraum von Passagierflugzeugen und nicht mit Luftfracht-Flugzeugen. In Basel hingegen bietet Korean nur Luftfrachttransporte mit Luftfracht- Flugzeugen und keine Passierflüge an.<sup>20</sup>

16. Korean hat als materielle Verfügungsadressatin Par- teistellung.

## A.2.5 Atlas Air Worldwide Holdings, Inc.

17. Atlas Air Worldwide Holdings, Inc., (nachfolgend: AAWW) ist ein weltweit tätiges Luftfrachtunternehmen.<sup>21</sup> AAWW ist durch ihre beiden operativen Tochtergesell- schaften, Atlas Air, Inc., (nachfolgend: Atlas) und Polar Air Cargo Worldwide, Inc., (nachfolgend: Polar) im Luft- frachtgeschäft hauptsächlich in den USA und Asien tä- tig.<sup>22</sup>

<sup>3</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ YGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148.

<sup>4</sup> Vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Am- stutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 2 KG N 21.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Vgl. VON BÜREN, Der Konzern (Fn 5), 485.

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

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2007/2, 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufs- vermittlern*; bestätigt im Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f E. 4.5, *Publigroupe SA/WEKO* sowie im Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>9</sup> [...].

<sup>10</sup> [...].

<sup>11</sup> Vgl. act. [...].

<sup>12</sup> [...].

<sup>13</sup> [...].

<sup>14</sup> Vgl. act. [...].

<sup>15</sup> [...].

<sup>16</sup> [...].

<sup>17</sup> Vgl. act. [...].

<sup>18</sup> Vgl. act. [...].

<sup>19</sup> Vgl. act. [...].

<sup>20</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>22</sup> Vgl. act. [...].

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).

19. Soweit sich nachfolgend das Verfahren gegen den AAWW-Konzern als beteiligtes Unternehmen richtet<sup>23</sup>, 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

24. Alitalia hat als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.<sup>28</sup>

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

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

26. In der Schweiz verfügt American über eine Zweigniederlassung.<sup>32</sup>

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).<sup>33</sup> United ist ein weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen.<sup>34</sup> Die Frachtabteilung United Airlines Cargo (nachfolgend: United Cargo) ist eine Organisationseinheit von United ohne eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> Die Luftverkehrsaktivitäten der SAS-Gruppe beinhalten Scandinavian Airlines, Widerøe und Blue1.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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.

<sup>23</sup> Vgl. dazu auch nachfolgende Rz 69.

<sup>24</sup> South African, Über uns, <[http://www.flysaa.com/Journeys/about\\_US.action](http://www.flysaa.com/Journeys/about_US.action)> (27.5.2011).

<sup>25</sup> Vgl. act. [...].

<sup>26</sup> Vgl. act. [...].

<sup>27</sup> Vgl. act. [...].

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

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

<sup>31</sup> Vgl. act. [...].

<sup>32</sup> Vgl. act. [...].

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

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

<sup>35</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>37</sup> SAS Group Annual Report & Sustainability Report 2010, S 31.

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

**A.2.11 [...]**

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

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.

**A.2.12 Singapore Airlines Limited**

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

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

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.<sup>45</sup> 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: [...]).<sup>46</sup>

38. In der Schweiz hat [...] eine Zweigniederlassung.<sup>47</sup>

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

**A.2.14 [...]**

40. [...] (nachfolgend: [...]) ist ein weltweit tätiges Luftfrachtunternehmen.<sup>48</sup>

41. In der Schweiz verfügt [...] über eine Zweigniederlassung.<sup>49</sup>

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

**A.2.15 [...]**

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

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

**A.2.16 [...]**

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

46. In der Schweiz verfügt [...] über eine Zweigniederlassung in [...].<sup>57</sup>

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.

<sup>39</sup> Vgl. act. [...].

<sup>40</sup> [...].

<sup>41</sup> [...].

<sup>42</sup> Singapore – About Us, <[http://www.singaporeair.com/en\\_UK/about-us/](http://www.singaporeair.com/en_UK/about-us/)> (27.5.2011).

<sup>43</sup> Vgl. act. [...].

<sup>44</sup> Vgl. act. [...].

<sup>45</sup> [...].

<sup>46</sup> Vgl. act. [...].

<sup>47</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>48</sup> [...].

<sup>49</sup> Vgl. act. [...].

<sup>50</sup> [...].

<sup>51</sup> Vgl. act. [...].

<sup>52</sup> Vgl. act. [...].

<sup>53</sup> [...].

<sup>54</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>55</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>56</sup> Vgl. act. [...].

<sup>57</sup> Vgl. act. [...].

## A.2.17 Tabellarische Übersicht Parteien

Tabelle 1: Tabellarische Übersicht Parteien

Unternehmen		Parteien	Verfügungs- adressat	Eröffnungs- datum	act.	Rechtsvertretung / Zustellendomizil
[...]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 Grüni- ger Bahnhofplatz 9 Postfach 1867 8021 Zürich
AAWW-Konzern		AAWW	materiell	[...]	[...]	Lenz & Staehelin Rechtsanwälte RA Dr. Marcel Meinhardt RA Mario Strebelt Bleicherweg 58 8027 Zürich
	PO	Polar	formell	[...]	[...]	
South African	SA	South African	materiell	[...]	[...]	Prager Dreifuss AG RA Dr. Christoph Tag- mann Schweizerhof-Passage 7 3001 Bern
Alitalia	AZ	Alitalia	materiell	[...]	[...]	Altenburger Ltd legal + tax RA Massimo Calderan Seestrasse 39 8700 Küsnacht ZH
AMR-Konzern		AMR	materiell	[...]	[...]	Bill Isenegger Acker- mann AG Rechtsanwäl- te RA Dr. Urs Isenegger RA Daniela Diederichs- Fischli Witikonerstrasse 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





75. [...]94, [...]95, American96, Alitalia97, Polar98, [...]99 und South African100 beantragten Akteneinsicht.

76. Zu Fragen im Zusammenhang mit dem EU-Luftverkehrsabkommen konsultierte das Sekretariat das Integrationsbüro EDA/EVD (nachfolgend: IB EDA/EVD)101, das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: SECO)102, das Bundesamt für Zivilluftfahrt 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 International 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 Sekretariat diese Daten und Informationen am 28. Mai 2012.109 Es handelt sich dabei um Luftfrachtleistungen, welche die IATA mit dem Abrechnungssystem Cargo Accounts Settlement Systems CASS (nachfolgend: CASS) erfasst. Gemäss IATA vereinfacht CASS die Rechnungsstellung und Abrechnung zwischen Luftverkehr- und Speditionsunternehmen.110

78. Mit Schreiben des Sekretariats vom 14. Mai 2012111, 16. Mai 2012112, 28. August 2012113, 8. November 2012, 10. Dezember 2012114, 10./11. Januar 2013115, 15. Mai 2013116, 28. August 2013117, 9. September 2013118, 5. November 2013119, 19. November 2013120 und 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 weitergeben oder in anderen Verfahren verwendet werden dürften.131

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](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. [...].

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. [...].

131 Vgl. act. [...].

[...] teilte mit Schreiben vom 11. September 2012 mit, dass sie zum damaligen Zeitpunkt keine persönliche Einsicht in die Selbstanzeigen nehmen wolle, sich diese Möglichkeit jedoch für einen späteren Zeitpunkt vorbehalte.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup>

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.<sup>134</sup> 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.<sup>135</sup> 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.<sup>136</sup>

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

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.<sup>138</sup> Zudem nahm Scandinavian mit Schreiben vom 11. Juli 2013 Stellung zur Stellungnahme von [...] vom 20. Februar 2013.<sup>139</sup>

88. Mit Datum vom 8. Juli 2013 erhielten die Parteien ein Schreiben mit den Daten und der Vorgehensweise der Anhörungen.<sup>140</sup> Ein Schreiben mit den Vorladungen zu den Anhörungen und weiteren Informationen folgte mit Datum vom 24. Juli 2013.<sup>141</sup> Folgende Parteien wurden zu Anhörungen vorgeladen: South African, American, [...], Polar, [...], Scandinavian und United. Zu den Anhörungen stellten verschiedene Parteien Verfahrensanträge: South African stellte am 22. Juli 2013 einen Antrag auf unentgeltliche Simultanübersetzung Deutsch-Englisch.<sup>142</sup> 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 Parteien selber, abgewiesen.<sup>143</sup> Singapore stellte mit Schreiben vom 25. Juli 2013 nach-

träglich Antrag auf Anhörung.<sup>144</sup> Dieser Antrag wurde mit Schreiben vom 14. August 2013 gutgeheissen und Singapore wurde nachträglich vorgeladen.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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.<sup>147</sup> 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.<sup>148</sup> 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.<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup> Diesem Antrag auf Wiedererwägung wurde nicht stattgegeben.<sup>151</sup> [...] 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.<sup>152</sup> Dem sinngemäss gestellten Antrag auf Aufhebung der Vorladung von [...] zur Anhörung am 9. September 2013 wurde stattgegeben.<sup>153</sup>

<sup>132</sup> Vgl. act. [...].

<sup>133</sup> Vgl. act. [...].

<sup>134</sup> Vgl. act. [...].

<sup>135</sup> Vgl. act. [...].

<sup>136</sup> Vgl. act. [...].

<sup>137</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>139</sup> Vgl. act. [...].

<sup>140</sup> Vgl. act. [...].

<sup>141</sup> Vgl. act. [...].

<sup>142</sup> Vgl. act. [...].

<sup>143</sup> Vgl. act. [...].

<sup>144</sup> Vgl. act. [...].

<sup>145</sup> Vgl. act. [...].

<sup>146</sup> Vgl. act. [...].

<sup>147</sup> Vgl. act. [...].

<sup>148</sup> Vgl. act. [...].

<sup>149</sup> Vgl. act. [...].

<sup>150</sup> Vgl. act. [...].

<sup>151</sup> Vgl. act. [...].

<sup>152</sup> Vgl. act. [...].

<sup>153</sup> Vgl. act. [...].

89. Mit Schreiben vom 28. August 2013 erhielten die Parteien ein aktualisiertes Anhörungsprogramm.<sup>154</sup>

90. Am 9. September 2013 fanden die Anhörungen vor der WEKO von South African, [...], Polar und American statt.<sup>155</sup> Am 16. September 2013 fanden die Anhörungen vor der WEKO von Singapore, [...], Scandinavian und United statt.<sup>156</sup> Die angehörten Parteien erhielten das jeweilige Anhörungsprotokoll und die entsprechende Audioaufnahme mit Schreiben vom 24. September 2013 zur Unterschrift.<sup>157</sup> Bis am 9. Oktober 2013 schickten die angehörten Parteien dem Sekretariat unterschriebene Protokolle in geänderter Form oder mit Änderungsanträgen zurück.<sup>158</sup> In der Folge verglich das Sekretariat die Änderungen und Änderungsanträge mit den Audioaufnahmen der Anhörungen. Weil Parteien Änderungen vornahmen, die von den Audioaufnahmen abwichen und wegen der Einarbeitung von Änderungsanträgen in die Protokolle erhielten [...], Scandinavian, South African, [...], United und Polar die überarbeiteten Protokolle erneut zur Unterschrift.<sup>159</sup> Die angehörten Parteien erhielten ein gegengezeichnetes Exemplar der Anhörungsprotokolle mit Schreiben vom 22. Oktober 2013<sup>160</sup> und vom 5. November 2013<sup>161</sup>.

91. Im Nachgang zu den Anhörungen sandten [...], Scandinavian und [...] den Wettbewerbsbehörden zusätzliche Dokumente zur Ergänzung ihrer Ausführungen während der Anhörung.<sup>162</sup> 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.<sup>163</sup>

92. Mit Schreiben vom 8. November 2013 sendete Singapore einen Vorschlag mit angepasstem Antrag. Der Hauptgesichtspunkt 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».<sup>164</sup>

### 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.

<sup>154</sup> Vgl. act. [...].

<sup>155</sup> Vgl. act. [...].

<sup>156</sup> Vgl. act. [...].

<sup>157</sup> Vgl. act. [...].

<sup>158</sup> Vgl. act. [...].

<sup>159</sup> Vgl. act. [...].

<sup>160</sup> Vgl. act. [...].

<sup>161</sup> Vgl. act. [...], [...], [...], [...] und [...].

<sup>162</sup> Vgl. act. [...], [...] und [...].

<sup>163</sup> Vgl. act. [...].

<sup>164</sup> Vgl. act. [...].

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	
	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.<sup>165</sup> 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.<sup>166</sup>

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.<sup>167</sup>

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

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

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

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

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

98. [...] stellt folgende Anträge:<sup>169</sup>

- 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:<sup>170</sup>

- 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 SVKG<sup>171</sup> um mindestens 25 % herabzusetzen.

100. Atlas (Polar) stellt folgende Anträge:<sup>172</sup>

- 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 Bussse 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.<sup>173</sup>
- Es sei die Einvernahme eines bestimmten Mitarbeiters von [...] für die Befragung zu den vorgeworfenen Verhaltensweisen anzuordnen.<sup>174</sup>

101. South African stellt folgende Anträge:<sup>175</sup>

- 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.

102. Alitalia stellt sinngemäss folgende Anträge:<sup>176</sup>

- 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:<sup>177</sup>

- 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:<sup>178</sup>

- 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.

<sup>168</sup> 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-order-ed-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.php?id=425&tx\\_ttnews%5BpS%5D=1275462594&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=18743&tx\\_ttnews%5BbackPid%5D=505&cHash=5b6ec4fb51b40b2fe073d617c305686b](http://www.accc.gov.au/content/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).

<sup>169</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>170</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>172</sup> Vgl. act. [...].

<sup>173</sup> Vgl. act. [...].

<sup>174</sup> Vgl. act. [...].

<sup>175</sup> Vgl. act. [...].

<sup>176</sup> Vgl. act. [...].

<sup>177</sup> Vgl. act. [...].

<sup>178</sup> Vgl. act. [...].

105. Scandinavian stellt sinngemäss folgenden Antrag:<sup>179</sup>

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

106. [...] stellt sinngemäss folgende Anträge:<sup>180</sup>

- [...] 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 bestätigt<sup>181</sup>, zuzüglich 1/14 der Gesamtkosten für den Verfahrensaufwand der für die Schlussredaktion der abschliessenden Verfügung und deren Publikation entsteht, aufzuerlegen.

107. Singapore stellt folgenden Antrag:<sup>182</sup>

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

108. [...] stellt folgende Anträge:<sup>183</sup>

- 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:<sup>184</sup>

- 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:<sup>185</sup>

- 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:<sup>186</sup>

- Die Untersuchung gegen [...] sei einzustellen.
- Eventualiter: Es sei [...] keine Sanktion aufzuerlegen.

- Subeventualiter: Es sei die Sanktion gegenüber [...] substantiell 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 oder 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.<sup>187</sup>

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<sup>188, 189</sup>. 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.<sup>190</sup>

<sup>179</sup> Vgl. act. [...].

<sup>180</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>182</sup> Vgl. act. [...].

<sup>183</sup> Vgl. act. [...].

<sup>184</sup> Vgl. act. [...].

<sup>185</sup> Vgl. act. [...].

<sup>186</sup> Vgl. act. [...].

<sup>187</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>189</sup> Urteil des BGER 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 134 f. E. 11, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>190</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>191</sup> Vor dem 28. Juni 2007 war Polar Air Cargo Worldwide, Inc., die Muttergesellschaft von Polar Air Cargo, Inc.<sup>192</sup> 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.<sup>193</sup> Die Atlas-Gruppe hat vielmehr ein Verfahren nach «Chapter 11» des US-amerikanischen Insolvenzrechts angestrengt.<sup>194</sup> 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 StGB<sup>195</sup> 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.<sup>196</sup>

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 blosser 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 Verantwortlich-

keit von Unternehmen regelt, eine Busse vorsieht, bedeutet nicht, dass damit eine Übertretung vorliegt.<sup>197</sup> 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 Bussenfolge gem. Art. 106 Abs. 1 StGB) ankommt»<sup>198</sup>, 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 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.<sup>199</sup>

<sup>191</sup> Vgl. act. [...].

<sup>192</sup> Vgl. dazu auch act. [...].

<sup>193</sup> Vgl. dazu auch act. [...].

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

<sup>195</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0).

<sup>196</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>197</sup> 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.

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

<sup>199</sup> Vgl. act. [...].



### 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.<sup>210</sup>

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 Begründung 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.<sup>211</sup>

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.<sup>212</sup> 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.<sup>213</sup>

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.<sup>214</sup> 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 tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.<sup>215</sup>

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.<sup>216</sup>

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 entsprechenden Umsätzen auf den relevanten Märkten einzustellen sei und das Kartellgesetz im vorliegenden Fall überhaupt zur Anwendung komme, was bestritten werde.<sup>217</sup>

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.<sup>218</sup>

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

<sup>210</sup> Vgl. act. [...].

<sup>211</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>212</sup> Vgl. act. [...].

<sup>213</sup> Vgl. act. [...].

<sup>214</sup> Vgl. act. [...].

<sup>215</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 1C\_333/2012 vom 18.3.2013, E. 3, m. w. H.

<sup>216</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>217</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>218</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

#### 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.<sup>219</sup>

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 Unterlagen<sup>220</sup> 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.<sup>221</sup>

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.<sup>222</sup> Andere Jurisdiktionen, welche ein solches Luftfrachtkartell nachgewiesen hätten, hätten sich auf die Geständnisse der Kartellteilnehmer verlassen, welche die eigene Beteiligung und Schuld zugeben und die anderen Kartellmitglieder ausdrücklich identifiziert hätten. United sei in keiner Jurisdiktion, welche das Luftfrachtkartell untersucht habe, gebüsst oder zu Strafschadenersatz verurteilt worden.<sup>223</sup>

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

145. United macht geltend, dass das Sekretariat das verfassungsmässige Recht von United auf eine Beendigung des Verfahrens binnen vernünftiger Frist im vorliegenden Fall zweifelsohne 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 gemäss Artikel 6 Absatz 1 EMRK<sup>224</sup>, das heisse unter anderem der Verpflichtung der Untersuchungsbehörde, diese zu beenden,

fordere United die Einstellung des vorliegenden Verfahrens, soweit es gegen United gerichtet sei.<sup>225</sup>

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 Verfahren involviert sein solle. Diese Eingabe habe das Sekretariat bloss zur Kenntnis genommen und sich geweigert, auf die Anliegen von United einzugehen. Zudem seien die Verfahrensrechte von United durch die Weigerung des Sekretariats verletzt worden, ihr bereits vor dem Erstellen eines Antrags eine Anhörung zu gewähren. Darüber hinaus habe das Sekretariat das rechtliche Gehör auch dahin gehend verletzt, dass es United nicht Zugang zu relevanten Dokumenten bezüglich seiner eigenen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts gewährt habe, ohne dabei die sich gegenüberstehenden Interessen angemessen in Erwägung zu ziehen und gegeneinander abgewogen zu haben.<sup>226</sup>

148. Diese Vorbringen von United sind unbegründet. Gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Diese Möglichkeit hat United wahrgenommen. Somit konnte United, anders als geltend gemacht, das Recht wahrnehmen, zum Entscheidenantrag Stellung zu nehmen, bevor der Entscheid ergeht. Über die Durchführung einer Anhörung beschliesst die WEKO. Ein Anspruch auf eine Stellungnahme vor Zusage 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 Muttergesellschaften verhalten habe. Das Sekretariat vermöge nicht nachzuweisen, dass die Muttergesellschaften effektiven Einfluss auf die Entscheidungen von SAS Cargo gehabt hätten.<sup>227</sup>

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.<sup>228</sup> Allerdings fokussiert SAS Cargo im Rahmen der «Core SAS»-Strategie

<sup>219</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>220</sup> Vgl. bspw. act. [...].

<sup>221</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>222</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>223</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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

<sup>225</sup> Vgl. act. [...].

<sup>226</sup> Vgl. act. [...].

<sup>227</sup> Vgl. act. [...].

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

seit dem Jahr 2009 exklusiv auf sogenannte «belly freight»-Transporte.<sup>229</sup> 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 Erlasses der Verfügung richtet. Es ist anzumerken, dass sich Scandinavian widersprüchlich verhält, 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.<sup>230</sup>

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.<sup>231</sup>

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».<sup>232</sup> Schliesslich gilt es auch festzuhalten, dass nicht von der Untätigkeit einer Behörde gesprochen werden kann, nur weil in einem bestimmten Zeitraum keine Kor-

respondenz 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 Verhalten von Singapore Cargo nicht unabhängig, sondern von Singapore gelenkt gewesen sei.<sup>233</sup>

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.<sup>234</sup> 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.<sup>235</sup> Aus diesen Ausführungen folgt, dass Singapore Cargo nicht als wirtschaftlich unabhängig von Singapore anzusehen ist.<sup>236</sup> Zudem kauft Singapore Cargo nach eigenen Angaben «belly space» nur bei Singapore ein und nicht bei anderen Luftverkehrsunternehmen.<sup>237</sup> Daran ändert auch nichts, dass Singapore

<sup>229</sup> 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](http://www.sasgroup.net/SASGROUP_IR/AdditionalFiles/2008en.pdf)> (5.4.2013), S 8.

<sup>230</sup> Vgl. act. [...].

<sup>231</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>232</sup> Urteil des BGE 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 135 E. 11.3, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>233</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>234</sup> Vgl. Singapore Airlines - Our Subsidiaries, <[http://www.singaporeair.com/en\\_UK/about-us/sia-history/sia-subsidiaries/](http://www.singaporeair.com/en_UK/about-us/sia-history/sia-subsidiaries/)> (4.6.2013).

<sup>235</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>237</sup> Vgl. act. [...].

Cargo im Rahmen von Allianzen die Möglichkeit hätte, Transporte auch durch andere Luftverkehrsunternehmen durchzuführen.<sup>238</sup> 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.<sup>239</sup> 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.<sup>240</sup>

158. Entgegen dieser Behauptung von Singapore führt der Antrag des Sekretariats aus, dass gemäss Rechtsprechung in Sachen Publigroupe<sup>241</sup> 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 Verhältnismässigkeit der Entfernung –, weshalb eine rechtmässige Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nicht auszumachen sei.<sup>242</sup>

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.<sup>243</sup> 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 Verwaltungsstrafrecht<sup>244</sup> 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.<sup>245</sup>

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.<sup>246</sup>

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.<sup>247</sup> Zusätzlich würde die europäische Rechtsprechung<sup>248</sup> bestätigen, dass die Verjährungsfrage in den Bereichen Transport und Wettbewerb Gegenstand einer vollständigen und detaillierten Regelung sein müsse, um die Einhaltung der grundlegenden Anforderung der Rechtssicherheit zu garantieren.<sup>249</sup>

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.

<sup>238</sup> Vgl. act. [...].

<sup>239</sup> Vgl. act. [...].

<sup>240</sup> Vgl. act. [...].

<sup>241</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 114 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>242</sup> Vgl. act. [...].

<sup>243</sup> Vgl. Rz 124.

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

<sup>245</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>246</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>247</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>248</sup> 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.

<sup>249</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>250</sup>

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.<sup>251</sup> Im europäischen Gerichtsverfahren sei die Verfügungsadressatschaft der Konzernmutter [...] ebenfalls Streitgegenstand. Diese Frage sei noch nicht entschieden.<sup>252</sup>

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<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>253</sup> 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: «[...]»<sup>254</sup> Aufgrund der Konsolidierung geht [...] selber von einer Ausübung der Kontrolle über [...] und [...] aus. Dies deckt sich mit der Festlegung eines gruppenweiten Strategierahmens durch den Vorstand («Board of Directors») von [...].<sup>255</sup> Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass [...] die Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG in ihrem Namen und im Namen ihrer Tochtergesellschaften [...] und [...] eingereicht hat.<sup>256</sup> 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.<sup>257</sup> Gemäss diesem Entscheid könne eine Muttergesellschaft für Verhaltensweisen ihrer

Tochtergesellschaften vor deren Übernahme nicht verantwortlich erklärt werden.<sup>258</sup>

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.<sup>259</sup>

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

<sup>250</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>251</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>252</sup> Vgl. act. [...].

<sup>253</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 27; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3, Publigroupe SA et al./WEKO, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

<sup>254</sup> [...]

<sup>255</sup> [...]

<sup>256</sup> Vgl. [...].

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

<sup>258</sup> Vgl. act. [...].

<sup>259</sup> Vgl. act. [...].

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 gegenüber gemachten Vorwürfe gehabt. Es sei inakzeptabel, dass die WEKO eine sprachliche Benachteiligung ausgerechnet mit dem Versand des Antrages eingeführt habe.<sup>260</sup>

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.<sup>261</sup> Die Behörde entscheidet (meist stillschweigend) sinnvollerweise um der Effizienz und Rechtssicherheit willen einheitlich für das ganze Verfahren.<sup>262</sup> 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.<sup>263</sup> 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.<sup>264</sup> Es ist aber unbestritten, dass es kein Strafverfahren im Sinne der Strafprozessordnung<sup>265</sup> ist. Die strafrechtlichen Verfahrensgarantien sind demnach zwar grundsätzlich anwendbar. Über ihre Tragweite ist jedoch bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.<sup>266</sup> 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 Tatbestände informiert wurde und sich aus seinem Verteidigungsvorbringen ergibt, dass er den Inhalt der Anklage verstanden hat.<sup>267</sup>

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.<sup>268</sup>

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

<sup>260</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>262</sup> 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.

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

<sup>264</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>265</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

<sup>266</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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

<sup>268</sup> [...]

Sprache mächtigen Parteien seien im Vorteil, da sie den Antrag unmittelbar und vollständig verstehen könnten. Diese könnten sich auch entsprechend besser verteidigen.<sup>269</sup>

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 seiner Entscheidung vom 5. Dezember 2012<sup>270</sup> 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.<sup>271</sup>

181. Zur Frage der Gleichbehandlung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die gesetzlich vorgesehene Wahl einer Verfahrenssprache (Art. 33a VwVG) bei verschiedenen sprachigen Parteien immer zu einer gewissen Ungleichbehandlung führt. Dies ist allerdings keine Eigenart des Verwaltungsverfahrens sondern auch in der Strafprozessordnung<sup>272</sup> und der Zivilprozessordnung<sup>273</sup> 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 Nachteil 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.<sup>274</sup>

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.<sup>275</sup>

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 BZP<sup>276</sup>). Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.<sup>277</sup>

187. Nach Praxis der WEKO und der Lehre ist auch die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien gegeben.<sup>278</sup> 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 Anderseins 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 bestimmte Tatsache hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis zu schliessen.<sup>279</sup>

<sup>269</sup> Vgl. act. [...].

<sup>270</sup> Vgl. act. [...].

<sup>271</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 119 ff. E. 4, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>272</sup> Art. 67 StPO.

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

<sup>274</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>275</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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

<sup>277</sup> 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.

<sup>278</sup> 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.

<sup>279</sup> Vgl. Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4.8.2009, E. 2.3.

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.<sup>280</sup>

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 aus<sup>281</sup>, 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 Markt-abgrenzung 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 unterscheidet sich insoweit nicht von komplexen Wirtschaftsdelikten des ordentlichen Strafrechts.

#### 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.<sup>282</sup> Die Cargo-Märkte werden grundsätzlich von zwei grossen Anbietergruppen geprägt: Luftverkehrsunternehmen im Verbund mit den Luftfrachtspeditionen und integrierte Systemanbieter (auch als Integratoren bezeichnet).<sup>283</sup> Die erste Anbietergruppe stellt das klassische Modell der Transportwirtschaft dar: Speditionen und Luftverkehrsunternehmen arbeiten zusammen.<sup>284</sup> In diesem Fall wendet sich die verladende Wirtschaft oder kurz der Verloader für den Versand der Ware an eine Spedition. Die Spedition übernimmt für den Verloader 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.

<sup>280</sup> 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.

<sup>281</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

<sup>282</sup> Vgl. FRANK LITTEK, Luftfracht, 2006, (zit. Littek, Luftfracht), 8 ff.; act. [...].

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

<sup>284</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

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

195. Luftfrachtdienstleistungen werden für Strecken von einem Flughafen (Ausgangsflughafen) zu einem anderen Flughafen (Zielflughafen) angeboten.<sup>286</sup> Für diese Strecken wird jeweils ein einziger Luftfrachtbrief («airwaybill») ausgestellt. Im Luftfrachtbrief sind Ausgangs- und Bestimmungsort aufgeführt.<sup>287</sup> 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 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.<sup>288</sup> So wird bei Transporten mit mehreren Strecken ein einziger Luftfrachtbrief<sup>289</sup> ausgestellt, der Ausgangs- und Bestimmungsort enthält.<sup>290</sup> 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.<sup>291</sup> 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.<sup>292</sup> Typischerweise verfügen die lokalen Verkaufsorganisationen über einen gewissen Grad an Flexibilität für die Aushandlung von Frachtraten in Abhängigkeit von angebotenen und nachgefragten Mengen.<sup>293</sup> Gemäss [...] bestand diese Flexibilität beispielsweise bei der Auswahl des Wechselkurses.<sup>294</sup> 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 errei-

chen.<sup>295</sup> 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.<sup>296</sup>

200. Zudem bilden Luftverkehrsunternehmen multilaterale Allianzen. Die Allianz ist eine Form der Kooperation.<sup>297</sup> Allianzen zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich mit langfristigeren 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.<sup>298</sup>

201. [...]

202. Luftverkehrsunternehmen können in einem Land für die Abwicklung ihrer Luftfrachttätigkeiten 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.<sup>299</sup> Beim Frachtführer handelt es sich um das Unternehmen, das den eigentlichen Transport einer Ware durchführt.<sup>300</sup> 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.

<sup>285</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; [...]; act. [...].

<sup>286</sup> Vgl. act. [...].

<sup>287</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; [...]; act. [...].

<sup>288</sup> 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).

<sup>289</sup> 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).

<sup>290</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>291</sup> Vgl. act. [...].

<sup>292</sup> 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.

<sup>293</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>294</sup> Vgl. act. [...].

<sup>295</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>296</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>298</sup> 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.

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

<sup>300</sup> Vgl. LITTEK (Fn 282), Luftfracht, 169.

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 Generalverkaufsagenten

[...]

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.<sup>301</sup> Gewisse Kontakte fanden bereits im Jahr 1999 statt.<sup>302</sup> Einzelne Selbstanzeigerinnen gaben zudem an, dass die Kontakte vereinzelt bis anfangs 2006 andauerten.<sup>303</sup> Entsprechend den vorliegenden Beweismitteln, insbesondere den Angaben der Selbstanzeigerinnen, kann es als erwiesen angesehen werden, dass alle am Verfahren beteiligten Parteien zumindest während des Zeitraums von Anfang 2000 bis Ende 2005 Kontakte mit anderen Luftverkehrsunternehmen hatten.<sup>304</sup>

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 surchar-

ges), [...] 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.<sup>305</sup> Die Treibstoffzuschläge und –indices der Luftverkehrsunternehmen knüpften an den Preisindex von IATA an.<sup>306</sup> Allerdings veröffentlichte IATA ihren Preisindex nie, weil verschiedene Bundesbehörden diesen Preisindex nicht genehmigten (insbesondere das United States Department of Transportation).<sup>307</sup>

211. Ein Indexmechanismus für Treibstoffzuschläge kann beispielsweise folgendermassen aussehen:<sup>308</sup> 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.

Tabelle 5: Beispiel Treibstoffindex für Treibstoffzuschläge

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

<sup>301</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>302</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>303</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>304</sup> Vgl. zudem act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>305</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>306</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>307</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>308</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; vgl. auch act. [...]; vgl. auch act. [...]; vgl. auch act. [...].

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.<sup>309</sup>

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

215. Zwischen den Unternehmen fanden zugestandenemassen 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.<sup>313</sup> 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.<sup>314</sup>

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

217. Nach Aussage von [...] war unter den [in Verbindung stehenden] Luftfrachtunternehmen in der Schweiz [...] ein relativ weitgehendes Informationssystem implementiert.<sup>317</sup> Es hätten ausdrückliche Gespräche hinsichtlich der Höhe und des Zeitpunktes der Einführung von Treibstoffzuschlägen stattgefunden.<sup>318</sup> 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.»<sup>319</sup> 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.<sup>320</sup>

#### 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 sammelten und verbreiteten die in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen im Rahmen dieses Systems regelmässig Informationen über Treibstoffzuschläge und jeweils auch im Zeitraum von Änderungen der Treibstoffzuschläge.]

503. [...]

<sup>309</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>310</sup> Vgl. act. [...].

<sup>311</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>312</sup> Vgl. act. [...].

<sup>313</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>314</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>315</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>316</sup> Vgl. act. [...].

<sup>317</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>318</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>319</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>320</sup> Vgl. act. [...].

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<sup>[...]</sup>

[...]

##### 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 bestan-

den 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 USA<sup>321</sup>

[...]

##### 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.

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 Kontak-

te 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.

<sup>321</sup> 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. [...]).

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,

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

#### A.4.9 Kommissionierung von Zuschlägen

[...]

**A.4.9.1** [...]

**A.4.9.2** [...]

**A.4.9.3** [...]

**A.4.9.4** [...]

**A.4.9.5** [...]

**A.4.9.6** [...]

#### **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 Telefonanru-

- 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

fen 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 betreffen die Kontakte die Weigerung der Luftverkehrsunter-

nehmen, 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 Hauptquartier<sup>322</sup>

[...]

A.4.10.1 [...]

A.4.10.2 [...]

A.4.10.3 [...]

A.4.10.4 [...]

A.4.10.5 [...]

A.4.10.6 [...]

[...]

#### 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.

<sup>322</sup> Vgl. act. [...].

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 Berei-

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.<sup>323</sup>

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 stattge-

ches 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.

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

funden 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.

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

<sup>323</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>324</sup>

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.

#### **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».<sup>325</sup>

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 überzeugen erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat.<sup>326</sup> 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.<sup>327</sup>

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.<sup>328</sup>

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.<sup>329</sup>

<sup>324</sup> Vgl. act. [...].

<sup>325</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>326</sup> Vgl. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>327</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>328</sup> Vgl. act. [...].

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

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 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.<sup>330</sup>

819. Dazu kann auf die vorliegenden Beweismittel im Rahmen des festgestellten Sachverhalts (Abschnitt A.4) und die Entgegnung von [...]<sup>331</sup>, 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.<sup>332</sup>

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.<sup>333</sup>

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 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 Kartellverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gelte. Danach werde von den Behörden verlangt, dass sie sich unvoreingenommen und ohne Bindung an Beweisregeln davon überzeugen, 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 Selbstanzeigern stammenden Informationen verletze der Antrag auch die Untersuchungsmaxime.<sup>334</sup>

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

<sup>330</sup> Vgl. act. [...].

<sup>331</sup> Vgl. act. [...].

<sup>332</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>333</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>334</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>335</sup> 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.<sup>336</sup>

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.<sup>337</sup>

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 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 Fällen<sup>338</sup> 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.<sup>339</sup>

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 Informatio-

nen 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.<sup>340</sup>

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 rechtsgenüchlich nachgewiesen seien. Weiter bringt South African vor, dass South African hinsichtlich gewisser, an den Kontakten beteiligter Luftverkehrsunternehmen nicht in Wettbewerb gestanden sei.<sup>341</sup>

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

<sup>335</sup> Vgl. act. [...].

<sup>336</sup> Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*, Slg. 1972 00619 Rz 64/67.

<sup>337</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>338</sup> Vgl. act. [...].

<sup>339</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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

<sup>341</sup> Vgl. act. [...].

<sup>342</sup> Vgl. act. [...].

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 blosse 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 Luftfracht-tätigkeit sowie aus der geringen Anzahl der gegenüber Alitalia als Beweis angerufenen Dokumente erhellte, 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.<sup>343</sup>

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.<sup>344</sup>

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 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.<sup>345</sup>

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.<sup>346</sup>

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

<sup>343</sup> Vgl. act. [...].

<sup>344</sup> Vgl. act. [...].

<sup>345</sup> Vgl. act. [...].

<sup>346</sup> Vgl. act. [...].

dem Gesagten unverständlich. Die [Verbindungen mit den anderen Luftverkehrsunternehmen] und die Auflistung in [dem damit zusammenhängenden E-Mail-Austausch] per se genügten nicht, um Alitalia regelmässigen Informationsaustausch und Absprachen zu unterstellen.<sup>347</sup>

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 Tatsachen 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.<sup>348</sup>

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.<sup>349</sup>

851. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Sekretariat in der von American bemängelten Passage einzig die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKOWEF) 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, unterscheide. Der Antrag versuche in diesem Zusammenhang nicht einmal eine Begründung zu liefern, wie sich das Verhalten von American von demjenigen [der anderen Luftverkehrsunternehmen] unterschieden 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

<sup>347</sup> Vgl. act. [...].

<sup>348</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>349</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>350</sup> 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.<sup>351</sup>

853. Weiter führt American zusammenfassend aus, dass die Anschuldigungen des Sekretariats auf untauglichen Beweisen beruhen würden. Gemäss American unterteilen 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.<sup>352</sup>

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 fuehren.»<sup>353</sup> 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 tole-

riert habe, kann nicht gefolgt werden.<sup>354</sup> Vielmehr zeigt die E-Mail, dass American in allen Belangen ein vereinteres und konsequenteres 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.<sup>355</sup>

<sup>350</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>351</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>352</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>353</sup> Vgl. act. [...].

<sup>354</sup> Vgl. act. [...].

<sup>355</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>356</sup> Dabei ist klar, dass sich dies nur auf den Endentscheid 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 demnach nicht gefolgt werden. Selbst wenn man annehmen wollte, der Antrag müsse aufgrund des strafrechtlichen Charakters des KG-Sanktionsverfahrens<sup>357</sup> den Ansprüchen an eine strafrechtliche Anklageschrift beziehungsweise dem Anklageprinzip<sup>358</sup> 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.<sup>359</sup>

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.<sup>360</sup>

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.<sup>361</sup>

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.<sup>362</sup>

866. Dem ist entgegenzuhalten, dass [...] im Rahmen der ersten mündlichen Protokollerklärung vom 23. Dezember 2005 keineswegs ausdrücklich ausgeführt hat, dass United nicht am 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.»<sup>363</sup> 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

<sup>356</sup> Vgl. BGE 129 I 232, E. 3.2.

<sup>357</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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

<sup>359</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>360</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>361</sup> Vgl. act. [...].

<sup>362</sup> Vgl. act. [...].

<sup>363</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>364</sup>

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.<sup>365</sup>

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.<sup>366</sup> 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.<sup>367</sup> Für Scandinavian sei es aufgrund der Anzahl von Luftverkehrsunternehmen mit gleichzeitigen und parallelen Änderungen der Treibstoffzuschläge gar nicht möglich gewesen zu erahnen, ob und welche Luftverkehrsunternehmen unzulässige Kontakte unterhalten hätten.<sup>368</sup>

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 [...]»<sup>369</sup> Ge-

mäss 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.<sup>370</sup>

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.<sup>371</sup>

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.

<sup>364</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>365</sup> Vgl. act. [...].

<sup>366</sup> Vgl. act. [...], act. [...], act. [...] (act. [...]).

<sup>367</sup> Vgl. act. [...].

<sup>368</sup> Vgl. act. [...].

<sup>369</sup> Vgl. act. [...].

<sup>370</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>371</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>372</sup>

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.<sup>373</sup>

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.<sup>374</sup>

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.<sup>375</sup>

#### A.4.11.8 Stellungnahme Singapore

885. Singapore bringt vor, dass der überwiegende Teil der im Antragsentwurf enthaltenen Darstellung der Be-

teiligung 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 bloss Überwachung der lokalen Preissetzung innerhalb eines Unternehmens hinaus. Denn die Kontakte fanden zwischen verschiedenen Luftverkehrsunternehmen 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.<sup>376</sup>

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»<sup>377</sup>).

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.<sup>378</sup>

<sup>372</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>373</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>374</sup> Vgl. act. [...].

<sup>375</sup> Vgl. act. [...].

<sup>376</sup> Vgl. act. [...].

<sup>377</sup> Vgl. act. [...]; vorne Rz 217 und Rz [...].

<sup>378</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>379</sup>

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 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.<sup>380</sup>

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.<sup>381</sup>

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 irgend-

einen 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».<sup>382</sup>

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 Sekretariat der WEKO diese Abläufe aber offensichtlich nicht erkannt, was abermals auf eine unvollständige Sachverhaltserhebung zurückzuführen sei.<sup>383</sup>

<sup>379</sup> Vgl. act. [...].

<sup>380</sup> Vgl. act. [...].

<sup>381</sup> Vgl. act. [...].

<sup>382</sup> Vgl. act. [...].

<sup>383</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>384</sup> 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.<sup>385</sup>

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 Tatsachenfundament. 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.<sup>386</sup>

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.<sup>387</sup>

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.<sup>388</sup>

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.<sup>389</sup>

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.<sup>390</sup>

910. Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass [...] im Rahmen ihrer Selbstanzeige selber auf die Kontakte betreffend die Kommissionierung von Zuschlägen hingewiesen hat.<sup>391</sup> 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.<sup>392</sup>

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

<sup>384</sup> Vgl. act. [...].

<sup>385</sup> Vgl. act. [...].

<sup>386</sup> Vgl. act. [...].

<sup>387</sup> Vgl. act. [...].

<sup>388</sup> Vgl. act. [...].

<sup>389</sup> Vgl. act. [...].

<sup>390</sup> Vgl. act. [...].

<sup>391</sup> Vgl. act. [...].

<sup>392</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>393</sup>

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 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.<sup>394</sup> 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.<sup>395</sup> Die Kontakte [...] hätten einheitliche technische Standards bezweckt. Die Kontakte [...] bildeten jedoch keine Ursache für eine allfällige Wettbewerbsabrede und hätten dazu auch keinen Beitrag geleistet.<sup>396</sup>

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.<sup>397</sup>

920. An der Verantwortlichkeit für eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung ändert das Vorbringen von [...] nichts, wonach [...] ihre Preise unabhängig festgelegt habe. Denn entgegen der Auffassung von [...] distanzierete 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.<sup>398</sup> 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.<sup>399</sup>

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 Wettbewerbsbehörde 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.<sup>400</sup> 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.<sup>401</sup>

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

<sup>393</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>394</sup> Vgl. act. [...].

<sup>395</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>396</sup> Vgl. act. [...].

<sup>397</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>398</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>400</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>401</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>402</sup>

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.<sup>403</sup>

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.

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 [...].<sup>404</sup>

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.<sup>405</sup> 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).

<sup>402</sup> Vgl. act. [...].

<sup>403</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>404</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>405</sup> Vgl. act. [...].

932. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> 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 existierten 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.»<sup>406</sup>

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 Luftfahrtpolitik 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.»<sup>407</sup> 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.<sup>408</sup>

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 direk-

te 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).<sup>409</sup> 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.<sup>410</sup>

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

### **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

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

<sup>407</sup> Bericht vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004, BBl 2005 1781, 1793 Ziff. 1.4.1.

<sup>408</sup> Bericht vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004, BBl 2005 1781, 1794 Ziff. 1.4.1.

<sup>409</sup> 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).

<sup>410</sup> 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.

Bedeutung für Tarife entspricht der Begriffsbestimmung gemäss der Europäischen Zivilluftfahrtkonferenz (nachfolgend: ECAC).<sup>411</sup> 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.»<sup>412</sup>

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 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 Betriebskos-

ten, 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.<sup>413</sup> 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.<sup>414</sup> 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.

<sup>411</sup> 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)).

<sup>412</sup> [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).

<sup>413</sup> POMPL (Fn 412), 189, 189.

<sup>414</sup> 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 Bundesrates<sup>415</sup> nach den drei klassischen Kriterien Geltung, Anwendbarkeit und Rang.<sup>416</sup> 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.<sup>417</sup>

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.<sup>418</sup> 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.<sup>419</sup> 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-Praxis<sup>420</sup> «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.<sup>421</sup> Beide, Bundesgericht und Lehre, anerkennen

aber gewisse Ausnahmen. Immerhin kann der Erlass eines bewusst gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstossenden Gesetzes durch die Bundesversammlung auch als Auftrag aufgefasst werden, den betreffenden Vertrag neu auszuhandeln oder ihn zu kündigen.<sup>422</sup> Zu relativieren ist die Schubert-Praxis im Hinblick auf sogenannte zwingendes Völkerrecht («ius cogens»), welches stets Vorrang genießt.<sup>423</sup> 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.<sup>424</sup> 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 1996<sup>425</sup> 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 Kartellgesetz<sup>426</sup> nicht ersichtlich, dass die Bundesversammlung mit der Einführung des Kartellgesetzes gleichzeitig den Bundesrat mit

<sup>415</sup> 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).

<sup>416</sup> Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2301 Ziff. 8.1.

<sup>417</sup> Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2302 f. Ziff. 8.2 m. w. H.

<sup>418</sup> Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2303 f. Ziff. 8.3 m. w. H.

<sup>419</sup> Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2286 Ziff. 5.3.

<sup>420</sup> Vgl. BGE 99 Ib 39.

<sup>421</sup> Vgl. Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2306 Ziff. 8.4.

<sup>422</sup> Vgl. Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2311 Ziff. 8.6.2.

<sup>423</sup> Vgl. BGE 133 II 450, E. 7.

<sup>424</sup> Vgl. Völkerrechtsbericht (Fn 415), 2306 Ziff. 8.5.

<sup>425</sup> Datum Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 1 bis 3 KG.

<sup>426</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468 (nachfolgend: Botschaft KG 95).

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.<sup>427</sup> 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 ei-

nem 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 berechnende Frage nach vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG zu beantworten wäre.

#### **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.

<sup>427</sup> BBI 1995 I 468, 623 ff., Ziff. 28.

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.<sup>428</sup> 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 EG<sup>429</sup> 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 An-

wendung und Auslegung teilweise durch die Gemeinschaftsinstitutionen kontrolliert wird.<sup>430</sup> Ein solcher Integrationsvertrag bedingt die Homogenität der bestehenden 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

<sup>428</sup> Vgl. einleitende Bemerkungen Anhang LVA.

<sup>429</sup> 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).

<sup>430</sup> Vgl. auch: ROLF H. WEBER, Verhältnis bilaterale Verträge zu EU-Recht und WTO-Recht, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Thüerer/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, Thüerer/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 Luftverkehrsbereich, 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 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, Thüerer/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.

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.<sup>431</sup> 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.<sup>432</sup> 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 Vertragspartei 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.<sup>433</sup>

967. In Bezug auf das Verhältnis der Schweiz zu Drittstaaten kann die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Behörden gewahrt werden (Art. 11 LVA).<sup>434</sup> Die Kompetenz, wettbewerbswidriges Verhalten zu beurteilen, das sich auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten auswirkt, bleibt bei der Schweiz.<sup>435</sup> 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.<sup>436</sup> 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.»

<sup>431</sup> DETTLING-OTT (Fn 430), 505 Rz 29; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 199; FELDER et al. (Fn 430), 423.

<sup>432</sup> Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2; Zusatzbotschaft vom 14. Juni 2002 zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes (Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG), BBl 2002 5506, 5508 f. Ziff. 1.2, (nachfolgend: Zusatzbotschaft KG).

<sup>433</sup> Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2.

<sup>434</sup> Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6255 f. Ziff. 253.2; Zusatzbotschaft KG (Fn 432), 5508 f. Ziff. 1.2; act. [...].

<sup>435</sup> DETTLING-OTT (Fn 430), 501 Rz 18; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 200; WALPEN (Fn 430), 75.

<sup>436</sup> 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.<sup>437</sup> 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.<sup>438</sup> 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.<sup>439</sup> 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.<sup>440</sup>

976. Ziel und Zweck des Vertrags sind diejenigen Objekte, welche die Parteien mit dem Vertrag erreichen und verwirklichen wollten.<sup>441</sup> 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 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 grossmehrerheitlich 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.<sup>442</sup> 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.<sup>443</sup> 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.

<sup>437</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.2.1.

<sup>438</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.1.

<sup>439</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.

<sup>440</sup> Vgl. BGE 125 V 503, E. 4.b.

<sup>441</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.2.

<sup>442</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.3.

<sup>443</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.4.

980. Artikel 33 Absatz 1 VRK regelt die Auslegung von Verträgen mit zwei oder mehr authentischen Sprachen.<sup>444</sup> 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.

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.<sup>445</sup> 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 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.

<sup>444</sup> Vgl. BVGE 2010/7, E. 3.5.5.

<sup>445</sup> 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».

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 1969<sup>446</sup> die «Zwei-Schranken-Theorie» praktiziert, wonach das EG-Kartellrecht und das Kartellrecht der Mitgliedstaaten je unterschiedliche Schutzbereiche hatten und daher auf denselben Sachverhalt beide Rechte nebeneinander angewendet werden mussten. Das hatte zur Folge, dass die nationalen Kartellbehörden

insbesondere auch solche Absprachen nach nationalem Recht verbieten konnten, welche durch eine Freistellungsentscheidung oder eine Gruppenfreistellung auf Gemeinschaftsebene freigestellt waren. Im *Walt Wilhelm*-Urteil entschied der EuGH allerdings, dass 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.<sup>447</sup>

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.<sup>448</sup>

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.<sup>449</sup> 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

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

<sup>447</sup> Vgl. RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH/INGO BRINKER/SIMON HIRSBRUNNER, Kommentar zum EG-Kartellrecht, München 2005, (zit. Bechtold et al., EG-Kartellrecht), Einleitung N 22.

<sup>448</sup> Vgl. zum Ganzen: BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 3 VO 1/2003 N 11.

<sup>449</sup> Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 3 VO 1/2003 N 12.

das europäische Wettbewerbsrecht auch für Fälle ohne Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.<sup>450</sup> 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.<sup>451</sup>

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.<sup>452</sup>

### (iii) Auslegung nach dem Ziel und Zweck des Vertrages

1000. Die Präambel des EU-Luftverkehrsabkommens lautet:

«[Die Vertragsparteien],

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 wettbewerbsrechtliche 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.

<sup>450</sup> Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Einleitung N 23.

<sup>451</sup> Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 81 EG N 104; vgl. auch nachfolgend Rz 1221 ff.

<sup>452</sup> Vgl. BECHTOLD et al., EG-Kartellrecht, (Fn 447), Art. 3 VO 1/2003 N 13.

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»-Rechtssachen<sup>453</sup> voraus gingen.<sup>454</sup>

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.

<sup>453</sup> 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.

<sup>454</sup> 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 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 im Hinblick auf den Luftverkehr zwischen der Gemeinschaft und Drittländern, KOM/2003/0091 endgültig.

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 Verfahrensrechts sowie die Sanktionierbarkeit). Dies deckt sich im Wesentlichen mit der Praxis innerhalb der EU betreffend nationalem und europäischem Recht.<sup>455</sup>

#### (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 wiedergegeben. 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.<sup>456</sup> 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.<sup>457</sup> 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».<sup>458</sup> Mit dem Inkrafttreten des Abkommens übernehme die Schweiz im Gebiet der Luftfahrt die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EU-Rechts.<sup>459</sup> Aber «[v]on der Anwendung der Wettbewerbsregeln des LVA ist die verfahrensrechtliche Durchsetzung klar zu unterscheiden.»<sup>460</sup>

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.<sup>461</sup>

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.<sup>462</sup> 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.

<sup>455</sup> Vgl. vorne Rz 996 ff.

<sup>456</sup> 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.

<sup>457</sup> Vgl. WEBER (Fn 430), 117 Rz 36.

<sup>458</sup> Vgl. HIRSBRUNNER (Fn 430), 464.

<sup>459</sup> Vgl. DETTLING-OTT (Fn 430), 505 Rz 29; BREITENMOSER/SEITZ (Fn 430), 199.

<sup>460</sup> Vgl. VON BÜREN (Fn 456), 79.

<sup>461</sup> Vgl. HIRSBRUNNER (Fn 430), 473.

<sup>462</sup> Vgl. act. [...].

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.»<sup>463</sup>

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 Integrationsvertrag<sup>464</sup> eine besondere Bedeutung zukommt, erscheint eine Anlehnung an das in der VO 1/2003 geregelte Verhältnis zwischen dem Kartellrecht der EU und den Wettbewerbsregeln ihrer Mitgliedstaaten als angezeigt. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte haben demzufolge im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Artikel 11 Absatz 2 LVA sowohl die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EU-Luftverkehrsabkommens als auch das schweizerische Kartellrecht anzuwenden. Dabei genießt das EU-Luftverkehrsabkommen Vorrang, das heisst im Falle einer nach EU-Luftverkehrsabkommen zulässigen Verhaltensweise kann kein Verbot nach Kartellgesetz resultieren. Andererseits kann auch kein Verbot einer nach EU-Luftverkehrsabkommen unzulässigen Verhaltensweise durch die Bestimmungen des Kartellgesetzes aufgehoben werden, selbst wenn das Kartellgesetz die Verhaltensweise nicht als unzulässig erklären würde. Soweit jedoch beide Wettbewerbsregeln ein 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 ausgeführt<sup>465</sup>, 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 Abkom-

mens 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.<sup>466</sup> 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.<sup>467</sup>

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.<sup>468</sup> Die im Abkommen zitierten Erlasse des EU-Rechts werden auf die Schweiz ausgedehnt. Weil die Schweiz die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende europäische Gesetzgebung im Bereich der Zivilluftfahrt übernommen hat und in dieser Hinsicht einem EU-Mitglied gleichgestellt ist, werden die Schweizer Luftfahrtgesetzgebung und Luftfahrtpolitik deshalb künftig nicht nur von den Vorschriften von internationalen Institutionen geprägt, sondern neu und hauptsächlich auch von den Entwicklungen in der EU.<sup>469</sup>

<sup>463</sup> 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).

