



Abteilung II  
B-710/2014

## Urteil vom 16. November 2022

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),  
Richter Martin Kayser, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Said Huber.

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
[...],  
vertreten durch [...],  
[...],  
Beschwerdeführerin,  
gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
[...],  
Vorinstanz.

Gegenstand

Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013  
(Abreden im Bereich Luftfracht, Untersuchung 81.21-0014).

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Prozessvoraussetzungen und Kognition des BVGer</b> .....	10
<b>2. Parteistandpunkte zum Sachverhalt und zur Rechtsanwendung</b> .....	12
2.1 Preisabrede (Vorinstanz).....	12
2.2 Widerspruch zum Kommissionsentscheid (Beschwerdeführerin) .....	13
2.3 Gleichzeitige Anwendung von Abkommen und Gesetz (Vorinstanz) .....	13
2.4 Ausschliessliche Anwendung entweder des schweizerischen oder des europäischen Rechts (Beschwerdeführerin).....	14
<b>3. Auslegung des Luftverkehrsabkommens</b> .....	14
3.1 Geltung von EU-Kartellrecht.....	14
3.2 Auslegung des Luftverkehrsabkommens.....	15
3.3 Sachlicher Geltungsbereich des LVA CH-EU .....	16
3.4 Räumlicher Geltungsbereich des LVA CH-EU.....	17
<b>4. Verhältnis von Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz</b> .....	18
4.1 Verbots- und Sanktionsnormen nach LVA CH-EU und KG.....	18
4.2 Sanktionierbarkeit .....	20
4.3 Kompetenzzuweisung nach Art. 10 LVA CH-EU .....	21
4.4 Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU .....	22
4.5 Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU .....	23
4.6 Zwischenfazit .....	23
<b>5. Folgen der Zuständigkeit für die Sanktionskompetenz</b> .....	24
5.1 Standpunkte der Verfahrensbeteiligten zur Auslegung .....	24
5.2 Wortlautgestützte Auslegung (Offenheit des Wortlauts).....	25
5.3 Systematische Auslegung (fehlende Sanktionsordnung).....	26
5.4 Vertragszielorientierte Auslegung (Integration der Schweiz) .....	27
<b>6. Vorbehaltene Vorschriften (erlaubte Tarifkoordination)</b> .....	30
<b>7. Streitgegenstand</b> .....	31

<b>8. Sachverhalt</b> .....	34
8.1 Sicht der Vorinstanz: Beteiligung an einer weltweiten Gesamtabrede zu diversen Preisbestandteilen (1,1284-1319) .....	34
8.2 Entgegnung der Beschwerdeführerin (2 <sup>[...]</sup> , 19-23, 104-232).....	36
8.3 Vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung .....	37
8.4 "Einheitliche, fortgesetzte Zuwiderhandlung" (Gesamtabrede) oder eine (bzw. mehrere) Einzelabrede(n)?.....	39
<b>9. Beweisrecht</b> .....	45
9.1 Grundsätze.....	45
9.2 Selbstanzeigen im beweisrechtlichen Kontext.....	49
<b>10. Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG</b> .....	52
10.1 Tragweite des Abredobegriffs.....	52
10.2 Informationsaustausch als Abredeform? .....	54
<b>11. Treibstoffzuschläge</b> .....	59
11.1 Parteistandpunkte zur Beweislage und deren Würdigung .....	59
11.2 Würdigung der Beweislage durch das Bundesverwaltungsgericht.....	63
11.2.1 April/Mai 2004 (neue Schwellenwerte, Anpassung FSC).....	63
11.2.2 Juni 2004 (Z._____ -Kontakte) .....	68
11.2.3 September/Oktober 2004 (Anstieg auf Stufen 6+7) .....	69
11.2.4 November 2004 (Stufen 8+9) .....	72
11.2.5 Kontakte im Dezember 2004/Januar 2005 (Stufe 6).....	73
11.2.6 Frühjahr bis Sommer 2005 (Anstieg auf Stufen 7, 8 + 9) .....	74
11.2.7 September/Oktober 2005 (Stufen 11+12).....	78
11.2.8 November 2005 (Treibstoffpreis-Rückgang, Stufen 11+10).....	81
11.2.9 Dezember 2005 (Stufe 9) .....	83
11.2.10 Ende 2005/Anfang 2006