<sup>464</sup> Vgl. vorne Rz 963.

<sup>465</sup> Vgl. vorne Rz 933 ff.

<sup>466</sup> Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6150 Ziff. 145.

<sup>467</sup> Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6258 Ziff. 253.2.

<sup>468</sup> 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).

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

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 wäre<sup>470</sup>) 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).<sup>471</sup>

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».<sup>472</sup> 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.<sup>473</sup>

1032. In Bezug auf die mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten geschlossenen Abkommen stellt das EU-Luftverkehrsabkommen ohne Weiteres eine zulässige Änderung im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention dar. Nicht-EU-Länder sind jedoch keine Vertragspartei des EU-Luftverkehrsabkommens. Diese müssen sich denn auch das EU-Luftverkehrsabkommen nicht entgegenhalten lassen und können sich auf die Erfüllung ihrer jeweils mit der Schweiz abgeschlossenen Abkommen berufen. Somit sind die Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern nach wie vor bindend, obwohl das EU-Luftverkehrsabkommen als Integrationsvertrag die Homogenität der bestehenden und künftigen Bestimmungen der Schweiz und der EU sowie ihrer Anwendung und ihrer Auslegung im Bereich Luftverkehr bedingt. Solange die Luftverkehrsabkommen mit Nicht-EU-Ländern ihre Gültigkeit haben, ist die Schweiz zu deren Erfüllung verpflichtet.

1033. Weil keine Kollision der Abkommen CH-US, CH-SP, CH-CZ, CH-PK und CH-VN mit dem EU-Luftverkehrsabkommen besteht, ist das EU-Luftverkehrsabkommen in Bezug auf die entsprechenden Strecken anwendbar. In Bezug auf Strecken, welche von Abkommen mit der Möglichkeit der Tarifkoordination

betroffen sind, kann das EU-Luftverkehrsabkommen demgegenüber nicht angewendet werden.

### B.1.2.3 Fazit EU-Luftverkehrsabkommen

1034. Bei wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten bleiben die schweizerischen Behörden zuständig. Grundsätzlich wenden die 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)<sup>474</sup> 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 Strassen-transport). 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

<sup>470</sup> HIRSBRUNNER (Fn 430), 464.

<sup>471</sup> Botschaft Bilaterale I (Fn 429), 6256 Ziff. 253.2.

<sup>472</sup> Die Wiener Vertragsrechtskonvention enthält die wichtigsten allgemeinen Regeln über den Abschluss, die Anwendung, die Auslegung (vgl. vorne Rz 971 ff.) sowie die Auflösung völkerrechtlicher Verträge (BBI 2010 2263, 2278 Ziff. 4.2.). Die meisten dieser Regeln stellen gleichzeitig Völkergewohnheitsrecht dar. Diese allgemeinen Regeln kommen insbesondere dann zur Anwendung, wenn die Vertragsparteien miteinander keine entgegenstehenden besonderen Verpflichtungen vereinbart haben.

<sup>473</sup> Vgl. BGE 125 II 417, E. 4.d.

<sup>474</sup> Vgl. Abschnitt B.1.1.

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.<sup>475</sup>

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 Flugnummern für Transport in der Luft von den Nummern für Transport auf dem Landweg unterscheiden würden.<sup>476</sup>

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.»<sup>477</sup>

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.<sup>478</sup> 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.<sup>479</sup>

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.<sup>480</sup>

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.<sup>481</sup> 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.

### 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.<sup>482</sup> Polar habe auch keine Zweigniederlassung, Tochtergesellschaften oder sonstige Vermögenswerte in der Schweiz. Damit würde eine Sanktion nicht durchgesetzt werden können.<sup>483</sup>

<sup>475</sup> Vgl. act. [...].

<sup>476</sup> Vgl. act. [...].

<sup>477</sup> Vgl. act. [...].

<sup>478</sup> 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.

<sup>479</sup> 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).

<sup>480</sup> Vgl. act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...]; act. [...].

<sup>481</sup> 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).

<sup>482</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>483</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>484</sup>

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 bezüglich der Schweiz. Zudem sei die Botschaft Bilaterale I als ergänzendes und gewichtiges 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.<sup>485</sup>

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 Auslegungser-

gebnis 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 Vertragsrechtskonvention<sup>486</sup> 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».<sup>487</sup> 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».<sup>488</sup> 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

<sup>484</sup> Vgl. act. [...].

<sup>485</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>486</sup> 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).

<sup>487</sup> BBI 1989 776, Fn 1.

<sup>488</sup> BGE 112 V 145, E. 2.b.

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» 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.<sup>489</sup>

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 Unterneh-

men 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.<sup>490</sup>

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.» 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

<sup>489</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>490</sup> Vgl. act. [...].

unabhängiger Geschäftsführung, welche typischerweise eine Vielzahl von Fluggesellschaften an Orten vertritt, 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.<sup>491</sup>

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.<sup>492</sup> Immerhin vertritt der Generalverkaufsagent unbestrittenermassen United [in der Schweiz].<sup>493</sup> 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 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.<sup>494</sup>

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.<sup>495</sup>

<sup>491</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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

<sup>493</sup> Vgl. act. [...].

<sup>494</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>495</sup> Vgl. act. [...].

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 Tschechischen 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.<sup>496</sup>

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 Scandina-

vian sei nie unter europäischem Recht beanstandet worden.<sup>497</sup>

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

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,

<sup>496</sup> Vgl. act. [...].

<sup>497</sup> Vgl. act. [...].

<sup>498</sup> Vgl. act. [...].

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 Umsätzen<sup>499</sup> 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.<sup>500</sup>

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.»<sup>501</sup> 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.»<sup>502</sup> Somit liegen Strecken mit Ausgangsort Drittland sehr wohl im Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

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.»<sup>503</sup> 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.<sup>504</sup>

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.<sup>505</sup>

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

<sup>500</sup> Vgl. act. [...].

<sup>501</sup> BSK KG-LEHNE (Fn 4), Art. 2 KG N 55.

<sup>502</sup> BSK KG-LEHNE (Fn 4), Art. 2 KG N 41.

<sup>503</sup> 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.

<sup>504</sup> Vgl. act. [...].

<sup>505</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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 Singapo-re geltend gemachte europäische Rechtsprechung kann auf die Ausführungen in Randziffer 1070 verwiesen werden. Demnach ist dem EU-Luftverkehrsabkommen auch keine Unterscheidung zwischen «outbound»- und «in-bound»-Strecken zu entnehmen.

1075. Singapo-re macht weiter geltend, dass der ange-bliche Vorwurf einer einzigen und fortdauernden Zu-widerhandlung betreffend das Verhalten ausserhalb der Schweiz nicht zu einer Zuständigkeit im Rahmen des EU-Luftverkehrsabkommens führen könne. Im europäi-schen Recht habe die EU-Kommission die Befugnis zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gemäss Verord-nung Nr. 1/2003. Weder Artikel 101 AEUV noch Artikel 8 LVA beinhalteten den Begriff «Zuwiderhandlung». Das Konzept der einzigen und fortdauernden Zu-widerhandlung sei ein prozedurales Instrument. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise, welche den Wett-bewerb im Gebiet des EU-Luftverkehrsabkommens nicht beeinträchtigt, könne nicht Teil einer Zuwiderhandlung nach Artikel 8 LVA sein und daher auch keinen Bestand-teil einer einzigen und fortdauernden 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 Arti-kel 8 LVA und Artikel 11 Absatz 2 LVA bedeute, dass die WEKO Vorwürfe betreffend Verhaltensweisen in (bei-spielsweise) Singapo-re [...] nicht in eine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung einschliessen könne.<sup>506</sup>

1076. Diesen Vorbringen ist zu entgegnen, dass sich die Frage der Zuständigkeit der WEKO nicht nach einem etwaigen Vorwurf einer einzigen und fortdauernden Zu-widerhandlung 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 insbesonde-re die daran anknüpfenden Rechtsfolgen nimmt die WEKO sowohl gemäss anwendbarem Recht als auch gemäss ihrer Zuständigkeit vor.

1077. Singapo-re bringt auch vor, dass das schweizeri-sche Kartellgesetz nicht anwendbar sei. Insbesondere könnten das EU-Luftverkehrsabkommen und das Kar-tellgesetz nicht parallel angewendet werden. Zudem geht Singapo-re davon aus, dass selbst bei einer Zu-ständigkeit der WEKO die materiell-rechtlichen Bestim-mungen 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 ausge-

schlossen. Für die Anwendung von schweizerischem Recht bleibe ausserhalb von Artikel 10 LVA, welcher einen strikt nationalen Umfang habe, kein Raum.<sup>507</sup>

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

1079. Singapo-re 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 nachge-wiesen 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 Schwe-regrad erreichen.<sup>508</sup> Es sei nicht nachgewiesen, auf wel-che 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 Singapo-re relevanten fünf Flugrouten von der Schweiz nach den USA, nämlich Singapur, Tschechien, Pakistan und Vietnam sowie in Bezug auf die entsprechenden Verkäufe in der Schweiz nachzuweisen.<sup>509</sup>

1080. Zu diesem Vorbringen ist auf die Bedeutung der Luftfracht für die Schweiz hinzuweisen. Gemäss St. Gal-ler Luftfrachtstudie ist die Luftfracht elementarer Be-standteil der Schweizer Wertschöpfungsketten. Zusam-menfassend ist gemäss St. Galler Luftfrachtstudie fest-zustellen, dass die Schweizer Luftfracht einen wichtigen Wettbewerbsfaktor für den Wirtschaftsstandort Schweiz darstellt. Jeder dritte exportierte Franken verlässt die Schweiz per Luftfracht, jeder sechste importierte Fran-ken 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 Verbes-serungen der Schweizer Luftfracht geht daher ein gros-ser Hebel auf die Schweizer Wirtschaft aus. Daher ver-dient die Schweizer Luftfracht besondere Aufmerksam-keit.<sup>510</sup> Folglich ist die Auswirkung auf die Schweiz im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 KG ohne Weiteres zu beja-hen.

### B.1.3.7 Stellungnahme [...]

1081. [...] bemängelt bei den Kontakten in Bezug auf Kommissionierung von Zuschlägen, dass der Antrag Kontakte aufnehme, für welche die schweizerische Zu-ständigkeit offensichtlich nicht gegeben sei.<sup>511</sup>

<sup>506</sup> Vgl. act. [...].

<sup>507</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>508</sup> Vgl. act. [...].

<sup>509</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>511</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>512</sup>

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 Präcedenzwirkung 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 Argumentation 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).<sup>513</sup>

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.<sup>514</sup> 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.<sup>515</sup> 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.<sup>516</sup>

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.<sup>517</sup> Entsprechend könne die Unzulässigkeit von Abreden nur nach dem EU-Luftverkehrsabkommen und nicht kumulativ nach dem Kartellgesetz geprüft werden.<sup>518</sup>

<sup>512</sup> Vgl. act. [...].

<sup>513</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>514</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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

<sup>516</sup> Vgl. act. [...].

<sup>517</sup> Vgl. act. [...].

<sup>518</sup> 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.<sup>519</sup>

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.<sup>520</sup>

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.»<sup>521</sup> 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 Kundenschaft nicht relevant sei.<sup>522</sup>

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: [...]

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.<sup>523</sup> 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.<sup>524</sup>

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.

<sup>519</sup> Vgl. act. [...].

<sup>520</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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

<sup>522</sup> Vgl. act. [...].

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

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

## B.2.2 EU-Luftverkehrsabkommen

1101. Für den Zeitraum ab dem 1. Juni 2002 gelangen – soweit die schweizerischen Behörden zuständig bleiben<sup>525</sup> – in Bezug auf bestimmte Strecken<sup>526</sup> 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.<sup>527</sup>

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).

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).<sup>528</sup> Ob die Allianz zwischen [...] und Scandinavian seit dem Jahr 2006 weiterlaufe, sei nicht bekannt.<sup>529</sup> 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.<sup>530</sup>

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 genossen 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 Frachtbereich nach Wahrnehmung von [...] nicht angewendet wurde.<sup>531</sup> 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

<sup>525</sup> Vgl. vorne Rz 966 ff.

<sup>526</sup> Vgl. vorne Rz 1035.

<sup>527</sup> Vgl. vorne Rz 1034.

<sup>528</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>529</sup> Vgl. act. [...].

<sup>530</sup> Vgl. act. [...].

<sup>531</sup> Vgl. act. [...].

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 immunierten 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.<sup>532</sup>

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 Immunitätsklärung 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 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.<sup>533</sup>

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.<sup>534</sup> 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.<sup>535</sup> Im Übrigen dauere die Kooperation im Rahmen der Allianz zwischen Scandinavian und [...] an.<sup>536</sup> Allerdings seien die Kontakte in Bezug auf Zuschläge Ende des Jahres 2006 eingestellt worden.<sup>537</sup> 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.<sup>538</sup>

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.

<sup>532</sup> Vgl. act. [...].

<sup>533</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>534</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>535</sup> Vgl. act. [...].

<sup>536</sup> Vgl. act. [...].

<sup>537</sup> Vgl. act. [...].

<sup>538</sup> 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.<sup>539</sup>

1118. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten<sup>540</sup> 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/Kartellgesetz<sup>541</sup> 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.<sup>542</sup> 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.<sup>543</sup>

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.<sup>544</sup>

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 blosser Umstand, dass ein Unternehmen auf einem relevanten Markt keinen Umsatz erzielt spricht jedenfalls nicht gegen die Teilnahme an Vereinbarungen beziehungsweise abgestimmten Verhaltensweisen.<sup>545</sup>

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

<sup>539</sup> Vgl. vorne Rz 959 Tabelle 14.

<sup>540</sup> Vgl. vorne Rz 1034.

<sup>541</sup> Vgl. vorne Rz 961 ff.

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

<sup>543</sup> Vgl. act. [...].

<sup>544</sup> Vgl. act. [...].

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

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.<sup>546</sup>

1125. Dieser Ansicht von South African ist nicht zu folgen. Der festgestellte Sachverhalt zeigt, dass es nicht um die blossе Koordination 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.<sup>547</sup> 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 dieser Auffassung selber widerspricht. Einerseits verlangt South African mehrfach das gleiche Vorgehen wie in der EU.<sup>548</sup> Andererseits gilt das Verfahren in der EU für South African offenbar bei der Kommissionierung von Zuschlägen nicht als richtungweisend. Immerhin war in der EU die Kommissionierung von Zuschlägen Teil des entsprechenden Verfahrens.<sup>549</sup>

### 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.<sup>550</sup>

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 blossе Indizienbeweise, daraus ein Kartell zu folgern. [...] Dies habe nichts mit einem harten Kartell zu tun.<sup>551</sup>

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.<sup>552</sup>

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 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.<sup>553</sup>

<sup>546</sup> Vgl. act. [...].

<sup>547</sup> Vgl. act. [...].

<sup>548</sup> Vgl. act. [...].

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

<sup>550</sup> Vgl. act. [...].

<sup>551</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>552</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>553</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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.<sup>554</sup> 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.<sup>555</sup>

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.<sup>556</sup>

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.<sup>557</sup>

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.<sup>558</sup>

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 Existenz eines Kartells schliessen. Scandinavian habe weder an einem Kartell teilgenommen noch habe Scandinavian von der Existenz eines Kartells wissen können.<sup>559</sup>

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.<sup>560</sup>

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.<sup>561</sup>

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

<sup>554</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>555</sup> Vgl. act. [...].

<sup>556</sup> Vgl. act. [...].

<sup>557</sup> Vgl. act. [...].

<sup>558</sup> Vgl. act. [...].

<sup>559</sup> Vgl. act. [...].

<sup>560</sup> Vgl. act. [...].

<sup>561</sup> Vgl. act. [...].

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 rechtlichen 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.<sup>562</sup>

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.<sup>563</sup>

### 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».<sup>564</sup>

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;
- 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

<sup>562</sup> Vgl. act. [...].

<sup>563</sup> Vgl. act. [...]; act. [...].

<sup>564</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>565</sup> 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.<sup>566</sup> 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.<sup>567</sup> 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 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.<sup>568</sup>

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.<sup>569</sup> Selbst wenn man an-

nimmt, 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.<sup>570</sup>

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.<sup>571</sup> 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.<sup>572</sup> Zudem kann

<sup>565</sup> 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.

<sup>566</sup> GRANDJOT (Fn 289), Leitfadens Luftfracht, 1.

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

<sup>568</sup> 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.

<sup>569</sup> Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-334/94 *Sarriá/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.

<sup>570</sup> Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*, Slg. 1972 00619 Rz 64/67.

<sup>571</sup> 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.

<sup>572</sup> Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-7/89 *SA Hercules Chemicals NV/Kommission*, Slg. 1991 II-01711 Rz 256.

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 dieser entsprechendes Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden voraus.<sup>573</sup> 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.<sup>574</sup>

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.<sup>575</sup>

1163. Nach europäischer Rechtsprechung ist es bei einer vielschichtigen Zuwiderhandlung nicht notwendig, ein Verhalten entweder als Vereinbarung oder als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren.<sup>576</sup> 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.<sup>577</sup>

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.<sup>578</sup> Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass eine oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortlaufenden Verhaltens auch für sich genommen 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 innergemeinschaftli-

chen 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.<sup>579</sup> 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 Tref-  
fen statt.

1169. Folgende Unternehmen hatten Kontakte zu Treibstoffzuschlägen:

<sup>573</sup> Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV und andere*, Slg. 2009 I-04529 Rz 51.

<sup>574</sup> Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-199/92 P *Hüls AG/Kommission*, Slg. 1999 I-04287 Rz 158-166.

<sup>575</sup> Urteil des EuG vom 6.4.1995 T-147/89 *Société métallurgique de Normandie/Kommission*, Slg. 1995 II-01057 Rz 72.

<sup>576</sup> Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-7/89 *SA Hercules Chemicals NV/Kommission*, Slg. 1991 II-01711 Rz 264.

<sup>577</sup> 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 artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG und Enichem SpA/Kommission*, Slg. 1999 II-00931 Rz 696 m. w. H.

<sup>578</sup> Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 81.

<sup>579</sup> 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.

Tabelle 15: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Treibstoffzuschlägen beteiligt waren<sup>580</sup>

Luftverkehrsunternehmen
[...]
Korean
Polar
South African
Alitalia
American
United
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.<sup>581</sup> 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:

<sup>580</sup> Vgl. vorne Rz 505 Tabelle 6.

<sup>581</sup> 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.

Tabelle 16: Luftverkehrsunternehmen, die an Kontakten im Zusammenhang mit Kriegsrisikozuschlägen beteiligt waren

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.<sup>582</sup> 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 europäi-

schen 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

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.<sup>583</sup> 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.

<sup>582</sup> 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.

<sup>583</sup> 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.

**(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.<sup>584</sup> 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.

**(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.

<sup>584</sup> 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.

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.<sup>585</sup> 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 Parteien genügen<sup>586</sup> – voraus, die das gleiche wettbewerbswidrige wirtschaftliche Ziel verfolgen.<sup>587</sup> 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.<sup>588</sup>

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.»<sup>589</sup> 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.<sup>590</sup>

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.<sup>591</sup> 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.<sup>592</sup> In diesem Fall kann die Tatsache, 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). [...]

<sup>585</sup> 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.

<sup>586</sup> Entscheidung der EU-Kommission COMP/39482 *Exotic Fruit (Bananas)* vom 12. Oktober 2011.

<sup>587</sup> 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.

<sup>588</sup> Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Participazioni SpA*, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 81.

<sup>589</sup> Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991 II-01623 Rz 204.

<sup>590</sup> Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Participazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 83.

<sup>591</sup> 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 Participazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 83-85 und Rz 203.

<sup>592</sup> 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 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 *Sarió/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.

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.

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.<sup>593</sup>

### 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».<sup>594</sup> «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.»<sup>595</sup>

<sup>593</sup> KOMM, ABl. 1997 L 26/23, *Fährdienstbetreiber – Währungsaufschlüge*; 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.

<sup>594</sup> 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 Rechtssachen 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.

<sup>595</sup> 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.

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.<sup>596</sup>

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.»<sup>597</sup>

1226. Ausserdem könnte ein solches Kartell zur Preisfixierung im Bereich Luftfracht zur Übertragung auf andere Transportarten führen oder die Import- und Exportmengen reduzieren. 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.<sup>598</sup>

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.<sup>599</sup>

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 fort-dauernde 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.

<sup>596</sup> Urteil des EuG vom 10.3.1992 T-13/89 *Imperial Chemical Industries/Kommission*, Slg. 1992 II-01021 Rz 304.

<sup>597</sup> Entscheidung der EU-Kommission COMP/39482 *Exotic Fruit (Bananas)* vom 12. Oktober 2011, Rz 241 m. w. H.

<sup>598</sup> Urteil des EuG vom 19.3.2003 T-213/00 *CMA CGM und andere/Kommission*, Slg. 2003 II-00913 Rz 219 f.

<sup>599</sup> 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.<sup>600</sup>

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 Codesharing<sup>601</sup> 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.<sup>602</sup>

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 frag-

liche Unternehmen vom rechtswidrigen Verhalten der anderen Beteiligten wusste, wissen musste beziehungsweise dieses hätte voraussehen können.<sup>603</sup> 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 [...].<sup>604</sup>

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

<sup>600</sup> REINHARD ELLGER, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV N 19.

<sup>601</sup> 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).

<sup>602</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>603</sup> Vgl. zum GANZEN GERHARD DANNECKER/JÖRG BIERMANN, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 23 VO 1/2003 N 84 ff.

<sup>604</sup> Vgl. act. [...].

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 behauptete 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 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.<sup>605</sup>

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 betei-

ligten [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.<sup>606</sup> 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.<sup>607</sup>

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 sei nicht bekannt, ob die 5 Prozent, die hier angesprochen würden, tatsächlich dann akzeptiert worden seien.<sup>608</sup>

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.<sup>609</sup>

<sup>605</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>606</sup> Vgl. act. [...].

<sup>607</sup> Vgl. act. [...].

<sup>608</sup> Vgl. act. [...].

<sup>609</sup> 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.

#### B.3.3.6.4 Stellungnahme South African

1248. South African macht geltend, dass das Hauptfordernis 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.<sup>610</sup>

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.<sup>611</sup> 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. Bloss allgemeine Ausführungen und Hinweise auf die europäische Rechtsprechung sowie die Leitlinien der Kommission vermöchten indessen eine Subsumtion

des Sachverhaltes unter diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu ersetzen.<sup>612</sup>

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.<sup>613</sup> 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).<sup>614</sup> 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.<sup>615</sup> 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.<sup>616</sup> 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.<sup>617</sup>

<sup>610</sup> Vgl. act. [...].

<sup>611</sup> Vgl. act. [...].

<sup>612</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>613</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, Stölzle (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 23.

<sup>614</sup> Vgl. Aussenhandel – Indikatoren, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/05/blank/key/handelsbilanz.html>> (15.05.2013).

<sup>615</sup> Vgl. act. [...].

<sup>616</sup> Vgl. act. [...].

<sup>617</sup> Vgl. act. [...].

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 Verurteilung 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 «einzigsten 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.<sup>618</sup> 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.<sup>619</sup> 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.<sup>620</sup>

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.<sup>621</sup>

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.<sup>622</sup>

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 (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,

<sup>618</sup> Vgl. act. [...].

<sup>619</sup> Vgl. act. [...].

<sup>620</sup> Vgl. act. [...].

<sup>621</sup> Vgl. act. [...].

<sup>622</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>623</sup>

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.<sup>624</sup>

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 isolierten 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.<sup>625</sup>

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.<sup>626</sup>

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 angeblichen Informationsrunden zum gleichen Thema (beispielsweise Treibstoffzuschläge).<sup>627</sup>

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.

<sup>623</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>624</sup> Vgl. act. [...].

<sup>625</sup> Vgl. act. [...].

<sup>626</sup> Vgl. act. [...].

<sup>627</sup> Vgl. act. [...].

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 vermöchten eine Subsumtion des Sachverhaltes unter diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu ersetzen.<sup>628</sup>

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<sup>bis</sup> 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 kartellrechtswidriger Verhaltens ausgeschlossen.<sup>629</sup> [...]

#### B.3.4.1 Wettbewerbsabrede

1281. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

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.<sup>630</sup> 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.

<sup>628</sup> Vgl. act. [...].

<sup>629</sup> Vgl. BGE 137 II 199, 217 ff. E. 6 (= RPW 2011/3, 448 f. E. 6), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

<sup>630</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 736 f. E. 6.3), *Buchpreisbindung*.

### 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.<sup>631</sup>

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 Abrededebegriff 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 Schlachtschweinpreise) 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».<sup>632</sup> Dies macht deutlich, dass es der mit den Verhaltensweisen verfolgte einheitliche Zweck ist, welcher dazu führt, dass von 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.<sup>633</sup>

1287. Diese Vorgehensweise wurde durch das Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen, welches festhielt, es sei von einem «Dauer-Submissionskartell» auszugehen.<sup>634</sup> 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».<sup>635</sup> 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 Luftfrachtspedition fest. Dabei haben sich die international tätigen Luftfrachtspediteure 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 Luftfrachtspediteure 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.<sup>636</sup>

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.<sup>637</sup>

<sup>631</sup> Vgl. RPW 2013/2, 154 f. Rz 73 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>632</sup> RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

<sup>633</sup> 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.

<sup>634</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>635</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 379 E. 6, *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>636</sup> Vgl. RPW 2013/2, 155 Rz 76 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>637</sup> 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.<sup>638</sup>

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 Sinne könne nur der Gesamtpreis für die Luftfrachtbeförderung auf einer bestimmten Strecke bedeuten, nicht aber ein einzelnes Preiselement wie zum Beispiel der Treibstoffkostenzuschlag.<sup>639</sup>

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).<sup>640</sup> 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.<sup>641</sup>

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 Abrededebegriff 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.

<sup>638</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>639</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>640</sup> Vgl. act. [...].

<sup>641</sup> Vgl. act. [...].

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 hätten von den gemeinsamen Zielen, welche die Teilnehmer gemeinsam verfolgen würden. American habe aber keine Kenntnisse von solchen gemeinsamen Zielen gehabt.<sup>642</sup>

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.<sup>643</sup>

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.<sup>644</sup>

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.<sup>645</sup> 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.<sup>646</sup>

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.<sup>647</sup> Das Verhalten eines Unternehmens müsse an die einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung gebunden sein, damit eine Verantwortlichkeit der Mitwirkung des Unternehmens an der Zuwiderhandlung angerechnet werden könne.<sup>648</sup> 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.<sup>649</sup>

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.<sup>650</sup>

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

<sup>642</sup> Vgl. act. [...].

<sup>643</sup> Vgl. act. [...].

<sup>644</sup> Vgl. act. [...].

<sup>645</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 736 f. E. 6.3), *Buchpreisbindung*.

<sup>646</sup> Vgl. act. [...].

<sup>647</sup> Vgl. act. [...].

<sup>648</sup> Vgl. act. [...].

<sup>649</sup> Vgl. act. [...].

<sup>650</sup> Vgl. act. [...].

der Hinweis, dass es 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.

#### (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.<sup>651</sup>

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.<sup>652</sup>

1316. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1306 verwiesen werden. Zudem geht aus dem festgestellten Sachverhalt eindeutig hervor, dass ein gemeinsamer Wille 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 angewen-

det 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.<sup>653</sup>

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, Krisisrisikozuschläge, 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.

<sup>651</sup> Vgl. act. [...].

<sup>652</sup> Vgl. act. [...].

<sup>653</sup> 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 signature]

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 aériens avaient l'habitude de vérifier entre eux, par voie principalement d'appels téléphoniques (ou e-mails) de confort, ce que les uns et les autres comptaient faire en pratique, afin de s'assurer quatre ou cinq jours à l'avance de la réalité de la mise en œuvre d'une augmentation (ou d'une réduction) de la fuel surcharge. »<sup>654</sup>

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.

<sup>654</sup> Vgl. act. [...].

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 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 in-charge 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 E-CAC-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.<sup>655</sup>

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.<sup>656</sup>

##### **(ii) Stellungnahme Korean**

1373. Korean macht geltend, dass mangels Beweises des rechtserheblichen Sachverhalts, konkret die Koordination von Frachtraten in Bezug auf schweizerische Flugstrecken, auch nicht von entsprechenden Wettbewerbsbeschränkungen mit Auswirkungen auf den schweizerischen Markt ausgegangen werden könne.<sup>657</sup>

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.<sup>658</sup>

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.

<sup>655</sup> Vgl. act. [...].

<sup>656</sup> Vgl. act. [...].

<sup>657</sup> Vgl. act. [...].

<sup>658</sup> Vgl. act. [...].

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
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:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- 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.<sup>659</sup> Für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend.<sup>660</sup> 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.<sup>661</sup>

1385. Im Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* bestand gemäss WEKO eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG<sup>662</sup> über die gegenseitige Anpassung von Zeitpunkt und der prozentualen Höhe von Brutto-Preiserhöhungen. 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 diesbe-

züglichen 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 Märkten.<sup>663</sup> 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.<sup>664</sup>

<sup>659</sup> BBI 1995 I 468, 566 Ziff. 231.4.

<sup>660</sup> BBI 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4.; RPW 2001/4, 666 Rz 70, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*.

<sup>661</sup> BBI 1995 I 468, 567 Ziff. 231.4.

<sup>662</sup> 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).

<sup>663</sup> Vgl. RPW 2009/3, 207 Rz 75, *Elektroinstallationsbetriebe Bern m. w. H.*

<sup>664</sup> Vgl. RPW 2010/4, 755 Rz 348 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren m. w. H. zu Informationsaustausch*.

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.<sup>665</sup> 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.<sup>666</sup> 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.<sup>667</sup> 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.<sup>668</sup>

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 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 Informations-

austausch und nicht um einen Austausch von Informationen 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

<sup>665</sup> Vgl. RPW 2013/2, 182 f. Rz 193 ff., Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich.

<sup>666</sup> Vgl. RPW 2013/2, 182 f. Rz 194, Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich.

<sup>667</sup> Vgl. BSK KG-KRAUSKÖPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 371.

<sup>668</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742 E. 6.5.5), Buchpreisbindung.

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.<sup>669</sup>

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 Entwicklungsprogramme 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.<sup>670</sup>

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.<sup>671</sup>

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.

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 VKU<sup>672</sup>, 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.<sup>673</sup> Die am Verfahren beteiligten Unternehmen bieten die Beförderung von Fracht

<sup>669</sup> 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).

<sup>670</sup> Leitlinien horizontale Zusammenarbeit (Fn 669), Rz. 86.

<sup>671</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>672</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>673</sup> Vgl. Rz 191 ff.

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.<sup>674</sup>

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).<sup>675</sup>

1409. Luftfracht ermöglicht den Austausch von Waren so schnell und sicher wie kein anderes Verkehrsmittel.<sup>676</sup> 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.<sup>677</sup> 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 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.<sup>678</sup> 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.<sup>679</sup>

1412. Im Rahmen der St. Galler Luftfracht-Studie antwortet ein erheblicher Anteil der Verloader, 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.»<sup>680</sup> «Für einen erheblichen Anteil der antwortenden Verloader sind Luftfrachttransporte über die Schweizer Flughäfen nicht durch andere Transportarten ersetzbar.»<sup>681</sup> Es könne daraus geschlossen werden, dass Luftfracht nicht nur für Exporte, sondern auch für Importe von hoher Bedeutung für die Schweizer Wirtschaft ist.<sup>682</sup> Die Ergebnisse der St. Galler-Luftfracht-Studie lassen darauf schliessen, dass die Luftfracht ein essentieller Wettbewerbsfaktor für die Schweizer Verloader in Export und auch im Import ist.<sup>683</sup>

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 übergrosse, gefährliche oder verderbliche Güter unterteilt werden muss, kann für den vorliegenden Fall offen bleiben. Unabhängig von der Art der Fracht schlagen die Luftverkehrsunternehmen Treibstoffzuschläge, Krisenrisikozuschläge 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 Verloader, dass Luftfrachttransporte über die Schweizer Flughäfen nicht durch andere Transportarten ersetzbar sind. Obwohl die Mehrheit (58 %) der antwortenden exportierenden Verloader die Organisation der Luftfracht an Logistikdienstleister abgegeben hat, nimmt über die Hälfte

<sup>674</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 32; Rz 191 m. w. H.

<sup>675</sup> 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\\_23\\_2015\\_DE.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5335_20090622_20600_23_2015_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.

<sup>676</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 24.

<sup>677</sup> GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 10 Ziff. 2.4.

<sup>678</sup> GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 120 ff.

<sup>679</sup> 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).

<sup>680</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 7 und 26.

<sup>681</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 26.

<sup>682</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 26.

<sup>683</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 27.

von ihnen Einfluss auf die Auswahl der im Export genutzten Flughäfen.<sup>684</sup> Eine Reihe von Kriterien spielt bei der Flughafenwahl der Verloader für den Export und 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 Abfertigung sowie deren Erreichbarkeit.

1416. Im Importverkehr geben ebenfalls mehr als die Hälfte der importierenden Verloader die Organisation ihrer Transporte in die Hände eines oder mehrerer Logistikdienstleister.<sup>685</sup> 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)<sup>686</sup>

<b>Luftverkehrsunternehmen</b>	<b>Fracht in Mio. verkaufter Tonnenkilometer</b>	<b>[...]</b>
Lufthansa	6019	[...]
Korean	4819	[...]
Air France	4656	[...]
Singapore	4116	[...]
Japan Air	3880	[...]
KLM	3780	[...]
British	3494	[...]
Cathay	3180	[...]
Northwest Airlines	2790	[...]
United	2607	[...]
American	2361	[...]
Swiss	1623	[...]
Nippon Cargo	1611	[...]
Total	44 936	

<sup>684</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 27.

<sup>685</sup> EHRENTAL, HOFSTETTER, STÖLZLE (Fn 410), St. Galler Luftfracht-Studie, 28.

<sup>686</sup> Integrierte Luftfrachtunternehmen wie beispielsweise Federal Express oder UPS sind in dieser Tabelle nicht enthalten.

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 Luftver-

kehrsunternehmen 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.»<sup>687</sup>

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)<sup>688</sup>

[...]

<sup>687</sup> <<http://www.aea.be>> (20.7.2011).

<sup>688</sup> <<http://www.aea.be/press/publications/index.html>> (21.5.2012).

1423. Tabelle 23 zeigt, dass der gemeinsame Anteil der an der Wettbewerbsabrede<sup>689</sup> 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.<sup>690</sup> Es ist darauf hin-

zuweisen, 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) beziehungsweise 72 % und 80 % (nach Gewicht).<sup>691</sup> 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.

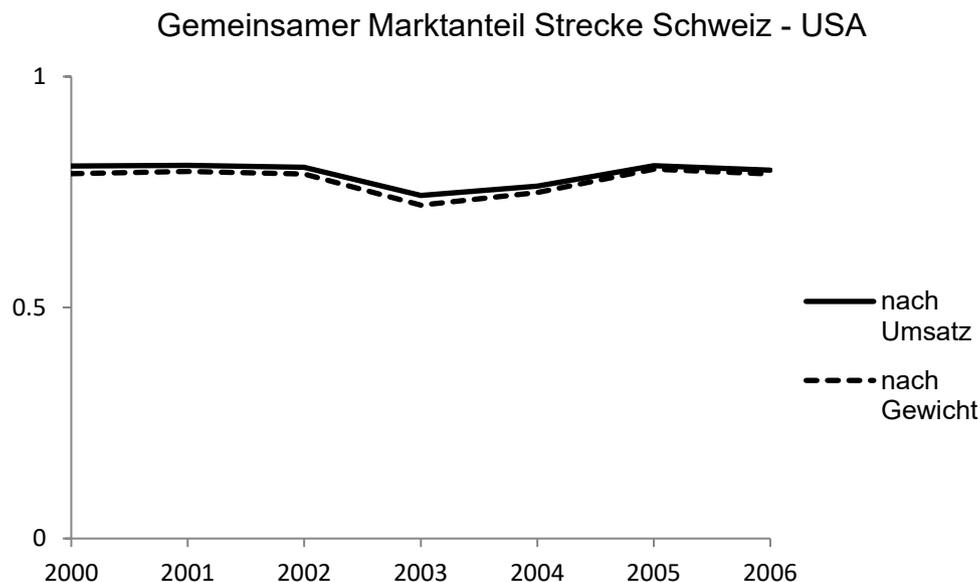


Abbildung 2: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>692</sup> 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

<sup>689</sup> 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.

<sup>690</sup> <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).

<sup>691</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

<sup>692</sup> DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 1.

die allgemeine Krise in der Luftfahrt nach dem 11. September 2001 sein.<sup>693</sup> 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.

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.<sup>694</sup>

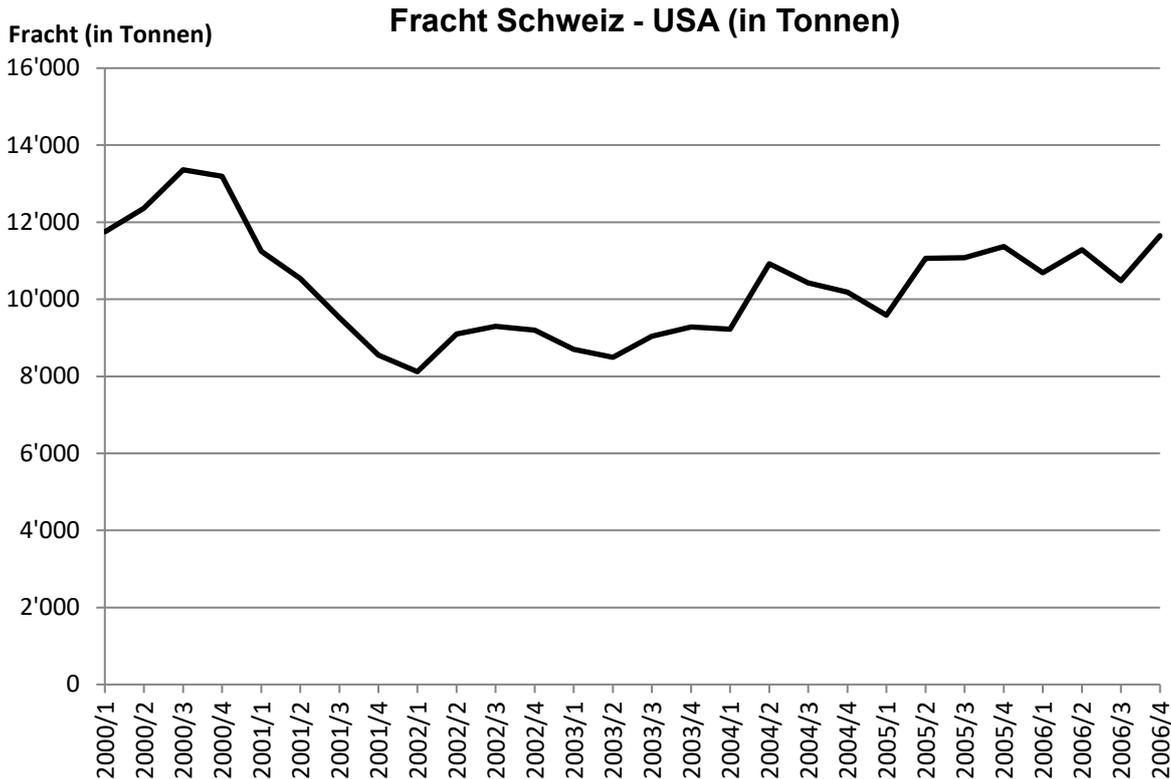


Abbildung 3: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – USA (Quelle: IATA-CASS)

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.

<sup>693</sup> 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/Aero suisse, 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.

<sup>694</sup> 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

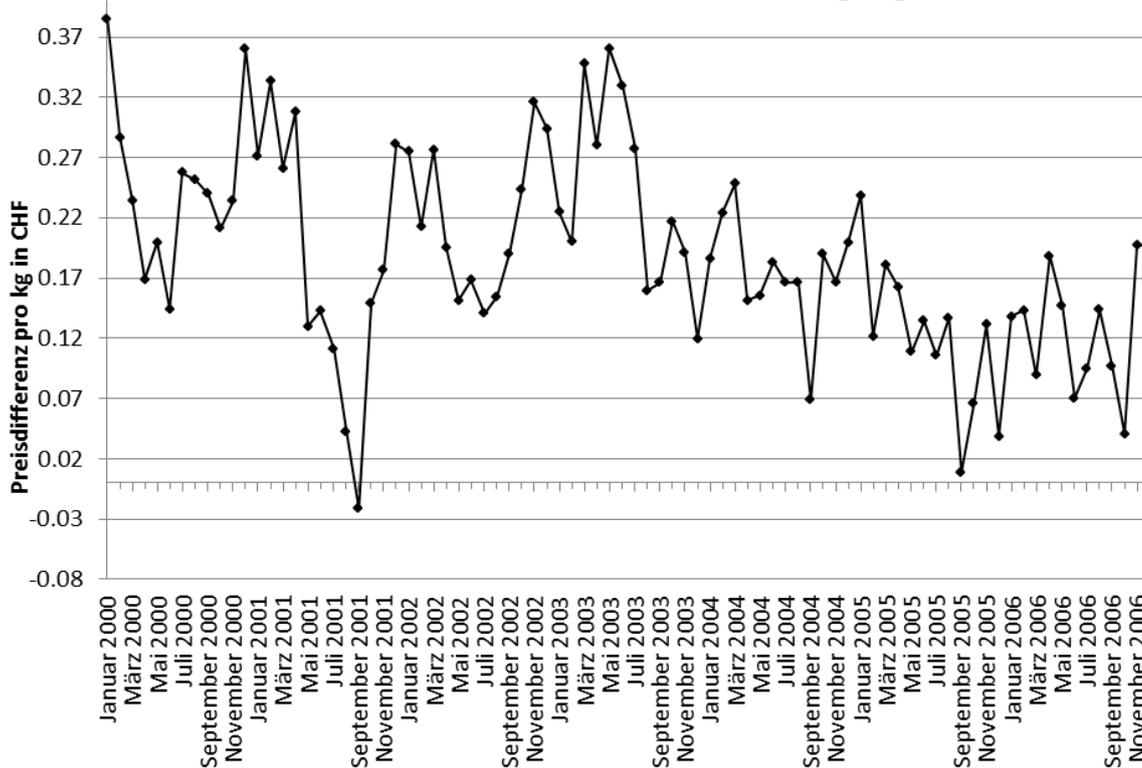


Abbildung 4: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quellen: IATA-CASS)

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.<sup>695</sup>

1435. Für die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist zu prüfen, ob ein oder mehrere Marktzutritte hinreichend wahrscheinlich waren.<sup>696</sup>

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.<sup>697</sup> Das weltweite Frachtaufkommen mit Wachstumsraten zwischen 5 % und 6 % hat wesentlich zu der damaligen positiven 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 %.<sup>698</sup> 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.

<sup>695</sup> 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).

<sup>696</sup> 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).

<sup>697</sup> BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: *Entwicklungsszenarien Luftverkehr*, Schlussbericht vom 3. März 2005, 8 Ziff. 2.3.2 m. w. H.

<sup>698</sup> BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: *Entwicklungsszenarien Luftverkehr*, Schlussbericht vom 3. März 2005, 8 Ziff. 2.3.2 m. w. H.

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.<sup>699</sup>

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.<sup>700</sup> 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.<sup>701</sup>

1442. Das Bestehen von hohen Marktaustritts- und Markteintrittsbarrieren ist charakteristisch für die Luftfahrt, somit auch die Luftfracht.<sup>702</sup> Eine wesentliche Marktaustrittsbarriere stellt die Kapitalbindung in Flugzeuge und Abfertigungsanlagen dar. Zwar besitzen Flugzeuge einen relativ hohen Wiederverkaufswert, allerdings ist die Einrichtung einer Flugroute auch mit hohen verlorenen Kosten verbunden. Ähnliche Marktaustrittsbarrieren stellen für viele nationale Fluggesellschaften die Prestigeträchtigkeit der Luftfahrt und staatliche Subventionen dar. So beteiligte sich die Schweizerische Eidgenossenschaft im Fall Swissair mit 600 Millionen Franken an der Kapitalerhöhung der neuen Gesellschaft.<sup>703</sup> 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 Slots<sup>704</sup> auf Flughäfen, im Zugang zu internationalen Strecken und der Erreichung einer ausreichenden Anfangsauslastung.<sup>705</sup>

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 Mobilitätsbehinde-

runge bestehen.<sup>706</sup> 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».<sup>707</sup>

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

<sup>699</sup> BAZL, Luftfahrt und Nachhaltigkeit AP1: Entwicklungsszenarien Luftverkehr, Schlussbericht, 2005, 8 Ziff. 2.3.2 m. w. H.

<sup>700</sup> 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).

<sup>701</sup> 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).

<sup>702</sup> 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).

<sup>703</sup> 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).

<sup>704</sup> Slots sind Zeiträumen auf den Flughäfen für das Starten und Landen (vgl. Verordnung vom 17. August 2005 über die Flugplanvermittlung und die Koordination von Zeiträumen (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@fwsrvg.html](http://www.admin.ch/cp/d/4302ea77_1@fwsrvg.html)> (25.7.2011)).

<sup>705</sup> 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.

<sup>706</sup> 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.

<sup>707</sup> 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.

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 Abre-

de über einen gemeinsamen Marktanteil zwischen ungefähr 19 % und 26 % verfügten. In dieser Hinsicht kann für die Jahre 2000 bis 2006 nicht von nennenswerten Marktzutritten ausgegangen werden.

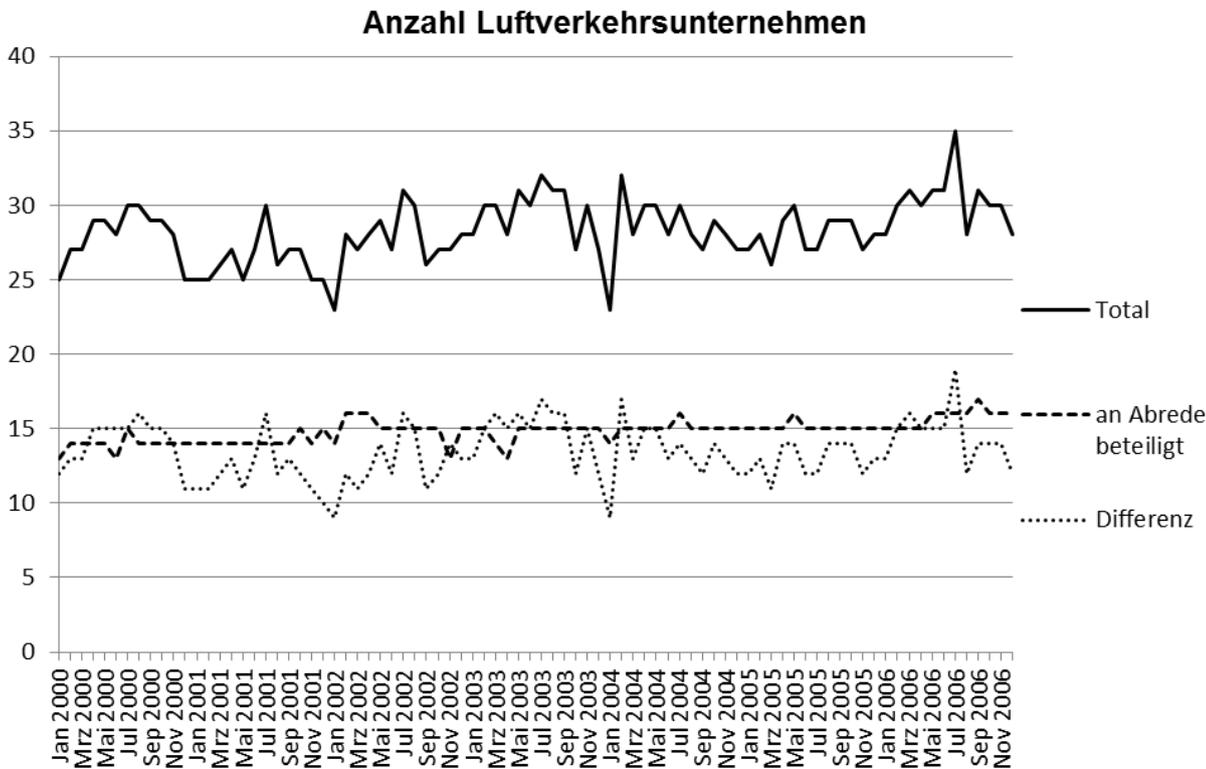


Abbildung 5: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz – USA (Quelle: IATA-CASS)

1446. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass Markteintrittsbarrieren bestehen. Die 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).<sup>708</sup> 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.

<sup>708</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

## Gemeinsamer Marktanteil Strecke Schweiz - Singapur

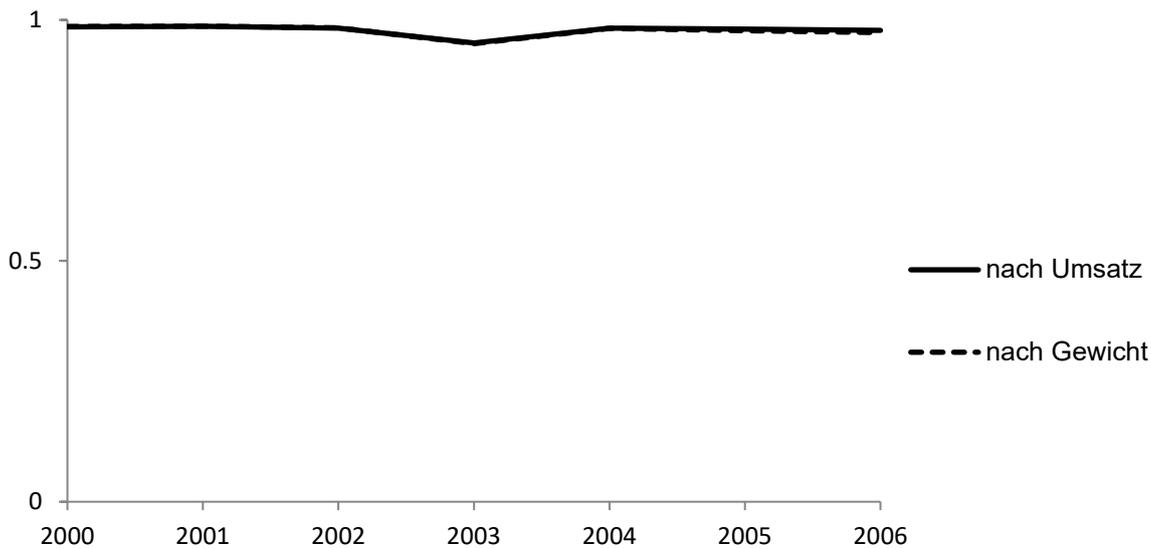


Abbildung 6: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>709</sup> 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.<sup>710</sup> 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.<sup>711</sup> 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.

<sup>709</sup> DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 1.

<sup>710</sup> 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.

<sup>711</sup> 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*.

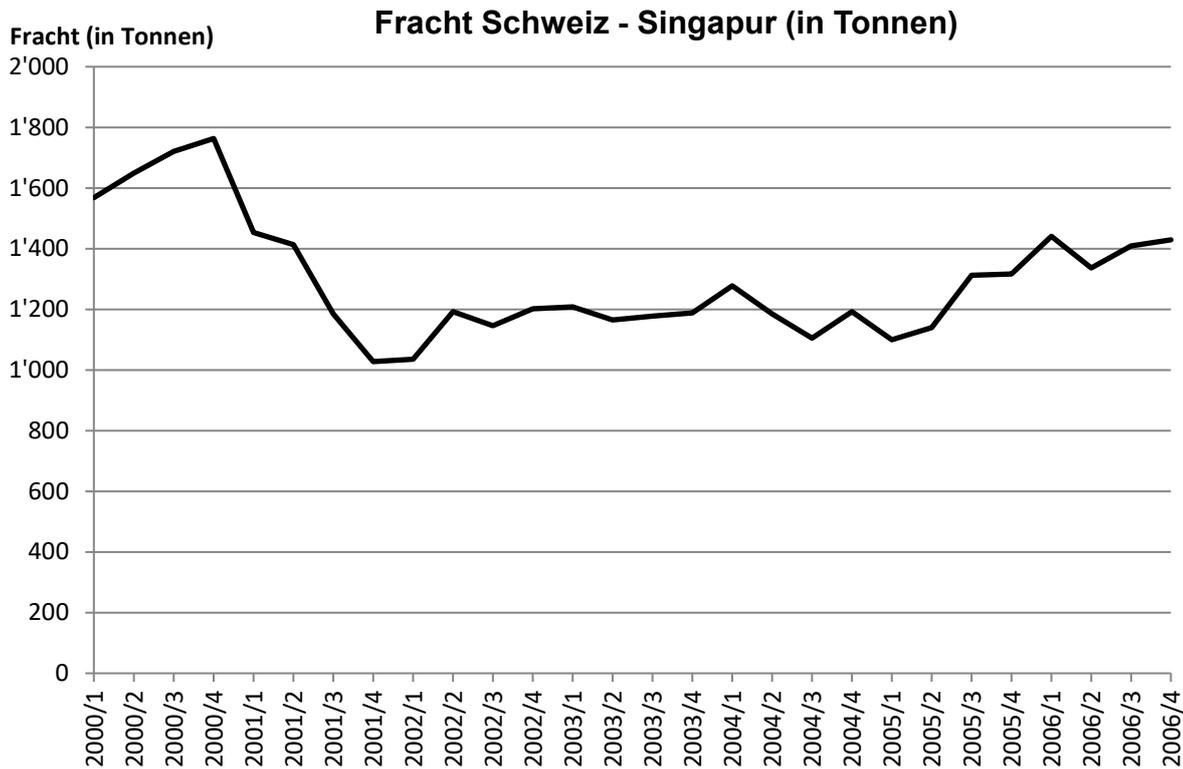


Abbildung 7: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Singapur (Quelle: IATA-CASS)

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

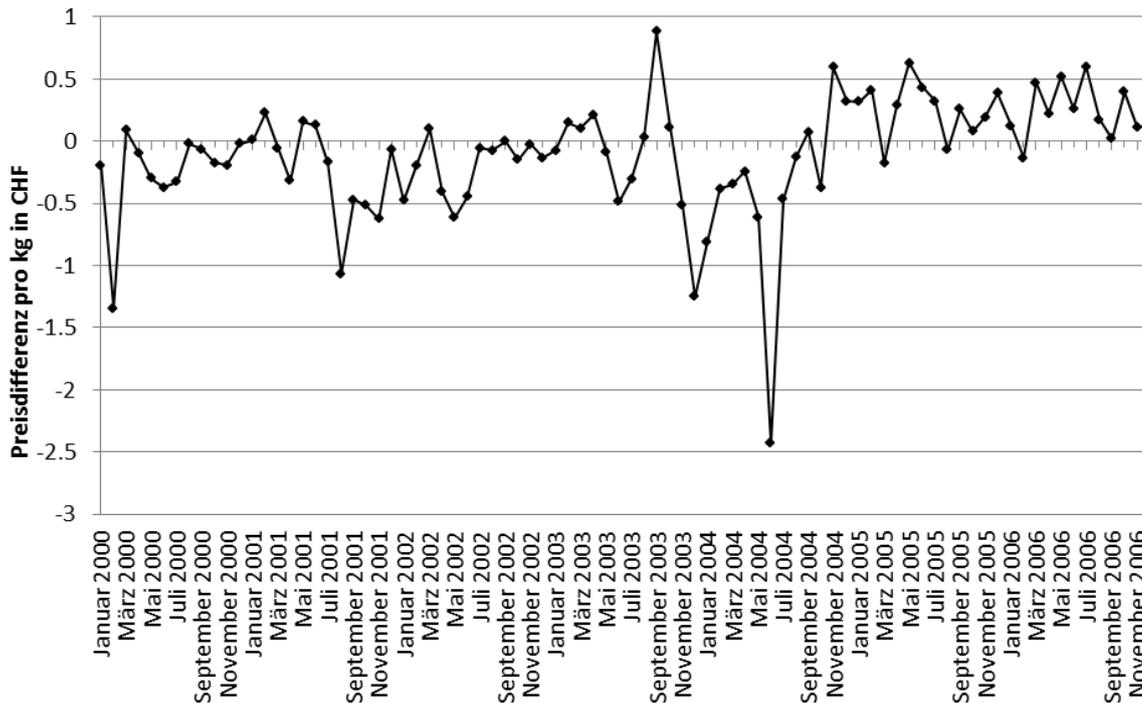


Abbildung 8: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

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.

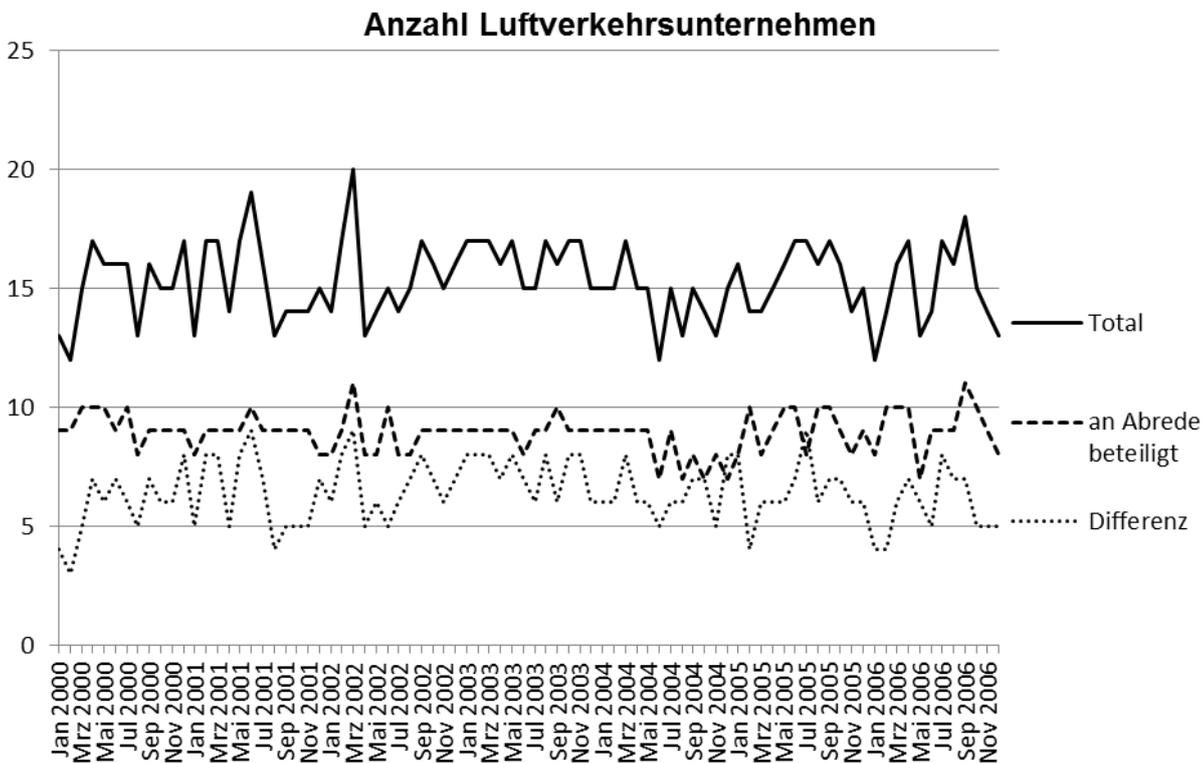


Abbildung 9: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz-USA (Quelle: IATA-CASS)

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).<sup>712</sup> 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.

<sup>712</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

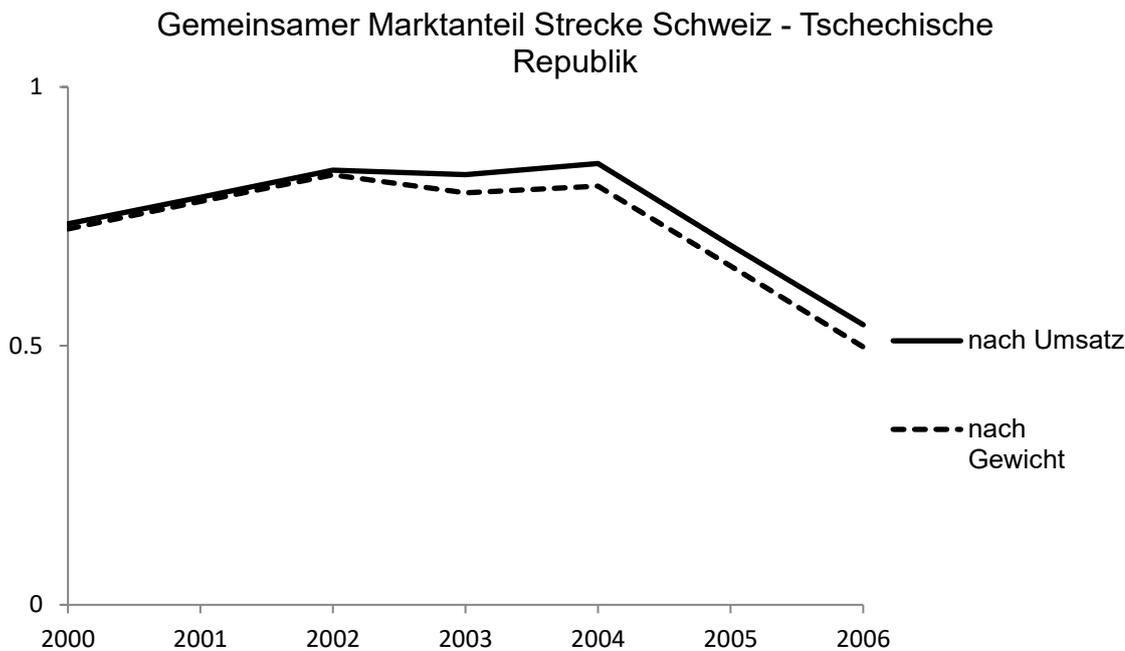


Abbildung 10: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>713</sup>

<sup>713</sup> 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*.

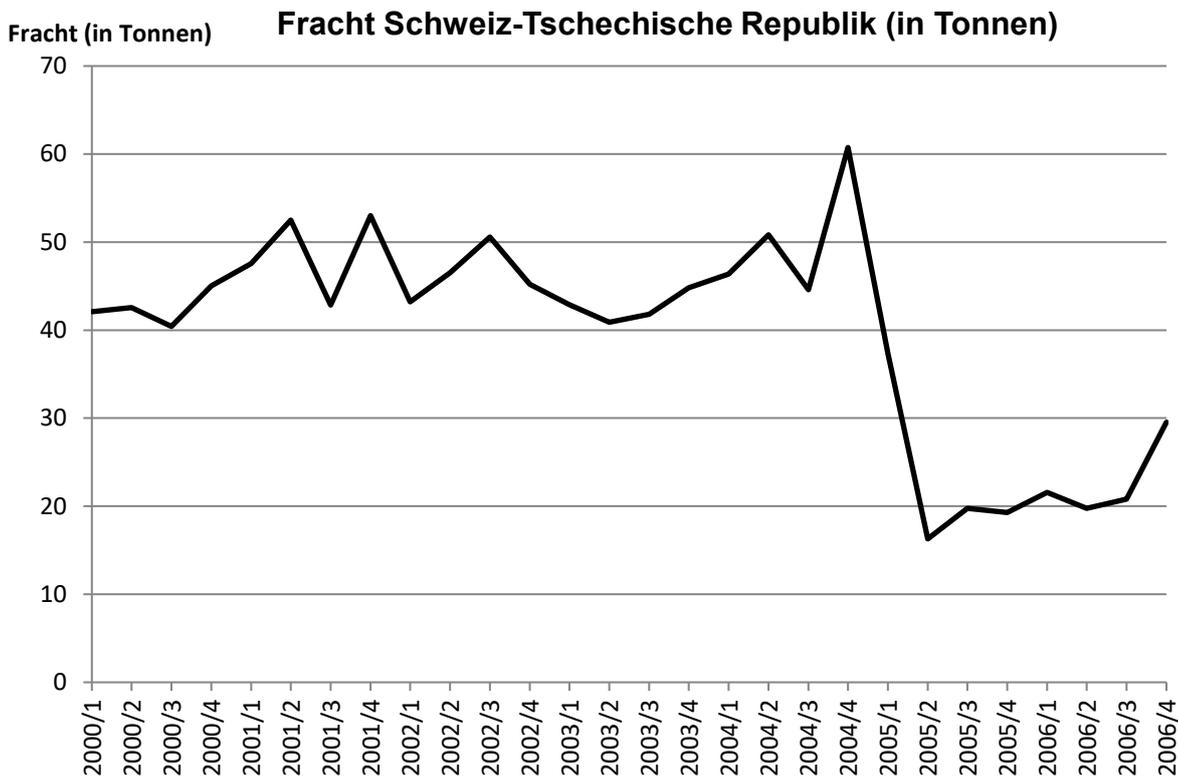


Abbildung 11: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Tschechische Republik (Quelle: IATA-CASS)

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

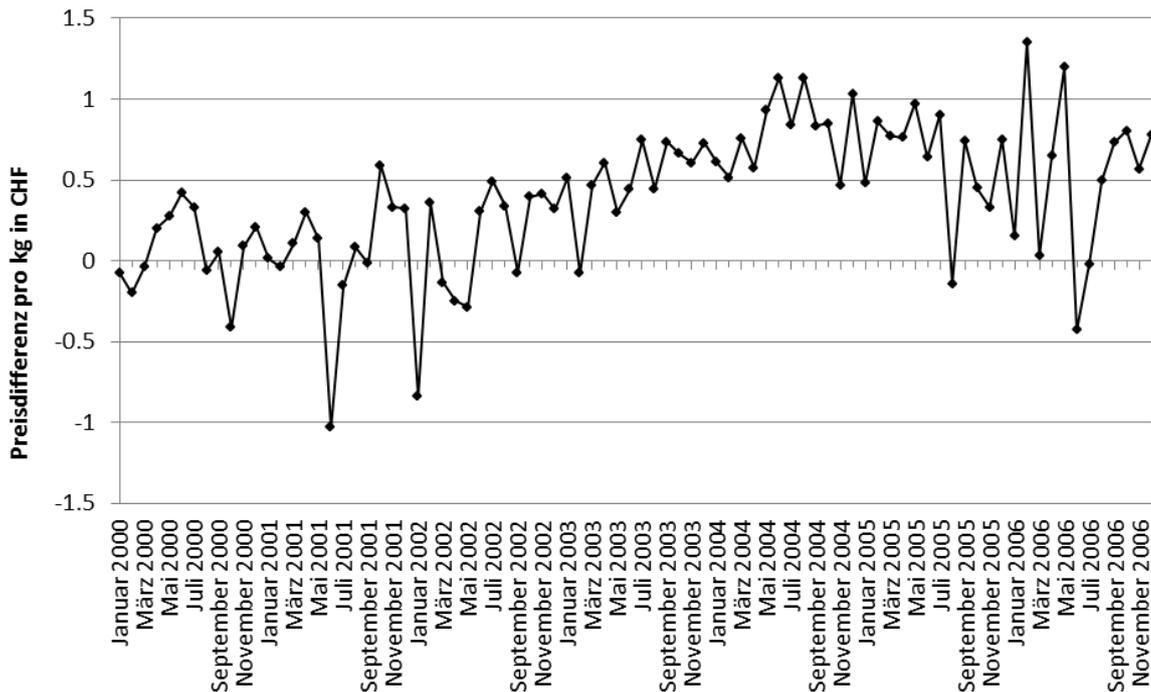


Abbildung 12: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

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.

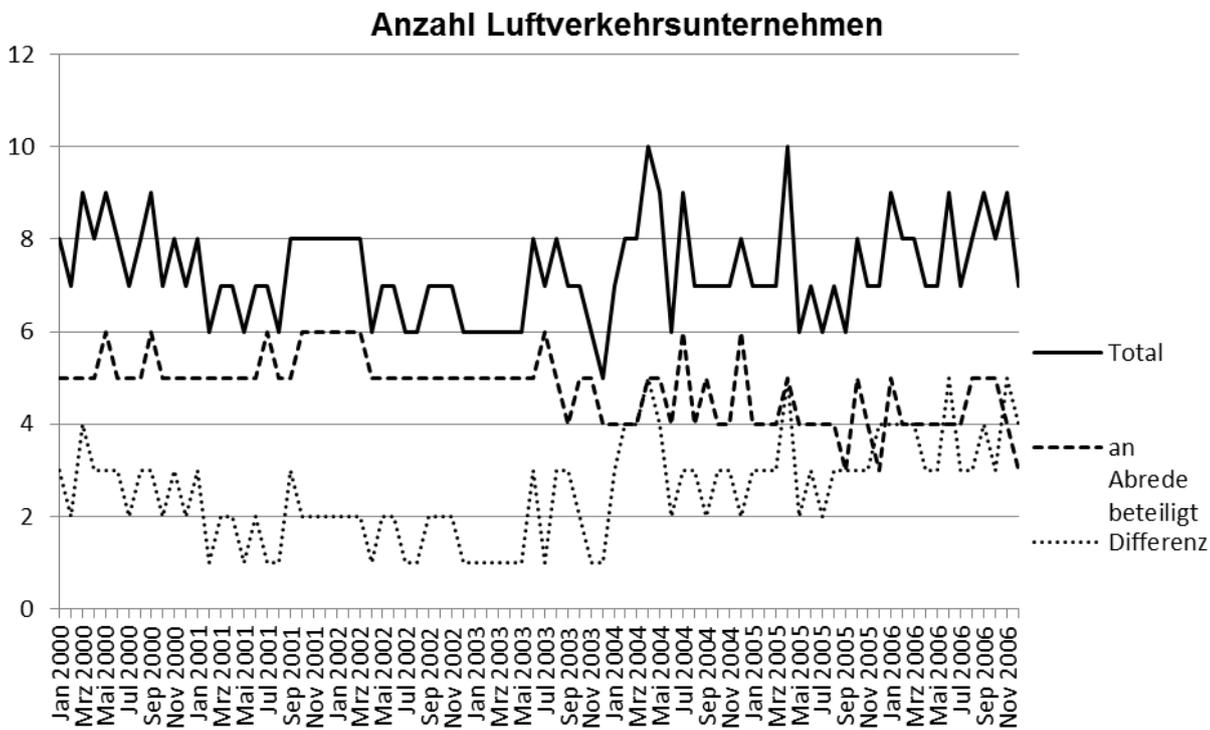


Abbildung 13: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Schweiz – Tschechische Republik (Quelle: IATA-CASS)

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).<sup>714</sup> 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.

<sup>714</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

## Gemeinsamer Marktanteil Strecke Schweiz - Pakistan

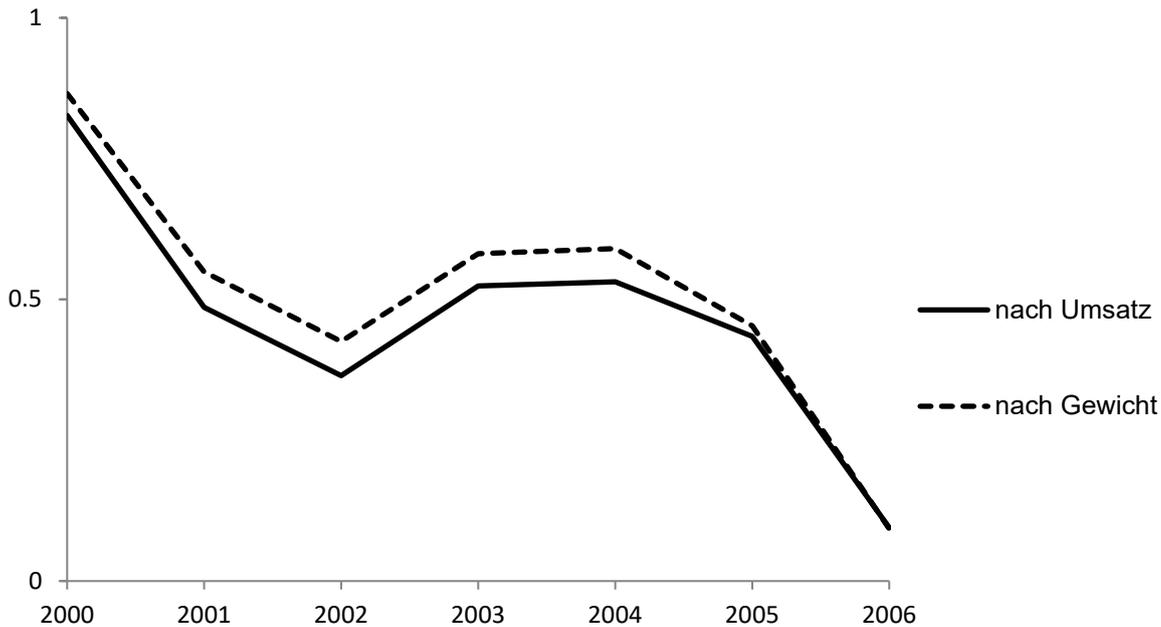


Abbildung 14: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>715</sup> 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.<sup>716</sup> 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.

<sup>715</sup> DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 1.

<sup>716</sup> 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.

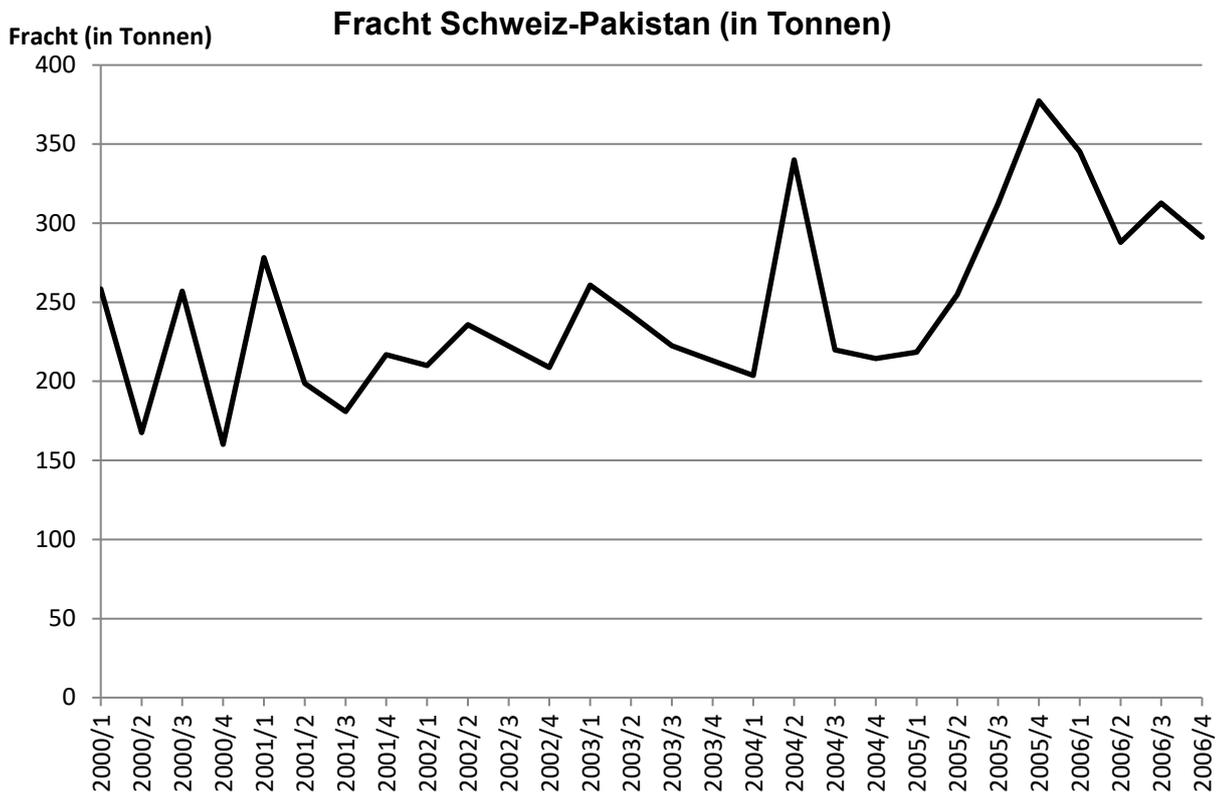


Abbildung 15: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Pakistan (Quelle: IATA-CASS)

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.

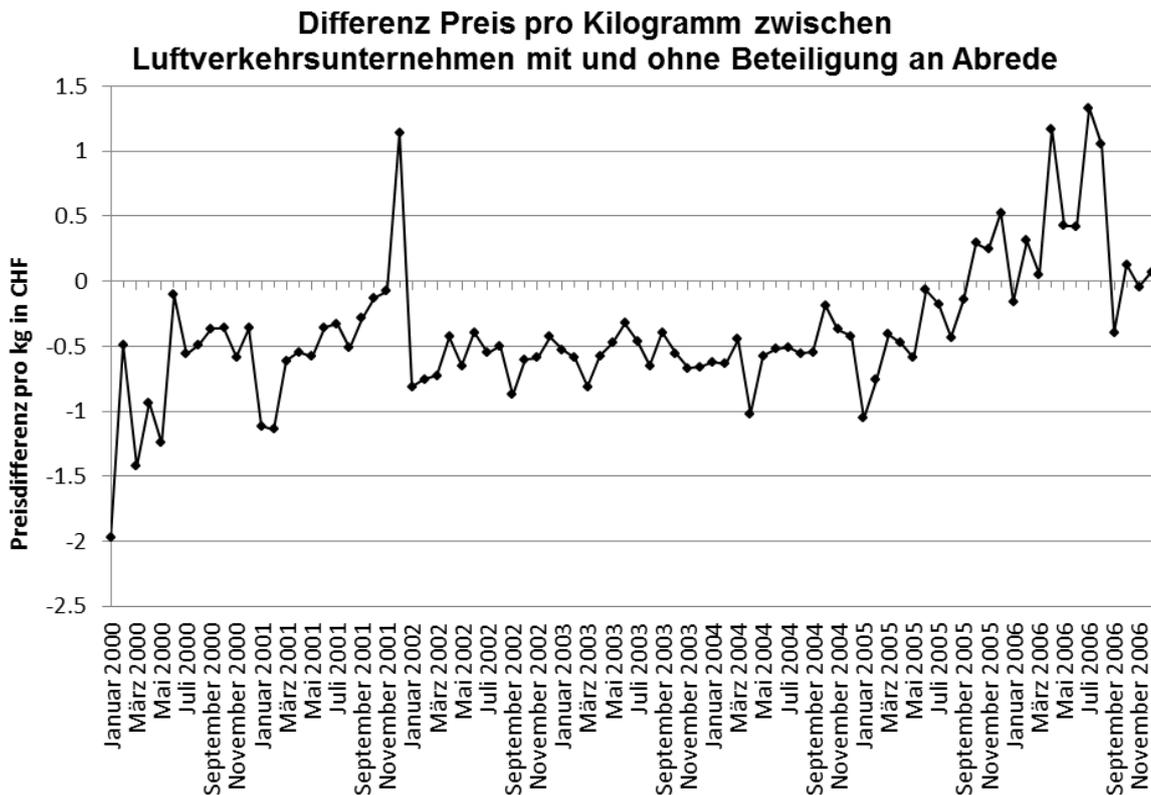


Abbildung 16: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1473. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, 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).<sup>717</sup> 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.

<sup>717</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

## Gemeinsamer Marktanteil Strecke Schweiz - Vietnam

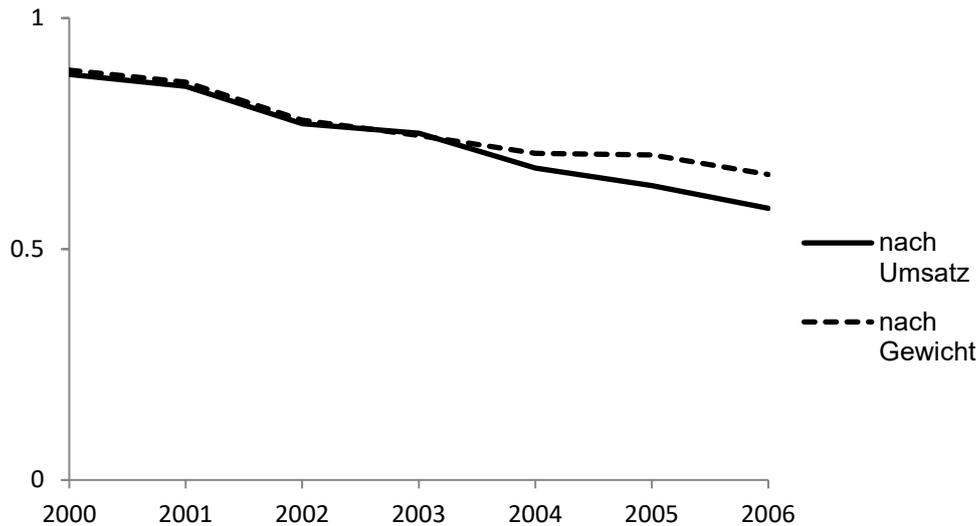


Abbildung 17: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>718</sup> 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.

<sup>718</sup> 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.

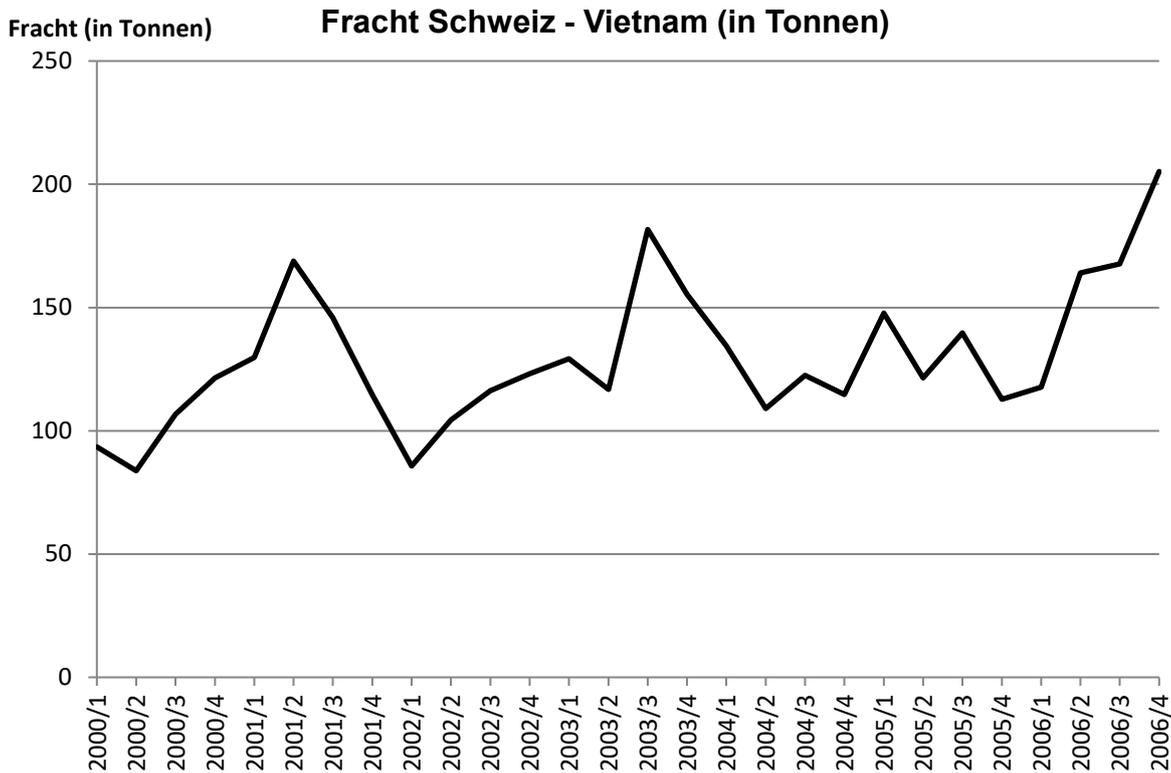


Abbildung 18: Frachtaufkommen für Strecke Schweiz – Vietnam (Quelle: IATA-CASS)

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.

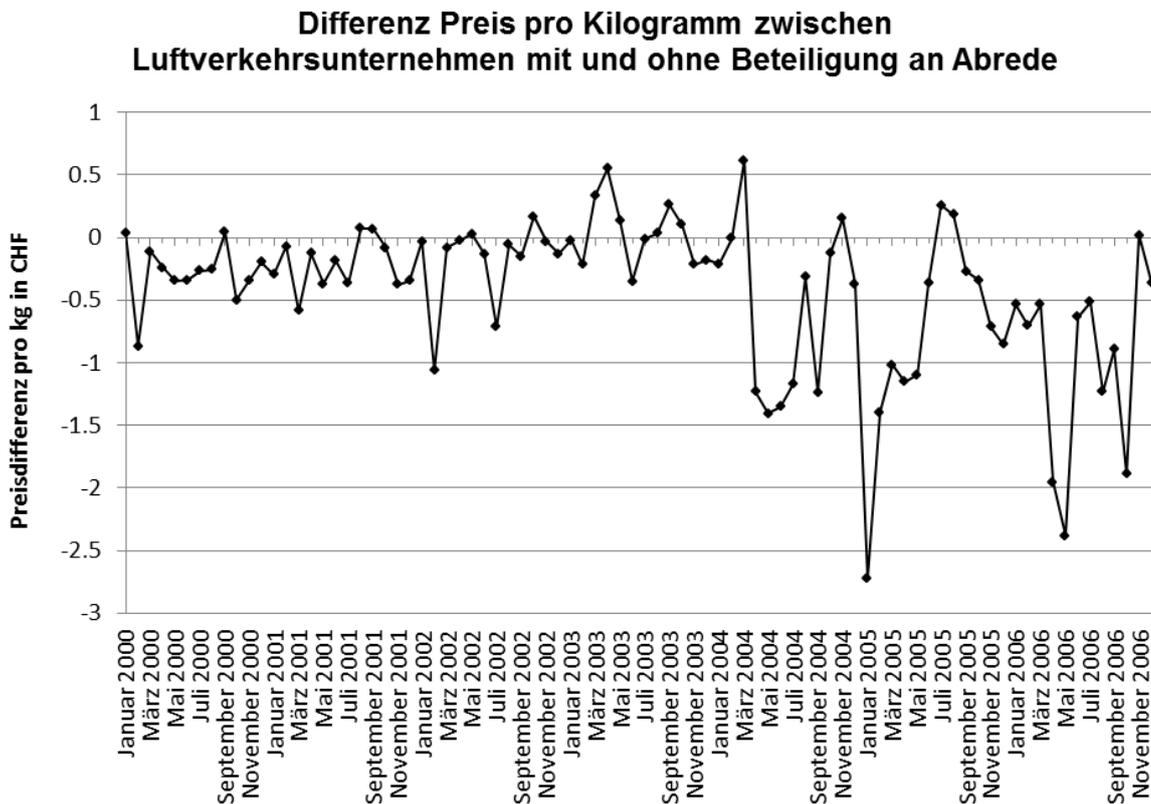


Abbildung 19: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

1479. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Luftverkehrsunternehmen, welche sich nicht an der Abrede beteiligt haben, 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).<sup>719</sup> 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.

<sup>719</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten.

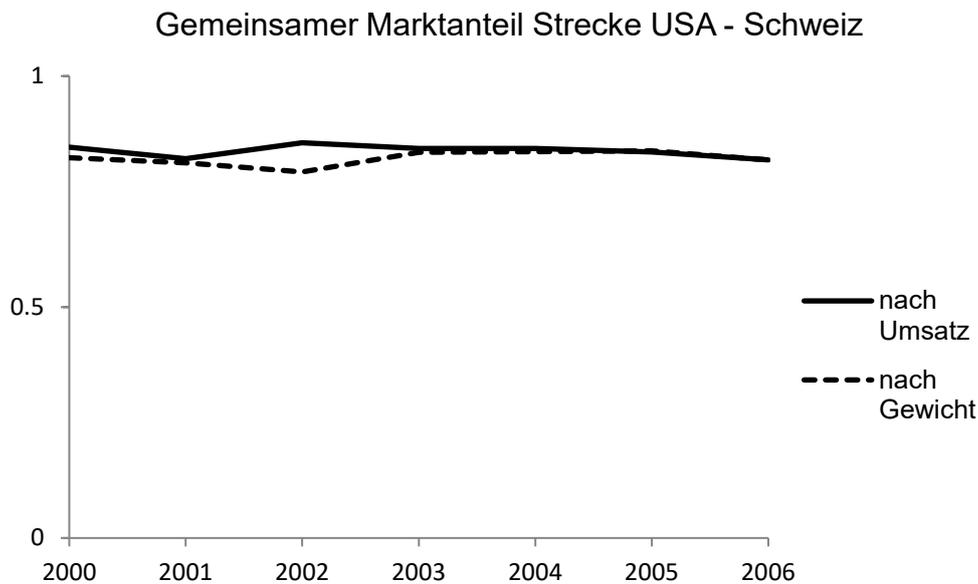


Abbildung 20: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>720</sup> 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.<sup>721</sup>

<sup>720</sup> 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.

<sup>721</sup> Vgl. WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen*, 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*.

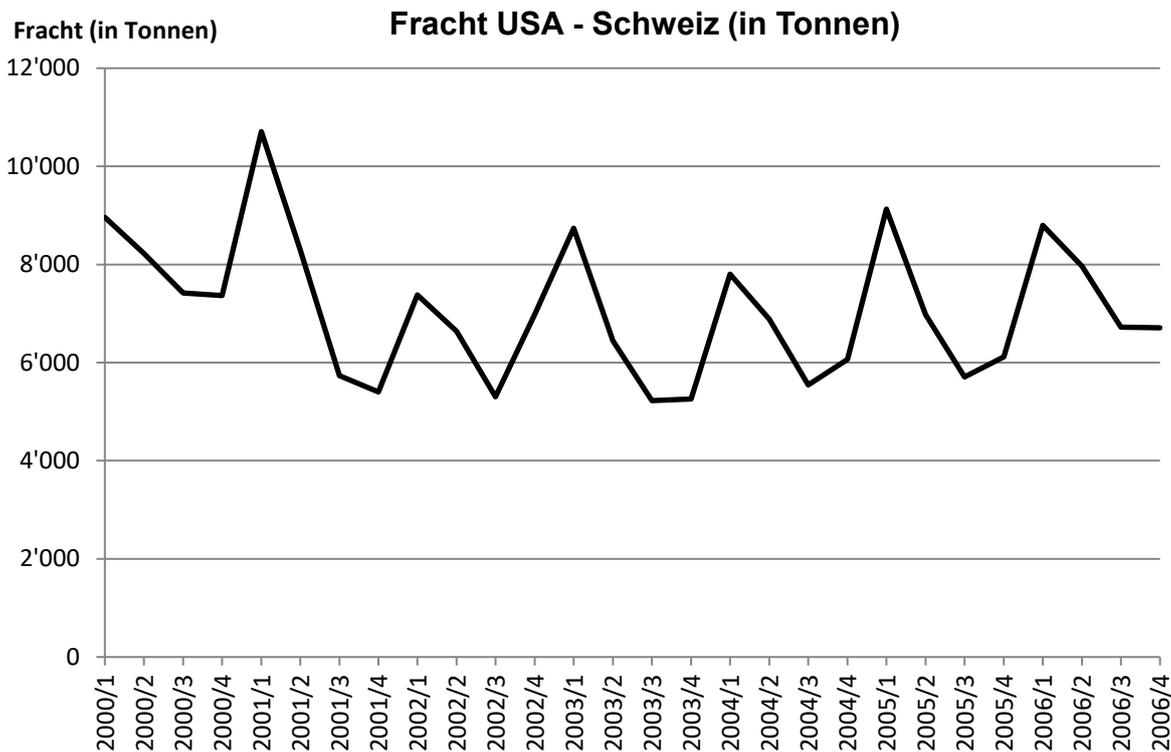


Abbildung 21: Frachtaufkommen für Strecke USA – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

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

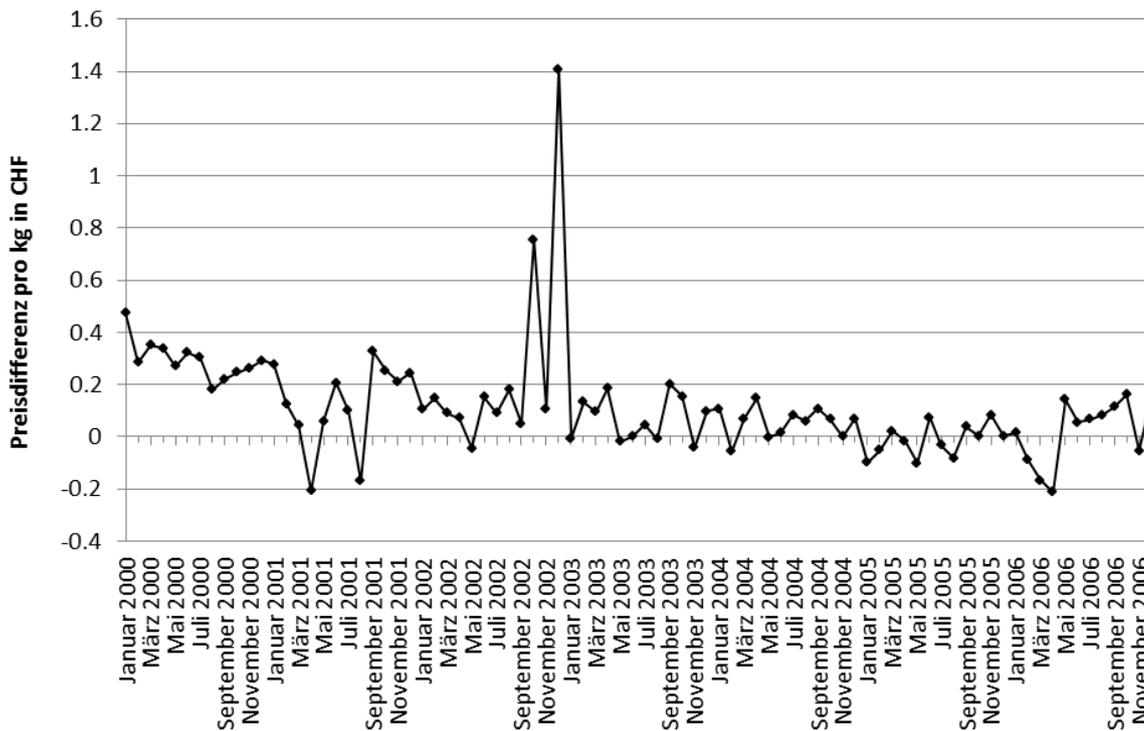


Abbildung 22: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quellen: IATA-CASS)

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 Luftver-

kehrsunternehmen 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.

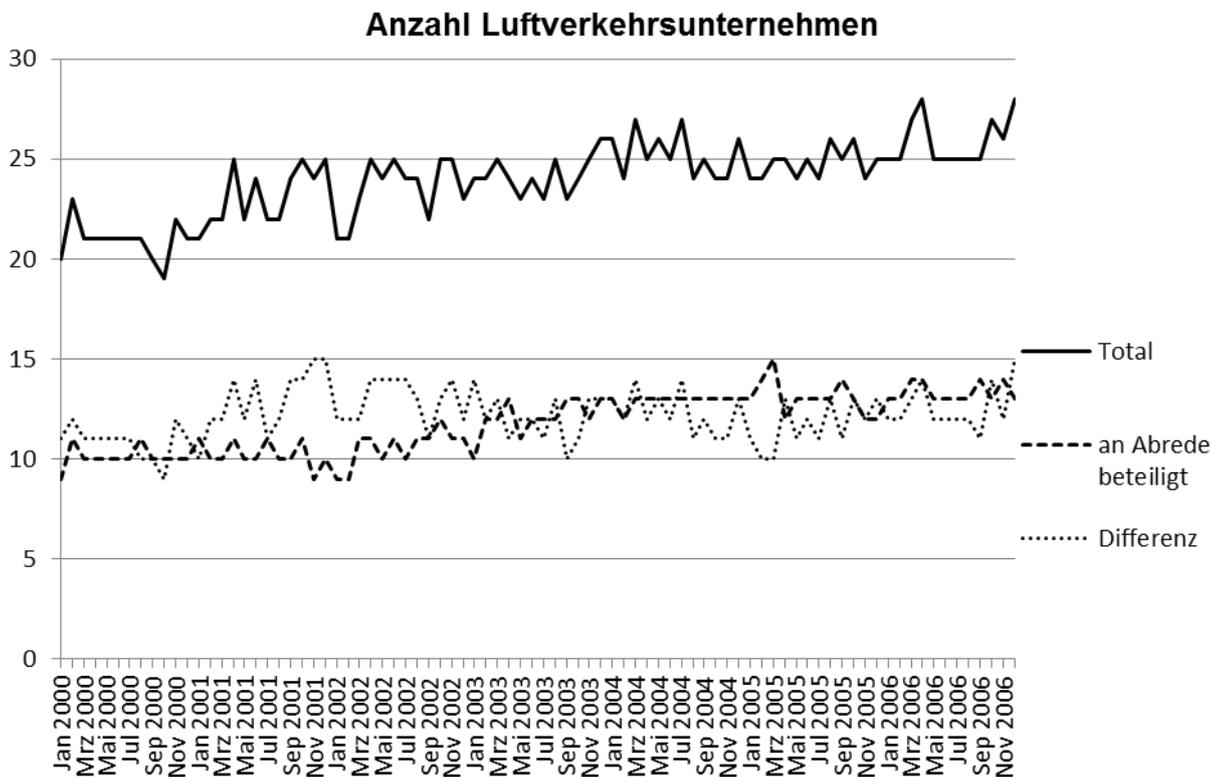


Abbildung 23: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke USA – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

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).<sup>722</sup> 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.

<sup>722</sup> Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten, für das Jahr 2000 sind keine Daten vorhanden.

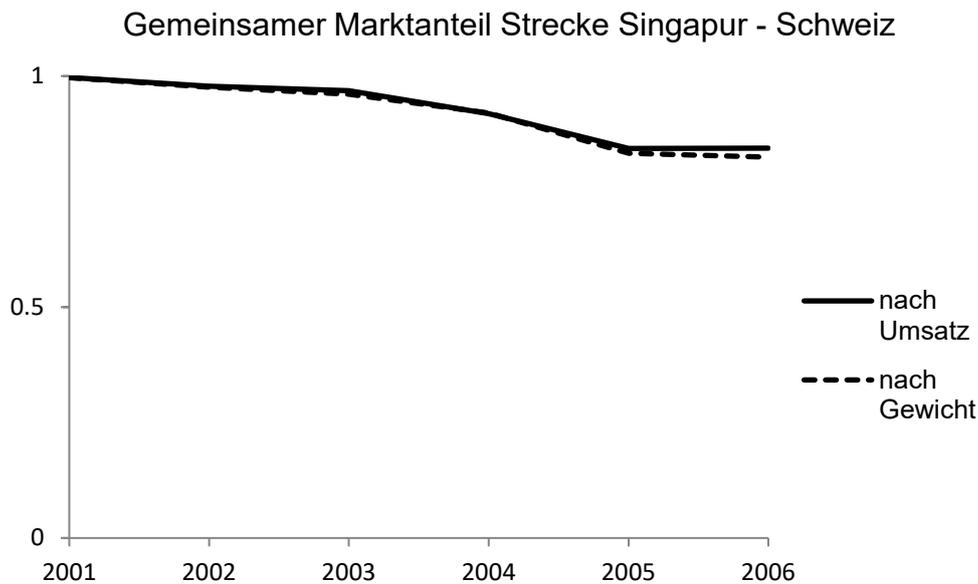


Abbildung 24: Gemeinsamer Marktanteil über die Zeit der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen (Quelle: Berechnungen Sekretariat, IATA-CASS-Daten)

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.<sup>723</sup>

<sup>723</sup> 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*.

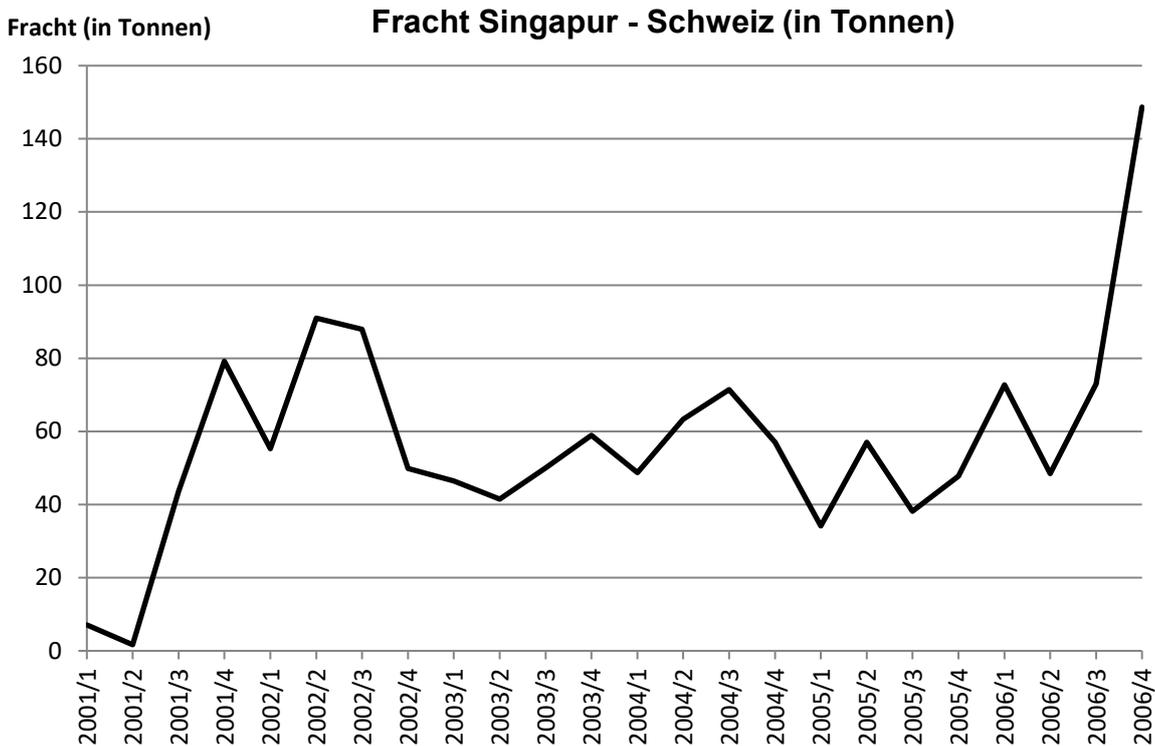


Abbildung 25: Frachtaufkommen für Strecke Singapur – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

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 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

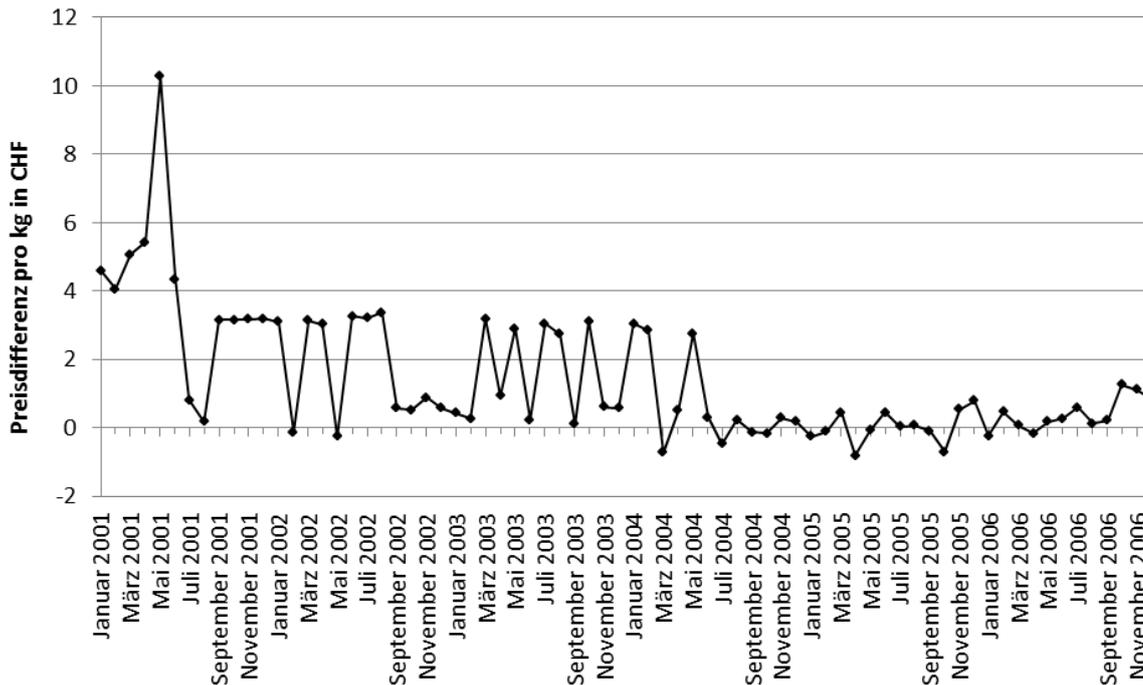


Abbildung 26: Differenz zwischen Preis von Luftverkehrsunternehmen mit Beteiligung an Abrede und Luftverkehrsunternehmen ohne Beteiligung an Abrede (Quelle: IATA-CASS)

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 betei-

ligten 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 die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen konnten ihren gemeinsamen Marktanteil im betrachteten Zeitraum in der Gröszenordnung von über 80 % halten. Dies zeigt, dass, obwohl es regelmässig zu Marktein- und -austritten kam, keine nennenswerten Markteintritte stattfanden.

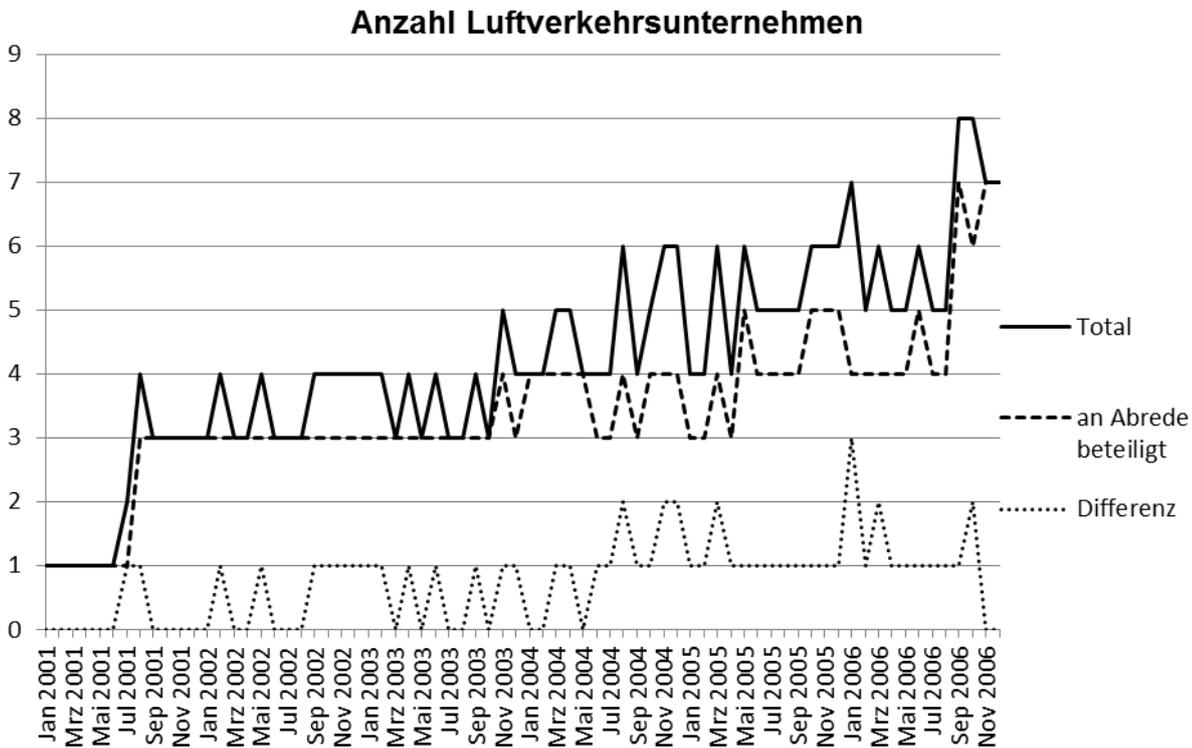


Abbildung 27: Anzahl tätige Luftverkehrsunternehmen auf der Strecke Singapur – Schweiz (Quelle: IATA-CASS)

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.<sup>724</sup>

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.

<sup>724</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.1 m. w. H. (= RPW 2002/4, 744 f. E. 8.1), *Buchpreisbindung*.

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 Franken<sup>725</sup>) ein. Einzig Singapore führte bis im Mai 2002 keine Treibstoffzuschläge ein.<sup>726</sup>

1508. Allerdings führte dies nicht zu stärkerem Innenwettbewerb. Dies belegt eine interne E-Mail von [...] vom 2. Oktober 2000. Diese E-Mail von [...] informierte über ein Treffen [...]. Gemäss E-Mail waren an diesem Treffen unter anderem [...], Singapore und [...] anwesend. An diesem Treffen wurden folgende Punkte zur Erhöhung von Treibstoffzuschlägen eingebracht. [...] und [...] wollten eine zweite Rund ab 1. November 2000. «SQ [Singapore] has received instructions to increase the rates by 10 Rappen rather than introduction of FS». [...] informierte, dass sie vom Hauptsitz Anweisung für die Erhöhung der Treibstoffzuschläge hatte.<sup>727</sup>

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 dazu beitragen, um dieser Unsitte Einhalt zu gebieten. Die Forderung steht und bleibt und wird Spedition Air noch einige Zeit beschäftigen.»<sup>728</sup> 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.<sup>729</sup>

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 Tarifbeziehungsweise 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.<sup>730</sup> So wurden beispielsweise in einer IATA-Studie die Luftfrachtpediteure 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 Verlagerer wollen den Endpreis ihres Produktes so gering wie möglich halten und somit auch die Frachtkosten. Haben sich die Verlagerer 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 Verlagerer 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

<sup>725</sup> Schweizerische Nationalbank, Devisenkurse jährlich, <<http://www.snb.ch/de/about/stat/statpub/id/statpub>> (25.7.2011).

<sup>726</sup> Vgl. vorne Rz [...].

<sup>727</sup> Vgl. vorne Rz [...].

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

<sup>729</sup> 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).

<sup>730</sup> GRANDJOT (Fn 289), Leitfaden Luftfracht, 102 Ziff. 6.1.1.2.

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.»<sup>731</sup>

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.<sup>732</sup> 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 umsetzen, 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.<sup>733</sup> 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.<sup>734</sup> 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.<sup>735</sup> 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.<sup>736</sup> Mit dem Instrument Selbstanzeige wurde für die Unternehmen ein finanzieller Anreiz geschaffen, die Wettbewerbsbehörden über Kartelle zu informieren und an deren Beseitigung mitzuwirken.<sup>737</sup> 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.<sup>738</sup> 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.<sup>739</sup> 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.

<sup>731</sup> DOGANIS (Fn 292), Flying Off Course, 299 Ziff. 14.4.

<sup>732</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.3.3 (= RPW 2002/4, 746 f. E. 8.3.3), *Buchpreisbindung*.

<sup>733</sup> Vgl. act. [...].

<sup>734</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 8.1 f. (= RPW 2002/4, 746 f. E. 8.1 f.), *Buchpreisbindung*.

<sup>735</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>736</sup> Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, in: Jusletter (2009), Rz 6.

<sup>737</sup> 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.

<sup>738</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 123.

<sup>739</sup> Siehe Meldeformular «Bonusregelung» vom 1. April 2005, Formular für die Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung, <<http://www.weko.admin.ch/dienstleistungen/>>.

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.<sup>740</sup>

1521. Dem ist zu widersprechen. Solange nicht 100 % aller Marktteilnehmer [...] an einer Abrede teilnehmen, muss der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht mit ihrem Anteil an der Gesamtzahl der Marktteilnehmer übereinstimmen. Beispielsweise können 90 % aller Marktteilnehmer einen gemeinsamen Marktanteil von 40 % aufweisen. Die Beurteilung erfolgt anhand des gemeinsamen Marktanteils der Luftverkehrsunternehmen, welche an der Abrede beteiligt sind. Die Anzahl der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen im Vergleich zur Gesamtzahl der Marktteilnehmer ist nicht entscheidend.

1522. Weiter bemängelt [...] die Beobachtung, dass die an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen ihren Marktanteil über die Zeit hätten halten können, obwohl sie einen durchschnittlich höheren Preis als die anderen Luftverkehrsunternehmen verlangt hätten. Dies sei nicht ausreichend, um die Ursächlichkeit der Abrede für das höhere Preisniveau zu beweisen. Es sei ebenso gut möglich, dass das Angebot der an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen qualitativ besser gewesen sei und deshalb den höheren Preis rechtfertigen würde. Anders als etwa bei Büchern mit einem gebundenen Preis für ein identisches Produkt handle es sich bei Luftfrachtdienstleistungen um ein komplexes Gebilde, bei dem zahlreiche Faktoren für die Preisbildung zu berücksichtigen seien.<sup>741</sup>

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.<sup>742</sup>

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 be-

sonders 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.<sup>743</sup>

1527. Auf die Ausführungen von [...] betreffend Zuständigkeit der WEKO und des relevanten Zeitraumes kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 1121, Rz 1239). Bezüglich der Ausführungen zum Beweismass ist festzustellen, dass es vorliegend in erster Linie um die Frage der Beweislastverteilung und weniger um das Beweismass geht. Aufgrund der Beweislastverteilung von Artikel 5 Absatz 3 KG geht es um den Beweis, dass (Innen-)Wettbewerb trotz Preisabrede bestand. Es geht nicht darum zu beweisen, dass kein Innenwettbewerb bestand. Allerdings ist dies keine Frage des Beweismasses. Weiter muss 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.

<sup>740</sup> Vgl. act. [...].

<sup>741</sup> Vgl. act. [...].

<sup>742</sup> Vgl. act. [...].

<sup>743</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

## (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 zugestehende, 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.<sup>744</sup>

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.<sup>745</sup> 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 vorlie-

gend überhaupt eine (erhebliche) (Preis-)Abrede vorliege, zumal die Zuschläge (insgesamt) beziehungsweise deren Veränderung lediglich einen kleinen Prozentsatz am Gesamtpreis ausmachen würden, wobei nicht in jedem einzelnen Fall, wenn überhaupt, sämtliche Zuschläge zur Anwendung gelangt seien. Im Antrag werde diese Thematik indessen gar nicht abgehandelt.<sup>746</sup>

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.<sup>747</sup> 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 Abfertigung 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.<sup>748</sup>

<sup>744</sup> Vgl. act. [...].

<sup>745</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>746</sup> Vgl. act. [...].

<sup>747</sup> Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 383.

<sup>748</sup> Vgl. act. [...].

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 weit-aus wichtigste Wettbewerbsvariable qualifiziert werden kann. Somit kann nicht gefolgt werden, dass aufgrund anderer Faktoren als dem Preis ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht (vgl. Rz 1512 ff. und Rz 1523).

#### (iv) Stellungnahme United

1534. United bringt vor, das Sekretariat lege Artikel 5 Absatz 3 KG fehlerhaft aus. Zuschläge würden wesens-gemäss 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 Fenster-beschläge und -türen oder für Bücher. Deshalb könnten diese Fälle für den vorliegenden Fall nicht herangezogen werden.<sup>749</sup>

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.<sup>750</sup> Somit liegt eine Abrede über den Preis vor. Die Grund-lage 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 Marktfüh-rers 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 Be-urteilung der möglichen Marktschranken auf den auf die Schweiz bezogenen Luftfrachtmarkt vorgenommen. Die Annahme des Sekretariats, dass potenzieller Wettbe-werb nicht bestand, sei nicht begründet. Vielmehr müs-sen die bedeutsamen Markteintritte und -austritte von Konkurrenten, welche selbst vom Sekretariat eingeräumt würden, zu einer Widerlegung der Vermutung des Sek-retariats der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs füh-ren.<sup>751</sup>

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 Wettbe-werb führte. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich der Bereich Luftfracht mit Ausgangs- und Bestim-mungsort Schweiz in den Jahren 2000 bis 2004 rückläu-fig entwickelt hat (vgl. Rz 1434 ff.). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung der Markteintrittsbar-rieren aus Studien und der Literatur stammt. Insbeson-dere gehen die Führungskräfte europäischer Luftver-kehrsunternehmen davon aus, dass im Bereich Luftver-kehr Eintrittsbarrieren bestehen. Schliesslich muss in Erinnerung gerufen werden, dass es bei der Anwendung von Artikel 5 Absatz 3 KG nicht darum geht, die Beseiti-gung wirksamen Wettbewerbs zu beweisen. Vielmehr geht es um den Nachweis, dass trotz der Abrede wirk-samer 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.<sup>752</sup>

1539. Hierzu ist auf die Ausführungen in Randziffer 1523 zu verweisen.

#### (vi) Stellungnahme Singapore

1540. Singapore macht geltend, gemäss Literatur<sup>753</sup> werde die Erhöhung der Transparenz als Verbesserung des Wettbewerbs unter den Wettbewerbern erachtet. Wenn ein Wettbewerber die Möglichkeit habe, effizien-ten Gebrauch von Marktinformationen zu machen und deshalb sein Verhalten am Markt anpasse, führe dies in aller Regel im Resultat zu einer Verstärkung des Wett-bewerbsgebarens. Dieses Prinzip sei weitgehend aner-kannt.<sup>754</sup>

1541. Dazu ist festzuhalten, dass die von Singapore zitierte Literatur die «Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Euro-päischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit» (ABl. C 11/01 vom 14.1.2011) wider-gibt 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 Trans-parenz 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 Wett-bewerb und die Wohlfahrt ist nicht möglich.<sup>755</sup>

<sup>749</sup> Vgl. act. [...].

<sup>750</sup> Vgl. act. [...].

<sup>751</sup> Vgl. act. [...].

<sup>752</sup> Vgl. act. [...].

<sup>753</sup> RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl. 2012, 540.

<sup>754</sup> Vgl. act. [...].

<sup>755</sup> 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.

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.<sup>756</sup>

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.<sup>757</sup> 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.<sup>758</sup>

1545. Hierzu ist auf die Ausführungen in Randziffer 1531 zu verweisen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Botschaft KG 95<sup>759</sup> sich nicht nur auf «wesentliche» Preiselemente beschränkt: «Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.»

1546. Singapore macht überdies in Bezug auf Treibstoffzuschläge (und analog für Kriegerisikozuschläge, Frachtraten und die Kommissionierung von Zuschlägen)<sup>760</sup> 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.<sup>761</sup>

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.<sup>762</sup>

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.<sup>763</sup>

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.<sup>764</sup>

<sup>756</sup> Vgl. act. [...].

<sup>757</sup> Vgl. RPW 2011/4, 583 Rz 384 ff.

<sup>758</sup> Vgl. act. [...].

<sup>759</sup> Botschaft KG 95 (Fn 426), 561 f.

<sup>760</sup> Vgl. act. [...].

<sup>761</sup> Vgl. act. [...].

<sup>762</sup> Vgl. act. [...].

<sup>763</sup> Vgl. act. [...].

<sup>764</sup> Vgl. act. [...].

1553. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Antrag bei der Prüfung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz praxiskonform vorgeht. Gerade diese Vorgehensweise berücksichtigt die damalige Entwicklung im Wettbewerbsprozess. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Singapur ausdrücklich mitteilte, eine Erhöhung der Frachtraten vorzunehmen anstatt Treibstoffzuschläge einzuführen (vgl. Rz 226). Und vor allem hat Singapur unbestrittenermassen im Mai 2002 Treibstoffzuschläge eingeführt.

#### (vii) Stellungnahme [...]

1554. [...] bringt vor, dass die Wettbewerbsbehörden einen allfälligen Kartellrechtsverstoss sowie insbesondere dessen Auswirkungen im Einzelfall nachzuweisen hätten. Liege nicht zumindest eine «erhebliche» Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine (Preis-)Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 und 3 KG vor beziehungsweise sei eine solche nicht nachgewiesen (ohne Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz), könnten die Wettbewerbsbehörden ein bestimmtes Verhalten weder verbieten noch sanktionieren.<sup>765</sup>

1555. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1523 verwiesen werden.

1556. Weiter führt [...] aus, der Antrag lasse die Analyse der konkreten Auswirkungen des Informationsaustauschs auf die einzelnen relevanten Märkte vollends vermissen. Das Sekretariat prüfe in keiner Weise, inwiefern die behauptete(n) Abrede(n) überhaupt für Entwicklungen von Frachtraten und Preisdifferenzen kausal seien. Zudem unterlasse das Sekretariat, einen Vergleich mit einer Situation ohne irgendwelchen Informationsaustausch. Überhaupt liege nach der Praxis der WEKO<sup>766</sup> gar keine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vor, wenn es sich beim Preislement, worüber eine Abrede getroffen worden sei, nicht um einen Preisbestandteil handle, der «ein wesentliches Element des Endpreises» ausmache.<sup>767</sup>

1557. Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1131 verwiesen werden. Bezüglich der Frage des Vorliegens einer Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG ist auf die Ausführungen in den Randziffern 1531 und 1533 zu verweisen. Schliesslich ist [...] auch entgegenzuhalten, dass sie selber im Rahmen einer Selbstanzeige ein nach ihrem Dafürhalten kartellrechtswidriges Verhalten gemeldet hat.<sup>768</sup> Zum widersprüchlichen Verhalten, welches durch eine Selbstanzeige und gleichzeitiges Bestreiten einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung besteht, ist auf Randziffer 1519 zu verweisen.

#### (viii) Stellungnahme [...]

1558. [...] macht geltend, eine allfällige Absprache über Kommissionen wäre kein Fall von Artikel 5 Absatz 3 KG. Es läge diesfalls eine Art von Einkaufskooperation/-gemeinschaft vor. Einkaufsgemeinschaften seien in der Regel nicht wettbewerbschädlich, sondern wettbewerbsfördernd. Deshalb habe der Gesetzgeber sie weder der Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG noch der Sanktionsdrohung unterstellt.<sup>769</sup>

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.<sup>770</sup>

1560. [...] macht weiter geltend, auch auf den Strecken Schweiz-USA, USA-Schweiz, Schweiz-Singapur, Singapur-Schweiz und Schweiz-Tschechische Republik (2000 bis 2004) sei der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt gewesen. Die Analyse des Preis-Innenwettbewerbs widerlege die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung. Im Antrag würden die Preisunterschiede zwischen den Parteien jedoch nicht analysiert. Im Antrag werde anhand der IATA/CASS-Daten 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.<sup>771</sup>

<sup>765</sup> Vgl. act. [...].

<sup>766</sup> RPW 2005/1, 240 Rz 11 ff. *Klimarappen*.

<sup>767</sup> Vgl. act. [...].

<sup>768</sup> Vgl. act. [...].

<sup>769</sup> Vgl. act. [...].

<sup>770</sup> RPW 2008/4, 554 Rz 70 ff. *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

<sup>771</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

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 gewisses Mass an fehlerhafter Angabe durch die Luftverkehrsunternehmen.<sup>772</sup> 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 Abredebeteiligten 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 Preis-

schemen, Kreditkonditionen festlegen oder Preise nicht zu publizieren.<sup>773</sup>

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.<sup>774</sup> Zum widersprüchlichen Verhalten, welches durch eine Selbstanzeige und gleichzeitigem Bestreiten einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung besteht, ist auf Randziffer 1519 zu verweisen.

#### **B.3.4.4.6 Ergebnis zur Frage der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG**

1567. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG kann für folgende Strecken weder mit einem wirksamen Aussenwettbewerb noch mit einem wirksamen Innenwettbewerb widerlegt werden:

- Schweiz – USA,
- Schweiz – Singapur,
- Schweiz – Tschechische Republik für die Jahre 2000 bis 2004,
- USA – Schweiz,
- Singapur – Schweiz.

Diese unzulässige Wettbewerbsabrede dauerte insgesamt von Januar 2000 bis Februar 2006 an.

<sup>772</sup> Vgl. act. [...].

<sup>773</sup> 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).

<sup>774</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>775</sup> 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.<sup>776</sup>

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.<sup>777</sup>

1575. Der Preis ist für die meisten Güter ein wichtiger Wettbewerbsparameter. Das Gesetz geht davon aus, dass bei (horizontalen) Preisabsprachen vermungsweise 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.<sup>778</sup>

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).<sup>779</sup>

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)).<sup>780</sup>

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

<sup>776</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.2.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.2.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>777</sup> Vgl. RPW 2010/4, 751 Rz 314, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>778</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.2.2 (= RPW 2002/4, 736 E. 5.2.2), *Buchpreisbindung*.

<sup>779</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.2.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.2.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>780</sup> BBI. 2012 5078, 5084 Ziff. 13(1).

1578. Auf den zu beurteilenden Strecken halten die Beteiligten folgende gemeinsame Marktanteile.

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

Tabelle 24: Marktanteile der Beteiligten auf den zu beurteilenden Strecken

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 Gesamtbeurteilung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.<sup>781</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>782</sup> – 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.).<sup>783</sup>

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).

#### 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.<sup>784</sup>

<sup>781</sup> 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.

<sup>782</sup> 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.

<sup>783</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 230.

<sup>784</sup> Vgl. RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

1583. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.<sup>785</sup> 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.<sup>786</sup> 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.<sup>787</sup>

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.<sup>788</sup> Zudem ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend in vielen Fällen sehr hohe Marktanteile (teilweise über 95 %) der beteiligten Unternehmen festzustellen sind (vgl. vorne Rz 1578).

1587. Die Ausführungen zur Frage der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG zeigen, dass die Beteiligten auf allen genannten Strecken höhere Preise verlangten als die nicht an der Abrede beteiligten Luftverkehrsunternehmen. Auf den Strecken Schweiz – Pakistan und Schweiz – Vietnam konnten die Beteiligten im Gegensatz zu den anderen Strecken zwar nicht mehrheitlich höhere Preise durchsetzen. Trotzdem gelang es den Beteiligten in einigen, wenn auch wenigen Fällen.

1588. Weiter ist festzuhalten, dass die Speditionswirtschaft alle «Surcharges» an die verladende Wirtschaft weiterverrechnet.<sup>789</sup> «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.»<sup>790</sup>

1589. Dies zeigt auch, dass sich die Beteiligten über Preiselemente absprachen, die zur Übertragung von Risiko auf ihre Kunden dienten.

1590. Zudem führten die Speditionsunternehmen per 1. November 2005 wegen der Nicht-Kommissionierung durch die Luftverkehrsunternehmen gegenüber ihren

Kunden, also der verladenden Wirtschaft, eine «Surcharge Collection Fee» ein.<sup>791</sup>

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.<sup>792</sup>

1594. Zu diesem Vorbringen von [...] ist zunächst festzuhalten, dass der Antrag des Sekretariats im Abschnitt B.3.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs den Begriff «Bezwecken» nicht enthält. Zudem kann darauf entgegnet werden, dass der Antrag des Sekretariats tatsächlich von einer Gesamtabrede ausgeht (vgl. Abschnitt B.3.4.2). Schliesslich ist anzumerken, dass es zumindest in Bezug auf das qualitative Element keinen Unterschied macht, ob im vorliegenden Fall eine Gesamtabrede oder verschiedene Einzelabreden vorliegen. Die Gesamtabrede und die (eventualiter vorliegenden) Einzelabreden betreffen den gleichen Preis.

<sup>785</sup> Vgl. RPW 2010/4 751 Rz 315 m. w. H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>786</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4 751 Rz 315 m. w. H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>787</sup> Vgl. RPW 2012/2, 399 Rz 1047, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>788</sup> RPW 2010/4, 752 Rz 319, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>789</sup> Spedlogswiss, Jahresbericht 2005, <<http://www.spedlogswiss.com/wcms/spedfreedocis.cfm?id=10011639&zone=8&hgrp=0&sgrp=0&sc=de>> (25.07.2011).

<sup>790</sup> 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).

<sup>791</sup> 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).

<sup>792</sup> Vgl. act. [...].

**(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).<sup>793</sup>

1596. Dem ist zu entgegenen, dass es sich bei der Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs um eine Analyse der Marktverhältnisse handelt. Entsprechend der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>794</sup> 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 Luffahrtsunternehmen eine entsprechende Gegenmacht entgegensetzen zu können. Die Frage sei aber im Antrag gar nicht geprüft und abgehandelt worden.<sup>795</sup>

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 im Sinne von 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.<sup>796</sup>

1600. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1131 verwiesen werden.

**(iv) Stellungnahme Singapore**

1601. Singapore führt aus, dass der Ansatz im Antrag, wonach gemäss Bundesgericht davon auszugehen sei, dass die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 als eine Indikation für die 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.<sup>797</sup>

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.

<sup>793</sup> Vgl. act. [...].

<sup>794</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>795</sup> Vgl. act. [...].

<sup>796</sup> Vgl. act. [...].

<sup>797</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>798</sup>

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.<sup>799</sup>

1605. Singapore führt zum quantitativen Element der Erheblichkeit aus, im Antrag bleibe unklar, welcher kartellrechtlich relevante Zusammenhang zwischen den im Antrag aufgestellten Behauptungen – einerseits sollen die Spediteure die Zuschläge ihren Kunden überwältigt haben, andererseits sollen die Fluggesellschaften die Zuschläge dazu verwendet haben, um Teile ihrer Geschäftsrisiken auf die Kunden zu überwälzen – bestehen soll. Auch sei nicht ersichtlich, weshalb es vorwerfbar sein soll, wenn die Kunden der Luftfrachtunternehmen gewisse eigene Aufwände auf die nachgelagerte Marktstufe überwälzen würden. Weder dies 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 unilaterial 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.<sup>800</sup>

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.<sup>801</sup>

1608. Zur Frage des Beweismasses ist wiederum festzuhalten, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anforderungen an den Nachweis ökonomischer Zusammenhänge nicht übertrieben werden dürfen. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Somit genügt für die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dieses Beweismass ist vorliegend erfüllt. Daher ist der Nachweis einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung erbracht. Im Übrigen widerspricht sich [...] mit der Behauptung, es liege keine Preisabrede beziehungsweise keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Immerhin hat [...] eine Selbstanzeige gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG eingereicht. Artikel 49a Absatz 2 KG setzt nach dem klaren Wortlaut eine Wettbewerbsbeschränkung voraus.<sup>802</sup>

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 entgegenzusetzen zu können.<sup>803</sup>

<sup>798</sup> Vgl. act. [...].

<sup>799</sup> Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 194.

<sup>800</sup> Vgl. act. [...].

<sup>801</sup> Vgl. act. [...].

<sup>802</sup> Urteil des BGER 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>803</sup> Vgl. act. [...].

1610. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1598 verwiesen werden. Zudem ist anzumerken, dass gerade die von [...] genannten Beweismittel<sup>804</sup> 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 Luftfrachtransporte 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.<sup>805</sup>

1612. Zum Vorbringen, dass die IATA-CASS-Daten intensiven Preiswettbewerb zeigen würden, kann auf die Ausführungen in den Randziffern 1562 und 1563 verwiesen werden. Auch dem Vorbringen, dass eine Abrede über Treibstoffzuschläge mit einem Anteil am Gesamtpreis von ungefähr 10 % den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen könne, ist nicht zu folgen. Es besteht ein Widerspruch, wenn in Bezug auf den Gesamtpreis Wettbewerb geherrscht und gleichzeitig eine Abrede über 10 % des Gesamtpreises bestanden haben soll. Weiter ist in Erinnerung zu rufen, dass auch die Festsetzung von Preiselementen eine Preisfestsetzung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG darstellt. Der Vermutungstatbestand gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Insbesondere gilt der Vermutungstatbestand beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten,

soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Für den Kunden ist von Bedeutung, ob der Gesamtpreis ein Element enthält, für welches die Luftverkehrsunternehmen eine Abrede getroffen haben. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden bei Marktpreisinformationssystemen und Meldestellen dazu tendieren, diese als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren.<sup>806</sup>

#### **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

<sup>804</sup> Vgl. act. [...] und act. [...].

<sup>805</sup> Vgl. act. [...].

<sup>806</sup> Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 194.

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.<sup>807</sup>

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.<sup>808</sup>

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.»<sup>809</sup>

1618. Gemäss REKOWEF 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.<sup>810</sup> 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.<sup>811</sup>

#### (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.<sup>812</sup>

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 erfasst 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.<sup>813</sup>

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.»<sup>814</sup>

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.

<sup>807</sup> 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, REKOWEF*.

<sup>808</sup> 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, REKOWEF*; 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.

<sup>809</sup> Vgl. RPW 2005/2, 276 Rz 46 m. w. H., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

<sup>810</sup> Entscheid der REKOWEF, RPW 2006/3, 560 E.7, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

<sup>811</sup> 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, REKOWEF*.

<sup>812</sup> RPW 2010/4, 754 Rz 334, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>813</sup> 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».)

<sup>814</sup> Vgl. RPW 2005/2, 277 Rz 52 m. w. H., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

**(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.<sup>815</sup>

1625. Die Luftverkehrsunternehmen haben eine Wettbewerbsabrede getroffen, die den Preis betrifft. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Wettbewerbsabrede als Rechtfertigung zur Förderung der Forschung und zur Verbreitung technischen Wissens erfasst werden kann.

**(iv) Keine rationellere Nutzung von Ressourcen**

1626. Der Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen erfasst sowohl unternehmerische als auch natürliche Ressourcen sowie öffentliche Güter. Ob eine Ressourceneinsparung möglich ist, bestimmt sich dabei jeweils im Vergleich der Nutzung mit und ohne der in Frage stehenden Wettbewerbsabrede. Erforderlich ist ein genügend enger Bezug der Ressourceneinsparung zum Betrieb der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt.<sup>816</sup>

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.<sup>817</sup>

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.<sup>818</sup> 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.»<sup>819</sup> 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.

**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.<sup>820</sup> 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.<sup>821</sup>

<sup>815</sup> Vgl. RPW 2005/2, 307 Rz 186 m. w. H., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

<sup>816</sup> 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*.

<sup>817</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>818</sup> Jahresbericht 2008 EU-Kommission (GD Energie und Transport), *Analyses of the European air transport market*, S 116.

<sup>819</sup> Entscheidung der EU-Kommission COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss* vom 4. Juli 2005, Rz 177.

<sup>820</sup> Entscheidung der REKOWEF, RPW 2006/3, 560 E.7, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

<sup>821</sup> Vgl. BGE 129 II 18, E. 10.4 (= RPW 2002/4, 755 E. 10.4), *Buchpreisbindung*; RPW 2012/2, 257 Rz 459, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

1633. Gemäss Botschaft KG 95<sup>822</sup> 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.<sup>823</sup>

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.<sup>824</sup>

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

- 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.<sup>825</sup>

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.<sup>826</sup>

<sup>822</sup> Botschaft KG 95 (Fn 426), 561 f.

<sup>823</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 4), Art. 5 KG N 361.

<sup>824</sup> FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 105.

<sup>825</sup> BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 4), Art. 30 KG N 58 f.

<sup>826</sup> 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.<sup>827</sup>

## B.4.2 Sanktionierung

### B.4.2.1 Allgemeines

1645. Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG).

1646. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Artikel 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>828</sup>

#### 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.<sup>829</sup>

1648. Dazu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1123 verwiesen werden. Der Umsatz auf den relevanten Märkten ist insofern nur relevant für die Berechnung der Höhe der Sanktion und nicht für die Frage, ob überhaupt eine Sanktion auszusprechen ist. Dass sich aufgrund des Umsatzes von South African auf den rele-

vanten 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.<sup>830</sup>

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

<sup>827</sup> Vgl. Entscheid der REKOWEF 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*.

<sup>828</sup> 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.

<sup>829</sup> Vgl. act. [...].

<sup>830</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

VStrR eine bestimmte Rechtsfrage nicht regelt. 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.<sup>831</sup>

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.

#### (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.<sup>832</sup>

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.<sup>833</sup>

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.<sup>834</sup>

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.<sup>835</sup>

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.<sup>836</sup>

1662. Dem ist entgegenzuhalten, 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.

<sup>831</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>832</sup> Vgl. act. [...].

<sup>833</sup> Vgl. act. [...].

<sup>834</sup> Vgl. act. [...].

<sup>835</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>836</sup> Vgl. act. [...].

**(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 unterständen 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.<sup>837</sup>

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.<sup>838</sup> Auch ist in der Botschaft 2001 nicht die Rede davon, dass die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sanktioniert werden soll. Sanktioniert werden sollen bestimmte Arten von Kartellen: «Aus verfassungsrechtlichen Gründen wird darauf verzichtet, für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz generell direkte Sanktionen vorzusehen. Sanktioniert werden sollen vielmehr die so genannt harten Kartelle (d. h. Abreden, welche Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben – vgl. Art. 5 Abs. 3 KG) sowie der Missbrauch von Marktmacht (vgl. Art. 7 KG).»<sup>839</sup> In der Literatur wird diese Praxis der WEKO bestätigt.<sup>840</sup>

**(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 völkerrechtlich<sup>841</sup> 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.<sup>842</sup>

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.<sup>843</sup> Aus analogen Gründen gehören auch die Frachtraten in die Umsätze zur Sanktionsbemessung. Die vorliegende Sanktionsbemessung verwendet die von den Parteien gemachten Umsatzangaben.<sup>844</sup> 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.

<sup>837</sup> Vgl. act. [...].

<sup>838</sup> Vgl. beispielsweise RPW 2012/2, 401 Rz 1069, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>839</sup> Botschaft 2001 (Fn 828), 2023 Übersicht.

<sup>840</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 6 ff, mit weiteren Hinweisen.

<sup>841</sup> 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, ABI. L 239 vom 22.9.2000 S. 19; Art. 20 des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (SR 0.312.1).

<sup>842</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>843</sup> Vgl. act. [...].

<sup>844</sup> 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<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>845</sup>

##### (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.<sup>846</sup>

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.<sup>847</sup>

1672. Nach der Praxis der WEKO können Abreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG auch dann sanktioniert werden, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, da Artikel 49a Absatz 1 KG keine Präzisierung enthält, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergibt. Mit anderen Worten ist die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede vom Typus gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG unabhängig davon gegeben, ob Wettbewerb beseitigt oder «nur» erheblich beeinträchtigt wird. Zudem ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genügt. Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.<sup>848</sup>

##### (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 innert eines Jahres nach dem Inkrafttreten dieser Bestimmung am 1. April 2004 gemeldet oder aufgelöst wird. Wettbewerbsabreden welche vor dem 1. April 2005 eingestellt worden sind, sind daher nicht sanktionsrelevant. Die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 gilt allerdings gemäss klarem Wortlaut nur für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen. Der Sanktionsausschluss gemäss Schlussbestimmung bezieht sich mit anderen Worten nicht auf neue Sachverhalte, sondern nur auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>849</sup> Eine erst nach dem 1. April

<sup>845</sup> Vgl. JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 2011, Art. 49a N 6.

<sup>846</sup> Vgl. Botschaft 2001 (Fn 828), 2036 f.

<sup>847</sup> 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.

<sup>848</sup> Vgl. RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.

<sup>849</sup> 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*.

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 erstellt. Damit ist festzustellen, dass keine dieser Verhaltensweisen bis Ende März 2005 aufgelöst worden ist. Die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetz-

zes 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
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.<sup>850</sup>

#### 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.<sup>851</sup>

1684. Bezugnehmend auf die Ablehnung der «Resolution 116ss» führte das Sekretariat des IATA Cargo Committee in einem Memorandum vom 14. April 2000 an alle Mitglieder (welches offenbar auch der Cargo Tariff Steering Group und der Cargo Tariff Coordinating Conference geschickt wurde) Folgendes aus:

«We have had a significant number of appeals to maintain and continue to publish the IATA Fuel Index and have been examining how this could be done following the disapproval of Resolution 116ss by the US DoT. Our legal advisors' strong view is that IATA Members could be exposed to serious antitrust liability if we were to continue to publish the Index or to

approach PLATTS<sup>[852]</sup> 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.»<sup>853</sup>

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.»<sup>854</sup>

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).

<sup>850</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>851</sup> Vgl. act. [...].

<sup>852</sup> Platts ist ein Informationsdienstleister, welcher insbesondere auch Informationsdienstleistungen im Bereich Flugzeugtreibstoff erbringt (vgl. [www.platts.com](http://www.platts.com)).

<sup>853</sup> Vgl. act. [...].

<sup>854</sup> Vgl. act. [...].

Nachdem damit allen [in Verbindung stehenden Luftverkehrsunternehmen] bekannt war, dass einige [dieser Luftverkehrsunternehmen] gewisse Bedenken bezüglich der kartellrechtlichen Zulässigkeit ihres Handelns hegten, musste allen [...] zumindest die Möglichkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens bewusst sein.

1687. Die Luftverkehrsunternehmen behandelten ihren Informationsaustausch denn auch regelmässig sehr vertraulich beziehungsweise geheim:

- Eine interne E-Mail von [...] vom 21. Dezember 1999 betreffend die Einführung von Treibstoffzuschlägen durch [...] enthielt den Hinweis: «Please take this information as purely internal, passive information (no written external communication at this point of time !!!)» (vgl. vorne Rz 220).
- [...] bezeichnete ihre Informationsbeschaffung betreffend Treibstoffzuschläge von [...] nach eigenen Angaben als «secret services» (vgl. vorne Rz 243).
- Eine interne E-Mail von [...] vom 4. September 2002 betreffend Informationen von [...] über eine geplante Erhöhung der Treibstoffzuschläge enthält den Hinweis: «PLS TREAT THIS INFO VERY CONFIDENTIAL» (vgl. vorne Rz 245).
- Mit einer internen E-Mail vom 10. Februar 2003 informierte [...] vertraulich über Raten: «Die [...] - Erhöhung ist noch nicht offiziell, bitte diese Sache also als vertraulich behandeln» (vgl. vorne Rz 625).
- In einer internen E-Mail vom 12. Februar 2003 informierte [...], dass [...] zum Thema Treibstoffzuschläge mit mehreren Luftverkehrsunternehmen Kontakt hatte. Die E-Mail endete mit: «Wäre gut, wenn sie diese Mail nicht weiter verbreiten ...» (vgl. vorne Rz 249).
- Gemäss interner E-Mail vom 16. März 2003 hatte [...] im März 2003 «inoffiziell» Kontakt mit einigen Luftverkehrsunternehmen betreffend Erhöhung der Treibstoffzuschläge (vgl. vorne Rz 255).
- In einer internen E-Mail von [...] vom 19. Mai 2005 wird ausgeführt: «Strictly CONFIDENTIAL especially for anti trust reasons [...] IT GOES WITHOUT SAYING THAT CARRIERS MEETINGS HAVE TO BE TREATED IN A VERY CONFIDENTIAL WAY. WE ARE NOT ALLOWED TO WRITE IN THE NAME OF [...] AND TO STATE OFFICIALLY THAT ALL CARRIERS HAVE REPLIED WITH A 'NO'» (vgl. vorne Rz 730).

1688. Die Ausführungen zeigen, dass den Unternehmen zumindest die Möglichkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens durchaus bewusst war. Aufgrund der Mitteilung der IATA vom 14. April 2000 mussten sie gar von einem Kartellrechtsverstoss ausgehen. Der objektive 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.<sup>855</sup>

1690. United war und ist unbestrittenermassen Mitglied von IATA. Daher wusste United um die wettbewerbsrechtliche Problematik im Zusammenhang mit der «Resolution 116ss». Zudem besprachen die [in Verbindung stehenden] Luftverkehrsunternehmen diese Problematik auch [untereinander]. Deshalb muss die Beteiligung an der Abrede als Verletzung der Sorgfaltspflicht im Sinne der Vorwerfbarkeit angesehen werden.

##### **(ii) Stellungnahme SAS (Scandinavian)**

1691. Scandinavian bringt vor, dass [...] ihr wiederholt versichert habe, dass [...] eine strikte Politik der Einhaltung von Wettbewerbsrecht verfolge, insbesondere bei Entscheidungen betreffend Treibstoffzuschläge. Zudem habe [...] insistiert, um den Wettbewerb im Rahmen der «Resolution 116ss» zu erhalten.<sup>856</sup>

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

<sup>855</sup> Vgl. act. [...].

<sup>856</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>857</sup>

1694. Dem ist zu entgegnen, dass das Kartellgesetz gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts eine ausreichend klare Rechtsgrundlage für eine Sanktion darstellt.<sup>858</sup> 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.<sup>859</sup>

1696. Dazu kann zunächst auf die Ausführungen in Randziffer 1053 verwiesen werden. Zudem schränkt das Wettbewerbsrecht der Republik Singapur die Anwendung der für die Schweiz geltenden Wettbewerbsbestimmungen nicht ein. Die Frage nach der Zulässigkeit nach dem Wettbewerbsrecht der Republik Singapur braucht nicht beantwortet zu werden, da die in Singapur erzielten Umsätze für die Sanktionsbemessung gemäss Kartellgesetz nicht herangezogen werden.

1697. Auch bringt Singapore vor, gemäss ständiger Praxis in der EU «[...] kann das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens einem anderen Unternehmen jedoch nur dann zugerechnet werden, wenn das erstgenannte Unternehmen sein Marktverhalten nicht selbstständig bestimmt, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zwischen ihnen im Wesentlichen die Weisungen des letztgenannten Unternehmens befolgt hat». Daher sei die blosser Tatsache der Zugehörigkeit zum gleichen Konzern nicht ausreichend, um wettbewerbswidriges Verhalten zuzurechnen.<sup>860</sup>

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<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>861</sup> 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.<sup>862</sup> 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.<sup>863</sup>

##### B.4.2.4.2 Maximalsanktion

1701. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den für die Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen geltenden Kriterien gemäss Artikel 4 und 5 VKU. Der Unternehmensumsatz nach Artikel 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene<sup>864</sup>, wobei gemäss Artikel 5 Absatz 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.

<sup>857</sup> Vgl. act. [...].

<sup>858</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 124 ff. E. 8, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>859</sup> Vgl. act. [...].

<sup>860</sup> Vgl. act. [...].

<sup>861</sup> 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*.

<sup>862</sup> 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*.

<sup>863</sup> 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.

<sup>864</sup> RPW 2009/3, 121 Rz 106 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

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.<sup>865</sup>

1703. Für die Sanktionsberechnung sollte gemäss Botschaft 2001 grundsätzlich «der mit unzulässigem Verhalten erzielte Gewinn» als Bemessungskriterium herangezogen werden.<sup>866</sup> 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.<sup>867</sup> 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 Jahre 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.<sup>868</sup>

1706. Vorliegend kann ausgeschlossen werden, dass bei einer Berücksichtigung der Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Ver-

haltensweise für die Berechnung der Maximalsanktion eine Gefahr für die Existenz der Unternehmen besteht. Es wird denn auch von keiner Partei geltend gemacht, die vom Sekretariat beantragte Sanktion übersteige ihre aktuelle finanzielle Kapazität.

1707. Für [...], Korean, South African, Alitalia, American, United und Singapore sind damit die letzten drei bis Februar 2006 abgeschlossenen Geschäftsjahre massgebend. Für Polar und Scandinavian sind die letzten drei bis November 2005 abgeschlossenen Geschäftsjahre massgebend.

1708. Alitalia macht mit Schreiben vom 9. Juli 2012 geltend, dass sie seit dem 29. August 2008 unter ausserordentlicher Verwaltung («Amministrazione Straordinaria») stehe. Die Liquidation der Alitalia sei zwar noch nicht abgeschlossen. Indessen habe sie schon zu Beginn der Liquidation ihre Geschäftsbetriebe der verschiedenen Sparten nach und nach an Dritte verkauft. Da Alitalia ihre eigenen Geschäftsaktivitäten schon im Jahre 2009 ganz eingestellt habe, sei auch kein Personal mehr da, welches über Informationen verfüge. Zudem seien mit dem Verkauf der Geschäftsbetriebe auch die dazugehörigen Unterlagen teilweise an die Käufer gegangen. Daher könne von den vom Sekretariat angefragten Umsätzen nur noch der Jahresumsatz 2005 angegeben werden.<sup>869</sup>

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:

<sup>865</sup> Botschaft 2001 (Fn 828), 2023 Übersicht.

<sup>866</sup> Botschaft 2001 (Fn 828), 2037 f. Ziff. 2.1.4.

<sup>867</sup> 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](http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de)>.

<sup>868</sup> Vgl. zum Einwand Polar Rz 1746.

<sup>869</sup> Vgl. act. [...].

Tabelle 26: Gesamtumsätze in CHF<sup>870</sup> der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz

Luftverkehrsunternehmen	Geschäftsjahr 2002	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004	Geschäftsjahr 2005
[...], [...] <sup>871</sup>	[...]	[...]	[...]	[...]
Korean	[...]	[...]	[...]	[...]
Polar	[...]	[...]	[...]	[...]
South African	[...]	[...]	[...]	[...]
American	[...]	[...]	[...]	[...]
United	[...]	[...]	[...]	[...]
Scandinavian	[...]	[...]	[...]	[...]
Singapore <sup>872</sup>	[...]	[...]	[...]	[...]

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).<sup>873</sup>

<sup>870</sup> Umrechnung nach Jahresdurchschnittskurs gemäss Schweizerischer Nationalbank, abrufbar unter: <[http://www.snb.ch/de/about/stat/statpub/akziwe/stats/akziwe/akziwe\\_S1\\_Wechsel](http://www.snb.ch/de/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.

<sup>871</sup> 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.

<sup>872</sup> 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.

<sup>873</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 237, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

**(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.<sup>874</sup>

1715. Da die schweizerischen Behörden gemäss EU-Luftverkehrsabkommen für die Strecke Schweiz – Tschechische Republik (infolge EU-Beitritts der Tschechischen Republik per 1. Mai 2004) nur bis 30. April 2004 zuständig sind [...] rechtfertigt es sich, hinsichtlich dieser Strecke nur den Umsatz des Geschäftsjahres 2003 zu berücksichtigen. [...]

[...]

Tabelle 28: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Korean

Markt	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004	Geschäftsjahr 2005
Schweiz – USA	[...]	[...]	[...]
USA – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Singapur	[...]	[...]	[...]
Singapur – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Tschechische Republik	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Pakistan	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Vietnam	[...]	[...]	[...]

Tabelle 29: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Polar

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

<sup>874</sup> 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](http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de)>.

Tabelle 30: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von South African

Markt	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004	Geschäftsjahr 2005
Schweiz – USA	[...]	[...]	[...]
USA – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Singapur	[...]	[...]	[...]
Singapur – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Tschechische Republik	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Pakistan	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Vietnam	[...]	[...]	[...]

Tabelle 31: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von American

Markt	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004	Geschäftsjahr 2005
Schweiz – USA	[...]	[...]	[...]
USA – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Singapur	[...]	[...]	[...]
Singapur – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Tschechische Republik	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Pakistan	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Vietnam	[...]	[...]	[...]

Tabelle 32: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von United

Markt	Geschäftsjahr 2003	Geschäftsjahr 2004	Geschäftsjahr 2005
Schweiz – USA	[...]	[...]	[...]
USA – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Singapur	[...]	[...]	[...]
Singapur – Schweiz	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Tschechische Republik	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Pakistan	[...]	[...]	[...]
Schweiz – Vietnam	[...]	[...]	[...]

Tabelle 33: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Scandinavian

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

Tabelle 34: Gesamtumsätze in CHF der massgebenden letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz auf den relevanten Märkten von Singapore

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

### Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

1716. Gemäss Artikel 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Untersuchungsadressatinnen haben sich unzulässig im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer der Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive<sup>875</sup> 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.<sup>876</sup> Allerdings darf gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung auch bei sogenannt harten Kartellen keine schematische Ansiedelung des Basisbetrags im oberen Drittel des Sanktionsrahmens erfolgen.<sup>877</sup> 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.

<sup>875</sup> 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.

<sup>876</sup> 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).

<sup>877</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4, *Publigroupe SA/WEKO*.

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 ihrem 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.<sup>878</sup> Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass eine komplexe, fortdauernde Verhaltensweise vorliegt und nicht eine «einfache» Preisabsprache. Es liegt ein im Vergleich zum Entscheid «*Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*» schwerer wiegender Fall vor. Dabei wird das individuelle Ausmass der Beteiligung der einzelnen Unternehmen an der komplexen Verhaltensweise nachfolgend im Rahmen der erschwerenden beziehungsweise mildernden Umstände zu berücksichtigen sein.

1720. Insgesamt ist der vorliegende Wettbewerbsverstoss als gravierend zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich unter gebührender Berücksichtigung der Umstände den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von 8 % anzusetzen.

1721. Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass nicht alle Luftverkehrsunternehmen im gleichen Umfang an

der Abrede beteiligt waren. Dies wirft die Frage auf, ob das Ausmass der individuellen Beteiligung eine Komponente der Art und Schwere darstellt oder ob es im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände zu berücksichtigen ist. Die Frage ist allerdings bloss theoretischer Natur, weil das Ausmass der individuellen Beteiligung so oder anders die gleiche Berücksichtigung findet. Aber selbst bei einer Individualisierung darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass in Bezug auf alle Parteien ein schwerwiegender Verstoss vorliegt. Entscheidend ist, dass sich die Sanktion unter Berücksichtigung all dieser Faktoren als verhältnismässig erweist. Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Deshalb würde man zum gleichen Resultat gelangen, wenn das Ausmass der individuellen Beteiligung im Rahmen des Basisbeitrages Eingang fände. Im vorliegenden Fall erfolgt die Berücksichtigung des Ausmasses der individuellen Beteiligung im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände. Dies nicht zuletzt auch, um unnötige Änderungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats zu vermeiden. Dies schliesst aber nicht aus, dass in anderen Fällen eine andere Vorgehensweise angezeigt scheint.

1722. Dies ergibt folgende Basisbeträge:

Tabelle 35: Basisbetrag nach Artikel 3 SVKG in CHF

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).

<sup>878</sup> Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 388 ff., *Baubeschläge*.

Tabelle 36: Dauer des Wettbewerbsverstosses

Luftverkehrsunternehmen	Zeitraum	Dauer in Monaten	Dauer in Jahren
[...]	April 2004 - Februar 2006	[...]	[...]
Korean	April 2004 - Februar 2006	23	1,9
Polar	Juni 2004 - November 2005	18	1,5
South African	April 2004 - Februar 2006	23	1,9
American	April 2004 - Februar 2006	23	1,9
United	April 2004 - Februar 2006	23	1,9
Scandinavian	April 2004 – November 2005	20	1,6
Singapore	April 2004 - Februar 2006	23	1,9

1724. Bei einer Wettbewerbsverstossdauer von ein bis fünf Jahren ist aufgrund der gesetzlichen Regelung der Basisbetrag grundsätzlich nicht schematisch zu erhöhen. Es steht im pflichtgemässen Ermessen der rechtsanwendenden Behörde, den Basisbetrag um bis zu 50 % zu erhöhen.<sup>879</sup> 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»<sup>880</sup>) 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 lohnenswert erscheint, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.<sup>881</sup>

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).

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

<sup>880</sup> Art. 5 und 6 SVKG.

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

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.<sup>882</sup>

1732. Gemäss den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung kann in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn erzielt wurde, eine Sanktionsmilderung vorgenommen werden.<sup>883</sup>

#### 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, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung 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.<sup>884</sup>

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.

<sup>882</sup> Erläuterungen SVKG (Fn 881), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217 Rz 141 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>883</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 2 Abs. 1; vgl. auch RPW 2009/3, 196 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ebenso TAGMANN (Fn 863), 274.

<sup>884</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Participazioni SpA*, Slg. 1999 Seite I-04125 Rz 90; Entscheid der EU-Kommission COMP/39600 *Refrigeration compressors vom 7. Dezember 2011*, Rz 84.

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
[...]	[...]	[...]	[...]
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 %).<sup>885</sup> 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.<sup>886</sup>

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.<sup>887</sup> 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.<sup>888</sup>

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 Südkorea 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.

<sup>885</sup> Vgl. act. [...].

<sup>886</sup> Vgl. act. [...].

<sup>887</sup> Vgl. act. [...].

<sup>888</sup> Vgl. act. [...].

**(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.<sup>889</sup>

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.<sup>890</sup>

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.<sup>891</sup>

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.<sup>892</sup>

1749. Es trifft zwar zu, dass gewisse Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten stark reguliert sind. Jene Strecken, welche aufgrund eines Luftverkehrsabkommens die Möglichkeit der Tarifkoordination vorsehen, sind von einer Sanktionierung von vornherein ausgenommen. Somit wird der Regulierung in vollem Umfang

Rechnung getragen. Die Regulierung im Luftfahrtbereich kann nicht doppelt berücksichtigt werden.

**(iv) Stellungnahme AMR (American)**

1750. American bringt vor: «Unter den gegebenen Umständen entbehrt die Absicht, American die zweithöchste Busse aufzuerlegen, jeglicher Logik und kann nicht als Grundlage der Entscheidung der WEKO dienen. Es ist nicht möglich zu akzeptieren, dass dasjenige Luftfrachtunternehmen, welches nachgewiesenermassen am wenigsten in die behaupteten Absprachen involviert war, eine Busse erhalten soll, welche auch nur im Entferntesten in die Nähe der höchsten ausgesprochenen Busse zu liegen kommt. Ein solches Ergebnis wäre offenkundig nicht zu rechtfertigen.» American habe ausserdem grosse Anstrengungen im Bereich der Compliance unternommen, um die Mitarbeiter dahingehend zu trainieren, nicht in wettbewerbswidrige Verhaltensweisen hineingezogen zu werden.<sup>893</sup>

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.<sup>894</sup>

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.

<sup>889</sup> Vgl. act. [...].

<sup>890</sup> Vgl. act. [...].

<sup>891</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>892</sup> Vgl. act. [...].

<sup>893</sup> Vgl. act. [...], act. [...].

<sup>894</sup> Vgl. act. [...].

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 substanziell reduziert, und es müssten die Umstände des Einzelfalles angemessen berücksichtigt werden.<sup>895</sup>

1755. Dazu gilt es festzuhalten, dass sich der Prozentsatz zur Berechnung des Basisbetrages im vorliegenden Fall nach Art und Schwere des Verstosses als Ganzes richtet (vgl. Rz 1721). Die individuelle Beteiligung einzelner beteiligter Unternehmen ist dabei ohne Belang. Demgegenüber muss der Prozentsatz von Fall zu Fall individuell festgelegt werden.

1756. American macht geltend, dass eine Reduktion von 5 % im Rahmen mildernder Umstände das geringe Mass der Beteiligung von American nicht angemessen berücksichtige. Ausserdem werde die Existenz des Compliance-Programms von American im Antrag komplett ausser Acht gelassen.<sup>896</sup>

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.<sup>897</sup> 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.<sup>898</sup>

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 Vorga-

ben 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.<sup>899</sup>

1761. Dieser Ansicht von United ist nicht zu folgen. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Umsatz für die Berechnung der Maximalsanktion und dem Umsatz für die Berechnung des Basisbetrages. Die maximale Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens (Art. 7 SVKG). Der Basisbetrag der Sanktion beträgt bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Zuschläge bilden keinen relevanten Markt. Die mit den Zuschlägen alleine erzielten Umsätze haben in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Diese Vorgehensweise ergibt sich direkt aus dem Gesetz. Im Übrigen richtet sich die Sanktionsberechnung des Antrags nach der Praxis der WEKO. Selbstverständlich richtet sich die Berechnung des Unternehmensumsatzes im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG sinngemäss nach den für die Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen geltenden Kriterien gemäss Artikel 4 und 5 VKU. Inwiefern im Übrigen das bei Fusionskontrollverfahren zur Anwendung gelangende Modell angewandt werden soll, ist nicht ersichtlich.

#### (vi) Stellungnahme SAS (Scandinavian)

1762. Scandinavian wendet sich gegen die Anwendung eines Basisbetrages von 8 %. Die Komplexität einer Abrede stelle keinen erschwerenden Faktor dar. Und das Element der fortdauernden Abrede sei bereits in der Dauer enthalten. Alles in allem dürfe der Basisbetrag 5 % nicht überschreiten.<sup>900</sup>

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*»).

<sup>895</sup> Vgl. act. [...].

<sup>896</sup> Vgl. act. [...].

<sup>897</sup> Vgl. act. [...].

<sup>898</sup> Vgl. act. [...].

<sup>899</sup> Vgl. act. [...].

<sup>900</sup> Vgl. act. [...].

**(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.<sup>901</sup>

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.<sup>902</sup>

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.<sup>903</sup>

1769. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Randziffern 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.<sup>904</sup>

1771. Dazu gilt es festzuhalten, dass die Sanktionsbemessung sehr wohl dem individuellen Umfang der Beteiligung an der Abrede Rechnung trägt (vgl. Rz 1721 und Rz 1735 f.).

1772. Zudem sei für Singapore nicht verständlich, warum anderen Fluggesellschaften, die nicht am Bonusprogramm gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG in Verbindung mit den Ausführungsbestimmungen der KG-Sanktionsverordnung partizipiert hätten, eine Herabsetzung von 5 % gewährt werde, nicht aber Singapore.<sup>905</sup>

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 Verfah-

rens und den Verzicht auf Sanktionen zur Folge haben. Komme man zum gegenteiligen Ergebnis, wäre die Sanktion mindestens um die Hälfte zu reduzieren.<sup>906</sup>

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.<sup>907</sup>

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 schein 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.<sup>908</sup>

1779. Dieser Auffassung von [...] ist nicht zu folgen. Die von [...] dargelegte Vorgehensweise bei den mildernden Umständen entspricht nicht derjenigen im Antrag. Vielmehr startet der Antrag für die Sanktionsbemessung bei drei Elementen. Denn die Luftverkehrsunternehmen haben sich im sanktionsrelevanten Zeitraum maximal an drei Elementen beteiligt. Eine Reduktion ergibt sich damit nur für Luftverkehrsunternehmen, die sich an weniger als drei Elementen beteiligt haben. Dabei geht der Antrag von einer Reduktion von 5 % pro Element aus, an dem sich ein Unternehmen nicht beteiligt hat. Folglich ergibt sich für [...] im Rahmen der mildernden Umstände eine Reduktion von 5 %.

<sup>901</sup> Vgl. act. [...].

<sup>902</sup> Vgl. act. [...].

<sup>903</sup> Vgl. act. [...].

<sup>904</sup> Vgl. act. [...].

<sup>905</sup> Vgl. act. [...].

<sup>906</sup> Vgl. act. [...].

<sup>907</sup> Vgl. act. [...].

<sup>908</sup> Vgl. act. [...].

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.<sup>909</sup>

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.<sup>910</sup>

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 näherte sich die Dauer des Verstosses den 23 Monaten gemäss Antrag an ([...] rechnet den angebrochenen Monat Februar 2006 nicht). Deshalb betrage die Dauer gesamthaft weniger als 23 Monate. Die Dauer des Verstosses gemessen als Durchschnitt der Dauer der einzelnen Elemente betrage ein Jahr. Deshalb sei keine Erhöhung von 10 % für die Dauer des Verstosses gerechtfertigt.<sup>911</sup>

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.<sup>912</sup>

1787. Zur bestrittenen Teilnahme an den Elementen Frachtraten, Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für die USA kann auf die Ausführungen in Randziffer 924 verwiesen werden. Zudem berücksichtigt die Sanktionsbemessung die Elemente Kriegsrisikozuschläge und Zollabfertigungszuschläge für [...] ohnehin nicht (vgl. Tabelle 25). In Bezug auf die gleiche Behandlung wie [...] ist anzumerken, dass sowohl [...] als auch

[...] an der Abrede teilgenommen haben. Allerdings liegt die Teilnahme von [...] nicht im sanktionsrelevanten Zeitraum. [...] dagegen hat sich während des sanktionsrelevanten Zeitraums am Element Frachtraten beteiligt.

#### **B.4.2.5 Zwischenergebnis**

1788. Zusammenfassend berechnet sich die Sanktionen demnach wie folgt: Zunächst wird für die Berechnung des Basisbetrags ein Prozentsatz von 8 % herangezogen. Dazu wird der Dauer des Verstosses mit einem Zuschlag von 10 % Rechnung getragen. Als erschwerende Umstände wird das Vorliegen eines wiederholten Verstosses gewertet. Mildernde Umstände sind in der vorzeitigen Einstellung der Verhaltensweise zu sehen.

1789. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erweisen sich grundsätzlich folgende Verwaltungssanktionen als den Verstössen der Parteien angemessen:

<sup>909</sup> Vgl. act. [...].

<sup>910</sup> Vgl. act. [...].

<sup>911</sup> Vgl. act. [...].

<sup>912</sup> Vgl. act. [...].

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)<sup>913</sup> 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.<sup>914</sup>

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.<sup>915</sup>

<sup>913</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 49a KG N 132.

<sup>914</sup> 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.

<sup>915</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 8 Abs. 2 Bst. d.

## (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.<sup>916</sup>

1797. Die Reduktion beträgt bis zu 50 % des nach den Artikeln 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Im Unterschied zum vollständigen Erlass können auch mehrere Unternehmen in den Genuss einer Reduktion kommen. Die unaufgeforderte Mitwirkung soll dabei nicht nur die Erschliessung andernfalls unentdeckt bleibender Beweismittel ermöglichen, sondern auch den Untersuchungsaufwand des Sekretariats vermindern.<sup>917</sup>

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).

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 Sachverhaltsabklärung zu diesem Zeitpunkt noch nicht so weit fortgeschritten, dass aus der Selbstanzeige von [...] keine zusätzlichen Erkenntnisse mehr hätten gewonnen werden können. Die zeitliche Verzögerung ist jedoch bei der Sanktionsreduktion klar zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr auch für [...] und [...], welche ihre Selbstanzeigen etwas über ein Jahr beziehungsweise rund zweieinhalb Jahre nach der Untersuchungseröffnung eingereicht haben. Zwar war auch die Kooperation von [...] und [...] für das Verfahren nicht unwichtig. Deren Einfluss auf das Verfahren ist im Vergleich mit den ersten drei Selbstanzeigern jedoch klar zu relativieren. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kooperation von [...] mit einer Sanktionsreduktion von

## 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.<sup>918</sup>

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:

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.<sup>919</sup>

<sup>916</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 12 Abs. 1.

<sup>917</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 881) ad Art. 12 Abs. 2.

<sup>918</sup> Vgl. act. [...].

<sup>919</sup> Vgl. act. [...].

1805. Diesen Ausführungen entsprechend kann auf die Ausführungen Randziffer 1800 verwiesen werden.

### (ii) Stellungnahme South African

1806. South African bemängelt, dass [...] der volle Sanktionserlass gewährt worden sei, obwohl für [...] aus dem umfangreichen zur Verfügung stehenden Datenmaterial klar eine tragende Rolle (wenn nicht gar eine Vorreiterrolle) hervorgehe. [...] habe die angeblichen Preisrunden in den meisten Fällen selbst angestossen<sup>920</sup>.

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 verletze die einschlägigen Grundsätze der KG-Sanktionsverordnung.<sup>921</sup>

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 Selbstanzeige abhängig zu machen, nicht Gebrauch gemacht (RPW 2009/3, Elektroinstallationsbetriebe Bern, Rz. 170).»<sup>922</sup>

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.<sup>923</sup> 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.<sup>924</sup>

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:

<sup>920</sup> Vgl. act. [...].

<sup>921</sup> Vgl. act. [...].

<sup>922</sup> Vgl. act. [...].

<sup>923</sup> Vgl. RPW 2009/3, 220 Rz 170, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>924</sup> Vgl. act. [...].

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 (Scandinavian)	[...]	- 20 %	[...]		[...]
Singapore	[...]	0	[...]		[...]

1815. Für Alitalia und South African ergibt die Sanktionsberechnung entsprechend der KG-Sanktionsverordnung in Ermangelung eines Umsatzes auf den relevanten Märkten eine Sanktion von 0 Franken. Es stellt sich damit die Frage, ob dieses Resultat dem Sinn und Zweck von Artikel 49a KG entspricht. So spricht die WEKO etwa im Bereich von 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.<sup>925</sup> 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.<sup>926</sup> 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.<sup>927</sup>

1818. Entsprechend dem Verursacherprinzip erfolgt die vorliegende Kostenaufgabe aufgrund der nachgewiesenen Teilnahme von Polar am wettbewerbswidrigen Informationsaustausch, welche für das vorliegende Verfahren ursächlich ist. Es kann denn auch nicht gesagt werden, dass der Verfahrensaufwand in einem Kartellverfahren abhängig vom Umsatz der vom Verfahren betroffenen Unternehmen wäre. Es kann auch nicht verallgemeinert werden, dass der Verfahrensaufwand in direkter Abhängigkeit zum (finanziellen) Ausmass der Beteiligung eines Unternehmens am Kartell steht.<sup>928</sup> Es besteht kein Grund von der langjährigen Praxis der WEKO abzuweichen.

<sup>925</sup> Vgl. RPW 2012/2, 406 Rz 1089 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>926</sup> Vgl. RPW 2010/1, 113 f. Rz 374 ff., *Gaba*.

<sup>927</sup> Vgl. act. [...].

<sup>928</sup> Vgl. zum Ganzen auch RPW 2010/4, 773 Rz 488, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

### 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-KG<sup>929</sup> 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 ausgefallten Sanktion verteilt werden müssten. Im Übrigen führe der Antrag selbst aus, dass von der Kostenauflegung zu gleichen Teilen praxismässig 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.<sup>930</sup>

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.<sup>931</sup>

1822. Den Ausführungen von Alitalia ist entgegenzuhalten, dass sich die Beweislage keineswegs als ungenügend erweist (vgl. Abschnitt A.4.11), weshalb das Verfahren gegenüber Alitalia auch nicht einzustellen ist. Entscheidend ist, dass die Stellung von Alitalia auf den relevanten Märkten im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt wird und nicht geeignet ist, die Kostenverteilung zu beeinflussen. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden.

### C.1.4 Stellungnahme AMR (American)

1823. American vertritt die Ansicht, dass die Kosten des Verfahrens – sofern nicht der Schweizerischen Eidgenossenschaft auferlegt und sofern die Gebührenpflicht von American nicht gänzlich entfalle – erheblich zu reduzieren und den Parteien zu ungleichen Teilen aufzuerlegen seien.

1824. Hierzu kann auf die Ausführungen in Randziffer 1818 verwiesen werden.

### C.1.5 Stellungnahme United

1825. United bringt vor, dass angesichts der Rolle von United eine Auferlegung zu gleichen Teilen und unter solidarische Haftbarkeit völlig unangemessen sei. Deshalb, und nur für den Fall, dass United weiterhin eines unzulässigen Verhaltens bezichtigt werden, müssten die Auslagen und die Verfahrenskosten des vorliegenden Verfahrens den Parteien in ungleichen Teilen auferlegt werden, unter Berücksichtigung der Bedeutung des jeweiligen Parteiverhaltens.<sup>932</sup>

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.<sup>933</sup>

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.<sup>934</sup> Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden gelten grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher und tragen daher die Kosten zu gleichen Teilen.

<sup>929</sup> Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>930</sup> Vgl. act. [...].

<sup>931</sup> Vgl. act. [...].

<sup>932</sup> Vgl. act. [...].

<sup>933</sup> Vgl. act. [...].

<sup>934</sup> 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).

Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn er zu stossenden Ergebnissen führen sollte. Im vorliegenden Fall sind keinerlei Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen würden.

1831. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.<sup>935</sup> 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.<sup>936</sup>

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 (Allg-GebV; SR 172.041.1) zu erstatten sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden. Dieser Aufwand belief sich auf 9740 Franken.<sup>937</sup>

1835. Die vorliegend vorzunehmende Teileinstellung hat keine Auswirkungen auf die Verfahrenskosten.

1836. Die Verfahrenskosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf 1 313 630 Franken. Hiervon

abzuziehen sind weiter die vorab auszuscheidenden reduzierten Verfahrensgebühren von insgesamt 57 987 Franken, die auf [...] entfallen, welche keine Bemerkungen zum Antrag des Sekretariats hatte, die Höhe der Sanktion nicht beanstandete und auf eine mündliche Anhörung durch die WEKO verzichtete.<sup>938</sup> Alsdann in einem weiteren Schritt ist der verbleibende Betrag von 1 255 643 Franken durch die Anzahl verbliebener Adressatinnen, nämlich 13, zu teilen, was einen Betrag von 96 588 Franken pro Adressatin ausmacht.

1837. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt, mit Ausnahme von [...] (vgl. Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

## D Ergebnis

1838. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

1839. Es ist festzustellen, dass sich die Unternehmen [...]Konzern (bestehend aus den Parteien [...]), Korean, AAWW-Konzern (AAWW und Polar), South African, Alitalia, AMR-Konzern (AMR und American), UCH-Konzern (UCH und United), SAS-Konzern (SAS AB, Scandinavian und Scandinavian Cargo), [...]Konzern ([...] und [...]), Singapore-Konzern (Singapore und Singapore Cargo), [...] und [...]Konzern ([...]) im Zeitraum frühestens Januar 2000 bis längstens Februar 2006 über Treibstoffzuschläge (vgl. Abschnitt A.4.4.4), [...] Kriegsrisikozuschläge (vgl. Abschnitt A.4.6.2), Zollabfertigungszuschläge für die USA (vgl. Abschnitt A.4.7.1), Frachtraten (vgl. Abschnitt A.4.8.2) und die Kommissionierung von Zuschlägen (vgl. Abschnitt A.4.9.1) abgeprochen 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.

<sup>935</sup> 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.

<sup>936</sup> Vgl. RPW 2002/3, S. 546 f. Rz 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

<sup>937</sup> Vgl. act. [...].

<sup>938</sup> 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. [...]).

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 Widerhandlungs-

fall (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:

[...]

[Rechtsmittelbelehrung]

## 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 <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Europäischen Gemeinschaft</b> 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</p> <p>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	<p>Abkommen vom 2. Mai 1956 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Bundesrepublik Deutschland</b> über den Luftverkehr (mit Notenaustausch) (Abkommen CH-DE; SR 0.748.127.191.36)</p> <p>Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen</p>	<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> <p>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.</p>
3	Abkommen vom 15. Dezember 1975 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Republik Korea</b> 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 Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.</p>
4	Abkommen vom 15. Juni 1995 über den Luftverkehr zwischen der Regierung der <b>Schweiz</b> und der Regierung der <b>Vereinigten Staaten von Amerika</b> (Abkommen CH-US; AS 1997 1076)	<p>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.</p> <p>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. [...]</p> <p>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 Ab-</p>

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
		kommen CH-USA 2010)
	Abkommen vom 21. Juni 2010 über den Luftverkehr zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und den <b>Vereinigten Staaten von Amerika</b> (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 <b>Schweiz</b> und der <b>Südafrikanischen Union</b> (Abkommen CH-SA; AS 1961 892)	Art. 4 Abs. 1: Die Flugpreise und Tarife, die von den bezeichneten Unternehmungen der Parteien erhoben werden und die auf diesen Linien angewandten Beförderungsbedingungen sollen denjenigen entsprechen, die vom Internationalen Luftverkehrsverband (IATA) vereinbart und von den Luftfahrtbehörden der Parteien genehmigt worden sind. Art. 4 Abs. 2: Wenn der Internationale Luftverkehrsverband diesen Flugpreisen und Tarifen nicht zustimmt oder wenn eine solche Zustimmung von den Luftfahrtbehörden einer Partei nicht genehmigt worden ist, so werden sich die Luftfahrtbehörden der Parteien bemühen, eine Einigung über die Flugpreise und Tarife, welche die bezeichneten Unternehmungen anwenden sollen, zu erzielen. Das Abkommen vom 19. Oktober 1959 zwischen der Schweiz und der Südafrikanischen Union wird mit dem Abkommen vom 8. Mai 2007 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Südafrika aufgehoben.
	Luftverkehrsabkommen vom 8. Mai 2007 zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der Regierung der <b>Republik Südafrika</b> (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 <b>Schweiz</b> und <b>Italien</b> (Abkommen CH-IT; SR 0.748.127.194.541)	Art. 6: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn, und die besonderen Gegebenheiten jeder Linie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht zu ziehen sind. Die Empfehlungen des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) sind ebenfalls zu berücksichtigen. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten Unternehmungen mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken befliegen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten.
	Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen	Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.
7	Vereinbarung vom 19. Dezember 1949 zwischen der <b>Schweiz</b> und <b>Österreich</b> 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.
8	Vereinbarung vom 22. Juni 1950 über Luftverkehrslinien zwischen der <b>Schweiz</b> und <b>Dänemark</b> (Abkommen CH-DK; SR 0.748.127.193.14)	Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat bezeichnet eine Luftverkehrsunternehmung für den Betrieb der vereinbarten Linien und bestimmt den Zeitpunkt der Eröffnung dieser Linien. Anhang II: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Luftverkehrslinie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, sowie die Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) in Betracht zu ziehen sind. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die schweizerische und dänische Unternehmung mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 7 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.
	Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen	Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.
9	Abkommen vom 30. Dezember 1954 über den regelmässigen Luftverkehr zwischen der	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

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
	<b>Schweiz und Norwegen</b> (Abkommen CH-NO; SR 0.748.127.195.98)	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 Luftverkehrsunternehmen 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 <b>Schweiz</b> und <b>Schweden</b> (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 Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 7 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.
	Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen	Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.
11	Abkommen vom 24. Mai 1956 über Luftverkehrslinien zwischen der <b>Schweiz</b> und <b>Japan</b> (Abkommen CH-JP; SR 0.748.127.194.63)	Art. 10 Abs. 1: Die auf die genehmigten Linien angewandten Tarife werden in vernünftiger Höhe festgesetzt, wobei alle Bewertungsgrundlagen, im besondern die Betriebsunkosten, ein vernünftiger Gewinn, die besondern Gegebenheiten jeder Linie (wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit) und die durch andere Luftverkehrsunternehmen 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 Vertragsstaaten zur Genehmigung zu unterbreiten.
12	Abkommen vom 28. Februar 1969 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Republik von Singapur</b> über den regelmässigen Luftverkehr zwischen ihren Gebieten und darüber hinaus (Abkommen CH-SP; SR 0.748.127.196.89)	Art. 8 Abs. 1: Jede Vertragspartei gewährt dem von der anderen Vertragspartei bezeichneten Unternehmen gleiche und gerechte Möglichkeiten, um bei der Zurverfügungstellung internationaler Luftverkehrslinien, die von diesem Abkommen erfasst werden, in freiem Wettbewerb zu treten. Art. 10 Abs. 1: Jede Vertragspartei lässt zu, dass die Tarife für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktorientierten Erwägungen festgelegt werden. Eingriffe von Seiten der Vertragsparteien beschränken sich auf: (a) die Verhinderung unvernünftiger, diskriminierender Tarife oder Praktiken; und (b) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden. [...] Art. 10 Abs. 4: Unbeachtet der Absätze (1) bis (3) dieses Artikels erlaubt jede Vertragspartei: a) jedem Unternehmen einer Vertragspartei mit einem tieferen oder wettbewerbsfähigeren Tarif gleichzuziehen, der von jedem anderen Unternehmen für internationalen Luftverkehr zwischen den Gebieten der Vertragsparteien vorgeschlagen oder erhoben wird; und b) jedem Unternehmen einer Vertragspartei mit einem tieferen oder wettbewerbsfähigeren Preis gleichzuziehen, der von jedem anderen Unternehmen für internationalen Luftverkehr zwischen dem Gebiet der anderen Vertragspartei und einem Drittland vorgeschlagen oder erhoben wird. Der Begriff «gleichziehen», wie er hier angewandt wird, bedeutet das Recht, für eine zeitlich beschränkte Dauer einen gleichen Tarif anzuwenden, unter Anwendung beschleunigter Massnahmen, soweit diese notwendig sind, ungeachtet unterschiedlicher Bedingungen bezüglich Linienführung, Anforderungen für einen Rückflug, Anschlüssen, Art des Service oder des Flugzeugtyps.
13	Abkommen vom 26. Januar 1988 zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der Regierung von <b>Hong Kong</b> über den Luftlinienverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-HK; SR 0.748.127.194.16)	Art. 9 Abs. 2: Die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei anwendbaren Tarife sind in vernünftiger Höhe festgelegt, unter Einschluss aller bestimmenden Elemente, einschliesslich der Betriebskosten, der Interessen der Benutzer, eines vernünftigen Gewinnes, der Besonderheiten jeder Linie und der Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen erhoben werden. Art. 9 Abs. 3: Die im Absatz 2 dieses Artikels erwähnten Tarife können zwischen den bezeichneten Unternehmen vereinbart werden, die nach Rücksprache mit anderen Unternehmen deren Genehmigung einholen. Wenn das bezeichnete Unternehmen die Zustimmung der anderen bezeichneten Unternehmen zum Tarif nicht erlangen kann, oder wenn

	Luftverkehrsabkommen	Bemerkungen
		kein anderes bezeichnetes Unternehmen die gleiche Strecke bedient, kann das bezeichnete Unternehmen Tarife unterbreiten und die Luftfahrtbehörde kann diese genehmigen. «Die gleiche Strecke» bedeutet in diesem Zusammenhang die Strecke, die bedient wird, und nicht die festgelegte Strecke.
14	Abkommen vom 9. April 1951 über den Luftverkehr zwischen der <b>Schweiz</b> und dem <b>Grossherzogtum Luxemburg</b> (Abkommen CH-LU; SR 0.748.127.195.18)	Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat bezeichnet für den Betrieb der vereinbarten Linien eine Luftverkehrsunternehmung und bestimmt den Zeitpunkt der Eröffnung dieser Linien. Art. 4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die besonderen Gegebenheiten jeder Luftverkehrslinie, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht gezogen werden müssen. Die Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) sind ebenfalls zu berücksichtigen. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten Unternehmungen zu diesem Zweck mit den Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung der Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zu unterbreiten.
	Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen	Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.
15	Vereinbarung vom 5. April 1950 zwischen der <b>Schweiz</b> und dem <b>Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland</b> über Luftverkehrslinien (Abkommen CH-GB; SR 0.748.127.193.67)	Art. 1 Abs. 2: Für jede vereinbarte Linie wird vom Vertragsstaat, dem das Recht zur Errichtung dieser Linie zusteht, eine Luftverkehrsunternehmung bezeichnet. Art. 4 Abs. 2: Die im vorstehenden Absatz 1 erwähnten Tarife sollen, wenn möglich, für jede im Anhang festgelegte Strecke von den bezeichneten Unternehmungen nach Beratung mit den übrigen ganz oder teilweise die gleiche Strecke befliegenden Luftverkehrsunternehmungen vereinbart werden; diese Vereinbarung soll, wenn möglich, zu Stande kommen durch Anwendung des Tarifbildungsverfahrens des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA). Die so vereinbarten Tarife sind den Luftfahrtbehörden beider Vertragsstaaten zur Genehmigung zu unterbreiten.
	Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen	Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.
16	Provisorische Vereinbarung vom 7. März 1949 zwischen der <b>Schweiz</b> und den <b>Niederlanden</b> betreffend Luftverkehrslinien (Abkommen CH-NL; SR 0.748.127.196.36)	Art. 1 Bst. b: Jeder Vertragsstaat wird eine oder mehrere Luftverkehrsunternehmungen für den Betrieb der vereinbarten Linien bezeichnen und das Datum der Eröffnung dieser Linien bestimmen. Art. 4: Die Tarife werden gemeinsam zwischen den bezeichneten Unternehmungen in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die jeder Linie eigenen Merkmale in Betracht zu ziehen sind. Bei der Festlegung dieser Ansätze soll den Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) ebenfalls Rechnung getragen werden. Mangels solcher Empfehlungen haben sich die schweizerischen und niederländischen Unternehmungen mit den die gleichen Strecken bedienenden Luftverkehrsunternehmungen dritter Staaten zu beraten. Die Ansätze sind der Genehmigung durch die zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten unterworfen. Falls die Unternehmungen zu keiner Einigung gelangen oder wenn eine der Luftfahrtbehörden diese Ansätze nicht billigt, werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 9 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.
	Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen	Art. 33 LVA: Unbeschadet des Artikels 16 geht dieses Abkommen den einschlägigen Bestimmungen geltender zweiseitiger Vereinbarungen zwischen der Schweiz und EG-Mitgliedstaaten über Angelegenheiten vor, die Gegenstand dieses Abkommens und des Anhangs sind.
17	Abkommen vom 2. Mai 2001 zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der Regierung der <b>Republik Indien</b> 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 <sup>939</sup>	

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

	Ab 1. Juni 2002 EU-Luftverkehrsabkommen	
19	Abkommen vom 14. Juni 1978 zwischen der Regierung der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der Regierung der Republik <b>Indonesien</b> über den Luftlinienverkehr (Abkommen CH-ID; SR 0.748.127.194.27)	<p>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.</p> <p>Art. 8 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich in gegenseitigem Einvernehmen von den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dafür soweit als möglich das Tariffestsetzungsverfahren der internationalen Organisation anzuwenden, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.</p>
20	Abkommen vom 8. März 1952 über den Luftverkehr zwischen der <b>Schweiz</b> und der <b>Philippinischen Republik</b> (Abkommen CH-PH; SR 0.748.127.196.45)	<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 sowie die Empfehlungen des Internationalen Lufttransportverbandes (IATA) in Betracht zu ziehen sind. Fehlen solche Empfehlungen, so beraten sich die bezeichneten Unternehmungen zu diesem Zweck mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind den Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten zur Genehmigung zu unterbreiten.</p>
21	Abkommen vom 22. November 1984 zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der Regierung des <b>Königreichs Thailand</b> 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)	<p>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.</p> <p>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.</p>
	Abkommen vom 18. Januar 2010 zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der <b>Regierung des Königreichs Thailand</b> 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 <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der Regierung der <b>Volksrepublik China</b> über den zivilen Luftverkehr (Abkommen CH-CN; SR 0.748.127.192.49) <sup>940</sup>	<p>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.</p> <p>Art. 10 Abs. 2: Die für die vereinbarten Linien anwendbaren Tarife bilden Gegenstand eines Einvernehmens 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 Einvernehmen bemühen, einen angemessenen Tarif zu bestimmen.</p>

<sup>940</sup> 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/bilchi.html>> (21.6.2011)).

23	Luftverkehrsabkommen vom 20. Februar 1975 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und <b>Kanada</b> (Abkommen CH-CA; SR 0.748.127.192.32)	<p>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 Überlegungen, die sich auf den Markt auswirken, in Betracht zu ziehen sind.</p> <p>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.</p>
24	<p>Abkommen vom 24. März 1960 über Luftverkehrslinien zwischen der <b>Schweiz</b> und <b>Belgien</b> (Abkommen CH-BE; SR 0.748.127.191.72)</p> <p>Ab 1. Juni 2002 Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen</p>	<p>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:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
25	<p>Abkommen vom 17. Juli 1996 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Tschechischen Republik</b> über den Luftverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-CZ, SR 0.748.127.197.43)</p> <p>Ab 1. Mai 2004 (EU-Beitritt) Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
26	<p>Abkommen vom 19. Juli 1967 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Volksrepublik Ungarn</b> über den regelmässigen Luftverkehr (SR 0.748.127.194.18; Abkommen CH-HU)</p> <p>Ab 1. Mai 2004 (EU-Beitritt) Vorrang EU-Luftverkehrsabkommen</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
27	Provisorische Vereinbarung vom 16. Februar 1949 betreffend Luftverkehrslinien zwi-	<p>Art. 4: Die Tarife werden in vernünftiger Höhe vereinbart, wobei die Wirtschaftlichkeit des Betriebes, ein normaler Gewinn und die jeder Linie eigenen Merkmale, wie Geschwindigkeit und Bequemlichkeit, in Betracht zu ziehen sind. Die schweizerischen und türkischen</p>

	schen der <b>Schweiz</b> und der <b>Türkei</b> (mit Anhang) (Abkommen CH-TR, SR 0.748.127.197.63)	Unternehmungen beraten sich zu diesem Zweck mit den Luftverkehrsunternehmen dritter Staaten, welche die gleichen Strecken bedienen. Ihre Abmachungen sind der Genehmigung durch die zuständigen Luftfahrtbehörden der Vertragsstaaten unterworfen. Können sich die Unternehmungen nicht einigen, so werden sich die genannten Behörden bemühen, eine Lösung zu finden. In letzter Linie wird das in Artikel 9 dieser Vereinbarung vorgesehene Verfahren angewendet.
28	Abkommen vom 15. Dezember 1975 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Republik Korea</b> über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-KR; SR 0.748.127.192.81)	Art. 10 Abs. 1: Die Tarife für alle vereinbarten Linien sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die durch andere Luftverkehrsunternehmen angewendet werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 10 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich in gegenseitigem Einvernehmen durch die bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise dieselbe Strecke befliegen, festgesetzt. Die bezeichneten Unternehmen haben dieses Einvernehmen soweit als möglich zu erreichen, indem sie das Tariffestsetzungsverfahren anwenden, das durch die internationale Organisation aufgestellt worden ist, die in diesem Sachgebiet Vorschläge ausarbeitet.
29	Abkommen vom 19. Mai 1966 zwischen der <b>Schweiz</b> und <b>Ceylon</b> über den regelmässigen Luftverkehr (Abkommen CH-LK; AS 1967 983)	Art. 12 Abs. 1: Die von der Unternehmung der einen Vertragspartei für die Beförderung nach oder von dem Gebiet der anderen Vertragspartei zu erhebenden Tarifen sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes und der Tarife anderer Unternehmungen in Betracht zu ziehen sind. Art. 12 Abs. 2: Die in Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich durch die bezeichneten, interessierten Unternehmungen, die auf der ganzen oder einem Teil der Strecke Luftverkehr betreiben, vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung soll womöglich durch das Tariffestsetzungsverfahren, das durch die internationale Organisation festgesetzt wird, welche üblicherweise die Tarife regelt, erreicht werden.
	Abkommen vom 17. April 2007 über den Luftlinienverkehr zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der Regierung der <b>Demokratischen Sozialistischen Republik Sri Lanka</b> (mit Anhang) (SR 0.748.127.197.12)	Für vorliegendes Verfahren wegen Inkrafttreten im Jahr 2010 nicht berücksichtigt.
30	Abkommen vom 10. März 2001 zwischen dem <b>Schweizerischen Bundesrat</b> und der <b>Islamischen Republik Pakistan</b> über den Luftlinienverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-PK; SR 0.748.127.196.23)	Art. 14 Abs. 1: Jede Vertragspartei lässt zu, dass die Preise für den Luftverkehr durch jedes bezeichnete Unternehmen auf der Grundlage von kommerziellen, marktpolitischen Erwägungen festgelegt werden. Eingriffe seitens der Parteien beschränken sich auf a) die Verhinderung von unbilligen Diskriminierungspreisen oder -praktiken; b) den Schutz der Unternehmen vor Preisen, die auf Grund direkter oder indirekter staatlicher Subventionen oder Unterstützung künstlich niedrig gehalten werden; c) den Schutz der Konsumenten vor Preisen, die aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung einer beherrschenden Stellung unvernünftig hoch oder einschränkend sind. Art. 14 Abs. 4: Unbeachtet der Absätze 1–3 dieses Artikels verlangen die Luftfahrtbehörden keine Unterbreitung von Tarifen für die Beförderung von Fracht zwischen Punkten in ihren Gebieten. Diese Tarife erlangen durch den Entscheid des betroffenen Unternehmens Gültigkeit.
31	Abkommen vom 13. März 1989 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und den <b>Vereinigten Arabischen Emiraten</b> über die Errichtung regelmässiger Luftverkehrslinien zwischen ihren Gebieten und darüber hinaus (mit Anhang) (Abkommen CH-AE; SR 0.748.127.193.25)	Art. 11 Abs. 2: Die Tarife, die das bezeichnete Unternehmen einer Vertragspartei für Beförderungen von oder nach dem Gebiet der anderen Vertragspartei anzuwenden hat, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Betriebskosten, eines vernünftigen Gewinnes, der besonderen Merkmale jeder Linie und der Tarife, die von anderen Luftverkehrsunternehmen angewandt werden, in Betracht zu ziehen sind. Art. 11 Abs. 3: Die in Absatz 2 dieses Artikels erwähnten Tarife werden wenn möglich zwischen den bezeichneten Unternehmen der beiden Vertragsparteien und nach Beratung mit den anderen Luftverkehrsunternehmen, die ganz oder teilweise die Strecke befliegen, festgesetzt. Dieses Einvernehmen wird wenn möglich dadurch erreicht, indem das Tariffestsetzungsverfahren des Internationalen Luftverkehr-Verbandes zur Anwendung kommt.
32	Abkommen vom 6. Dezember 1979 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Sozialistischen Republik Vietnam</b> über den Luftverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-VN; SR 0.748.127.197.89)	Art. 12 Abs. 1: Die Tarife, die vom bezeichneten Unternehmen einer Vertragspartei für die von diesem Abkommen erfassten Dienste angewandt werden, sind in vernünftiger Höhe festzusetzen, wobei alle bestimmenden Einflüsse, einschliesslich der Interessen der Benutzer, der Betriebskosten, der besonderen Merkmale der Dienste, der Kommissionssätze, eines vernünftigen Gewinnes, der Tarife anderer Unternehmen und andere wirtschaftliche Überlegungen zum Marktgeschehen in Betracht zu ziehen sind. Art. 12 Abs. 3: Die Luftfahrtbehörden achten besonders auf Tarife, gegen die Einwände bestehen können aufgrund der Tatsache, dass sie unvernünftigerweise diskriminierend

		<p>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	<p>Abkommen vom 30. Juli 1995 zwischen der <b>Schweizerischen Eidgenossenschaft</b> und der <b>Arabischen Republik Ägypten</b> über den Luftlinienverkehr (mit Anhang) (Abkommen CH-EG; SR 0.748.127.193.21)</p>	<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>

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Bersan/NCE Betriebsaktivitäten</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Dezember 2021*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 20. Dezember 2021*

1. Am 24. November 2021 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Kontrollerwerb über den Vertrieb auf Grosshandelsstufe in der Schweiz von Kraftfahrzeugen der Marke Nissan (nachfolgend: Zielunternehmen) und derzeit Teil der Nissan Center Europe GmbH (nachfolgend: NCE) durch die Bersan Europea de Automoción S.L. (nachfolgend: Bersan).

2. Bersan mit Sitz in Madrid (Spanien) ist ein Gemeinschaftsunternehmen der International de Automoción Berge S.L. mit Sitz in Spanien und der Nueva España SpA mit Sitz in Chile (nachfolgend zusammen: Bersan Gruppe). Die Bersan Automotive Switzerland AG mit Sitz in Dietikon ist eine Tochtergesellschaft von Bersan in der Schweiz. Die Bersan Gruppe ist im Gross- und Einzelhandel mit Fahrzeugen, im Kundendienst und der Finanzierung von Fahrzeugen in mehreren europäischen Ländern sowie in Lateinamerika tätig. In der Schweiz vertreibt die Bersan Gruppe auf Grosshandelsstufe Fahrzeuge und Originalersatzteile (OEM) der Marken Hyundai, Ssangyong, MG und Maxus. Zusätzlich übernimmt Bersan FCA Switzerland, welche auf der Grosshandelsstufe Fahrzeuge und Originalersatzteile der Marken Fiat, Fiat Professional, Alfa Romeo, Jeep und Abarth vertreibt. Diese Übernahme wurde durch die WEKO bereits genehmigt, jedoch noch nicht vollzogen.<sup>3</sup> Für die Beurteilung im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wird FCA Switzerland bereits als Teil von Bersan betrachtet.

3. NCE ist eine nach deutschem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Brühl (Deutschland) und verfügt über eine Zweigniederlassung in Urdorf (Schweiz). NCE ist in den Bereichen Vertrieb, Handel, Import und Export von und mit Kraftfahrzeugen, Kraftfahrzeugteilen, Kraftfahrzeugersatzteilen sowie Kraftfahrzeugzubehör tätig. NCE ist eine Tochtergesellschaft der französischen Nissan Automotive Europe SAS, die ihrerseits eine Tochtergesellschaft der japanischen Nissan Motor Co.

Ltd. ist. Zum Zielunternehmen und damit zum Kontrollerwerb von Bersan gehören die NCE Betriebsaktivitäten (Vermögenswerte, Verbindlichkeiten und Verträge), mittels welcher NCE ihre Geschäftstätigkeit im Vertrieb auf der Grosshandelsstufe von Kraftfahrzeugen und Ersatzteilen der Marke Nissan in der Schweiz ausübt.

4. Mit dem Zusammenschluss bezweckt Bersan, die eigene Position auf dem Markt in der Schweiz zu stärken, indem die Marktpräsenz durch die Portfolioerweiterung an Fahrzeugmarken, welche in die Schweiz auf der Grosshandelsebene importiert und vertrieben werden sollen, erweitert wird.

5. Bersan und NCE haben am 25. Oktober 2021 einen Vertrag abgeschlossen (Asset Purchase Agreement), in welchem die Übertragung gewisser Vermögenswerte, Verbindlichkeiten und Verträge von NCE an Bersan vereinbart wurde. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

6. Bersan und das Zielunternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

7. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das Zielunternehmen tätig ist und sich die Wettbewerbssituation ändern könnte. Konkret handelt es sich um den Bereich des Vertriebs von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe.

8. In Bezug auf den Bereich des Vertriebs von Fahrzeugen ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe ausgegangen.<sup>4</sup> Auch die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2021/4, 191, *Bersan/FCA Switzerland*.

<sup>4</sup> Vgl. u.a. RPW 2019/1, 148 Rz 12 und Rz 15, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.

Retailvertrieb von Fahrzeugen unterschieden.<sup>5</sup> Die WEKO ist zudem in ihrer bisherigen Praxis von einem weiteren separaten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ausgegangen.<sup>6</sup> Eine abschliessende sachliche Abgrenzung, ob es sich bei diesen separaten Märkten für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe, den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe sowie für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen jeweils um einen Gesamtmarkt (ohne Unterteilung in Segmente) oder um (weitere) Teilmärkte (mit Unterteilung in Segmente) handelt, hat die WEKO bisher jeweils offengelassen.<sup>7</sup>

9. Vorliegend wird von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne Unterteilung in Segmente) ausgegangen, welcher die Personenwagensegmente<sup>8</sup> Kleinstwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Lu-

xusklasse (oder Sportwagen), SUV (und Mehrzweckwagen) sowie leichte Nutzfahrzeuge (LCV) umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

10. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.<sup>9</sup> Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

11. Sowohl Bersan als auch das Zielunternehmen sind in der Schweiz auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe tätig. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf diesem Markt zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe – Schweiz

<b>Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2020, Schweiz)</b>			
	<b>Bersan<sup>10</sup></b>	<b>Zielunternehmen</b>	<b>Bersan &amp; Zielunternehmen</b>
Personenwagen und LCV	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %

Bemerkung: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien auf den IVZ Zulassungsdaten.

12. Der nachfolgenden Tabelle 2 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe unterteilt in Segmenten zu entnehmen.

13. Tabelle 2: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe (nach Segmenten) – Schweiz

<b>Marktanteile im Vertrieb Grosshandelsstufe (2020, Schweiz, segmentbezogen)</b>			
<b>Segment</b>	<b>Bersan<sup>11</sup></b>	<b>Zielunternehmen</b>	<b>Bersan &amp; Zielunternehmen</b>
Kleinstwagen	[40-50]%	0.0 %	[40-50] %
Kleinwagen	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Mittelklasse	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

<sup>5</sup> Vgl. u.a. EU-KOMM, COMP/M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*; EU-KOMM, COMP/M.7747, Rz 11 ff., *PGA/MSA*; EU-KOMM, COMP/M.6718, Rz 11, *TTC/CFAO*; EU-KOMM, COMP/M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*; EU-KOMM, COMP/M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*; EU-KOMM, COMP/M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*; EU-KOMM, COMP/M.5709, Rz 10 *Volkswagen/Mahag*.

<sup>6</sup> Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*

<sup>7</sup> Vgl. u.a. RPW 2020/1, 260 Rz 13 ff., *Daimler/Geely/smart Automobile*.

<sup>8</sup> Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*; RPW 2020/1, 260 Rz 13 f., *Daimler/Geely/smart Automobile*.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*; RPW 2020/1, 260 Rz 16, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

<sup>10</sup> Inkl. FCA Switzerland.

<sup>11</sup> Inkl. FCA Switzerland.

Obere Mittelklasse	[0-10] %	0.0 %	[0-10] %
Oberklasse	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Luxusklasse	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
SUV	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
LCV	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %

Bemerkung: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien auf den IVZ Zulassungsdaten.

14. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird die Marktanteilsschwelle von 20 % zum Vorliegen eines betroffenen Marktes (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) aufgrund des gemeinsamen schweizweiten Marktanteils von [10-20] % auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne Unterteilung in Segmente) nicht überschritten (vgl. Tabelle 1). Daher führt das Zusammenschlussvorhaben bei einer Betrachtung des (Gesamt-)Marktes für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe zu keinem betroffenen Markt.

15. Würde man diesen schweizweiten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (hypothetisch) in Segmente bzw. weitere (Teil-)Märkte unterteilen, so wäre einzig das Marktsegment «Kleinstwagen» mit dem Marktanteil von [40-50] % ein betroffener Markt ohne Marktanteilsaddition (vgl. Tabelle 2), da die Marktanteilsschwelle von 30 % zum Vorliegen eines betroffenen Marktes von einem beteiligten Unternehmen überschritten ist (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). In diesem Marktsegment sind laut Angaben der Parteien zudem weitere etablierte Anbieter, darunter insbesondere die Emil Frey AG, tätig. Weiter sei zu berücksichtigen, dass Bersan die Fahrzeuge der Marken Fiat, Fiat Professional, Alfa Romeo, Jeep und Abarth nicht exklusiv importiere, was den Kunden auf dem Grosshandelsmarkt ermögliche, die Fahrzeuge dieser Marken auch bei anderen Grosshändlern zu beziehen.

16. Die Parteien haben zwei Nebenabreden gemeldet: Sie vereinbaren ein Konkurrenzverbot, wonach sich NCE dazu verpflichtet, Bersan während zweier Jahre ab dem Vollzugsdatum hinsichtlich des Vertriebs von Kraftfahrzeugen und OEM-Ersatzteilen der Marke Nissan in der Schweiz nicht zu konkurrenzieren. Zudem vereinbaren die Parteien ein Abwerbeverbot, wonach sich NCE dazu verpflichtet, während einer Dauer von zwei Jahren ab dem Vollzugsdatum weder direkt noch indirekt Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse übertragen werden, oder sonstige zu übertragenden Vertragspartner der Bersan abzuwerben noch sonst wie in Arbeits- oder sonstige Vertragsverhältnisse der Bersan einzugreifen.

17. Nebenabreden müssen grundsätzlich einen unmittelbaren Zusammenhang zum Zusammenschlussvorhaben haben und für dessen Durchführung notwendig sein.<sup>12</sup>

18. Konkurrenzverbote dienen der Erhaltung bzw. der Übertragung des Kundenstamms oder von Know-how und stellen sicher, dass mit dem Kontrollerwerb einhergehend der volle Unternehmenswert übertragen wird.<sup>13</sup>

Vorliegend ist das Konkurrenzverbot beschränkt und zwar sachlich auf das Tätigkeitsgebiet des Zielunternehmens, räumlich auf das Tätigkeitsgebiets des Zielunternehmens (Schweiz) und zeitlich auf eine Dauer von zwei Jahren. Diese Nebenabrede ist daher als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen notwendig zu qualifizieren.

19. Abwerbeverbote sollen gewährleisten, dass das Personal dem zu übertragenden Unternehmen verbleibt<sup>14</sup> und werden analog zu Wettbewerbs- und Konkurrenzverboten beurteilt<sup>15</sup>. Vorliegend ist das Abwerbeverbot beschränkt und zwar sachlich auf das Tätigkeitsfeld des Zielunternehmens, räumlich auf das Tätigkeitsgebiet des Zielunternehmens (Schweiz) und zeitlich auf eine Dauer von zwei Jahren. Diese Nebenabrede ist daher als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diesen notwendig zu qualifizieren.

20. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>12</sup> Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24 vom 5.3.2005; RPW 2017/2, 308 Rz 160, *Post/SBB/SwissSign*.

<sup>13</sup> FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 10 N 208.

<sup>14</sup> FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 10 N 211.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2017/2, 308 Rz 168, *Post/SBB/SwissSign*.

**B 3** **Bundesverwaltungsgericht**  
Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale

**B 3** **1. Urteil vom 4. März 2021 – Hausdurchsuchung und Beschlagnahme, Verfügungen der WEKO vom [...] und vom [...]**

Entscheid angefochten beim BGer

*Urteil B-4839/2020 vom 4. März 2021, der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen 1. X. \_\_\_\_\_ AG, 2. Y. \_\_\_\_\_ AG, beide vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen, gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Hausdurchsuchung und Beschlagnahme, Verfügungen der WEKO vom [...] und vom [...].*

**Sachverhalt:**

**A.**

Die Wettbewerbskommission (WEKO) eröffnete am [...] eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251, Kartellgesetz, KG) gegen folgende Unternehmen und die konzernmässig mit ihnen verbundenen Gesellschaften: [...]. Zahlreiche [...] und [...] würden den Zahlungsverkehr ([...]) mit ihren [...] über die X. \_\_\_\_\_ AG [...]. Es gebe Anhaltspunkte, dass die X. \_\_\_\_\_ AG und mehrere ihr [...] und [...] (sog. [...]) gemeinsam Massnahmen vereinbaren würden, um die [...] dazu anzuhalten, [...] über die X. \_\_\_\_\_ AG [...]. Die vermuteten koordinierten Massnahmen würden insbesondere die [...] umfassen. Die von den [...] an X. \_\_\_\_\_ AG [...]. Im Rahmen der Untersuchung werde geprüft, ob es sich bei diesen mutmasslichen Vereinbarungen um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG handle (BBI 2020 6873). Bei den Abreden zwischen den [...] könne es sich um unzulässige horizontale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG handeln und in Bezug auf die Abreden zwischen X. \_\_\_\_\_ AG und den [...] seien unzulässige [...] Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG Untersuchungsgegenstand (nachfolgend: Untersuchung "[...]").

**B.**

Im Zusammenhang mit diesem Untersuchungsverfahren verfügte ein Mitglied des Präsidiums der WEKO gestützt auf Art. 42 Abs. 2 KG und Art. 45 -50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0) auf Antrag des Sekretariates der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) mit Durchsuchungsbefehl vom [...] die Durchsuchung der Papiere und Gegenstände, die sich in den Räumlichkeiten sowie den Fahrzeugen der X. \_\_\_\_\_ AG sowie deren konzernmässig verbundenen und affilierten Gesellschaften, namentlich der Y. \_\_\_\_\_ AG, befinden.

**C.**

Die Hausdurchsuchung fand am [...] statt. Gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokoll vom [...] wurden folgende Gegenstände mit Beschlagnahme belegt:

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

Betreffend weitere sichergestellte elektronische Daten erhob X. \_\_\_\_\_ AG Einsprache gegen die Durchsuchung im Sinne von Art. 50 Abs. 3 VStrR und liess diese versiegeln.

**D.**

**D.a** Mit Eingabe vom [...] erhoben X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) und Y. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) gegen den Durchsuchungsbefehl vom [...] sowie die Beschlagnahmeverfügung vom [...] Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Der Durchsuchungsbefehl der Wettbewerbskommission vom [...] gegenüber [...] in der Untersuchung [...] sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Anordnung der Hausdurchsuchung vom [...] durch Verfügung vom [...] in der Untersuchung [...] rechtswidrig war.
3. Die Beschlagnahmeverfügung vom [...] sei aufzuheben und die Wettbewerbskommission zu verpflichten, alle bei den Beschwerdeführerinnen beschlagnahmten elektronischen und physischen Dokumente an die Beschwerdeführerinnen zurückzugeben.
4. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beschlagnahmeverfügung vom [...] rechtswidrig war.
5. Es sei anzuordnen, dass alle anlässlich der Hausdurchsuchung vom [...] bei den Beschwerdeführerinnen

nen beschlagnahmten (physischen und elektronischen) Dokumente und Daten nicht verwertbar sind.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Mehrwertsteuer) zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

**D.b** Die Beschwerdeführerinnen bringen in formeller Hinsicht vor, die angefochtenen Zwischenverfügungen seien selbständig anfechtbar und bewirkten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Ohne Anfechtung des Durchsuchungsbefehls und ohne Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente (bzw. Beschwerde gegen deren Beschlagnahme) drohe ihnen ein Rechtsverlust. Mit der Hausdurchsuchung seien für die Beschwerdeführerinnen erhebliche Reputationsschäden und Schwierigkeiten in der täglichen Geschäftsausübung verbunden. Ferner sei die Nichtverwertung der beschlagnahmten Dokumente kaum mehr möglich, wenn darüber erst mit dem Endentscheid befunden werde. Auch ein praktisches aktuelles Interesse sei zu bejahen. Die nachteiligen Folgen einer widerrechtlichen Hausdurchsuchung, namentlich der Grundrechtsverletzung, des Reputationsschadens und des Schadens in der täglichen Geschäftsausübung, seien schwerwiegend und langanhaltend. Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen gegeben, um ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten.

**D.c** Zur Begründung in materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geltend, die Anordnung der angefochtenen Verfügungen sei rechtswidrig. Den Wettbewerbsbehörden seien die untersuchten Vorwürfe und Tatsachen spätestens seit der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] bekannt. Diese Marktbeobachtung sei aufgrund fehlender Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eingestellt worden. Die Vorinstanz nenne keine anderen oder veränderten Umstände bzw. Vorwürfe, womit es ohne offene Sachverhaltsfragen an einem konkreten Ermittlungsbedarf fehle. Zudem fehle es an einem Tatverdacht. Die "Unbedenklichkeit" der untersuchten Verhaltensweisen - und der damit verbundene fehlende Ermittlungsbedarf - ergebe sich insbesondere aus der jüngst bestätigten Praxis der Wettbewerbsbehörden zu Einkaufskooperationen.

**D.d** Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Anordnung der angefochtenen Verfügungen sei unverhältnismässig. Sie hätten in der Vergangenheit stets mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Ausserdem würden ihnen auch nur unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorgeworfen. Den Wettbewerbsbehörden wäre mit der Editionsverfügung nach Art. 40 KG (verbunden mit der Möglichkeit einer Sanktionsandrohung) ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden, um die benötigten Informationen und Dokumente einzuholen. Damit sei die Anordnung der angefochtenen Verfügung über das Erforderliche hinausgegangen. Zudem verletze die Anordnung der angefochtenen Verfügungen angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen für die Beschwerdeführerinnen, der jahrelangen Vorgeschichte mit den Wettbewerbsbehörden, der Schwere des Eingriffes in die Grundrechte und des nicht direkt sanktionierbaren Vorwurfes auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn.

**E.**

**E.a** Mit Zwischenverfügung vom [...] wurden die Beschwerdeführerinnen zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. [...] aufgefordert und die Beschwerde der WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) zur Kenntnis zugestellt. Der Kostenvorschuss ging fristgerecht am [...] ein.

**E.b** Mit Eingabe vom [...] stellte die Vorinstanz den Verfahrensantrag, das Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid im vor Bundesstrafgericht hängigen Entsiegelungsverfahrens [...] zu sistieren. Das Sekretariat habe am [...] beim Bundesstrafgericht ein Gesuch um Entsiegelung der am [...] anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Beschwerdeführerin 1 sichergestellten und versiegelten Datenträger eingereicht. Es bestehe die Gefahr einer Duplizierung der Verfahren und sich widersprechender Urteile, falls das Bundesverwaltungsgericht sein Verfahren ohne Rücksicht auf das Entsiegelungsverfahren fortführe.

**E.c** Mit Verfügung vom [...] erhielten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, zum Sistierungsgesuch der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Mit unaufgeforderter Eingabe vom gleichen Tag orientierten sie ihrerseits über das beim Bundesstrafgericht anhängig gemachte Entsiegelungsgesuch. Ausserdem hätten sie beim Bundesstrafgericht die Sistierung des Entsiegelungsverfahrens bis zur Erledigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens beantragt.

**E.d** Mit Eingabe vom [...] beantragten die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Abweisung des Sistierungsgesuchs der Vorinstanz. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache sei in jedem Fall präjudiziell für das Entsiegelungsverfahren. Umgekehrt sei dies nicht (zwingend) der Fall.

**E.e** Mit Zwischenverfügung vom [...] wies die Instruktionsrichterin das Sistierungsgesuch der Vorinstanz vom [...] ab. Es seien keine hinreichenden Gründe gegeben, die eine Verfahrenssistierung rechtfertigen würden.

**F.**

**F.a** Mit Vernehmlassung vom [...] beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuelter die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

**F.b** In prozessualer Hinsicht beantragt sie, das Beschwerdeverfahren auf die Frage des Eintretens zu beschränken. Die Sachurteilsvoraussetzungen seien nicht gegeben. Eine Verfahrensbeschränkung sei aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll.

**F.c** Weiter führt die Vorinstanz in formeller Hinsicht aus, für jedes Anfechtungsobjekt bzw. jedes Rechtsbegehren seien die Eintretensvoraussetzungen einzeln zu prüfen. Bei der Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl fehle es sowohl an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil als auch an einem schutzwürdigen aktuellen praktischen Interesse. Die Durchsuchung habe bereits stattgefunden und sei abgeschlossen. Die von den Beschwerdeführerinnen mit Beschwerde geltend gemachten Nachteile, namentlich Reputationsschäden und Schwierigkeiten in der täglichen Geschäftsausübung,

hätten ihren Ursprung in der Untersuchungseröffnung, nicht im Durchsuchungsbefehl. Schliesslich seien auch die Voraussetzungen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf das aktuelle praktische Interesse nicht erfüllt. Denn die Klärung der strittigen Fragen aus dem Durchsuchungsbefehl sei regelmässig vorfrageweise möglich, so zum Beispiel im Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafrecht sowie bei Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung und den Endentscheid.

**F.d** Hinsichtlich der Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung fehle es ebenfalls an einem drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, da sich dieser aus dem (vorübergehenden) Entzug der alleinigen Verfügungsgewalt über die beschlagnahmten Gegenstände ergeben müsse. Vorliegend seien Kopien der beschlagnahmten Dokumente erstellt worden. Ein Nachteil daraus, dass die Wettbewerbsbehörden über Kopien der Dokumente verfügten, sei nicht ersichtlich.

**F.e** Beim Rechtsbegehren 5, der Beschwerde gegen die Verwertung der beschlagnahmten Beweismittel, fehle es sodann an einem Anfechtungsobjekt sowie an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Sie, die Vorinstanz, habe sich hinsichtlich der Verwertung und Verwertbarkeit der beschlagnahmten Dokumente bisher weder geäussert noch entschieden.

**F.f** In materieller Hinsicht bringt die Vorinstanz vor, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Hausdurchsuchung seien erfüllt gewesen. Die Wettbewerbsbehörden hätten einen hinreichenden Tatverdacht gehabt. Es sei mit der mit Beweismittel untermauerten Eingabe von Z. \_\_\_\_\_ vom [...] eine substantiierte Anzeige vorgelegen. Mit dieser Anzeige seien Sachverhaltselemente zur Kenntnis gebracht worden, die den Wettbewerbsbehörden in den vergangenen Abklärungen nicht bekannt gewesen seien, so insbesondere die [...] Disziplinierungsmassnahmen. Schliesslich sei den Beschwerdeführerinnen mit Beendigung der Marktbeobachtung "[...]" kein sogenannter "comfort letter" ausgestellt worden, der bestätige, dass das Verhalten mit dem Kartellrecht vereinbar sei.

**F.g** Auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei bei der Anordnung der Hausdurchsuchung gewahrt worden. Verfüge das Sekretariat - wie vorliegend - über Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 und/oder Art. 7 KG, könne in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass die mutmasslich an der Abrede beteiligten Unternehmen dem Sekretariat die zur Sachverhaltsabklärungen notwendigen Informationen gestützt auf eine Auskunft- und Editionsverfügung lückenlos und ungefiltert zur Verfügung stellten. Es habe Kollusionsgefahr bestanden. Neben der Erforderlichkeit sei auch die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn gegeben. Denn zumindest die mutmasslichen Abreden unter den Anschlusshäusern könnten Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG darstellen und die Beschwerdeführerinnen hätten bei den zu untersuchenden Abreden mutmasslich eine zentrale Rolle eingenommen.

## G.

**G.a** Mit Replik vom [...] halten die Beschwerdeführerinnen an ihren mit Beschwerde vom [...] gestellten Anträgen und Standpunkten fest. Ausgangslage und Streitge-

genstand seien klar und bedürften keiner Klärung. Die Rechtsbegehren 3 und 5 würden sich als logische Folge der Gutheissung des Rechtsbegehrens 1 ergeben. Der Antrag der Vorinstanz auf Beschränkung des Verfahrens auf die Eintretensfrage sei abzuweisen. Die Sache sei spruchreif und eine Verfahrensbeschränkung verzögere das Verfahren unnötig.

## H.

Mit Duplik vom [...] hält die Vorinstanz an den bisher gestellten Anträgen und Begründungen fest.

## I.

Mit Eingabe vom [...] nehmen die Beschwerdeführerinnen sodann abschliessend Stellung.

## J.

Mit Schreiben vom [...] stellt die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht den Beschluss des Bundesstrafgerichts [...] vom [...] betreffend Entsiegelung zu.

## K.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird - soweit entscheiderelevant - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

### 1.

**1.1** In prozessualer Hinsicht beantragt die Vorinstanz, das Beschwerdeverfahren auf die Frage des Eintretens zu beschränken. Für die Beschränkung eines Verfahrens auf einen Teilaspekt und dessen selbständige Beurteilung sind in erster Linie prozessökonomische Überlegungen wegleitend (Urteil des BVerG B-998/2014 vom 21. Mai 2014 E. 1 m.H.).

**1.2** Vorliegend wird erstmals eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme der WEKO vor Bundesverwaltungsgericht angefochten. Wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen, entfällt ein beachtlicher Teil des Aufwandes für das Gericht auf die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen, in Bezug auf die materiellen Fragen erweist sich der Aufwand hingegen nicht als überdurchschnittlich gross. Nachdem sich die Parteien in ihren Eingaben bereits eingehend mit den materiellen Aspekten auseinandergesetzt haben, erscheint der prozessökonomische Vorteil einer Verfahrensbeschränkung auf die Eintretensfrage auch für sie als gering. Bei dieser Ausgangslage besteht durch die Beschränkung des Verfahrens eher die Gefahr einer unnötigen Verlängerung der Verfahrensdauer. Der Antrag der Vorinstanz, das Beschwerdeverfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken, wird deshalb abgewiesen.

### 2.

**2.1** Anfechtungsobjekte im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind der Durchsuchungsbefehl vom [...] und die Beschlagnahmeverfügung der Vorinstanz vom [...].

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Vorinstanz stellt eine eidgenössische Kommission

im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar. Ausschlussgründe gemäss Art. 32 VGG liegen keine vor.

**2.3** Streitgegenstand der gerichtlichen Prüfung ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Was Streitgegenstand ist, bestimmt sich demnach durch den angefochtenen Entscheid und die Parteibehauptungen, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Urteile des BVGer A-477/2018 vom 11. September 2018 E. 1.5, B-7768/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 4.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8; THOMAS FLÜCKIGER, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 N 19 [nachfolgend zit.: {Autor}, Praxiskommentar VwVG]).

**2.4** Der Durchsuchungsbefehl vom [...] liegt vollumfänglich im Streit. Demgegenüber bildet die Beschlagnahmeverfügung vom [...] nur insofern Streitgegenstand, als sie die unter Ziff. C angeführten beschlagnahmten Beweismittel umfasst. Gegen die Durchsuchung der weiteren sichergestellten elektronischen Daten hat die Beschwerdeführerin 1 Einsprache nach Art. 50 Abs. 3 VStrR erhoben. Die Datenträger wurden versiegelt. Im entsprechenden Entsiegelungsverfahren hat das Bundesstrafgericht das Gesuch der Vorinstanz um Entsiegelung mit Beschluss vom [...] zwar gutgeheissen, aber der Beschluss ist noch nicht rechtskräftig (Beschluss des [...] vom [...]). Solange Papiere oder Daten aufgrund einer Einsprache versiegelt sind, kann keine Beschwerde erhoben werden. Durch die Versiegelung ist der Inhaber der Papiere "in seinen Interessen hinreichend geschützt und deshalb nicht befugt, Beschwerde zu führen" (BGE 109 IV 153 E. 1.; vgl. auch BGE 119 IV 326 E. 7; SIMON BANGERTER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 42 N 149. [nachfolgend zit.: {Autor}, BSK KG]). Es liegt insofern noch gar keine Beschlagnahme vor, sondern bloss eine Sicherstellung des Beweismittels. Die Beschlagnahme erfolgt erst, wenn die Versiegelung definitiv aufgehoben ist und die Dokumente oder Daten zur Durchsuchung freigegeben sind. Mangels Anfechtungsobjekts ist auf die Beschwerde gegen die Beschlagnahme der weiteren sichergestellten elektronischen Daten deshalb nicht einzutreten (BGE 109 IV 153 E. 1; JÜRGEN BICKEL/MARKUS WYSSLING, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], KG Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 42 N 290 [nachfolgend zit.: {AUTOR}, Dike-KG]).

**2.5** Mit Rechtsbegehren 5 beantragen die Beschwerdeführerinnen die Anordnung der Unverwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumente und Daten. Die Beschwerdeführerinnen leiten dieses Rechtsbegehren als logische Folge aus der unzulässigen Hausdurchsuchung und Beschlagnahme ab. Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, es fehle diesbezüglich an einem Anfechtungsobjekt. Sie habe noch nicht entschieden, ob und welche der beschlagnahmten Dokumente sie im weiteren Verfahren als Beweismittel verwende. Auch habe sie sich bislang nicht zur Zulässigkeit der Verwertung der beschlagnahmten Dokumente geäussert, weder im Rahmen einer

Zwischenverfügung noch in anderer Form. Werde der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung gutgeheissen, so hätten die Wettbewerbsbehörden die beschlagnahmten Dokumente herauszugeben bzw. die Kopien zu vernichten. Diesfalls könne sie diese Dokumente faktisch gar nicht mehr verwerten. Die Nichtverwertbarkeit müsse in diesem Fall nicht angeordnet werden.

**2.6** Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich nur sein, was im erstinstanzlichen Verfahren beurteilt wurde oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte beurteilt werden sollen. Fragen, über welche die erstinstanzliche Behörde nicht entschieden hat, darf auch die zweite Instanz nicht beurteilen, ansonsten sie in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde (Urteil des BVGer B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 2.1; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.7 und 2.208 m.H.). Ausnahmsweise kann aber das verwaltungsgerichtliche Verfahren trotz im Prinzip fehlender funktioneller Zuständigkeit aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, d.h. eine ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage, ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestands Gesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäussert hat (BGE 130 V 138 E. 2.1; 122 V 34 E. 2a und 2c; Urteil des BVGer B-4818/2010 vom 23. Mai 2011 E. 8.1; FLÜCKIGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 7 N 35).

**2.7** Vorliegend hat die Vorinstanz - wie soeben erwähnt - über die Verwertbarkeit der (beschlagnahmten) Beweismittel noch nicht entschieden. Darüber entscheidet sie in der Regel mit der Verfügung in der Hauptsache oder mit einer Zwischenverfügung, wenn eine Partei vor ihr ein Beweisverwertungsverbot geltend macht.

**2.8** Hebt ein Gericht einen Durchsuchungsbefehl und/oder eine Beschlagnahmeverfügung auf, da diese nicht rechtmässig erlassen wurden, stellt sich in der Folge unmittelbar die Frage der Verwertbarkeit der nicht rechtmässig erlangten Beweismittel. Es erweist sich zudem als sachlogisch, dass die erstinstanzliche Behörde in einem solchen Fall diese Frage noch nicht beurteilt hat.

**2.9** Die Vorinstanz hatte im vorliegenden Beschwerdeverfahren Gelegenheit, sich zur Frage der Verwertbarkeit der fraglichen Beweismittel zu äussern, und hat davon auch Gebrauch gemacht. Im Übrigen geht die Vorinstanz fehl, wenn sie davon ausgeht, bei einer Gutheissung des Rechtsbegehrens 3 stehe die Unverwertbarkeit per se fest. Denn das Beweisverwertungsverbot hinsichtlich widerrechtlich erlangter Beweismittel gilt nicht absolut. Es ist im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse an der Unverwertbarkeit der Beweis durchzuführen (BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 153).

**2.10** Bei dieser Ausgangslage ist das sich aus den Rechtsbegehren 1 und 3 ergebende Rechtsbegehren 5 so eng mit der übrigen Streitsache verbunden, dass von

einer Tatbestands Gesamtheit gesprochen werden kann und es vom Streitgegenstand mitumfasst wird.

**2.11** Unbestrittenerweise nicht vom Streitgegenstand erfasst ist demgegenüber die Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung.

### 3.

**3.1** Der Durchsuchungsbefehl und die Beschlagnahmeverfügung stellen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen dar. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 45 oder Art. 46 VwVG erfüllt sind. Die Beschwerde gegen eine solche Zwischenverfügung ist - vorbehaltlich der Anfechtung von Verfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand (Art. 45 Abs. 1 VwVG) - nur zulässig, wenn entweder ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder aber die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG).

**3.1.1** Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Demnach liegt das Rechtsschutzinteresse im Schaden, der entstünde, wenn der Nachteil auch durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise behoben werden könnte (Urteil des BVGer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 2.2.1 m.H.; KAYSER/PAPADOPOULOS/ALTMANN, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 46 Rz. 9 [nachfolgend zit.: {Autor}, Kommentar VwVG]). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss gemäss VwVG nicht rechtlicher Natur sein; es genügt die Beeinträchtigung schutzwürdiger tatsächlicher, insbesondere auch wirtschaftlicher Interessen, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des BGer 2C\_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; Urteile des BVGer B-7017/2018 vom 13. März 2020 E. 2.1.2, B-1286/2016 E. 2.2.1, je m.H.). Ein wirtschaftliches Interesse kann einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil begründen, wenn die Einstellung von Geldleistungen eine Person aus dem finanzielle Gleichgewicht bringen und zu kostspieligen oder sonst wie unzumutbaren Massnahmen zwingen würde oder wenn die während des Verfahrens erlittenen finanziellen Nachteile kaum ausgeglichen werden können. Die sofortige Anfechtung rechtfertigen können auch hohe Kosten verlangter Abklärungen oder nachteilige Publizität, wobei ein Reputationsschaden aber ernsthaft drohen muss (MICHEL DAUM, in: Herzog/Daum (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N 43 i.V.m. N 42 [nachfolgend zit.: {Autor}, Kommentar VRPG]).

**3.1.2** Ferner muss die Beeinträchtigung nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein. Nicht erforderlich ist, dass der Nachteil tatsächlich entsteht; vielmehr reicht es aus, dass er entstehen bzw. nicht von

vornherein ausgeschlossen werden kann (BVGer B-1286/2016 E. 2.2.1 m.H.; KAYSER/PAPADOPOULOS/ALTMANN N, Kommentar VwVG, Art. 46 Rz. 8). Sodann ist ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag (DAUM, Kommentar VRPG, Art. 61 N 39 i.V.m. N 42).

**3.1.3** Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei. Diese hat substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BVGer B-7017/2018 E. 2.1.3, B-1286/2016 E. 2.2.2, je m.H.). Als Beweis reicht das Glaubhaftmachen, reine Mutmassungen genügen hingegen nicht (DAUM, Kommentar VRPG, Art. 61 N 39 i.V.m. N 42).

**3.1.4** Es gibt keine allgemeingültige Umschreibung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Massgebendes hängt von den Umständen des Einzelfalls und den auf dem Spiel stehenden Interessen ab (DAUM, Kommentar VRPG, Art. 61 N 42).

**3.2** Ob diese soeben erwähnten Voraussetzungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren erfüllt sind, ist nachfolgend für die beiden Anfechtungsobjekte einzeln zu prüfen.

**3.2.1** Hinsichtlich der Anfechtung des Durchsuchungsbefehls vom [...] (Rechtsbegehren 1) legen die Beschwerdeführerinnen mit Beschwerde und Replik insbesondere dar, die Hausdurchsuchung habe zu einem erheblichen Reputationsschaden und zu Schwierigkeiten in der täglichen Geschäftsausübung geführt. Ihr Geschäft sei nicht nur durch die Untersuchungseröffnung, sondern auch durch die Anordnung der Hausdurchsuchung geschädigt worden. Dies gehe aus der öffentlichen Berichterstattung und den Reaktionen der Geschäftspartner hervor. Die Öffentlichkeit und die Geschäftspartner würden aus der Hausdurchsuchung schliessen, es bestehe ein Tatverdacht hinsichtlich schwerster Wettbewerbsverstösse [...]. Die Aufhebung der Anordnung der Hausdurchsuchung hätte - so die Beschwerdeführerinnen - eine erhebliche Signalwirkung und würde entscheidend dazu beitragen, weiteren Schaden zu vermeiden.

**3.2.2** Die Vorinstanz wendet demgegenüber ein, diese von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Nachteile hätten ihren Ursprung nicht im Durchsuchungsbefehl bzw. der Hausdurchsuchung, sondern in der Untersuchungseröffnung. Durchsuchungsbefehle würden anders als Untersuchungseröffnungen nicht amtlich publiziert. Der Durchsuchungsbefehl sei bereits vollzogen und eine Gutheissung der Beschwerde ändere daran nichts mehr. Auch aus den von den Beschwerdeführerinnen ins Recht gelegten [...] sei nicht ersichtlich, dass diese auf den Durchsuchungsbefehl zurückzuführen seien, zumal im [...] nicht genannt werde und die beiden anderen ins Recht gelegten [...] von [...] und damit von einem Zeitpunkt vor der Hausdurchsuchung datierten. Im Übrigen seien [...]. Schliesslich seien auch die geltend gemachten internen Kosten bereits entstanden und würden sich nicht mehr vergrössern.

**3.2.3** Ebenso wenig vermöge eine Gutheissung der Beschwerde bezüglich der erfolgten Presseberichterstattungen etwas zu ändern. Sie, die Vorinstanz, habe zudem vorsichtig kommuniziert und nicht bekannt gegeben, dass bei den Beschwerdeführerinnen Hausdurchsuchungen erfolgt seien. Zudem würden die Beschwerdeführerinnen nicht aufzeigen, inwiefern eine Gutheissung der Beschwerde die behaupteten Nachteile zu beseitigen vermöge. Sie würden sich lediglich von einem positiven Urteil eine Signalwirkung erhoffen.

**3.2.4** Die Beschwerdeführerinnen legen in mehrfacher Hinsicht zumindest einen potentiellen wirtschaftlichen Schaden dar. Sie machen insbesondere glaubhaft, [...]. Mit den anderen [...] wollen sie nach eigenen Angaben belegen, dass es zuvor aus anderen Gründen ([...]) zwar ebenfalls [...].

**3.2.5** Ebenso weisen die Beschwerdeführerinnen aus, dass Z.\_\_\_\_\_ in ihrem Aufruf vom [...] nicht nur auf die Untersuchungseröffnung hinwies, sondern auch auf offensichtlich durchgeführte Hausdurchsuchungen bei [...] von Z.\_\_\_\_\_. Weiter weisen sie nach, dass in mehreren Medienberichten zur Untersuchungseröffnung bereits in den Headlines die Hausdurchsuchungen erwähnt wurden, so beispielsweise im Artikel "[...]" der NZZ vom [...] oder im Artikel "[...]" des Blicks vom [...]. Sodann zeigen sie auf, dass die [...] im Medienbericht "[...]" von 20 Minuten wie folgt zitiert wurde: "[...]". Zwar gilt es zu beachten, dass in all diesen Aufrufen und Presseartikeln nicht ausdrücklich erwähnt wird, die Hausdurchsuchungen seien bei den Beschwerdeführerinnen selbst durchgeführt worden, sondern dass - wenn überhaupt - vorrangig auf Hausdurchsuchungen bei [...] aufmerksam gemacht wurde. Mit Erwähnung der Hausdurchsuchungen im Allgemeinen und der kartellrechtlichen Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen im Speziellen, lag der Verdacht bzw. die Vermutung, auch bei ihr seien Hausdurchsuchungen durchgeführt worden, jedoch nahe. Dass ihr daraus ein gewisser Reputationsschaden entsteht, erscheint naheliegend.

**3.2.6** Aufgrund der oben erwähnten Berichte und Mitteilungen ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz gerade nicht auszuschliessen, dass zumindest ein Teil des Schadens neben der Untersuchungseröffnung auch auf die Hausdurchsuchung zurückzuführen ist. Die Vorinstanz weist zwar zutreffend daraufhin, dass nur die Untersuchungseröffnung - und nicht auch der Durchsuchungsbefehl - amtlich publiziert wird. Erfährt eine Untersuchungseröffnung und Hausdurchsuchung wie hier medial (grosse) Aufmerksamkeit, kann aus diesem Argument aber nichts abgeleitet werden.

**3.2.7** Sodann haben die Beschwerdeführerinnen auch nachgewiesen, dass dieser potentielle Schaden durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht bzw. nur teilweise behoben werden könnte. Es erscheint notorisch, dass die Aufhebung des Durchsuchungsbefehls eine Signalwirkung für die [...] und [...] der Beschwerdeführerinnen hätte und der im Laufe der (oft zeitintensiven) kartellrechtlichen Untersuchung anwachsende wirtschaftliche Schaden potentiell begrenzt und der Reputationsschaden minimiert werden könnte. Das Vorliegen eines drohenden nicht wieder gutzumachenden Nach-

teils ist somit hinsichtlich des Antrags auf Aufhebung des Durchsuchungsbefehls vom [...] zu bejahen.

**3.3** Hinsichtlich der Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung vom [...] (Rechtsbegehren 3) leiten die Beschwerdeführerinnen den nicht wieder gutzumachenden Nachteil ebenfalls aus dem bereits genannten Reputationsschaden und dem wirtschaftlichen Schaden sowie aus einem drohenden Rechtsverlust ab. In ihrer Replik bringen sie ferner vor, mit der rechtswidrigen Beschlagnahme werde in ihre Freiheit der informationellen Selbstbestimmung eingegriffen. Auch lasse sich eine nachträgliche Nichtverwertung kaum mehr bewerkstelligen.

**3.3.1** Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, der nicht wieder gutzumachende Nachteil müsse sich aus dem (vorübergehenden) Entzug der alleinigen Verfügungsgewalt über die beschlagnahmten Gegenstände ergeben, andere Nachteile würden mit der Beschlagnahmeverfügung kaum in Verbindung stehen. Vorliegend seien Kopien der beschlagnahmten Dokumente erstellt und die Originale an die Beschwerdeführerinnen retourniert worden. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil daraus, dass die Wettbewerbsbehörden über Kopien der Dokumente verfügten, sei nicht ersichtlich.

**3.3.2** Bei Beschlagnahmen durch Reproduktion, d.h. wenn anlässlich der Hausdurchsuchung Kopien und Scans der relevanten physischen und elektronischen Dokumente erstellt werden, entfällt der Entzug der Verfügungsgewalt. Beschlagnahmeobjekt ist diesfalls nicht der Gegenstand an sich, sondern die darin enthaltenen Informationen (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 182). Bei Beschlagnahmen durch Reproduktion kann nicht vorausgesetzt werden, dass sich der nicht wieder gutzumachende Nachteil aus dem (vorübergehenden) Entzug der alleinigen Verfügungsgewalt ergibt. Andernfalls könnten die Untersuchungsbehörden mit einer Beschlagnahme durch Reproduktion eine Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung unterlaufen.

**3.3.3** Beschlagnahmen durch Reproduktion stellen Eingriffe in die Freiheit der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen dar. Die Betroffenen können nicht mehr frei darüber bestimmen, wie die entsprechenden Informationen verwendet werden (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 182). Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten, können die Informationen gegen ihren Willen im Untersuchungsverfahren durchsucht und verwertet werden. Daran vermag auch der Hinweis der Vorinstanz, für den Entscheid nur verwertbare Beweismittel beziehen zu dürfen, nichts zu ändern. Das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ist somit auch hinsichtlich des Antrages auf Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung zu bejahen.

**3.4** Die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist somit sowohl betreffend Durchsuchungsbefehl als auch betreffend Beschlagnahmeverfügung erfüllt. Bei dieser Ausgangslage kann offengelassen werden, ob sich ein solcher Nachteil auch aufgrund eines drohenden Rechtsverlusts ergäbe.

**3.4.1** Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon (E. 5.3.3), beim Durchsuchungsbefehl handle es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Für die Durchsuchung von Dokumenten sehe Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsiegelungsverfahren vor. Unabhängig davon sei eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich. Unterbleibe sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, könne nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden.

**3.4.2** Die Beschwerdeführerinnen folgern daraus, ohne Anfechtung des Durchsuchungsbefehls und ohne Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente (bzw. Beschwerde gegen deren Beschlagnahme) könne nachträglich mit Beschwerde gegen den Endentscheid kein Verwertungsverbot mehr geltend gemacht werden. Es drohe somit ein Rechtsverlust. Nach Auffassung der Vorinstanz sind die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts hingegen nicht streng wörtlich zu verstehen. Der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs würden es gebieten, verfahrensrechtliche Einwendungen umgehend nach Kenntnisnahme eines Mangels vorzubringen, andernfalls ihre spätere Anrufung in der Regel verwerke. Dabei reiche es jedoch aus, solche formellen Rügen bei der das Verfahren führenden Instanz anzubringen. Beim Sachverhalt, der dem Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon zugrunde gelegen habe, habe die Beschwerdeführerin die Rüge der unzulässigen Durchsuchung erstmals nach dem erstinstanzlichen Urteil vorgebracht.

#### 4.

**4.1** Zur Beschwerdeführung ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a bis c VwVG).

**4.2** Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind durch die beiden angefochtenen Verfügungen besonders berührt.

**4.3** Ob auch die Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügungen erfüllt ist, ist nachfolgend für die beiden Zwischenverfügungen einzeln zu prüfen.

**4.4** Hinsichtlich der Anfechtung des Durchsuchungsbefehls bringen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde vor, das Bundesverwaltungsgericht habe den Durchsuchungsbefehl im vorne bereits erwähnten Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon als selbständig anfechtbare Zwischenverfügung qualifiziert und gehe somit offensichtlich von einer Beschwerdemöglichkeit aus. Die nachteiligen Folgen einer widerrechtlichen Hausdurchsuchung (Grundrechtsverletzung, Reputationsschaden, Schaden in der täglichen Geschäftsausübung) seien schwerwiegend und langanhaltend, womit ein praktisches aktuelles Interesse zu bejahen sei. Zudem seien auch die Voraussetzungen gege-

ben, um ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten.

**4.4.1** Die Vorinstanz vertritt demgegenüber in ihrer Vernehmlassung die Auffassung, bei der Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl fehle es an einem schutzwürdigen aktuellen praktischen Interesse. Die angeordnete Durchsuchung der Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen habe bereits stattgefunden und sei abgeschlossen. Die Aufhebung des Durchsuchungsbefehls ändere daran nichts mehr. Auch aus dem Urteil B-581/2012 vom 16. September 2016 i.S. Nikon ergebe sich für den vorliegenden Fall nichts anderes. Schliesslich seien vorliegend auch die Voraussetzungen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf ein aktuelles praktisches Interesse nicht erfüllt. Die Klärung der strittigen Fragen aus dem Durchsuchungsbefehl sei regelmässig vorfrageweise möglich, so zum Beispiel im Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafrecht sowie bei Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung und gegen den Endentscheid.

**4.4.2** In ihrer Replik bringen die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich des ausnahmsweisen Verzichts auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses vor, die von der Vorinstanz erwähnten anderen Möglichkeiten zur (vorfrageweisen) Klärung der Frage der Rechtmässigkeit einer Hausdurchsuchung seien nicht stichhaltig. Eine gerichtliche Überprüfung des Durchsuchungsbefehls sei mit Beschwerde gegen den Endentscheid nicht mehr möglich und beim Entsiegelungsverfahren habe es das Unternehmen nicht selber in der Hand, ob es überhaupt zu einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung komme. Ferner gehe es vorliegend nicht um zufällige, einzelfallbezogene Modalitäten, sondern um Fragen, die sich auch zukünftig mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellen können. So bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der gerichtlichen Klärung der Frage, inwieweit ein Unternehmen darauf vertrauen dürfe, dass in Bezug auf einen im Rahmen einer Marktbeobachtung geklärten und für unbedenklich erachteten Sachverhalt später keine Hausdurchsuchungen durchgeführt würden.

**4.4.3** Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Duplik, ein Gericht müsse alle entscheiderelevanten Frage mit derselben Tiefe behandeln, weshalb Vorfragen ebenso genau geprüft würden wie Hauptfragen. Es gehe vorliegend auch nicht um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, denn der fragliche Sachverhalt sei in der [...] abgeschlossenen Marktbeobachtung nicht für unbedenklich erklärt worden. Die Frage, was in dieser Marktbeobachtung abgeklärt worden sei und sich daraus für die neu eröffnete Untersuchung ergebe, sei individuell und fallbezogen zu beantworten.

**4.4.4** In der Regel wird ein Interesse nur dann als schutzwürdig erachtet, wenn es im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und insofern im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (BGE 141 II 14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-1471/2016 vom 06. Oktober 2020 E. 1.3.3, m.w.H.; vgl. ISABELLE HÄNER, Kommentar VwVG, Art. 48 Rz. 22; MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 15). Ausnahmsweise wird auf das Erfordernis des

aktuellen Interesses verzichtet, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnten, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall sonst kaum je möglich wäre und deren Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 141 II 14 E. 4.4, 139 I 206 E. 1.1, Urteil des BGer 2C\_11/2012 vom 25. April 2012 E. 2.2; Urteile des BVGer B-1471/2016 E. 1.3.3, B-672/2018 vom 4. Juni 2019 E. 1.2.2; MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N 15).

**4.4.5** Die herrschende Lehre zum Kartellrecht geht davon aus, dass eine nachträgliche Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl typischerweise am Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses scheitert. Die Massnahmen seien abgeschlossen und der Beschwerdeführer dadurch nicht mehr beschwert (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 270; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 150; CHRISTIAN BOVET/YASMINE SABRY, in: Martenet/Bovet/Tercier, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 42 N 126 [nachfolgend zit.: {Autor}, CR Concurrence]). Ob auf die Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbefehl einzutreten ist und namentlich ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, ist grundsätzlich aber in jedem Einzelfall zu prüfen (vgl. auch BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 269).

**4.4.6** Vorliegend kann auf diese Prüfung verzichtet werden, da die unter Ziff. 4.4.4 erwähnten Voraussetzungen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf das aktuelle Interesse gegeben sind. So ist eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung eines Durchsuchungsbefehls kaum je möglich. Der Durchsuchungsbefehl wird seinem Zweck entsprechend sofort vollstreckt (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 270 f.). Mit vorliegender Beschwerde wird sodann erstmals ein Durchsuchungsbefehl der WEKO vor Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die konkret aufgeworfenen Fragen der Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung wurden somit vom Bundesverwaltungsgericht noch nie beantwortet. Zwar ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass solche Fragen vorfrageweise namentlich im Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafgericht sowie bei Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung geprüft werden können (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 281 und 289; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 143). Die vorfrageweise Beurteilung schlägt sich - selbst wenn sie mit der gleichen Tiefe wie die Hauptfrage behandelt würde - jedoch nicht im Dispositiv nieder und entfaltet deshalb keine Rechtskraftwirkung (FLÜCKIGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 7 N 38 m.H.; s. Beschluss des [...] vom [...]).

**4.4.7** Die aufgeworfenen Fragen rund um die Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht und Ermittlungsbedarf (insbesondere auch bei bereits früher durchgeführten Marktbeobachtungen oder Abklärungen der WEKO im Zusammenhang mit dem betroffenen Unternehmen) können sich zudem zumindest teilweise unter ähnlichen Umständen wieder stellen. Deren Beantwortung liegt wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse.

**4.5** Bei Beschwerden gegen Beschlagnahmeverfügungen liegt regelmässig ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung vor, da die die Beschlag-

nahme - anders als die Hausdurchsuchung - anhält (vgl. BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 150).

**4.5.1** Die Vorinstanz bestreitet auch hier das Vorliegen eines aktuellen praktischen Interesses, weil die Beschwerdeführerinnen ihr schutzwürdiges Interesse an einer Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung ausschliesslich aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der Durchsuchung ableiten würden. Zudem bestehe kein schutzwürdiges Interesse an einem formalen Leerlauf, da die Beschwerdeführerinnen wegen ihrer geltend gemachten Kooperationsbereitschaft bereit wären, die beschlagnahmten und zurückgegebenen physischen Gegenstände wieder einzureichen.

**4.5.2** Wie bereits unter E. 3.3.2 festgehalten, stellen Beschlagnahmen durch Reproduktion Eingriffe in die Freiheit der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen dar, da sie nicht mehr frei darüber bestimmen können, wie die entsprechenden Informationen verwendet werden. Die Beschlagnahme und der Eingriff in dieses Grundrecht dauern an. Aus einer im Beschwerdeverfahren geltend gemachten grundsätzlichen Kooperationsbereitschaft kann zudem nicht per se auf ein fehlendes aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung einer Beschlagnahmeverfügung geschlossen werden. Ein schutzwürdiges aktuelles Interesse an der Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung ist deshalb zu bejahen.

**4.6** Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen eventualiter, die Rechtswidrigkeit der Beschlagnahmeverfügung und der Anordnung der Hausdurchsuchung durch den Durchsuchungsbefehl festzustellen (Rechtsbegehren 2 und 4).

**4.6.1** Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG), wobei dieser Begriff gleich zu verstehen ist wie bei der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG (BGE 139 V 143 E. 3; BVGE 2010/12 E. 2.3; ISABELLE HÄNER, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.30). Eine Feststellungsverfügung kann sodann nur dann erlassen werden, wenn sich das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung wahren lässt. Dieses Erfordernis der Subsidiarität gilt zwar nicht absolut. Insbesondere wenn mit dem vorgängigen Erlass einer Feststellungsverfügung grundlegende Fragen vorweg geklärt und ein aufwendiges Verfahren vermieden werden kann, muss das Erfordernis der Subsidiarität weichen (Urteile des BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.1.2; A-1875/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 2.1; vgl. ISABELLE HÄNER, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N 21).

**4.6.2** Da auf die Beschwerden auf Aufhebung des Durchsuchungsbefehls und der Beschlagnahmeverfügung eingetreten wird, fehlt den Beschwerdeführerinnen zufolge des Erfordernisses der Subsidiarität ein schutzwürdiges Interesse an den beiden eventualiter gestellten Feststellungsbegehren. Umstände, bei welchen auf das Erfordernis der Subsidiarität verzichtet werden könnte, liegen vorliegend ebenfalls nicht vor, weshalb auf die Rechtsbegehren 2 und 4 der Beschwerdeführerinnen nicht einzutreten ist.

**5.**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Unter Vorbehalt der Erwägungen 2.4 und 4.6.2 ist deshalb auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen einzutreten.

**6.**

**6.1** Hausdurchsuchungen sind zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (1), es wahrscheinlich ist, dass sich in den zu durchsuchenden Räumen Beweismittel befinden (2), die Hausdurchsuchung verhältnismässig ist (3), und ein Hausdurchsuchungsbefehl vorliegt (4). Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 48; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 3.126).

**6.2** Die formellen Voraussetzungen für die Durchführung der Hausdurchsuchung sind vorliegend unumstritten gegeben. Ein Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz hat auf Antrag des Sekretariates vom [...] den schriftlichen Durchsuchungsbefehl [...] erlassen. Im Durchsuchungsbefehl vom [...] sind die zu durchsuchenden Räumlichkeiten und der Grund der Hausdurchsuchung hinreichend bestimmt (vgl. BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 62; BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 190 und 194 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.121).

**6.3**

**6.3.1** Wie soeben erwähnt, wird in materieller Hinsicht vorausgesetzt, dass ein hinreichender Tatverdacht bzw. ein konkreter Ermittlungsbedarf gegeben ist. Als hinreichender Tatverdacht gilt ein durch tatsächliche Anhaltspunkte objektiv begründeter Anfangsverdacht gegenüber der von der Zwangsmassnahme betroffenen Person oder gegenüber Dritten, der es nach der Erfahrung als möglich erscheinen lässt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 49 f. m.H.). Der Sachverhalt muss ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zudem müssen ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen (Urteile des BStGer BV.2009.30, BV.2009.31, BV.2009.32, BE.2010.1, BE.2010.2, BE.2010.3 vom 10. März 2010 E. 4.3.1). An den hinreichenden Tatverdacht sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen, in der Regel genügt eine substantiierte Anzeige eines Dritten oder eines beteiligten Unternehmens (Selbstanzeige; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 52 m.H. auf BGE 106 IV 413 E. 4.a). Der konkrete Ermittlungsbedarf verlangt, dass die Gegenstände, auf deren Beschlagnahme die Durchsuchung gerichtet ist, einen Bezug zum relevanten Sachverhalt aufweisen (potentielle Beweiseignung). Weiter muss die Hausdurchsuchung darauf zielen, Unterlagen zu noch offenen Sachverhaltsfragen zu beschaffen (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 200).

**6.3.2** Z. \_\_\_\_\_ reichte dem Sekretariat mit Eingaben vom [...] und [...] eine Anzeige ein. Darin werden insbesondere die [...] der Beschwerdeführerinnen und der [...]

sowie deren Umsetzung umschrieben. Z. \_\_\_\_\_ untermauerte ihre Anzeige mit Beweismitteln - konkret mit zwei Sitzungsprotokollen von sogenannten [...] Sitzungen und mit [...] von verschiedenen [...] an diverse [...] aus den Jahren [...] bis [...]. Insbesondere aus den [...] Protokollen geht hervor, dass die [...] gemeinsam mit den Beschwerdeführerinnen Disziplinierungsmassnahmen vereinbart haben, [...].

**6.3.3** Dennoch wenden die Beschwerdeführerinnen ein, vorliegend fehle es sowohl an einem hinreichenden Tatverdacht als auch an einem Ermittlungsbedarf. Ihr Geschäftsmodell sei von den Wettbewerbsbehörden schon mehrfach überprüft und für wettbewerbsrechtlich unbedenklich befunden worden. Den Wettbewerbsbehörden seien spätestens seit der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] die angeblich zu untersuchenden Vorwürfe und Tatsachen bekannt. Gegenstand des laufenden Untersuchungsverfahrens seien gemäss Eröffnungsschreiben und Durchsuchungsbefehl der Vorinstanz die Disziplinierungsmassnahmen (bis hin zur [...]) [...]. All diese Aspekte seien aber schon Gegenstand der folgenlos eingestellten Marktbeobachtung "[...]" gewesen. Die Disziplinierungsmassnahmen, namentlich auch die [...], hätten damals in der Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ vom [...] bzw. im Fragebogen des Sekretariates vom [...], in der Beantwortung des Fragebogens vom [...] sowie in der Präsentation des Geschäftsmodells vom [...] gegenüber dem Sekretariat Erwähnung gefunden. Bei der Präsentation des Geschäftsmodells seien die Vertreter von [...] explizit auf die sogenannten [...] Sitzungen eingegangen. Ebenso seien anlässlich der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] [...] in mehreren Schreiben nachweislich thematisiert worden. [...] Im Ergebnis seien keine Sachverhaltsfragen offen. Neue Aspekte oder Hinweise auf eine unzulässige Verhaltensweise von [...] im Vergleich zur Marktbeobachtung [...] gebe es nicht.

**6.3.4** Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung demgegenüber vor, es treffe zwar zu, dass sich die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit bereits mehrfach mit dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen auseinandergesetzt hätten. Mit der Anzeige vom [...] habe Z. \_\_\_\_\_ der Vorinstanz aber Sachverhaltselemente zur Kenntnis gebracht, die ihr bis dahin nicht bekannt gewesen seien, so insbesondere die [...] Disziplinierungsmassnahmen, die im Zentrum der neuen Untersuchung stünden. Der angezeigte Sachverhalt, der der Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] zugrunde gelegen habe, sei anders gelagert gewesen. Damals habe der Fokus auf Vorwürfen gelegen, die primär die Gebührenregelung der Beschwerdeführerinnen umfasst hätten. Die Disziplinierungsmassnahmen [...] seien lediglich am Rande, oberflächlich und zum Schluss der Marktbeobachtung erwähnt worden. Das Sekretariat habe sie zudem als [...] Massnahmen [...] verstanden. Schliesslich habe das Sekretariat mit Beendigung der Marktbeobachtung den Beschwerdeführerinnen keinen sogenannten "comfort letter" ausgestellt, der bestätige, dass das Verhalten mit dem Kartellrecht vereinbar sei. Vielmehr habe es sich im Schreiben vom [...] zur Einstellung der Marktbeobachtung explizit vorbehalten, bei neuen Hinweisen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen "die Geschäftspraktiken der [...] inskünftig erneut zu würdigen". Schliesslich sei die Vorinstanz auch nicht an die Ein-

schätzung des Sekretariates gebunden, zumal eine Marktbeobachtung geführt worden sei und die Beschwerdeführerinnen nicht eine Überprüfung ihres Geschäftsmodells mittels Beratung (Art. 23 Abs. 2 KG) oder Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) in Anspruch genommen hätten.

**6.3.5** In ihrer Replik bestreiten die Beschwerdeführerinnen, die Disziplinierungsmassnahmen nur beiläufig erwähnt zu haben. Die Wettbewerbsbehörden hätten nach Treu und Glauben die Disziplinierungsmassnahmen nur als [...] verstehen können, dies ergebe sich insbesondere aus den Folien zur Präsentation vom [...] und ihrer Beantwortung des Fragebogens vom [...].

**6.3.6** Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik daran fest, die Disziplinierungsmassnahmen [...] verstanden zu haben. Beim Verständnis des Sekretariates handle es sich um ein subjektives Sachverhaltelement, über welches nur das Sekretariat Auskunft geben könne.

**6.3.7** Marktbeobachtungen verschaffen den Wettbewerbsbehörden Kenntnisse über die Wettbewerbsverhältnisse auf den beobachteten Märkten. Die so gewonnene Informationsbasis ermöglicht es, anschliessend eine Vorabklärung oder eine Untersuchung zu eröffnen (SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, Dike-KG, Art. 45 N 5). Die Marktbeobachtung ist kein kartellrechtliches Verfahren, auch kein informelles Verfahren, sondern lediglich informelles Verwaltungshandeln. Bei der Marktbeobachtung können sich die Wettbewerbsbehörden nicht auf Untersuchungsmassnahmen stützen und die Unternehmen haben keine Auskunftspflicht (SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, Dike-KG, Art. 45 N 9 f.). Auf die Durchführung einer Marktbeobachtung besteht kein Anspruch und die Beendigung derselben kann nicht angefochten werden. Umgekehrt besteht für ein Unternehmen, dessen Verhalten beobachtet wird, kein Anspruch darauf, dass das Sekretariat diesem die Vereinbarkeit seines Verhaltens mit dem Kartellrecht bei Beendigung der Marktbeobachtung bestätigt (sog. comfort letter). Die Einstellung der Marktbeobachtung wird den beobachteten Unternehmen in der Praxis mitgeteilt, jedoch in der Regel mit dem Vorbehalt, dass das Verhalten jederzeit erneut untersucht werden kann (SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, Dike-KG, Art. 45 N 14).

**6.3.7.1** Vorliegend wurde die Marktbeobachtung "[...]" im [...] eingestellt. Dabei teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen mit, sie habe keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 5 und/oder 7 KG feststellen können, behalte sich aber ausdrücklich vor, bei neuen Hinweisen die Geschäftspraktiken erneut zu würdigen. Damit hat das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen die Vereinbarkeit ihres Verhaltens mit dem Kartellrecht gerade nicht bestätigt (gleich [...]).

**6.3.7.2** Aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Unterlagen zur Marktbeobachtung "[...]" im Jahr [...] geht zudem hervor, dass bei der Marktbeobachtung [...] die Gebührenregelung und nicht die Disziplinierungsmassnahmen im Fokus stand. Die Disziplinierungsmassnahmen, die nun in der Untersuchung "[...]" im Zentrum stehen, fanden jedoch nachweislich Erwähnung. Es liegen aber keine Anhaltspunkte vor, die darauf schliessen liessen, dass die Disziplinierungsmassnah-

men im Rahmen der Marktbeobachtung vom Sekretariat eingehend "untersucht" worden wären. Ebenso ist zwar erwiesen, dass die Beschwerdeführerinnen die Disziplinierungsmassnahmen insbesondere an der Präsentation vom [...] erwähnt haben, es kann jedoch nicht davon gesprochen werden - was im Übrigen von den Beschwerdeführerinnen auch nicht behauptet wird -, die Beschwerdeführerinnen hätten die Disziplinierungsmassnahmen proaktiv ins Zentrum gerückt, zumal diese erst und nur mit Folien Nr. 63 bzw. 66, und damit am Ende ihrer Präsentation, genannt wurden.

**6.3.7.3** Mit der Begründung, die Wettbewerbsbehörden hätten betreffend Disziplinierungsmassnahmen bereits weitgehende Ermittlungen durchgeführt und verfügten über umfassende und ausreichende Informationen, kann für die Untersuchung "[...]" ein Ermittlungsbedarf somit nicht in Abrede gestellt werden. Auch konnten und durften die Beschwerdeführerinnen nicht davon ausgehen, mit der informellen Marktbeobachtung seien die [...] Disziplinierungsmassnahmen umfassend untersucht und ausdrücklich für kartellrechtlich unbedenklich erachtet worden. Unter diesen Umständen ist es letztlich irrelevant, ob das Sekretariat die Disziplinierungsmassnahmen anlässlich der Marktbeobachtung "[...]" als [...] Massnahmen verstanden hat oder hätte verstehen müssen.

**6.3.8** Weiter wenden die Beschwerdeführerinnen ein, es fehle auch an einem konkreten Ermittlungsbedarf bzw. Tatverdacht, da das im Rahmen des Untersuchungsverfahrens ihr und den [...] vorgeworfene Verhalten vor dem Hintergrund der jüngst bestätigten Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden (RPW 2020/2, S. 405 ff. - Einkaufskooperation) und der Europäischen Kommission betreffend Einkaufsgemeinschaften (Mitteilungen der Europäischen Kommission - Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit [ABl. 2011/C 11/01] Rz. 194 ff.) offensichtlich zulässig sei.

**6.3.8.1** Auch diesem Vorbringen kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn wie die Vorinstanz zutreffend festhält, unterscheidet sich das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen vom Geschäftsmodell einer klassischen Einkaufsgemeinschaft. Entsprechend wird in der laufenden Untersuchung zu prüfen sein, inwiefern dieses Geschäftsmodell ähnlich zu beurteilen ist wie klassische Einkaufsgemeinschaften, welche unter bestimmten Umständen prokompetitiv wirken und deshalb kartellrechtlich zulässig sein können (vgl. RPW 2020/2, S. 405 ff., - Einkaufskooperation). Selbst wenn das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen anhand des gleichen Prüfmusters zu beurteilen ist wie klassische Einkaufsgemeinschaften, steht die Zulässigkeit der untersuchten Wettbewerbsabreden noch nicht ohne Weiteres fest. Denn die Frage, inwiefern [...] Disziplinierungsmassnahmen, namentlich [...], unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 1 KG darstellen können, haben die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte bisher noch nicht beurteilt.

**6.3.9** Zusammengefasst ergibt sich, dass die Wettbewerbsbehörden in Bezug auf unzulässige Wettbewerbsabreden [...] zwischen den [...] nach Art. 5 Abs. 3 KG sowie zwischen den Beschwerdeführerinnen und den [...] nach Art. 5 Abs. 1 KG über einen hinreichenden

Tatverdacht verfügten. Ebenso bestand Ermittlungsbedarf, zumal gemäss der Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ die [...] -Sitzungen viermal im Jahr stattfinden und die angeblich koordinierten Disziplinierungsmassnahmen seit rund zehn Jahren bestehen sollen. Entsprechend verfügten die Wettbewerbsbehörden mit den von Z. \_\_\_\_\_ eingereichten Unterlagen mutmasslich erst über einen kleinen Ausschnitt des mutmasslich vorhandenen Beweismaterials (vgl. [...]).

## 6.4

**6.4.1** Hausdurchsuchungen sind weiter nur dann zulässig, wenn es wahrscheinlich ist, dass sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten Gegenstände befinden, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VStrR; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 55; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.119).

**6.4.2** Die Wettbewerbsbehörden gingen davon aus, dass sich in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen weitere [...] -Protokolle und andere Dokumente in diesem Zusammenhang (bspw. Listen, interne Korrespondenz) befinden und beschlagnahmt werden können. Wie bereits erwähnt sollen gemäss Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ die [...] -Sitzungen viermal im Jahr stattfinden und die [...] Disziplinierungsmassnahmen sollen seit rund zehn Jahren bestehen. Weiter nahmen die Wettbewerbsbehörden an, was folgt zu finden: (1) allfällige Korrespondenz zwischen den Beschwerdeführerinnen und den einzelnen [...] über die Umsetzung der geplanten Disziplinierungsmassnahmen, (2) Korrespondenz zwischen den Beschwerdeführerinnen und den [...] über wiederkehrende Vertragsverhandlungen, (3) Unterlagen, welche Aufschluss über die Gebühren und Zahlungen geben.

**6.4.3** Die Beschwerdeführerinnen bestreiten weitestgehend nicht, dass es wahrscheinlich erschien, in ihren Räumlichkeiten Gegenstände zu finden, die als Beweismittel von Bedeutung sein können. Sie bringen in anderem Kontext zwar vor, bei ihnen könnten keine [...] gefunden werden, da diese nur von Handelspartnern ausgehen könnten. Allerdings wendet die Vorinstanz dagegen zu Recht ein, dass die [...] den Beschwerdeführerinnen - zumindest teilweise - in Kopie zugestellt wurden (vgl. Beilage 3 zur Duplik vom [...]). Da die Beschwerdeführerinnen mutmasslich nicht nur [...] und damit Mittelpunkt der [...] -Aktivitäten bildeten, lag die Erwartung nahe, am ehesten am Ort ihrer Geschäftstätigkeit auf Hinweise für ein Abredeverhalten zu stossen. Diese Voraussetzung ist somit ebenfalls gegeben.

## 6.5

**6.5.1** Schliesslich müssen Hausdurchsuchungen auch verhältnismässig sein. Sie müssen zur Erreichung des angestrebten Ziels kumulativ geeignet und erforderlich sein. Zudem muss der Eingriffszweck in einem vernünftigen Verhältnis zur Eingriffswirkung stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn; BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 202; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 57; BOVET/SABRY, CR Concurrence, Art. 42 N 66).

**6.5.2** Die Hausdurchsuchung bildete vorliegend sicherlich eine geeignete Massnahme. Wie oben dargelegt (vgl. E. 6.4.2), erschien es wahrscheinlich, dass sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten Gegenstände

befinden, die der Beschlagnahme unterliegen (vgl. BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 203 f.).

**6.5.3** Erforderlich sind Hausdurchsuchungen dann, wenn keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreicht (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 205; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 59). Erforderlich sind Hausdurchsuchungen insbesondere bei Kollusionsgefahr, wenn somit zu befürchten ist, die Betroffenen könnten Beweismittel vernichten oder beiseite schaffen, sobald sie von der Untersuchung Kenntnis erhalten. Mildere Untersuchungsmassnahmen wie eine Editionsverfügung nach Art. 40 KG kommen bei einer solchen Sachlage regelmässig nicht in Betracht. Ausserdem eignen sich Auskunfts- und Editionsbegehren nicht um Unterlagen heraus zu verlangen, die nicht genau bestimmbar sind oder über deren Existenz Unklarheit herrscht, wie beispielsweise schriftliche Korrespondenz, E-Mails, Notizen, Sitzungsprotokolle (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 205; vgl. auch BOVET/SABRY, CR Concurrence, Art. 42 N 67). Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit gilt es zudem zu berücksichtigen, dass sich harte Kartelle zunehmend professionalisieren und ihre Methoden verfeinern, um einer Aufdeckung und Sanktionierung zu entgehen (Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, 2038; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 59; BOVET/SABRY, CR Concurrence, Art. 42 N 68). In solchen Fällen erscheinen mildere Massnahmen wie z.B. Auskunftsbegehren zur Beibringung von Beweisen nicht gleich geeignet und die Hausdurchsuchung wird regelmässig als das mildeste zwecktaugliche Mittel angesehen (Urteil des BStGer BE.2007.10-13 vom 14. März 2008 E. 5.3; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 59, vgl. auch BOVET/SABRY, CR Concurrence, Art. 42 N 68).

**6.5.4** Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Hausdurchsuchung sei über das Erforderliche hinausgegangen. Den Wettbewerbsbehörden sei mit der Editionsverfügung nach Art. 40 KG (verbunden mit der Möglichkeit einer Sanktionsandrohung) ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden, um die benötigten Informationen und Dokumente einzuholen. Sie, die Beschwerdeführerinnen, hätten in der Vergangenheit mit den Wettbewerbsbehörden stets vorbehaltlos kooperiert und sämtliche angeforderten Dokumente oder erfragten Informationen innert Frist eingereicht. Zudem seien sie von der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit ihres Geschäftsmodells überzeugt. Daher habe keine Kollusionsgefahr bestanden. Ausserdem seien sie im Untersuchungsverfahren nicht sanktionsbedroht, da ihnen lediglich ein Tatbestand gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorgeworfen werde.

**6.5.5** Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, das Sekretariat könne in der Regel nicht davon ausgehen, dass die mutmasslich an der Abrede beteiligten Unternehmen dem Sekretariat die zur Sachverhaltsabklärung notwendigen Informationen gestützt auf eine Auskunfts- und Editionsverfügung nach Art. 40 KG lückenlos und ungefiltert zur Verfügung stellten, wenn sie über Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 und/oder 7 KG verfüge. Das Sekretariat habe aufgrund der Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ Kenntnis von neuen Sachverhaltselementen erhalten, welche Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden dargestellt hätten. Die

Beschwerdeführerinnen hätten diese gegenüber dem Sekretariat in der Vergangenheit nicht vollständig offengelegt. Deshalb habe das Sekretariat damit rechnen müssen, dass die Beschwerdeführerinnen die zur Sachverhaltsabklärung notwendigen Informationen gestützt auf eine entsprechende Auskunftsbzw. Editionsverfügung nicht lückenlos und ungefiltert einreichen würden. Vielmehr habe Kollusionsgefahr bestanden.

**6.5.6** Die Beschwerdeführerinnen wenden in ihrer Replik ein, die Verhältnismässigkeit sei in jedem Einzelfall zu prüfen, auch bei Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 und/oder 7 KG. Weiter halten sie daran fest, dass mit einer strafbewehrten Auskunftsverfügung ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden wäre. Zumal es den Wettbewerbsbehörden aufgrund der dokumentierten Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ möglich gewesen wäre, zu überprüfen, ob sie die relevanten Informationen tatsächlich eingereicht hätten. Schliesslich seien den Wettbewerbsbehörden die relevanten Informationen aufgrund der Marktbeobachtung aus den Jahren [...] und der Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ bereits bekannt gewesen.

**6.5.7** Mit den Beschwerdeführerinnen ist festzuhalten, dass die Verhältnismässigkeit und damit insbesondere auch der Aspekt der Erforderlichkeit in jedem Einzelfall zu prüfen ist. Dem widerspricht aber nicht, wenn - mit der Vorinstanz - im Sinne eines allgemeinen Erfahrungssatzes davon ausgegangen wird, dass bei Anhaltspunkten für schwere und sanktionsbedrohte Wettbewerbsbeschränkungen die Kollusionsgefahr in der Regel erhöht ist. Vorliegend bestehen zumindest hinsichtlich der [...] Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, mithin für schwerste Wettbewerbsbeschränkungen. Gegenüber den Beschwerdeführerinnen besteht zwar - da sie nicht im direkten oder potentiellen Wettbewerb mit den [...] stehen - "nur" der Verdacht von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass sich harte Kartelle zunehmend professionalisieren und ihre Methoden verfeinern, um einer Aufdeckung und Sanktionierung zu entgehen (BBI 2002 2022, 2038). Da ausserdem die Vorinstanz die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte (vgl. Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2) und die Beschwerdeführerinnen sich im Untersuchungsverfahren nicht selbst belasten müssen (Urteil des BVer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.2), ist sie damit zu Recht von einer allgemein erhöhten Kollusionsgefahr ausgegangen.

**6.5.8** Gewisse Unterlagen wie etwa die Protokolle der mutmasslich vierteljährlich stattfindenden [...] Sitzungen waren zwar relativ genau bestimmbar. Andere Dokumente in diesem Zusammenhang (Listen, interne Korrespondenz, etc.) waren aber nicht genau bestimmbar und über deren Existenz herrschte auch Unklarheit. Auch in solchen Konstellationen eignen sich Auskunftsbzw. Editionsbegehren nicht, um Unterlagen heraus zu verlangen (vgl. oben E. 6.5.3).

**6.5.9** Selbst wenn sich die Beschwerdeführerinnen in der Vergangenheit gegenüber den Wettbewerbsbehörden kooperativ verhalten haben und Auskunftsgesuche fristgerecht beantwortet sowie Informationen geliefert haben, kann daraus nicht ohne Weiteres geschlossen

werden, dass sie im vorliegenden Verfahren gestützt auf eine Auskunftsbzw. Editionsverfügung nach Art. 40 KG sämtliche, mitunter mutmasslich auch belastende Informationen zu den Disziplinierungsmassnahmen lückenlos und ungefiltert zur Verfügung gestellt hätten.

**6.5.10** Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, mit einer strafbewehrten Auskunftsverfügung sei ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden, da die Wettbewerbsbehörden aufgrund der dokumentierten Anzeige von Z. \_\_\_\_\_ hätten überprüfen können, ob sie die relevanten Informationen tatsächlich eingereicht hätte, verkennen sie, dass bei Kollusionsgefahr nicht verlangt werden kann, dass die Wettbewerbsbehörden vorgängig zur Edition auffordern. Dadurch bestünde die Gefahr, dass der Zweck der Massnahme vereitelt wird (vgl. BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 205). Denn bei Kollusionsgefahr besteht gerade die Gefahr, dass Beweismittel vernichtet oder beiseitegeschafft werden. Wäre dies bei einer vorgängigen Editionsaufrufung der Fall, würde es der untersuchenden Behörde hinsichtlich der noch ausstehenden Beweisbeschaffung nichts mehr nützen, wenn sie anhand bereits vorhandener Unterlagen überprüfen kann, ob sämtliche Unterlagen eingereicht wurden.

**6.5.11** Ebenso nichts zugunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten lässt sich aus ihrem Vorbringen, sie seien von der Unbedenklichkeit ihres Geschäftsmodells überzeugt, weshalb keine Kollusionsgefahr bestanden habe. Denn dabei handelt es sich um eine subjektive Einschätzung der Beschwerdeführerinnen, von welcher die Vorinstanz keine Kenntnis haben und welche sie im Vorfeld auch nicht erheben konnte. Schliesslich lässt sich die Erforderlichkeit der Hausdurchsuchung auch nicht mit dem angeblich fehlenden Ermittlungsbedarf verneinen. Ein solcher liegt wie in den Erwägungen 6.3 und 6.4 aufgezeigt gerade vor. Insgesamt erwies sich die Anordnung der Hausdurchsuchung deshalb als erforderlich. Es war davon auszugehen, dass keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.

**6.5.12** Um zu beurteilen, ob eine Hausdurchsuchung verhältnismässig im engeren Sinn ist, ist die gesamte Interessenlage des konkreten Einzelfalls zu würdigen. Im Vordergrund steht das Verhältnis zwischen Eingriffszweck, d.h. die Sachverhaltsabklärung, und Eingriffswirkung (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 208). Dabei ist unter anderem die Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung, die mit der Hausdurchsuchung abgeklärt werden soll, zu berücksichtigen. Schwere Kartellrechtsverstösse, namentlich die mit direkten Sanktionen bedrohten Verhaltensweisen, vermögen eine Hausdurchsuchung eher zu rechtfertigen als andere Formen der Wettbewerbsbeschränkungen (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 209; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 61; BOVET/SABRY, CR Concurrence, Art. 42 N 69). Zu berücksichtigen ist weiter das Verfahrensstadium. Das Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung unterliegt einer umso strengeren Überprüfung, je weiter das Verfahren fortgeschritten ist (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 209 m.H.).

**6.5.13** Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Verhältnismässigkeit i.e.S. sei insbesondere nicht gegeben,

da ihr selbst nur ein nicht direkt sanktionierbares Verhalten vorgeworfen werde. Bei den ihr vorgeworfenen "[...] Wettbewerbsabreden" i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG gehe es um die Umschreibung einer Art Gehilfenschaft, die nach Art. 49a KG nicht direkt sanktionierbar sei. Zwar seien Hausdurchsuchungen bei Dritten in Ausnahmefällen möglich. Ein solcher Ausnahmefall liege jedoch nicht vor, da die in der Untersuchungseröffnung genannten Anhaltspunkte zu schwach und unbestimmt seien und nicht eindeutig auf ein direkt nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 49a KG sanktionierbares Verhalten zielten. Zudem sei nicht ersichtlich, weshalb - nachdem auch bei [...] Hausdurchsuchungen durchgeführt worden seien - zusätzlich bei ihr als Dritte eine Hausdurchsuchung nötig gewesen sei. Für die Beschwerdeführerinnen sei die Hausdurchsuchung vor dem Hintergrund der jahrelangen Untersuchungen [...] und der Einstellung der Marktabklärung "[...]" im Jahre [...] besonders eingriffsintensiv gewesen. Durch das Abstellen und Auswerten der den Wettbewerbsbehörden bereits vorliegenden Unterlagen, wäre die Hausdurchsuchung gar nicht nötig gewesen. Schliesslich wenden sie in ihrer Replik ein, es könne nicht angehen, dass sie als nicht direkt sanktionsbewehrtes Unternehmen für andere Unternehmen "herhalten" müssten.

**6.5.14** Vorab ist festzuhalten, dass die Hausdurchsuchung in casu ganz zu Beginn der kartellrechtlichen Untersuchung "[...]" angeordnet wurde. Der Tatverdacht musste sich somit noch nicht derart konkretisiert und verdichtet haben, wie es bei Hausdurchsuchungen im späteren Verfahrensstadium erforderlich gewesen wäre (vgl. oben E. 6.5.12 und BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 209).

**6.5.15** Weiter ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass es sich bei den Beschwerdeführerinnen nicht um Dritte handelt, sondern um an der mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen. Die mutmasslichen Abreden unter den [...] stellen möglicherweise direkt sanktionierbare Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dar. Die Wettbewerbsbeschränkung, die mit der vorliegenden Hausdurchsuchung abgeklärt wird, gehört damit zu den schwersten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 5 Abs. 3 KG setzt voraus, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen aktuell oder potentiell miteinander im Wettbewerb stehen. Die Beschwerdeführerinnen sind als [...] nicht Wettbewerberinnen der [...]. Aus diesem Grund kann die Abrede zwischen den Beschwerdeführerinnen und den Anschlusshäusern nicht den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG, sondern nur den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen. Das Sekretariat verfügte aber über Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerinnen die Disziplinierungsmassnahmen unter den [...] koordiniert haben und damit an deren Umsetzung mutmasslich massgebend beteiligt gewesen sind, mithin eine zentrale Rolle innehatten, auch wenn ihr gegenüber "nur" der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG in Frage kommt.

**6.5.16** Hinsichtlich den Einwendungen der Beschwerdeführerinnen zum Ermittlungsbedarf kann wiederum auf E. 6.3 und 6.4 verwiesen werden. Ein Ermittlungsbedarf war gegeben. Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, da [...] Hausdurchsuchungen durchgeführt worden seien, sei jene bei ihnen nicht mehr nötig gewesen, gilt es zu

beachten, dass die Behörden bei der Beschränkung der Standorte der Hausdurchsuchung abzuwägen haben, wo sich die Beweismittel am wahrscheinlichsten befinden (vgl. auch Urteil des BStGer BE 2007.10-13 vom 14. März 2008 E. 5.2). Vorliegend verfügten die Wettbewerbsbehörden über Anhaltspunkte, dass die [...] Disziplinierungsmassnahmen von den Beschwerdeführerinnen koordiniert und organisiert wurden. Bei dieser Ausgangslage ist nicht zu beanstanden, wenn die Wettbewerbsbehörden es im Zeitpunkt der Anordnung der Hausdurchsuchung als am wahrscheinlichsten erachteten, die Protokolle der [...] -Sitzungen und weitere Beweismittel bei den Beschwerdeführerinnen zu finden. Die Beschwerdeführerinnen mussten somit nicht in un gerechtfertigter Weise für andere Unternehmen "herhalten".

**6.5.17** Die Wettbewerbsbehörden haben auch bei der Art und Weise der Durchführung der Hausdurchsuchung das Verhältnismässigkeitsprinzip berücksichtigt. Sie haben die zu beschlagnahmenden Gegenstände im Durchsuchungsbefehl zeitlich und sachlich eingegrenzt, von den beschlagnahmten Dokumenten Kopien erstellt und die Originale den Beschwerdeführerinnen kurz nach der Hausdurchsuchung wieder zurückgegeben. Dadurch wurden die Eingriffswirkungen der Hausdurchsuchung minimiert. Überdies waren die Beschwerdeführerinnen bei der Hausdurchsuchung anwaltlich vertreten (Urteil des BStGer BE 2007.10-13 E. 5.4).

**6.5.18** Insbesondere da die mutmasslichen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zu den schwersten Verstössen gegen das Kartellrecht gehören, ist das öffentliche Interesse, im Sinne einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung schädliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (vgl. Art. 1 KG), entsprechend gross. Die mit den Hausdurchsuchungen verbundenen Eingriffswirkungen zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen sind dagegen als weniger erheblich einzustufen, auch wenn die wirtschaftlichen Auswirkungen und Eingriffe in die Grundrechte nicht unerheblich erscheinen. Vergangene Untersuchungen und Marktbeobachtung lassen eine Hausdurchsuchung im Übrigen nicht per se als besonders eingriffsintensiv erscheinen. Im Ergebnis überwiegt der Eingriffszweck das Interesse der Beschwerdeführerinnen, weshalb vorliegend die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne gewahrt ist.

**6.6** Die Hausdurchsuchung bzw. der Durchsuchungsbefehl vom [...] erweist sich als rechtmässig. Das Rechtsbegehren 1 der Beschwerdeführerinnen ist abzuweisen.

## 7.

**7.1** Zu überprüfen ist sodann die Beschlagnahmeverfügung vom [...]. Die Beschlagnahme stellt eine provisorische prozessuale Massnahme zur vorläufigen Beweissicherung dar. Sie muss nicht ausführlich begründet werden (BGE 119 IV 326 E. 7e; BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 226; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 119). Sämtliche beschlagnahmten Gegenstände sind im Beschlagnahmeprotokoll zu verzeichnen (Art. 47 Abs. 2 VStrR). Damit ein Beweismittel beschlagnahmt werden darf, muss es vom Untersuchungsgegenstand, der im Hausdurchsuchungsbefehl beschrieben ist, erfasst sein. Die Beschlagnahmeobjekte müssen zudem als Beweismittel von Bedeutung sein können (potentielle Be-

weiseignung). Eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Beweisobjekt unmittelbar oder mittelbar mit der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung in Zusammenhang steht, reicht nach der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts aus (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VStrR; Urteile des BStGer BV.2014.79 und BP.2014.69 vom 27. Februar 2015 E. 2.4.2; BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 225; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 118). Wie bei der Durchsuchung ist auch bei der Beschlagnahme das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 230; BANGERTER, BSK KG, Art. 42 N 121 f.).

**7.2** Mit der Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung können namentlich allfällige Beschlagnahmehindernisse geltend gemacht werden, etwa dass dem betreffenden Beweismittel die potenzielle Beweiseignung abzusprechen ist. Sodann wird es als zulässig erachtet, vorfrageweise die Voraussetzungen für die Hausdurchsuchung zu überprüfen (BICKEL/WYSSLING, Dike-KG, Art. 42 N 289).

**7.3** Die Beschwerdeführerinnen leiten die geltend gemachte Widerrechtlichkeit der Beschlagnahme aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der Durchsuchung ab. Darüber hinaus machen sie keine Beschlagnahmehindernisse geltend.

**7.4** Wie soeben erwähnt, erweist sich die Hausdurchsuchung bzw. der Durchsuchungsbefehl vom [...] als recht- und verhältnismässig (vgl. oben E. 6). Sämtliche beschlagnahmten Gegenstände wurden im Beschlagnahmeprotokoll vom [...] verzeichnet (vgl. E. C). Weder sind Gründe ersichtlich noch werden solche geltend gemacht, die gegen die potentielle Beweiseignung der beschlagnahmten Gegenstände sprechen. Die Beschlagnahme erweist sich zudem als verhältnismässig. Die zu beschlagnahmenden Gegenstände wurden im Durchsuchungsbefehl zeitlich und sachlich eingegrenzt und die Vorinstanz hat von den beschlagnahmten physischen Dokumenten Kopien erstellt, so dass sich die Originale wieder bei den Beschwerdeführerinnen befinden. Das Rechtsbegehren 3 der Beschwerdeführerinnen erweist sich deshalb ebenfalls als unbegründet und ist abzuweisen.

**8.** Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen die Feststellung der Unverwertbarkeit der beschlagnahmten Gegenstände. Nachdem sie diesen Antrag jedoch ausschliesslich aus der behaupteten Rechtswidrigkeit des Durchsuchungsbefehls (und der Beschlagnahmeverfügung) ableiten, sich der Durchsuchungsbefehl vom [...] und die Beschlagnahmeverfügung vom [...] aber als rechtmässig erweisen, ist auch dieses Rechtsbegehren 5 abzuweisen.

**9.** Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**10.**

**10.1** Ausgangsgemäss sind den Beschwerdeführerinnen (zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung) die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). Vorliegend erscheint eine Gebühr von Fr. [...] angemessen. Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. [...] wird an die Verfahrenskosten angerechnet.

**10.2** Die Beschwerdeführerinnen haben als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VKGE e contrario). Dasselbe gilt - von vornherein - für die Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VKGE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Der Antrag der Vorinstanz, das Verfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken, wird abgewiesen.

**2.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**3.**

Die Verfahrenskosten von Fr. [...] werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Der von ihnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. [...] wird angerechnet.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0506; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

**Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

**B 4 1. Urteil vom 1. Dezember 2021 - Hausdurchsuchung und Beschlagnahme**

*Urteil 2C\_295/2021, 2C\_307/2021 vom 1. Dezember 2021 der II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Verfahrensbeteiligte 2C\_295/2021 und 2C\_307/2021: A.\_\_\_\_\_ AG, B.\_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, in Bern, Beschwerdegegnerin. Gegenstand 2C\_295/2021: Hausdurchsuchung und Beschlagnahme, Verfügungen der WEKO vom 24. August 2020 sowie vom 1. und 2. September 2020, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 4. März 2021. 2C\_307/2021: Entsiegelung, Verfügung der WEKO vom 30. September 2020, Beschwerde gegen den Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 24. Februar 2021.*

**Sachverhalt:**

**A.**

Der Schweizerische Markenartikelverband C.\_\_\_\_\_ erstattete am 27. April 2020 Anzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO). Diese eröffnete am 1. September 2020 gegen mehrere Unternehmen, darunter die A.\_\_\_\_\_ AG, eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

**A.a.** Die WEKO untersucht den Vorwurf, wonach zahlreiche Gross- und Einzelhändler den Zahlungsverkehr (Inkasso) mit ihren Lieferanten über die A.\_\_\_\_\_ AG abwickeln würden. Es gebe Anhaltspunkte, dass diese und mehrere ihr angeschlossene Gross- und Einzelhändler (sog. Anschluss Häuser) gemeinsam Massnahmen vereinbaren würden, um die Lieferanten der Anschluss Häuser dazu anzuhalten, das Inkasso über die A.\_\_\_\_\_ AG abzuwickeln. Die vermuteten koordinierten Massnahmen würden insbesondere die Androhung von kollektiven Auslistungen von Gütern des täglichen Bedarfs umfassen. Im Rahmen der Untersuchung werde geprüft, ob es sich bei diesen mutmasslichen Vereinbarungen um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG handle (vgl. BBI 2020 6873). Bei den Abreden zwischen den Anschluss Häusern könne es sich um unzulässige horizontale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG handeln und in Bezug auf die Abreden zwischen der A.\_\_\_\_\_ AG und den Anschluss Häusern seien unzulässige konglomerate Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG Untersuchungsgegenstand.

**A.b.** Im Zusammenhang mit diesem Untersuchungsverfahren verfügte ein Mitglied des Präsidiums der WEKO gestützt auf Art. 42 Abs. 2 KG und Art. 45-50 des Bun-

desgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) auf Antrag des Sekretariats der WEKO mit Durchsuchungsbefehl vom 24. August 2020 die Durchsuchung der Papiere und Gegenstände, die sich in den Räumlichkeiten sowie den Fahrzeugen der A.\_\_\_\_\_ AG sowie deren konzernmässig verbundenen und affilierten Gesellschaften, namentlich der B.\_\_\_\_\_ AG, befinden. Die Hausdurchsuchung fand am 1. und 2. September 2020 statt. Gemäss Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokoll vom 2. September 2020 wurden 9 Ordner und 1 USB-Stick beschlagnahmt. Betreffend die weiteren sichergestellten elektronischen Daten erhob die A.\_\_\_\_\_ AG Einsprache gegen die Durchsuchung im Sinne von Art. 50 Abs. 3 VStrR und liess diese versiegeln.

**B.**

Mit Eingabe vom 30. September 2020 erhoben die A.\_\_\_\_\_ AG sowie die B.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend auch gemeinsam: D.\_\_\_\_\_) gegen den Durchsuchungsbefehl vom 24. August 2020 sowie die Beschlagnahmeverfügung vom 1. und 2. September 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-4839/2020) und stellten folgende Rechtsbegehren:

1. Der Durchsuchungsbefehl der Wettbewerbskommission vom 24. August 2020 gegenüber D.\_\_\_\_\_ in der Untersuchung xx - yyyy: D.\_\_\_\_\_ Zentralregulierung sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Anordnung der Hausdurchsuchung vom 1. und 2. September 2020 durch Verfügung vom 24. August 2020 in der Untersuchung xx - yyyy: D.\_\_\_\_\_ Zentralregulierung rechtswidrig war.
3. Die Beschlagnahmeverfügung vom 2. September 2020 sei aufzuheben und die Wettbewerbskommission zu verpflichten, alle bei den Beschwerdeführerinnen beschlagnahmten elektronischen und physischen Dokumente an die Beschwerdeführerinnen zurückzugeben.
4. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beschlagnahmeverfügung vom 2. September 2020 rechtswidrig war.
5. Es sei anzuordnen, dass alle anlässlich der Hausdurchsuchung vom 1. und 2. September 2020 bei den Beschwerdeführerinnen beschlagnahmten (physischen und elektronischen) Dokumente und Daten nicht verwertbar sind.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Mehrwertsteuer) zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Mit Urteil vom 4. März 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der WEKO ab, das Verfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken (Ziff. 1). Es trat ausser in Bezug auf die Beschlagnahme der versiegelten elektronischen Daten, da diesbezüglich keine Beschwerde zulässig sei, und die subsidiären Feststellungsbegehren - auf die Beschwerde ein. In der Sache wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Ziff. 2).

### C.

Ebenfalls am 30. September 2020 rief die WEKO die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts an (Verfahren BE.2020.16) und ersuchte um Entsiegelung der sichergestellten Daten. Die A. \_\_\_\_\_ AG sowie die B. \_\_\_\_\_ AG beantragten die Abweisung des Entsiegelungsgesuchs. Zudem stellten sie verschiedene prozessuale Anträge. Sie beantragten unter anderem, es sei das Verfahren vor der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts bis zu einem rechtskräftigen Urteil im Verfahren B-4839/2020 vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. Bst. B hiervor) zu sistieren, und es sei ihnen Gelegenheit zu geben, in die sichergestellten Daten Einsicht zu nehmen und gestützt auf diese Einsicht die geschützten Geheimnisse näher zu bezeichnen.

Die Beschwerdekammer wies das Sistierungsgesuch am 24. November 2020 ab. Sodann entschied sie mit Beschluss vom 24. Februar 2021:

1. Der Antrag der Gesuchsgegnerinnen, im Verfahren BE.2020.16 die gesiegelten Daten einzusehen, wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Entsiegelung wird gutgeheissen.
3. Das Sekretariat der WEKO wird ermächtigt, nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Beschlusses die sichergestellten Daten zu entsiegeln und zu durchsuchen.
4. Gerichtsgebühr).

### D.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 7. April 2021 gelangen die A. \_\_\_\_\_ AG sowie die B. \_\_\_\_\_ AG gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. März 2021 (nachfolgend: angefochtenes Urteil) an das Bundesgericht. Sie beantragen die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils vom 4. März 2021, des Durchsuchungsbefehls vom 24. August 2020 sowie der Beschlagnahmeverfügung vom 2. September 2020. Die WEKO sei zu verpflichten, alle beschlagnahmten elektronischen und physischen Dokumente an die Beschwerdeführerinnen zurückzugeben. Es sei anzuordnen, dass alle anlässlich der Hausdurchsuchung vom 1. und 2. September 2020 beschlagnahmten physischen und elektronischen Daten nicht verwertbar seien. Eventualiter sei die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zur Abklärung des massgeblichen Sachverhalts und zu neuerlichem Entscheid zurückzuweisen.

Das Verfahren ist von der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung übernommen und unter der Nummer 2C\_295/2021 registriert worden.

Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die WEKO beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdeführerinnen verzichten auf eine Replik.

### E.

Mit Beschwerde in Strafsachen vom 12. April 2021 gelangen die A. \_\_\_\_\_ AG sowie die B. \_\_\_\_\_ AG gegen den Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 24. Februar 2021 (nachfolgend: angefochtener Beschluss) ebenfalls an das Bundesgericht. Sie beantragen die Aufhebung des Beschlusses vom 24. Februar 2021. Es seien das Entsiegelungsgesuch der WEKO abzuweisen und die sichergestellten und versiegelten Daten an sie herauszugeben. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Abklärung des massgeblichen Sachverhalts sowie zum Entscheid in der Vorfrage der Zulässigkeit der Durchsuchung und, soweit diese bejaht werde, zur Durchführung einer Triage zurückzuweisen, um sämtliche Daten auszusondern und vom Datenträger zu löschen, die keinen Zusammenhang mit dem Gegenstand des Untersuchungsverfahrens haben, private Daten enthalten oder Amts- und Berufsgeheimnisse betreffen, insbesondere solche, die im Zusammenhang mit Korrespondenz zwischen ihnen und externen Rechtsanwältinnen bzw. Anwaltskanzleien stehen. Weiter beantragen sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Das Verfahren ist ebenfalls von der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung übernommen und unter der Nummer 2C\_307/2021 registriert worden.

Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hält an ihrem Beschluss fest. Die WEKO beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerinnen verzichten auf eine Replik.

Mit Verfügung vom 27. April 2021 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde in Strafsachen die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

### Erwägungen:

#### 1.

Die beiden Beschwerden betreffen die gleichen Verfahrensbeteiligten und den gleichen Sachverhaltskomplex. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Verfahren zu vereinigen (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP [SR 273]; vgl. Urteile 2C\_614/2019 und 2C\_623/2019 vom 25. Juni 2020 E. 2, nicht publ. in: BGE 146 II 384).

#### 2.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1). Ebenso prüft es von Amtes wegen, ob die Vorinstanz zu Recht auf ein Rechtsmittel eingetreten ist, wenn es bundesrechtliche Prozessvoraussetzungen betrifft (Art. 106 Abs. 1 BGG; vgl. BGE 136 II 23 E. 3). Übersieht die Vorinstanz, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlte und entschied

sie materiell, ist dies im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen mit der Folge, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben wird (vgl. BGE 142 V 67 E. 2.1; 141 V 605 E. 3.1; 136 V 7 E. 2).

**2.1.** Das kartellrechtliche Verfahren vor der WEKO (vgl. Art. 26 ff. KG) ist ein Verwaltungsverfahren und richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021), soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG). Die Verfügungen der WEKO sind daher grundsätzlich mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 33 lit. f VGG [SR 173.32]) und alsdann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht (vgl. Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) anfechtbar.

**2.1.1.** Nach Art. 42 Abs. 2 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45-50 VStrR sinngemäss anwendbar. Die Art. 45-50 VStrR regeln "Zwangsmassnahmen" - nämlich Allgemeine Bestimmungen (Art. 45 VStrR), Beschlagnahme (Art. 46 f. VStrR), Durchsuchung von Wohnungen und Personen (Art. 48 f. VStrR) sowie Durchsuchung von Papieren (Art. 50 VStrR). Bezüglich des Letzteren ist in Art. 50 Abs. 3 VStrR ausdrücklich angeordnet:

"Dem Inhaber der Papiere ist wenn immer möglich Gelegenheit zu geben, sich vor der Durchsuchung über ihren Inhalt auszusprechen. Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere versiegelt und verwahrt, und es entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über die Zulässigkeit der Durchsuchung (Art. 25 Abs. 1)."

**2.1.2.** Für die Entsiegelung ist somit der Weg an das Bundesstrafgericht ausdrücklich gesetzlich vorgegeben (vgl. auch SIMON BANGERTER, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht, 2014, S. 296; Christian Bovet/Yasmine Sabry, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 90 ff. zu Art. 42 LCart). Demgemäss ist das Bundesstrafgericht zu Recht auf das bei ihm erhobene Entsiegelungsgesuch der WEKO eingetreten. Gegen den Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist vor Bundesgericht die Beschwerde in Strafsachen zulässig (vgl. Art. 78 Abs. 1 BGG; Urteil 1B\_101/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 1.2 f.), da der Entscheid über die Entsiegelung eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 79 BGG darstellt (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1.3; Urteil 1B\_71/2019 vom 3. Juli 2019 E. 1, nicht publ. in: BGE 145 IV 273). Innerhalb des Bundesgerichts ist für deren Beurteilung grundsätzlich die I. öffentlich-rechtliche Abteilung zuständig (vgl. Art. 29 Abs. 3 des Reglements vom 20. November 2006 für das Bundesgericht [BGerR; SR 173.110.131]).

**2.1.3.** In Bezug auf die Anordnung der Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme gilt Folgendes: Nach Art. 26 Abs. 1 VStrR kann gegen Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 45 ff. VStrR und damit zusammenhängende Amtshandlungen und Säumnis bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden. Art. 42 Abs. 2 KG verweist zwar auf die Art. 45-50 VStrR, aber nicht auf Art. 26 Abs. 1 VStrR. In Art. 44 KG (in der Fassung vom 20. Juni 2003 [vgl.

AS 2004 1385 ff.]; in Kraft vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2006) war demgegenüber ausdrücklich vorgesehen, dass gegen Zwangsmassnahmen nach Art. 42 Abs. 2 KG bei der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden konnte. Diese Bestimmung wurde zwar mit Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes per 1. Januar 2007 aufgehoben (vgl. AS 2006 2197 ff., S. 2240), aber nicht um die bisherige Regelung inhaltlich zu ändern, sondern in der Meinung, dass sich die Anfechtung von Verfügungen der WEKO nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege richtet (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBI 2001 4202 ff., S. 4419).

**2.1.4.** Daraus folgt, dass für die Anordnung der Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme, anders als für die Entsiegelung (vgl. Art. 50 Abs. 3 VStrR), der ordentliche verwaltungsrechtliche Weg gegeben ist - mithin die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 31 und Art. 33 lit. f VGG) und anschliessend die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (vgl. Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Dabei ist innerhalb des Bundesgerichts die II. öffentlich-rechtliche Abteilung zuständig (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 19 BGerR). Davon geht auch das Bundesverwaltungsgericht aus (vgl. E. 2.2 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Urteil des BVer B-581/2012 vom 16. September 2012 E. 1 [Nikon]). Auch die Literatur geht de lege lata von dieser Rechtslage aus (vgl. BANGERTER, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 307 f.; Bovet/Sabry, a.a.O., N. 121 ff. zu Art. 42 LCart; SIMON BANGERTER, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 146 ff. zu Art. 42 KG; JÜRIG BICKEL/MARKUS WYSSLING, in: Roger Zäch et al. [Hrsg.], Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, N. 269, N. 288 und N. 291 zu Art. 42 KG; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des "legal privilege", 2010, S. 249), nicht ohne auf die Gefahr widersprüchlicher Entscheide von Bundesstrafgericht (im Entsiegelungsverfahren) und Bundesverwaltungsgericht hinzuweisen (vgl. BOVET/SABRY, a.a.O., N. 130 zu Art. 42 LCart; BANGERTER, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 334 f.), da auch bei der Entsiegelung vorfrageweise die Zulässigkeit der Hausdurchsuchung zu prüfen ist (vgl. BANGERTER, a.a.O. [BSK], N. 143 zu Art. 42 KG; BICKEL/WYSSLING, a.a.O., N. 281 zu Art. 42 KG). Eine Konzentration der Rechtswege beim Bundesstrafgericht war in der Revision des Kartellgesetzes vorgesehen gewesen. Art. 42 Abs. 3 des Entwurfs des Kartellgesetzes verwies für den Rechtsschutz gegen Massnahmen nach seinem Abs. 2 auf die Art. 26 Abs. 1 und Art. 28 VStrR (vgl. Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBI 2012 3905 ff., S. 3995 f.). Die Revision kam in dieser Form jedoch nicht zustande.

**2.1.5.** Die Gefahr widersprüchlicher Entscheide besteht auch innerhalb des Bundesgerichts, wenn für die verschiedenen Fragen unterschiedliche Abteilungen zuständig sind. Dem Grundsatz folgend, wonach der Rechtsweg in der Hauptsache grundsätzlich auch für Vor- und Zwischenfragen sowie Nebenaspekte gilt,

macht es in der vorliegenden Konstellation, in der gleichzeitig sowohl ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als auch ein Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts beim Bundesgericht angefochten sind, Sinn, dass über beide Beschwerden die für das Wettbewerbsrecht in der Hauptsache zuständige II. öffentlich-rechtliche Abteilung entscheidet (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 19 BGerR). Die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen sind deshalb übereingekommen (vgl. Art. 36 Abs. 2 BGerR), dass die II. öffentlich-rechtliche Abteilung in der vorliegenden Angelegenheit mit dieser spezifischen Konstellation in Abweichung vom Urteil 1B\_101/2008 auch über die Entsiegelung entscheidet.

**2.2.** Der Hausdurchsuchungsbefehl, die Beschlagnahmeverfügung und der Entscheid über die Entsiegelung sind Zwischenentscheide und als solche nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 BGG oder Art. 93 BGG beim Bundesgericht anfechtbar.

**2.2.1.** Die Beschwerde gegen Entsiegelungsentscheide ist nach der Rechtsprechung zulässig, wenn der betroffenen beschuldigten Person wegen eines Eingriffs in ihre rechtlich geschützten Geheimnisinteressen ein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil droht (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; vgl. BGE 143 IV 462 E. 1; 143 I 241 E. 1; vgl. auch BGE 141 IV 289 E. 1). Die betreffenden Sachurteilsvoraussetzungen sind ausreichend zu substantizieren, soweit sie nicht offensichtlich erfüllt erscheinen (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG; vgl. BGE 141 IV 1 E. 1.1). Das gilt auch für Entsiegelungen nach Art. 50 Abs. 3 VStrR (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1). Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, in den versiegelten Daten befände sich auch rechtlich geschützte Anwaltskorrespondenz, die unter das Anwaltsgeheimnis falle. Damit ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil hinreichend dargetan (vgl. Urteile 1B\_243/2020 vom 26. Februar 2021 E. 1.2; 1B\_459/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 1.1). Auf die Beschwerde im Verfahren 2C\_307/2021 ist daher einzutreten.

**2.2.2.** In Bezug auf die Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme der nicht versiegelten Unterlagen, welche Gegenstand des Verfahrens 2C\_295/2021 bilden, fragt sich, ob die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt sind. Diese Frage deckt sich im Wesentlichen mit derjenigen, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht auf die bei ihm erhobene Beschwerde eingetreten ist, was das Bundesgericht von Amtes wegen zu prüfen hat (vgl. E. 2 i.f. hiervor). Diese Prüfung ist im Folgenden vorzunehmen (vgl. E. 3 hier-nach). Nicht einzutreten ist jedenfalls auf die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021, soweit darin die Rückgabe der beschlagnahmten elektronischen Dokumente und die Feststellung der Nichtverwertbarkeit derselben beantragt wird. Insoweit ist die Vorinstanz auf die Beschwerde nicht eingetreten (vgl. Bst. B hiervor) und die Beschwerdeführerinnen stellen diesen Nichteintretensentscheid nicht infrage.

### 3.

Zu prüfen ist nach dem soeben Dargelegten zunächst, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht auf die Beschwerde eingetreten ist (Verfahren 2C\_295/2021; Be-

schwerde gegen das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. März 2021).

**3.1.** Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Zwischenentscheide setzt gemäss Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 VwVG voraus, dass diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b), wobei die zweite Variante hier von vornherein nicht infrage kommt. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil ist zu verneinen, wenn die beschwerdeführende Person alle Rechte vollumfänglich in einem anderen Verfahren wahrnehmen oder sich gegebenenfalls gegen eine sie belastende Massnahme mit Beschwerde gegen die Endverfügung zur Wehr setzen kann. Allein die Belastung durch ein hängiges Verfahren führt nicht dazu, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil anzunehmen, ansonsten jede Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens, welches möglicherweise zu einem nachteiligen Endentscheid führen könnte, selbständig anfechtbar sein müsste (vgl. BGE 131 II 587 E. 4.1.2; Urteil 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3.3). Wie jede Beschwerde setzt sodann auch diejenige gegen eine Zwischenverfügung voraus, dass die beschwerdeführende Person vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Das schutzwürdige Interesse muss grundsätzlich aktuell sein. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses ist abzu-sehen, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 146 II 335 E. 1.3; 140 IV 74 E. 1.3.3; 135 II 430 E. 2.2).

**3.2.** Die Vorinstanz hat das Eintreten mit folgender Argumentation begründet:

**3.2.1.** In Bezug auf die Hausdurchsuchung erwog die Vorinstanz (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Urteils), die Beschwerdeführerinnen legten in mehrfacher Beziehung zumindest einen potenziellen wirtschaftlichen Schaden dar. Im Nachgang zur Anordnung der Hausdurchsuchung hätten gewisse Lieferanten einem Aufruf von C.\_\_\_\_\_ folgend die Vertragsbeziehungen mit ihnen sistiert oder gar gekündigt. In mehreren Medien seien auch die Hausdurchsuchungen erwähnt worden. Es sei naheliegend, dass daraus ein gewisser Reputations-schaden entstehe, wobei nicht auszuschliessen sei, dass dieser zumindest zum Teil auf die Hausdurchsuchung zurückzuführen sei. Dieser Schaden könnte auch durch einen an sich günstigen Endentscheid nicht oder nur teilweise behoben werden. Das Erfordernis eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG sei damit erfüllt. Sodann hat sie erwogen, die Voraussetzungen für einen Verzicht auf das aktuelle Interesse seien gegeben (vgl. E. 4.4.6 f. des angefochtenen Urteils): Eine rechtzeitige Überprüfung

eines Hausdurchsuchungsbefehls sei kaum je möglich, da dieser seinem Zweck entsprechend sofort vollstreckt werde. Zudem sei vorliegend zum ersten Mal ein Durchsuchungsbefehl der WEKO angefochten. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung sei vom Bundesverwaltungsgericht noch nie beantwortet worden. Zwar erfolge eine vorfrageweise Überprüfung im Entsiegelungsverfahren, doch schlage sich diese nicht im Dispositiv nieder und entfalte daher keine Rechtskraft. Zudem könnten sich die aufgeworfenen Fragen unter ähnlichen Umständen wieder stellen und die Beantwortung liege wegen der grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse.

**3.2.2.** In Bezug auf die Beschlagnahme erwog die Vorinstanz, Beschlagnahme durch Reproduktion stellen Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar. Die Informationen könnten gegen den Willen der Beschwerdeführerinnen im Untersuchungsverfahren verwendet werden. Es liege daher ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils). Sodann liege bei Beschwerden gegen Beschlagnahmeverfügungen regelmässig ein aktuelles schutzwürdiges Interesse vor, da die Beschlagnahme - anders als die Hausdurchsuchung - anhalte (vgl. E. 4.5 des angefochtenen Urteils).

**3.2.3.** Schliesslich trat die Vorinstanz auch auf das bei ihr gestellte Rechtsbegehren Ziff. 5 (Anordnung der Unverwertbarkeit; vgl. Bst. B hiervor) mit der Begründung ein, zwar habe die WEKO über die Verwertbarkeit der beschlagnahmten Beweismittel noch nicht entschieden (vgl. E. 2.7 des angefochtenen Urteils), doch sei dieses Rechtsbegehren derart eng mit der übrigen Streitsache verbunden, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden könne (vgl. E. 2.10 des angefochtenen Urteils).

**3.3.** Diese Argumentation der Vorinstanz steht nicht mit der strafprozessualen Rechtsprechung im Einklang:

**3.3.1.** Im Strafverfahren, in dem nach Art. 393 StPO und Art. 26 Abs. 1 VStrR an sich jede Verfügung und Verfahrenshandlung sowie Zwangsmassnahme mit Beschwerde angefochten werden kann, wird die Möglichkeit einer Beschwerde gegen eine abgeschlossene Hausdurchsuchung mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses grundsätzlich verneint (vgl. BGE 120 IV 60 E. 2d). Dies gilt jedenfalls dann, wenn anstelle der Beschwerde kurz darauf ein Entsiegelungsverfahren stattfindet, da in diesem vorfrageweise auch die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung infrage gestellt und überprüft werden kann (vgl. Urteile 1B\_394/2017 vom 17. Januar 2018 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 144 IV 74; 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 4; 1B\_310/2012 vom 22. August 2012 E. 2; 1B\_109/2010 vom 14. September 2010 E. 2.3). Dies entspricht ebenso der Praxis des Bundesstrafgerichts (vgl. Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BV.2019.46, BV.2019.47 und BE.2019.16 vom 14. November 2019 E. 3.3.1-3.3.3; BK\_B 075/04 vom 8. November 2004 E. 2.2).

**3.3.2.** Diese Rechtsprechung wird zwar in der Literatur teilweise mit dem Hinweis auf das Urteil des EGMR Camenzind gegen Schweiz vom 16. Dezember 1997 (Nr. 21353/93) infrage gestellt (vgl. Andreas Keller, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar StPO,

N. 36 zu Art. 393 StPO; Catherine Hohl-Chirazi, Commentaire Romand CPP, 2. Aufl. 2019, N. 42 ff. zu Art. 244 CPP). Dort hatte der EGMR eine Verletzung von Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK festgestellt, weil das Bundesgericht auf eine Beschwerde (nach Art. 26 VStrR) gegen eine durchgeführte Hausdurchsuchung mit Hinweis auf das fehlende aktuelle Interesse nicht eingetreten war (vgl. §§ 51-57 des genannten Urteils des EGMR). Die Möglichkeit einer nachträglichen Entschädigung (vgl. Art. 99 ff. VStrR) sei kein wirksames Rechtsmittel im Sinne von Art. 13 EMRK, ebenso wenig die Möglichkeit, nach Art. 72 VStrR die Beurteilung durch das Strafgericht zu verlangen, weil im konkreten Fall das Strafgericht das Verfahren infolge Verjährung eingestellt habe. Daraus lässt sich umgekehrt schliessen, dass keine Verletzung von Art. 13 EMRK vorgelegen wäre, wenn das Strafgericht die Sache materiell beurteilt hätte. Der EGMR hat sich auch nicht zur Konstellation geäussert, in welcher zeitgleich mit einer Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung ein gerichtliches Verfahren betreffend die Entsiegelung durchgeführt wird, in welchem die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung zu prüfen ist. In einer solchen Situation ist das Entsiegelungsverfahren daher als wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK zu betrachten.

**3.3.3.** Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach ohne Anfechtung des Durchsuchungsbefehls nachträglich mit Beschwerde gegen den Endentscheid kein Verwertungsverbot mehr geltend gemacht werden könne (Urteil des BVerG B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.3.3). An der zitierten Stelle hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt:

"Für die Durchsuchung von Dokumenten sieht Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsiegelungsverfahren vor. Unabhängig davon ist eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 149/150, m.w.H.). Unterbleibt sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls (Art. 46 Abs. 2 VwVG) als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, kann nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden (HANGARTNER, a.a.O., S. 259; Bangerter, a.a.O., Art. 42 KG N. 150, m.w.H.)."

Diese Aussage steht im klaren Widerspruch zu Art. 46 Abs. 2 VwVG, wonach Zwischenverfügungen durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar sind, wenn gegen die Zwischenverfügung keine Beschwerde erhoben wurde und sie sich auf den Inhalt des Entscheids auswirken (vgl. auch Art. 93 Abs. 3 BGG). Die zitierten Stellen bei Hangartner sowie bei Bangerter enthalten denn auch nicht diese Aussage, zumal sich beide Autoren nicht zum Verwertungsverbot äussern.

**3.3.4.** Die Beschwerdeführerinnen bringen mit Hinweis auf das Urteil 1B\_101/2008 weiter vor, auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei fraglich, ob sie sich in der parallelen Beschwerde gegen den Beschluss des Bundesstrafgerichts noch gegen die Hausdurchsuchung als solche wehren könnten. Im Urteil 1B\_101/2008 vom 28. Oktober 2008 führte das Bundesgericht in Erwägung 2.2 Folgendes aus:

"Die Hausdurchsuchung [...] stützte sich auf den entsprechenden Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2007. Nach der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung konnte dagegen innert dreissig Tagen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, dass sie dieses Rechtsmittel ergriffen hätten. Es ist deshalb fraglich, ob sie sich hier überhaupt noch gegen die Hausdurchsuchung als solche richten können. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Beschwerde im vorliegenden Punkt ohnehin unbehelflich ist."

Das Bundesgericht hat somit die Anfechtbarkeit der Hausdurchsuchung nicht beurteilt. Auch diesbezüglich ist auf Art. 93 Abs. 3 BGG zu verweisen, wonach mit dem späteren Endentscheid der Zwischenentscheid mit angefochten werden kann, wenn er sich auf den Endentscheid auswirkt.

**3.3.5.** In Bezug auf die Beschlagnahme ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Beschwerde ausgeschlossen, soweit der Geheimnisschutz von durchsuchbaren sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen betroffen ist (vgl. BGE 144 IV 74 E. 2.3). Stattdessen ist in diesen Fällen der Rechtsbehelf des Siegelungsbegehrens (vgl. Art. 247 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 248 Abs. 1 StPO) zu ergreifen und (im Falle eines Entsiegelungsgesuches) das Entsiegelungsverfahren zu durchlaufen. Das gilt auch im Rahmen von Art. 50 Abs. 3 VStrR: Sollen "Papiere", respektive Dokumente, was sich heute auch auf elektronische Dokumente bezieht (vgl. BGE 108 IV 76; Art. 246 StPO; BANGERTER, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 15 f.), durchsucht werden, kann die Inhaberin oder der Inhaber gegen die Durchsuchung Einsprache erheben, was zur Folge hat, dass die Papiere versiegelt werden und die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet. Zu durchsuchende gesiegelte Beweismittel sind erst nach erfolgter Entsiegelung förmlich zu beschlagnahmen (für das allgemeine Strafverfahren vgl. Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 246-248 StPO). Vorher kann die Behörde noch nicht im Detail wissen, was sie sichergestellt hat, was beweisrelevant ist und was sie überhaupt unter welchem Titel förmlich beschlagnahmen will (vgl. BGE 143 IV 270 E. 4.4; 141 IV 77 E. 4.1; Urteile 1B\_273/2015 vom 21. Januar 2016 E. 1.2; 1B\_65/2014 vom 22. August 2014 E. 2.2 und E. 2.4). Auch in dieser Situation kann im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung und die fehlende Rechtserheblichkeit der betroffenen Gegenstände infrage gestellt werden (vgl. Urteil 1B\_360/2013 vom 24. März 2014 E. 2.2). Solange die Dokumente versiegelt sind und über ein Entsiegelungsgesuch nicht entschieden ist, kann nicht von einer anfechtbaren Zwangsmassnahme gesprochen werden. Die Inhaberin oder der Inhaber ist in ihren oder seinen Interessen hinreichend geschützt und deshalb nicht befugt, Beschwerde zu führen, ausser wenn die Verwaltung mit dem Gesuch um Entsiegelung und Durchsuchung der Papiere ungebührlich lange zuwarten und ihr oder ihm durch ein längeres Vorenthalten derselben ein Nachteil erwachsen würde (vgl. BGE 119 IV 326 E. 7b; 109 IV 153 E. 1).

3.4. Soweit das Verwaltungsstrafrecht des Bundes einzelne strafprozessuale Fragen nicht abschliessend regelt, sind grundsätzlich die Bestimmungen der Strafprozessordnung analog anwendbar (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1.2 und E. 3.2; Urteile 1B\_91/2016 vom 4. August 2016 E. 4.1; 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.1). Die dargelegten strafprozessualen Grundsätze gelten daher auch im Rahmen einer kartellrechtlichen Hausdurchsuchung und Beschlagnahme.

**3.4.1.** Auf Beschwerden gegen bereits durchgeführte Hausdurchsuchungen ist demnach mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses grundsätzlich nicht einzutreten (vgl. OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 2005 1221 ff., S. 1235; BANGERTER, a.a.O. [BSK], N. 150 zu Art. 42 KG; BANGERTER, a.a.O. [Hausdurchsuchungen], S. 309 f.; BICKEL/WYSSLING, a.a.O., N. 270 zu Art. 42 KG). Das muss jedenfalls dann gelten, wenn Papiere versiegelt wurden und ein Entsiegelungsverfahren eingeleitet wird, weil diesfalls die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung im Rahmen dieses Verfahrens überprüft wird (vgl. E. 3.3.1 hiervor). Dass sich im Entsiegelungsverfahren die vorfrageweise Beurteilung der Hausdurchsuchung nicht im Dispositiv niederschlägt, wie die Vorinstanz annimmt (vgl. E. 4.4.6 des angefochtenen Urteils), ändert nichts am Umstand, dass eine gerichtliche Überprüfung erfolgt. An einer parallelen, selbständigen Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung besteht daher kein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Ein solches Vorgehen würde zudem die Gefahr widersprüchlicher Urteile durch das Bundesverwaltungsgericht und Bundesstrafgericht in sich bergen. Dies gilt namentlich, wenn das Bundesstrafgericht zunächst das Gesuch um Entsiegelung gutheisst, und das Bundesverwaltungsgericht daraufhin davon abweichend zum Schluss gelangt, die Hausdurchsuchung sei unrechtmässig gewesen. Diese Gefahr liesse sich zwar vermeiden, indem das Entsiegelungsverfahren vor dem Bundesstrafgericht bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung sistiert würde. Dies würde jedoch zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen und dem Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) widersprechen.

Vorliegend wurden im Rahmen der Hausdurchsuchung Papiere versiegelt und noch vor Ablauf der Beschwerdefrist (Art. 50 VwVG) stellte die WEKO ein Entsiegelungsgesuch beim Bundesstrafgericht, welches praxisgemäss vorfrageweise die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung prüfte (vgl. E. 4.1 hiernach). Es bestand kein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einer zusätzlichen Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung bei der Vorinstanz.

**3.4.2.** In Bezug auf die Beschlagnahme wird in Literatur und Rechtsprechung bisweilen gesagt, dagegen sei die Beschwerde ohne Weiteres zulässig, solange die Beschlagnahme andauere (vgl. BANGERTER, a.a.O. [BSK], N. 150 zu Art. 42 KG mit Hinweis auf den Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts BK\_B 075/04 vom 8. November 2004 E. 2.1). Dabei ist jedoch zu differenzieren: Zulässig ist die Beschwerde gegen die Beschlagnahme von Vermögenswerten, die alsdann der berechtigten Person während der Dauer der Beschlagnahme nicht zur Verfügung stehen. Darin liegt ein Ein-

griff in die Eigentumsfreiheit. Hingegen ist wie anderswo (vgl. E. 3.3.5 hiervor) auch im kartellrechtlichen Verfahren eine Beschwerde nicht möglich, solange die Beweismittel versiegelt sind (vgl. BANGERTER, a.a.O. [BSK], N. 149 zu Art. 42 KG; BICKEL/WYSSLING, a.a.O., N. 290 zu Art. 42 KG).

Vorliegend betraf die Beschlagnahme ausschliesslich Dokumente (Ordner und USB-Stick). Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden anlässlich der Hausdurchsuchung Kopien von den beschlagnahmten Dokumenten erstellt und die Originale an die Beschwerdeführerinnen zurückgegeben (vgl. E. 3.3.1 f. des angefochtenen Urteils). Den Beschwerdeführerinnen wurde somit nicht die Verfügungsberechtigung über die Dokumente entzogen. Die Konsequenz der Beschlagnahme liegt lediglich darin, dass die WEKO diese Unterlagen im Rahmen ihrer Untersuchung verwenden kann. Hätten die Beschwerdeführerinnen dagegen Einwände gehabt, hätten sie - wie auch in Bezug auf die weiteren sichergestellten elektronischen Daten - Einsprache nach Art. 50 Abs. 3 VStrR erheben können und müssen. Indem sie darauf verzichteten, brachten sie zum Ausdruck, dass sie nichts gegen die Verwendung dieser Dokumente durch die WEKO im Rahmen ihrer Untersuchung einzuwenden haben. Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen haben denn auch die Beschwerdeführerinnen die geltend gemachte Widerrechtlichkeit der Beschlagnahme aus der behaupteten Rechtswidrigkeit der Durchsuchung abgeleitet und darüber hinaus keine Beschlagnahmehindernisse geltend gemacht (vgl. E. 7.3 des angefochtenen Urteils). Ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, der ein Eintreten auf die Beschwerde gegen die Beschlagnahme gerechtfertigt hätte, liegt daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht vor.

**3.4.3.** In Bezug auf die Verwertbarkeit liegt schliesslich ein nicht wieder gutzumachender Nachteil in der Regel nicht vor. Anders verhält es sich nur, wenn das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten oder die Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht oder wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalls die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Derartige Umstände können nur angenommen werden, wenn die betroffene Person ein besonders gewichtiges Interesse - respektive im Strafverfahren ein rechtlich geschütztes Interesse - an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend macht (vgl. BGE 141 IV 284 E. 2.2 f.; 141 IV 289 E. 1.2 f.; Urteil 2C\_578/2017 vom 8. August 2017 E. 2.1). Inwiefern vorliegend eine solche besondere Konstellation vorliegen sollte, wird weder von der Vorinstanz noch von den Beschwerdeführerinnen dargelegt.

**3.5.** Insgesamt ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf die bei ihr erhobene (bundesverwaltungsgerichtliche) Beschwerde eingetreten ist. Das angefochtene Urteil ist schon aus diesem Grund von Amtes wegen aufzuheben (vgl. E. 2 i.f. hiervor). Die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021 ist daher insoweit gutzuheissen, als die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragen. Soweit die Beschwerdeführerinnen Weiteres verlangen als die Aufhebung des

angefochtenen Urteils, wird die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021 damit gegenstandslos.

#### 4.

Zu prüfen ist sodann die Rechtmässigkeit des Entscheids über die Entsigelung (Verfahren 2C\_307/2021; Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 24. Februar 2021).

**4.1.** Vorfrageweise ist die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung zu beurteilen (vgl. E. 3.3.1 hiervor).

**4.1.1.** Die Vorinstanz erwo, Verträge der Beschwerdeführerinnen mit den Lieferanten sähen vor, dass Erstere den Lieferanten ein Gesamtpaket an Leistungen anbiete und dafür von den Lieferanten Gebühren verlange, die sie direkt von den Zahlungen der Handelspartner an die Lieferanten abziehe. Ein grösserer Teil dieser Gebühren werde Ende Jahr auf die Anschlusshäuser der Beschwerdeführerinnen verteilt. Bei der Erneuerung des Dienstleistungsvertrags sei einem Lieferanten der Beschwerdeführerinnen eine nicht verhandelbare Erhöhung der Gebühr in Aussicht gestellt worden. Als der Lieferant einen Kompromiss vorgeschlagen habe, habe er von sieben Anschlusshäusern der Beschwerdeführerin parallel versandte Briefe erhalten, in denen gedroht worden sei, ohne rasche Einigung sei damit zu rechnen, dass ein bedeutender Teil des Sortiments ausgelistet werde. C.\_\_\_\_\_ habe mit ihrer Anzeige insgesamt 84 Drohbriefe aus den Jahren 2012-2019 eingereicht. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen Treffen mit den Anschlusshäusern organisiert, an denen es um "Motivationsstufen" gegenüber Lieferanten gegangen sei, die noch keine Einigung erzielt hätten. Die Motivationsstufen 1-5 seien bereits angewendet worden. Es bestehe Ermittlungsbedarf. Dass die Marktbeobachtung 2010 erfolglos eingestellt worden sei, bedeute keine Zusicherung der WEKO, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen wettbewerbskonform sei. Die WEKO könne laufend die Wettbewerbsverhältnisse überwachen. Es scheine zudem, dass die Beschwerdeführerinnen seither ihre Gebühren für die Lieferanten erhöht hätten. Die vorhandenen Indizien deuteten darauf hin, dass die mittels den Beschwerdeführerinnen möglicherweise koordinierten Detaillisten zuversichtlich gewesen sein könnten, über genügend Marktmacht zu verfügen, um Lieferanten zum Neuabschluss von Dienstleistungsverträgen mit bestimmten Inhalten motivieren zu können. Es bestünden konkrete und ernsthafte Anhaltspunkte für eine enge Koordination und damit für eine nicht gerechtfertigte Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG oder eine unzulässige harte Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Ein hinreichender Tatverdacht liege somit vor. Die Hausdurchsuchung sei auch verhältnismässig: Die Fragen der WEKO an die Beschwerdeführerinnen und die Marktbeobachtung 2010 hätten gezeigt, dass die WEKO zunächst mildere Mittel angewendet habe. Es sei nicht zu beanstanden, dass sie nach über zehn Jahren das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerinnen zu klären suche. Die WEKO habe von einem Vertrauensverhältnis zwischen den Beschwerdeführerinnen und ihren Handelspartnern ausgehen dürfen. Infolgedessen bestehe eine Kollusionsgefahr und das konkrete Risiko von Beweisverlusten sei erhöht. Es bestünden hinreichende

Hinweise, dass eine Editionsaufrufung den Zweck der Massnahme vereitle.

**4.1.2.** Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es bestehe kein Ermittlungsbedarf: Alle relevanten Fakten seien der WEKO aufgrund der folgenlos eingestellten Marktbeobachtung aus den Jahren 2010/2011, welcher ebenfalls eine Anzeige von C. \_\_\_\_\_ (vom 25. März 2010) zugrunde gelegen habe, schon bekannt gewesen. Damals sei die WEKO bereits über kollektive Massnahmen gegenüber den Lieferanten informiert worden. Auch die Erhöhung der Dienstleistungsgebühren und die Gründe dafür seien der WEKO bekannt gewesen. Zudem hätten sie - die Beschwerdeführerinnen - auch im laufenden Verfahren ausführlich auf die Auskunftsersuchen der WEKO geantwortet. Die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die Vorwürfe im Rahmen der aktuellen Untersuchung einen neuen, noch nicht bekannten und bewiesenen Sachverhalt betreffen, und damit das rechtliche Gehör verletzen. Soweit noch Klärungsbedarf bestanden haben sollte, hätte die WEKO ohne Weiteres bei ihnen - den Beschwerdeführerinnen - nachfragen können. Sodann behaupte die Vorinstanz nur pauschal angebliche Verstösse gegen Art. 5 KG, nehme aber nicht einmal eine summarische Subsumtion des vorgeworfenen Verhaltens unter diesen Tatbestand vor. Aufgrund ihrer notorisch geringen Marktanteile stelle die Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen und ihrer Handelspartner keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Zudem erzielten Einkaufsgemeinschaften Effizienzvorteile. Prima facie sei davon auszugehen, dass die Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen und ihren Anschlusshäusern prokompetitiv wirke. Die Hausdurchsuchung sei auch unverhältnismässig gewesen. Nachdem bereits die Marktbeobachtung in den Jahren 2010 und 2011 keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben habe, wären zur neuen Beurteilung des Sachverhalts - wenn überhaupt - zunächst mildere Mittel zu ergreifen gewesen. Es bestehe auch keine Kollusionsgefahr, gehe es doch nicht um ein heimlich praktiziertes, sondern ein allen Beteiligten und der WEKO bekanntes Verhalten. Eine Verdunkelung sei auch deshalb unmöglich gewesen, weil es insbesondere um den Mailverkehr zwischen den Beschwerdeführerinnen und ihren Anschlusshäusern sowie zwischen diesen und ihren Lieferanten gehe, die auch bei Dritten, namentlich den Anschlusshäusern und Lieferanten gespeichert seien.

**4.1.3.** Die WEKO ist der Auffassung, für die Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung sei nicht vorausgesetzt, dass Ermittlungsbedarf bestehe. Die Kernvoraussetzung sei, dass ein hinreichender Tatverdacht vorliege und es wahrscheinlich sei, dass sich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten Gegenstände befänden, die der Beschlagnahme unterlägen. Zudem bestehe Ermittlungsbedarf: Aus den Angaben der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Marktbeobachtung 2010/11 sei für die WEKO nicht ersichtlich gewesen, dass die Anschlusshäuser gegenüber Lieferanten kollektiv Disziplinierungsmassnahmen ergriffen hätten. Insbesondere sei für die WEKO nicht erkennbar gewesen, dass die Disziplinierungsmassnahmen offenbar von den Beschwerdeführerinnen und den Anschlusshäusern gemeinsam beschlossen, durch die Beschwerdeführerinnen koordiniert

und durch die Anschlusshäuser umgesetzt worden seien. Mit der Anzeige vom April 2020 habe C. \_\_\_\_\_ der WEKO Sachverhaltselemente zur Kenntnis gebracht, die ihr bisher nicht bekannt gewesen seien - namentlich die kollektiven Disziplinierungsmassnahmen. Sodann gebe es einen Tatverdacht: Die Beschwerdeführerinnen seien keine Einkaufsgemeinschaft. Im Rahmen der Untersuchung werde zu prüfen sein, ob die Konditionen, die den Lieferanten durch die Anschlusshäuser mutmasslich aufgezwungen würden, auf eine gemeinsame Festlegung eines Elements des Einkaufspreises hinausliefen und somit ein unzulässiges Preiskartell vorliege, oder ob aufgrund der kollektiven Androhung von Auslistungen eine nicht gerechtfertigte konglomerate Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG bestehe. Die Hausdurchsuchung sei auch verhältnismässig gewesen. Dem Sekretariat der WEKO sei der Sachverhalt nicht vollständig bekannt gewesen. Namentlich habe es nicht gewusst, dass die Anschlusshäuser kollektive Disziplinierungsmassnahmen gegenüber den Lieferanten ergriffen hätten.

**4.1.4.** Gemäss Art. 48 Abs. 1 VStrR, auf den Art. 42 Abs. 2 KG verweist, können Räume nur durchsucht werden, wenn es wahrscheinlich ist, dass sich die beschuldigte Person darin verborgen hält oder dass sich Gegenstände oder Vermögenswerte, die der Beschlagnahme unterliegen, oder Spuren von Widerhandlungen darin befinden. Der Beschlagnahme unterliegen unter anderem Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR). Nach dem - mangels abschliessender Regelung im VStrR - analog anwendbaren Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO (vgl. E. 3.4 hiervor) kann die Zwangsmassnahme sodann nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht. Die Hausdurchsuchung, die einen Grundrechtseingriff darstellt, muss zudem verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV). Sie kann nur ergriffen werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der untersuchten Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. c und lit. d StPO). Die zu entsiegelnden Objekte müssen überdies untersuchungsrelevant sein (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO; BGE 142 IV 207 E. 7.1; 141 IV 77 E. 4.3 und E. 5.6; 138 IV 225 E. 7.1).

**4.1.5.** Die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung ist vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Grundlagen zu beurteilen.

**4.1.5.1.** Dass ein Ermittlungsbedarf besteht, ist entgegen der Auffassung der WEKO Voraussetzung für eine Hausdurchsuchung. Das ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, wohl aber aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit: Eine Hausdurchsuchung ist nicht notwendig, wenn den Behörden alle Informationen, die für die Ermittlung erforderlich sind, bereits bekannt sind und sie diese auch beweisen kann. Was bereits hinreichend bewiesen ist, bedarf im Grundsatz keiner weiteren Beweiserhebungen (vgl. BICKEL/WYSSLING, a.a.O., N. 200 zu Art. 42 KG). Auch trifft der Hinweis der Beschwerdeführerinnen zu, dass mit der (seitens der Beschwerdeführerinnen nicht bestrittenen) Untersuchungseröffnung nicht automatisch ein Ermittlungsbedarf besteht. Ein solcher wäre beispielsweise zu vernei-

nen, wenn seit der Einstellung der Marktbeobachtung in den Jahren 2010 und 2011 keine neuen Sachverhaltselemente hinzu gekommen wären. Das trifft hier jedoch nicht zu: Gemäss Anzeige der C.\_\_\_\_\_ haben die Anschluss Häuser der Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2012-2019 insgesamt 84 Drohbriefe und -mails an Lieferanten gesandt. Im Weiteren hätten die Beschwerdeführerinnen Treffen mit den Anschluss Häusern organisiert und es seien die Motivationsstufen 1-5 bereits angewendet worden. Damit lagen gegenüber der Marktbeobachtung in den Jahren 2010 und 2011 neue Sachverhaltselemente vor, die nach weiteren Ermittlungen rufen konnten. Damit bestanden auch hinreichende Indizien, um einen Tatverdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG zu bejahen (zu den Anforderungen an den Tatverdacht vgl. Urteil 1B\_243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.6).

**4.1.5.2.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen lässt sich eine unzulässige Wettbewerbsabrede nicht schon mit dem Hinweis auf den geringen Marktanteil verneinen: Eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG setzt keinen bestimmten Marktanteil voraus. Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, beurteilt sich zwar grundsätzlich nach qualitativen und/oder quantitativen Aspekten, wozu namentlich der Marktanteil gehört (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.2; 129 II 18 E. 5.2.1). Jedoch wird für Absprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG die Erheblichkeit grundsätzlich auch unabhängig von Marktanteilen angenommen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.2.5). Dass eine solche Absprache vorliegt, steht zwar keineswegs fest, kann aber auch nicht ausgeschlossen werden. Die von den Beschwerdeführerinnen behauptete prokompetitive Wirkung ihres Verhaltens ist grundsätzlich erst im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG massgebend (vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Zäch et al. [Hrsg.], a.a.O., N.124 ff. zu Art. 4 Abs. 1 KG).

**4.1.5.3.** Schliesslich konnte die Vorinstanz angesichts des kollektiven Vorgehens auch eine Kollusionsgefahr bejahen. Dass der Mailverkehr möglicherweise auch bei den Anschluss Häusern gespeichert ist, macht die Durchsuchung bei den Beschwerdeführerinnen nicht unzulässig, könnte doch sonst jede Hausdurchsuchung in einem Verfahren, in welchem mehrere Personen beteiligt sind, verhindert werden. Nach dem Dargelegten erweist sich die Hausdurchsuchung als rechtmässig.

**4.2.** Zu prüfen ist in einem weiteren Schritt die Rechtmässigkeit der Entsiegelung. Im Verfahren vor der Vorinstanz hatten die Beschwerdeführerinnen ihre Gesuchsantwort vom 9. November 2020 in zwei Versionen eingereicht, wovon eine Version teilweise abgedeckt war. Nur diese abgedeckte Version dürfe der WEKO offengelegt werden; ebenso seien der WEKO die Ordner mit den Beilagen 24-27 und 28-30 nicht zugänglich zu machen. Mit diesen nicht offenzulegenden Daten wollten die Beschwerdeführerinnen die geheimnisgeschützten Daten bezeichnen. Zugleich stellten sie das Gesuch, es sei ihnen Gelegenheit zu geben, in die sichergestellten Daten Einsicht zu nehmen und gestützt auf diese Einsicht die geschützten Geheimnisse in Ergänzung der vorliegenden Stellungnahme näher zu bezeichnen.

**4.2.1.** Die Beschwerdeführerinnen rügen in zweifacher Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV. Die Vorinstanz habe einen Grossteil der geheimnisgeschützten Daten samt den darin enthaltenen Geheimnisbezeichnungen aus den Akten gewiesen. Ausserdem habe die Vorinstanz ihnen die Einsicht in die versiegelten Akten verweigert und ihnen dadurch verunmöglicht, die geheimnisgeschützten Daten eingehender und konkreter zu bezeichnen.

**4.2.2.** Die Vorinstanz nahm nur die teilweise abgedeckte Version zu den Akten und sandte die nicht abgedeckte Version sowie die Ordner mit den Beilagen 24-30 an die Beschwerdeführerinnen zurück, da sie grundsätzlich nicht von Aktenstücken Kenntnis nehmen, welche einer Partei nicht offen gelegt werden sollten. Im Endentscheid wies sie sodann den Antrag der Beschwerdeführerinnen ab, die gesiegelten Daten einzusehen. Sie erwog, die Daten seien unter Siegel, weshalb das Einsichtsgesuch abzuweisen sei (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Beschlusses).

In der Sache hiess die Vorinstanz das Entsiegelungsgesuch gut. Zum Einwand der Beschwerdeführerinnen, der grösste Teil der versiegelten Daten würde keinerlei Konnex zum Untersuchungsgegenstand aufweisen, geheime Anwaltskorrespondenz betreffen oder privater Natur sein, erwog die Vorinstanz, vorliegend gehe es um gespiegelte Daten der Laptops dreier Mitarbeitenden, gespiegelte Daten von Mailkonten sowie der OneDrive Accounts von insgesamt sieben Mitarbeitenden, gespiegelte Daten von HomeShares derselben sieben Benutzerinnen und Benutzern sowie gespiegelte Daten der Resultate der Stichwortsuche auf zwei Fileservern. Ein Dokument "Auflistung Sicherstellung elektronische Daten" enthalte die Schlüsselbegriffe/Stichworte sowie Namen von geschäftsverantwortlichen Personen und Unternehmen. Die Beschwerdeführerinnen machten keine inhaltlichen Ausführungen zu Geheimnissen und setzten sich nicht näher mit den Suchstichworten der WEKO auseinander. Sie brächten vor, von den sichergestellten Daten keine Kenntnis zu haben und ohne vorherige Akteneinsicht sich nicht im Einzelnen zu den sichergestellten Daten und den darin enthaltenen Geheimnissen äussern zu können. Eine ordnungsgemässe Geschäftsführung würde jedoch bedingen, wesentliche Daten im Überblick sowie Sicherungskopien zu haben. Es sei den Beschwerdeführerinnen zuzumuten, die wesentlichen zu schützenden Geheimnisse in ihrem Geschäftsbetrieb zumindest cursorisch zu benennen, wozu sie namentlich auf ihre sieben betroffenen Angestellten zurückgreifen könnten. Eine ausreichende Substanziierung könne grundsätzlich auch ohne Einsicht in die versiegelten Unterlagen zugemutet werden. Umso mehr hätten sich die Beschwerdeführerinnen mit den Suchstichwörtern der WEKO inhaltlich auseinandersetzen können (vgl. E. 5.5 des angefochtenen Beschlusses).

Die Beschwerdeführerinnen, so die Vorinstanz weiter, würden nicht behaupten, die sieben von den Sicherstellungen betroffenen Angestellten hätten Kontakt mit Anwälten gehabt. Sie hätten darauf verzichtet, Stichworte ins Recht zu legen, die der Beschwerdekammer erlaubt hätten, die Daten elektronisch auf Anwaltsgeheimnisse zu triagieren; in den Eingaben würden Berufsgeheimnisse nur pauschal behauptet und weder irgendwie benannt

noch umschrieben. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich weder zum Fundort noch zum Inhalt einzelner geheimnisbetroffener Dateien geäußert. Die Beschwerdekammer sei so nicht in der Lage, zwischen geschützter Anwaltstätigkeit und einer nur anwaltlichen Geschäftstätigkeit zu unterscheiden (vgl. E. 5.6.4 des angefochtenen Beschlusses). Die Beschwerdeführerinnen hätten auch nicht mitgewirkt, um eine gerichtliche Triage auf Berufsgeheimnisse zu ermöglichen (vgl. E. 5.6.5 des angefochtenen Beschlusses) und hätten auch die privaten Geheimhaltungsinteressen nicht näher skizziert (vgl. E. 5.7 des angefochtenen Beschlusses).

**4.2.3.** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 248 StPO, die analog auch auf Entsiegelungen nach Art. 50 Abs. 3 VStrR anzuwenden ist (vgl. BGE 139 IV 246 E. 1.2 und E. 3.1), muss das Entsiegelungsgericht selber die Triage der zur Untersuchung freizugebenden Daten vornehmen (vgl. BGE 142 IV 372 E. 3.1; 141 IV 77 E. 5.5.1). Das setzt jedoch voraus, dass die Inhaberin oder der Inhaber der versiegelten Aufzeichnungen konkrete Entsiegelungshindernisse geltend machen. Soweit solche nicht substantiiert dargelegt werden, darf das Entsiegelungsgericht die Freigabe der Aufzeichnungen zur Durchsichtung und weiteren Verwendung seitens der Untersuchungsbehörde verfügen (vgl. Urteil 1B\_637/2012 vom 8. Mai 2013 E. 3.5, nicht publ. in: BGE 139 IV 246). Die Inhaberin oder den Inhaber von zu Durchsichtungszwecken sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen, die oder der ein Siegelungsbegehren gestellt hat, trifft somit die prozessuale Obliegenheit, die angerufenen Geheimhaltungsinteressen ausreichend zu substantiieren. Dies gilt besonders bei grossen Datenmengen. Kommt die betroffene Person ihrer Mitwirkungs- und Substanziierungsobliegenheit im Entsiegelungsverfahren nicht nach, ist das Entsiegelungsgericht nicht gehalten, von Amtes wegen nach allfälligen materiellen Durchsichtungshindernissen zu forschen. Tangierte Geheimnisinteressen sind wenigstens kurz zu umschreiben und glaubhaft zu machen. Auch sind diejenigen Aufzeichnungen und Dateien zu benennen, die dem Geheimnisschutz unterliegen. Dabei ist die betroffene Person nicht gehalten, die angerufenen Geheimnisrechte bereits inhaltlich offenzulegen (vgl. BGE 142 IV 207 E. 7.1.5 und E. 11; 141 IV 77 E. 4.3, E. 5.5.3 und E. 5.6; Urteil 1B\_394/2017 vom 17. Januar 2018 E. 6, nicht publ. in: BGE 144 IV 74).

**4.2.4.** Die Vorinstanz geht grundsätzlich zu Recht davon aus, dass sich der Entsiegelungsentscheid auf Akten stützen muss, die den Verfahrensparteien - also auch der Untersuchungsbehörde - gleichermassen zur Verfügung stehen (vgl. BGE 143 IV 462 E. 1). Allerdings erlaubt Art. 25 Abs. 3 VStrR, dass die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts von einem Beweismittel unter Ausschluss der Antragsstellerin oder des Antragstellers Kenntnis nimmt, wenn dies zur Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen nötig ist. Sodann kann die Untersuchungsbehörde vor dem Entsiegelungsentscheid die versiegelten Daten ohnehin nicht zur Kenntnis nehmen (vgl. BGE 142 IV 372 E. 3.1), während die Inhaberin oder der Inhaber dieser Daten gerade mit dem Inhalt derselben argumentieren kann und muss, um ein Entsiegelungs- oder Durchsichtungshindernis zu begründen (vgl. BGE 137 IV 189 E. 4.2 und E. 5.1.2).

Insofern ist es systemimmanent, dass das Entsiegelungsgericht seinen Entscheid auf Unterlagen stützt, die der Untersuchungsbehörde nicht zugänglich sind (vgl. BGE 141 IV 77 E. 5; Urteil 1B\_91/2016 vom 4. August 2016 E. 5.8).

**4.2.5.** Die Beschwerdeführerinnen beantragten im vorinstanzlichen Entsiegelungsverfahren, dass die Beilagen 24-30 zu ihrer Stellungnahme vom 9. November 2020 der WEKO nicht offen gelegt werden.

**4.2.5.1.** Die Beilagen 24-26 sowie 29 enthielten Übersichten über Ordnerstrukturen, die Beilagen 27 und 28 Stichwortsuchen samt Trefferlisten. Diese Beilagen umfassten somit offensichtlich zumindest teilweise sichergestellte Daten, welche die WEKO vor dem Entsiegelungsentscheid nicht einsehen durfte. Es bestand daher kein Grund, diese Beilagen aus den Akten zu weisen. Die Beilage 30 enthielt eine Liste externer Rechtsberater und Anwaltskanzleien der Beschwerdeführerinnen. Da bereits das Bestehen eines Mandatsverhältnisses zwischen Anwalt und Klient vom Anwaltsgeheimnis umfasst wird (vgl. BGE 143 IV 462 E. 2.2; Urteil 2C\_439/2017 vom 16. Mai 2018 E. 3.2), ist nicht auszuschliessen, dass auch an dieser Liste ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse im Sinne von Art. 25 Abs. 3 VStrR bestand. Die Vorinstanz konnte somit auch diese Unterlagen nicht unbesehen aus den Akten weisen, sondern hatte zu prüfen, ob daran ein Geheimhaltungsinteresse bestehe.

**4.2.5.2.** Allerdings hat sich die Vorinstanz summarisch trotzdem zum Inhalt der zurückgesandten Liste geäußert. In Bezug auf die Liste externer Rechtsberater und Anwaltskanzleien (Beilage 30) erwog sie, aus der Bezeichnung dieser Liste werde nicht klar, ob sie Trägerinnen und Träger von Berufsgeheimnissen enthalte (vgl. E. 5.6.4 des angefochtenen Beschlusses). In Bezug auf die Beilagen 24-29 hat sie ausgeführt, die Beschwerdeführerinnen hätten darin offenbar Ordnerstrukturen farblich als rein private Daten markiert, ohne dazu inhaltlich etwas auszuführen. Da sie die Beilagen als geheim bezeichnet hätten, habe die Vorinstanz sie aber zurückgesendet (vgl. E. 5.7.1 des angefochtenen Beschlusses). Die privaten Geheimhaltungsinteressen seien nicht näher skizziert. Das rein formale Kriterium der Absender-Domain oder ein Verweis auf die Suchstichworte der WEKO sei ungeeignet, ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse konkret darzutun (vgl. E. 5.7.4 f. des angefochtenen Beschlusses).

**4.2.5.3.** Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Geheimhaltungsinteressen konkret darzulegen sind (vgl. E. 4.2.3 hiervor) und dass die Angaben in der Stellungnahme vom 9. November 2020 und in den Beilagen 24-30 für sich allein keine genügende Substanziierung solcher Interessen darstellen. Auch in Bezug auf das Anwaltsgeheimnis genügt es nicht, wenn die betroffene Person, die ein Entsiegelungshindernis geltend macht, bloss pauschal behauptet, es befänden sich unter den sichergestellten elektronischen Aufzeichnungen solche, die einem Berufsgeheimnis unterständen (vgl. Urteil 1B\_243/2020 vom 26. Februar 2021 E. 3.2). Dasselbe gilt für geltend gemachte Privatgeheimnisse (vgl. Urteil 1B\_243/2020 vom 26. Februar 2021 E. 3.3).

**4.2.6.** Jedoch trägt die Vorinstanz dem Umstand zu wenig Rechnung, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 9. November 2020 ausdrücklich Einsicht in die sichergestellten Daten beantragt hatten.

**4.2.6.1.** Die Argumentation der Vorinstanz, die Akteneinsicht werde verweigert, da die Daten unter Siegel seien (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Beschlusses) überzeugt nicht: Die Siegelung hat zum Zweck, zu verhindern, dass die Untersuchungsbehörde von den versiegelten Daten Kenntnis erhält, bevor ein Gericht die Entsiegelung erlaubt hat. Hingegen kann die Siegelung nicht der Inhaberin der Daten entgegengehalten werden. Es handelt sich dabei um die eigenen Daten der Inhaberin, in welche diese grundsätzlich Einsicht haben kann (für das Verwaltungsverfahren vgl. Art. 27 Abs. 3 VwVG; vgl. auch BGE 121 I 225 E. 2b). Die Rechtsprechung geht denn auch davon aus, dass die betroffene Person ein Gesuch um Einsicht in die versiegelten Akten stellen (vgl. Urteil 1B\_118/2019 vom 13. Mai 2019 E. 2.2) oder ihr diese Einsicht nötigenfalls von Amtes wegen gewährt werden kann (vgl. BGE 137 IV 189 Bst. D). Dass das Bundesgericht in einem konkreten, von der Vorinstanz zitierten Urteil die Akteneinsicht verneinte, weil es überhaupt an der Substanziierung fehlte (vgl. Urteil 1B\_539/2019 vom 19. März 2020 E. 3.3), lässt nicht darauf schliessen, dass eine solche Akteneinsicht grundsätzlich nicht zulässig oder geboten sei.

**4.2.6.2.** Vorliegend hatten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 9. November 2020 ausgeführt, die WEKO habe eine grosse Datenmenge gespiegelt und sichergestellt. Sie, die Beschwerdeführerinnen, verfügten aber über keine identische Spiegelung der sichergestellten Daten und hätten damit keine genauen Kenntnisse der sichergestellten Daten. Sie hätten aufgrund der Angaben im Durchsuchungsprotokoll den Umfang der versiegelten Daten annäherungsweise repliziert und machten auf dieser Grundlage ohne Anspruch auf Vollständigkeit Geheimnisinteressen geltend. Sie hätten in den geheim zu haltenden Beilagen die ihrer Auffassung nach der Beschlagnahme - mangels Delikt-konnex - offensichtlich nicht unterliegenden Daten anhand der Ordnerstruktur identifiziert und farblich hervorgehoben, ebenso die Daten, die ihres Erachtens dem Anwaltsgeheimnis unterlägen oder rein privater Natur seien. Eine Ergänzung der Stellungnahme nach Gewährung der beantragten Akteneinsicht bleibe vorbehalten.

**4.2.6.3.** Die Ausführungen der Vorinstanz, es wäre den Beschwerdeführerinnen zuzumuten, bei ordnungsgemässer Geschäftsführung wesentliche Daten im Überblick sowie Sicherungskopien zu haben und die wesentlichen zu schützenden Geheimnisse auch ohne Einsicht in die versiegelten Daten zu bezeichnen, greifen unter den konkreten Umständen zu kurz: Es ist nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerinnen über die Daten weiterhin verfügten, da nur gespiegelte Daten sichergestellt wurden. Indessen konnten die Beschwerdeführerinnen nicht im Detail wissen, welche Daten denn überhaupt sichergestellt wurden. Möglicherweise nicht ausgeschlossen, aber doch entsprechend schwierig und aufwändig war es für sie, die Geheimhaltungsinteressen zu substantizieren. Es war daher nachvollziehbar, dass sie zwecks näherer Substanziierung Einsicht in die gesiegelten Daten beantragten. Indem die Vorinstanz erst

zusammen mit dem Endentscheid das Einsichtsgesuch abwies und zugleich den Beschwerdeführerinnen vorwarf, die Geheimnisse nicht hinreichend substantiiert zu haben, verletzte sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör und verunmöglichte ihnen eine nähere Substanziierung. Die Vorinstanz hätte entweder die Akteneinsicht gewähren oder zumindest vorweg das Einsichtsgesuch abweisen und den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit geben müssen, auch ohne diese Einsicht eine präzisere Substanziierung vorzunehmen.

## 5.

Im Ergebnis erweisen sich die Beschwerden als begründet. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts sind aufzuheben. Die Sache (Verfahren 2C\_295/2021) ist zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen (Art. 67 BGG). Die Sache (Verfahren 2C\_307/2021) ist zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zurückzuweisen. Diese hat den Beschwerdeführerinnen entweder Einsicht in die sichergestellten Daten zu gewähren oder das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen vorab abzuweisen. Daraufhin hat sie den Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit einzuräumen, die Entsiegelungshindernisse näher zu substantizieren. Alsdann wird sie über das Entsiegelungsgesuch neu entscheiden.

Im Verfahren 2C\_295/2021 obsiegen formal die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 1, indem das angefochtene Urteil ihrem Antrag entsprechend aufzuheben ist. In der Sache unterliegen sie jedoch, da das Bundesverwaltungsgericht auf ihre Beschwerde richtigerweise nicht hätte eintreten dürfen und sie damit bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren unterliegen. Sie tragen daher die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die WEKO hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG). Im Verfahren 2C\_307/2021 obsiegen die Beschwerdeführerinnen. Die WEKO trägt keine Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 4 BGG), hat den Beschwerdeführerinnen aber für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 BGG).

### Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die Verfahren 2C\_295/2021 und 2C\_307/2021 werden vereinigt.

#### 2.

Die Beschwerde im Verfahren 2C\_295/2021 wird insoweit gutgeheissen, als das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. März 2021 aufgehoben wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben. Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

**3.**

Die Beschwerde im Verfahren 2C\_307/2021 wird gutgeheissen. Der Beschluss der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 24. Februar 2021 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zurückgewiesen.

**4.**

Die Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 4'000.-- den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

**5.**

Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

**6.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, dem Bundesstrafgericht, Beschwerdekammer, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, schriftlich mitgeteilt.

## C Zivilrechtliche Praxis

### Pratique des tribunaux civils

### Prassi dei tribunali civili

#### C 2 Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale

C 2	1. <b>Arrêt du 18 janvier 2022 - Droit de la concurrence, action en conclusion du contrat, accord en matière de concurrence / Recours contre l'arrêt rendu le 5 mars 2021 par la 1<sup>re</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg</b>
-----	---

*Arrêt 4A\_229/2021 du 18 janvier 2022 de la 1<sup>re</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral en l'affaire A.\_\_\_\_\_, représentée par [...], recourante, contre B.\_\_\_\_\_ SA, représentée par [...], intimée. Objet: droit de la concurrence, action en conclusion du contrat, accord en matière de concurrence, recours contre l'arrêt rendu le 5 mars 2021 par la 1<sup>re</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg (102 2018 98).*

#### Faits :

##### A.

A.\_\_\_\_\_ (ci-après: la recourante, la défenderesse) est un constructeur de véhicules automobiles basé en... Elle vend des véhicules neufs et des pièces détachées ou d'origine des marques xxx et yyy. Environ 80% des pièces détachées vendues par A.\_\_\_\_\_ sont fabriqués par des équipementiers qui sont des sociétés tierces, indépendantes de A.\_\_\_\_\_. Les 20% restants des pièces détachées sont fabriqués par A.\_\_\_\_\_ elle-même. La vente des pièces détachées est réalisée par le biais de concessionnaires et distributeurs locaux agréés. Ceux-ci signent avec A.\_\_\_\_\_ des contrats leur permettant d'avoir accès aux produits des marques précitées et leur interdisant toute transaction avec des distributeurs non-membres du réseau de distribution sélectif, mais non avec des réparateurs indépendants.

B.\_\_\_\_\_ SA (ci-après: l'intimée, la demanderesse) est un grossiste multimarques basé en Suisse, qui n'est pas membre du réseau de distribution sélectif de A.\_\_\_\_\_, et qui achète des pièces détachées automobiles et les vend sur tout le territoire suisse à des réparateurs indépendants.

Jusqu'en novembre 2017, B.\_\_\_\_\_ achetait des pièces détachées des marques xxx et yyy auprès de distributeurs agréés en... et en... aux prix appliqués dans ces pays. Depuis lors, elle n'a plus pu se fournir auprès d'eux, en application des clauses contractuelles liant les distributeurs à A.\_\_\_\_\_. B.\_\_\_\_\_ s'est ensuite fournie pour un temps auprès de distributeurs agréés en Suisse, qui lui ont finalement opposé un refus fondé sur

les mêmes obligations contractuelles envers A.\_\_\_\_\_.

##### B.

Par demande du 14 mars 2018 déposée devant le Tribunal cantonal du canton de Fribourg, B.\_\_\_\_\_ a ouvert une action en conclusion d'un contrat fondée sur le droit de la concurrence contre A.\_\_\_\_\_, par laquelle elle a conclu en dernier lieu et en substance, à ce que:

(I.) A.\_\_\_\_\_ reprenne la vente de ses produits de pièces détachées (pièces de rechange d'origine) de véhicules automobiles à B.\_\_\_\_\_ aux mêmes conditions que celles dont elle bénéficiait antérieurement, ou à tout le moins aux mêmes conditions que celles dont bénéficient les autres distributeurs indépendants de pièces détachées dans l'Union européenne, soit aux prix courants (catalogue) de chaque pays concerné moins rabais usuel pour vente à un professionnel fonction du volume d'achats.

(II.) A.\_\_\_\_\_ communique à son réseau de concessionnaires et distributeurs agréés sur le marché de l'Union européenne, qu'ils sont désormais tenus d'accepter avec effet immédiat de vendre leurs produits à B.\_\_\_\_\_, en particulier les pièces détachées (pièces de rechange d'origine) aux mêmes conditions que celles dont elle bénéficiait antérieurement ou à tout le moins aux mêmes conditions que celles dont bénéficient les autres distributeurs indépendants de pièces détachées en Union européenne, soit aux prix courants de chaque pays concerné moins rabais pour vente à un professionnel fonction du volume d'achats.

(III.) Sur présentation de l'arrêt à intervenir, B.\_\_\_\_\_ pourra obtenir de A.\_\_\_\_\_ et de tout distributeur et concessionnaire agréé la vente de pièces détachées aux conditions précitées.

(IV.) A.\_\_\_\_\_ transmet à B.\_\_\_\_\_ la liste exhaustive de tous les fabricants de pièces de rechange d'origine qui ne sont pas directement produites par A.\_\_\_\_\_ et ses filiales.

(V.) A. \_\_\_\_\_ verse à B. \_\_\_\_\_ une somme de 160'000 fr. à titre de dommages et intérêts.

La défenderesse a conclu principalement à l'irrecevabilité des conclusions I. à IV. ainsi qu'au rejet de la conclusion V., subsidiairement, au rejet de toutes les conclusions.

La cour cantonale a limité la procédure en vertu de l'art. 125 let. a CPC à la question de l'existence d'une entrave illicite à la concurrence par la défenderesse et a réservé la conclusion en dommages-intérêts.

Par arrêt du 5 mars 2021, la cour cantonale a jugé irrecevable la deuxième partie de la conclusion I. pour ce qui a trait aux conditions de vente des pièces détachées, faute pour la demanderesse d'avoir précisé, dans ses conclusions, les points essentiels du contrat dont la conclusion était demandée. Elle n'a jugé recevable que la première partie de cette conclusion, pour ce qui a trait à l'obligation de la défenderesse de vendre des pièces détachées à la demanderesse.

La cour cantonale a jugé irrecevable la conclusion II., en ce qu'elle tendait à imposer à la défenderesse d'informer des tiers que ceux-ci étaient tenus d'adopter un comportement, ce qui lui a paru inexécutable en cas d'admission, en raison du fait que l'effet d'un jugement ne s'étend pas aux tiers qui ne sont pas parties à la procédure.

Elle a jugé irrecevable la conclusion III. en ce qu'elle ne faisait que formuler le droit de la demanderesse d'obtenir l'exécution forcée du jugement portant sur ses conclusions précédentes.

Elle a jugé recevable la conclusion IV.

Au fond, statuant sur la première conclusion, première partie, la cour cantonale a scindé le comportement litigieux de A. \_\_\_\_\_ en deux avec, d'une part, la vente du 80% des pièces détachées, produites par des équipementiers tiers, et distribuées par un réseau de distribution sélectif, et, d'autre part, le 20% restant des pièces détachées produites par A. \_\_\_\_\_ elle-même ou ses filiales détenues à 100%, également distribuées par son réseau de distribution sélectif.

Pour le premier comportement, elle a retenu que A. \_\_\_\_\_ était liée par un accord en matière de concurrence avec ses distributeurs, qui leur interdisait la vente des pièces hors du réseau de distribution. La cour cantonale l'a jugé licite, car justifié par des motifs d'efficacité économique, en se fondant sur la communication de la Commission de la concurrence (COMCO), concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile du 29 juin 2015 (CommAuto). A. \_\_\_\_\_ était donc légitimée à vendre les 80% de pièces produites par les équipementiers via son réseau de distribution sélectif. Sous cet angle, la cour cantonale a par conséquent rejeté la conclusion IV. de la demanderesse tendant à ce que la défenderesse transmette la liste de tous les fabricants de pièces détachées.

Pour le second comportement, la cour cantonale s'est également fondée sur la CommAuto pour en déduire que le refus de A. \_\_\_\_\_, de fournir directement à B. \_\_\_\_\_ - et non par son réseau de distribution sélectif - les quelque 20% de pièces détachées qu'elle

fabriquait elle-même, devait être qualifié d'atteinte qualitativement grave à la concurrence. Elle a partiellement admis la conclusion I., première partie et a condamné la défenderesse à vendre ces pièces détachées à la demanderesse en vertu de l'art. 13 let. b LCart.

### C.

Contre cet arrêt qui lui a été notifié le 10 mars 2021, la défenderesse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 26 avril 2021. Elle conclut principalement à son annulation et à sa réforme en ce sens que la première partie de la conclusion I. de la demanderesse soit rejetée, soit que A. \_\_\_\_\_ ne soit pas condamnée à vendre les pièces détachées en question à B. \_\_\_\_\_. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle se plaint d'une violation de l'art. 4 al. 1 LCart, ainsi que du droit constitutionnel fribourgeois.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement en propose le rejet.

La recourante a encore déposé des observations sur la réponse de l'intimée.

La cour cantonale n'a pas formulé d'observations.

Par ordonnance présidentielle du 10 juin 2021, la présidente de la le Cour de droit civil a rejeté la requête d'effet suspensif.

### Considérant en droit :

#### 1.

**1.1.** Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par la partie qui a succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF), dans une affaire traitant de droit de la concurrence (art. 72 al. 1 LTF et art. 31 al. 1 let. e RTF) et rendue par un tribunal cantonal statuant en instance unique (art. 75 al. 2 let. a LTF et art. 5 al. 1 let. b CPC), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF).

Dirigé contre une décision incidente (art. 93 al. 1 LTF), ne portant que sur la question de l'existence d'un accord illicite en matière de concurrence et réservant le sort des conclusions en dommages-intérêts à un traitement ultérieur, le recours immédiat n'est recevable que lorsque la décision incidente est susceptible de causer un préjudice irréparable (let. a), ou lorsque l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b).

**1.2.** La recourante soutient à juste titre qu'une décision admettant le recours mettrait un terme à l'instance, constituant ainsi une décision finale. Il y a lieu d'admettre qu'en l'espèce elle éviterait une procédure probatoire longue et coûteuse portant sur la détermination du dommage subi par l'intimée ainsi que sur le lien de causalité entre l'entrave illicite et le dommage.

#### 2.

**2.1.** Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris le droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1; 136 II

304 consid. 2.4). Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 115 consid. 2; arrêts 4A\_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 2.2, non publié aux ATF 143 III 348; 4A\_357/2015 du 4 décembre 2015 consid. 1.4).

**2.2.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Relèvent de ces faits tant les constatations relatives aux circonstances touchant l'objet du litige que celles concernant le déroulement de la procédure conduite devant l'instance précédente et en première instance, c'est-à-dire les constatations ayant trait aux faits procéduraux (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires (ATF 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5) ou ont été établies en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

### 3.

La recourante invoque la violation du droit fédéral en ce sens que la cour cantonale aurait retenu à tort l'existence d'une restriction illicite à la concurrence pour la condamner à la conclusion d'un contrat portant sur la vente de pièces de rechange en tant qu'elles font partie des 20% de pièces qu'elle fabrique elle-même ou par ses filiales détenues à 100%. Sous le titre intitulé "champ d'application de la LCart", la recourante conteste en réalité l'application que la cour cantonale fait de la CommAuto et l'existence d'un accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

**3.1.** Le droit suisse de la concurrence vise à protéger la concurrence en tant qu'institution permettant d'entrer librement sur le marché (Message du 23 novembre 1994 concernant la LCart, FF 1994 472 s., p. 505; VALENTIN BOTTERON, *Le contrôle des concentrations d'entreprises*, 2021, n° 101, p. 26; DUCREY/ZURKINDEN, *Das schweizerische Kartellrecht*, in *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, SBVR vol. XI, 2007, p. 597 ss n° 7; TERCIER/MARTENET, *Commentaire romand*, 2e éd. 2013, n° 25 ad art. 1 LCart). Il est fondé sur le mandat constitutionnel de l'art. 96 Cst. qui charge la Confédération de lutter contre les "conséquences dommageables des [...] formes de limitation de la concurrence". La Loi sur les cartels (LCart) proscrie ainsi notamment les pratiques d'entreprises décrites aux art. 5 et 7 LCart, soit les accords illicites (art. 5 LCart) et les abus de position dominante (art. 7 LCart). Toutes les restrictions à la concurrence ne sont donc pas interdites, mais seulement celles qui sont illicites au sens de ces dispositions. A ce titre, le volet privé du droit de la concurrence (art. 12 ss LCart) permet notamment à la personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la

concurrence ou l'exercice de celle-ci, d'obtenir la cessation ou la suppression du trouble qu'elle subit (art. 12 al. 1 let. a LCart).

Pour assurer la suppression ou la cessation de l'entrave, le juge peut, à la requête du demandeur, prononcer notamment la nullité des contrats en tout ou en partie (art. 13 let. a LCart), ou condamner celui qui est à l'origine de l'entrave à la concurrence de conclure avec celui qui la subit, des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 13 let. b LCart).

**3.2.** Sont prohibés notamment les accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 5 LCart.

**3.2.1.** Premièrement, il doit s'agir d'accords en matière de concurrence selon l'art. 4 al. 1 LCart.

Aux termes de l'art. 4 al. 1 LCart, les accords en matière de concurrence sont les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence. Pour correspondre à la notion d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, deux conditions doivent être remplies: d'une part, l'existence d'un accord et, d'autre part, le fait que le but ou l'effet de celui-ci soit de restreindre la concurrence (ATF 144 II 246 consid. 6.4).

En ce qui concerne en particulier la première de ces deux conditions, l'accord doit lier deux entreprises distinctes au moins, occupant des échelons du marché identiques ou différents (ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *Commentaire romand*, 2e éd 2013, n° 15 ad art. 4 al. 1 LCart; BÉATRICE HURNI, *L'action civile en droit de la concurrence*, p. 233; REINERT, *Basler Kommentar*, 2e éd 2022, n° 1 ad art. 4 al. 1 LCart). Les accords entre une filiale et la société mère qui la détient à 100%, ne sont pas inclus dans la définition d'un accord en matière de concurrence (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *op. cit.*, n° 15 ad art. 4 al. 1 LCart; BÉATRICE HURNI, *op. cit.*, p. 234; REINERT, *op. cit.*, n° 360 ad art. 4 al. 1 LCart). L'accord entre plusieurs entreprises peut n'imposer des obligations qu'à une seule d'entre elles, dans la mesure où la débitrice des obligations les accepte, même si elle doit le faire à contre-cœur (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *op. cit.*, n° 16 et 121 ad art. 4 al. 1 LCart).

**3.2.2.** Deuxièmement, ces accords doivent être illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Aux termes de l'art. 5 al. 1 LCart, les accords en matière de concurrence qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique sont illicites. Les accords en matière de concurrence qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites indépendamment de toute justification par des motifs d'efficacité économique.

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique, peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Dans le secteur automobile, la COMCO a adopté dans ce sens la "communication concernant

l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile ", par décision du 29 juin 2015 (CommAuto).

**3.3.** Pour sanctionner le refus de la recourante de fournir directement à l'intimée les pièces de rechange parmi les quelque 20% de pièces détachées qu'elle fabrique elle-même ou dans ses filiales détenues à 100%, la cour cantonale s'est fondée sur l'art. 16 let. g CommAuto. Cette disposition prévoit que la restriction, pour les fabricants de pièces de rechange, d'appareils de réparation, d'équipements de diagnostic ou d'autres équipements, de la possibilité de vendre ces marchandises aux membres d'un réseau de distribution à des opérateurs indépendants ou à des utilisateurs finaux, constitue une atteinte qualitativement grave à la concurrence. La cour cantonale a conclu que ces conditions étaient remplies en l'espèce.

Cela ne suffit pas.

### 3.4.

**3.4.1.** En effet, il n'y a pas d'accord entre A. \_\_\_\_\_ et ses filiales détenues à 100%; dès lors qu'elles appartiennent au même groupe, elles ne peuvent conclure un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

Qu'en est-il de l'accord entre A. \_\_\_\_\_ et ses fournisseurs, qui est un accord en matière de concurrence, mais dont la cour cantonale a jugé qu'il était justifié par des motifs d'efficacité économique pour ce qui a trait à la mise en place d'un réseau de distribution sélectif? La cour cantonale a retenu que B. \_\_\_\_\_ n'a pas prouvé que cet accord interdirait à A. \_\_\_\_\_ de vendre les pièces qu'elle fabrique elle-même ou par ses filiales détenues à 100% à des tiers non agréés. Il en découle que si la recourante ne vend pas de produits à l'intimée, ce n'est pas en vertu d'un accord illicite en matière de concurrence qui le lui imposerait.

**3.4.2.** Autrement dit, comme le soutient la recourante, il n'est pas établi qu'elle soit partie à un accord en matière de concurrence qui l'empêche de livrer des produits à l'intimée, de sorte que les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart ne sont pas remplies. Par conséquent, la première condition de l'art. 5 al. 1 LCart ne l'est pas non plus. Il n'existe donc pas d'atteinte illicite à la concurrence, de sorte que l'action en conclusion du contrat des art. 12 et 13 LCart formée par la demanderesse ne peut qu'être rejetée.

Aucune autre restriction illicite à la concurrence n'a fait l'objet du litige ou été retenue par la cour cantonale.

### 4.

Le grief fondé sur l'application de la LCart doit être admis. Il est superflu d'examiner le grief de la recourante fondé sur le droit constitutionnel fribourgeois, qui tend à obtenir le même résultat.

### 5.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la conclusion I. de B. \_\_\_\_\_, première partie, qui consiste à condamner A. \_\_\_\_\_ à lui vendre sans intermédiaire les 20% de pièces détachées qu'elle fabrique elle-même ou par ses filiales détenues à 100%, est rejetée. La recourante obtient gain de cause, de sorte que l'intimée supportera les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 LTF) et lui versera une indemnité pour ses frais d'avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

### Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

#### 1.

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que l'obligation de A. \_\_\_\_\_ de vendre à B. \_\_\_\_\_ 20% des pièces détachées qu'elle fabrique elle-même ou via ses filiales détenues à 100% est supprimée.

#### 2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr. sont mis à la charge de l'intimée.

#### 3.

L'intimée versera à la recourante une indemnité de 12'000 fr. à titre de dépens.

#### 4.

La cause est renvoyée à la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

#### 5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
 BB Bundesbeschluss  
 BBI Bundesblatt  
 BG Bundesgesetz  
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
 BGer Bundesgericht  
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
 BR Bundesrat  
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
 BV Bundesverfassung  
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
 CE Communauté Européenne  
 CE Conseil des Etats  
 CF Conseil fédéral  
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
 CO Code des obligations  
 Cost. Costituzione federale  
 CPC Code (cantonal) de procédure civile  
 CPS Code pénal suisse  
 cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
 DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
 FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
 HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
 JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
 LF Loi fédérale / Legge federale  
 LL Legge federale sul lavoro  
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	<b>T</b>	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
<b>Q</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>R</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	<b>V</b>	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>X</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Y</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Z</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise 75, 125, 134, 136, 139, 148 f., 157 ff., 166, 168 f., 171 ff., 175, 184, 218, 236, 259, 261
  - Abrede 1, 3, 5 ff., 9 ff., 14, 18, 74 ff., 84 f., 90 ff., 106, 109 f., 115, 118 ff., 131, 134, 138, 145, 147 ff., 154 ff., 158, 167 ff., 172 ff., 181 ff., 240, 242, 244 ff., 271 ff., 281 ff., 286, 292 ff.
  - Acquiring -
  - Anhörung 93 f., 96, 99, 101, 117, 258
  - Apotheker/innen 7
  - Ärzte(-Verband) 7
- B**
- Banken 3, 6, 18
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 3, 7
  - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 228 ff.
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 3, 6, 15, 93
  - Erheblichkeit 223 ff., 291, 294
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 106, 116 f., 155, 171
  - Interchange Fee 7, 44, 62
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 77, 79, 148, 184, 269
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer 7
  - Kreditkarten 7
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 10, 166 f., 182
  - marktbeherrschende Stellung 3, 5 f., 10, 78, 80 f., 83, 271
  - Marktgegenseite 8, 17, 107, 184 f., 226 f.
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 188 f., 193, 197, 201, 204, 207, 211
  - Marktzutrittsschranken -
  - Meldepflicht 4, 9, 11, 77 ff., 152, 269
  - Missbrauch 2 ff., 6, 8 ff., 13, 17 f., 74, 83, 130, 135, 137 f., 145, 234, 261, 266, 268, 278
- N**
- Netzwerk 16 f., 78, 87, 108, 123 f., 164, 167 f., 170 f.
  - Netzwerkkosten -
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 172, 175, 220
  - potenzieller Wettbewerb 190, 195, 199, 209, 213, 219
  - Preisabrede 7, 9 f., 95, 16, 182 ff., 217 f., 220 ff., 228, 230, 237, 245, 250 f., 260
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 182, 184, 219, 222, 227 f.
  - Reduktion der Sanktion 252 ff.
- S**
- Sanktionen 4 ff., 15, 96 ff., 103, 117 f., 120, 128, 136, 138, 141, 147, 150, 154, 167, 171, 231 ff., 239 f., 250 ff., 256, 283
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission 1, 3 ff., 12 f., 58, 61 f., 64, 107, 173, 256
  - Submissionskartell 173
- T**

Tarife 129 ff., 144, 153, 156, 168, 183, 248, 261 ff.

Tarifvertrag 182

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 1, 3 ff., 10, 12, 14 ff., 84 f., 90 ff., 95 ff.,  
101 f., 116 ff., 125, 127, 134, 144, 146, 150, 167, 173 f.,  
216 f., 224, 226, 228 f., 232, 244, 246, 248 f., 251, 253 ff.,  
257 f., 272, 274, 276 ff., 286 f., 290, 292 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 18, 74 f., 118, 131, 176,  
216, 222, 228, 237, 258 f., 272 ff., 280 ff., 286, 293 f.

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 2, 5, 9, 147

Verschulden 238, 244, 249, 257

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 85, 129, 151

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X**

**Y**

**Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -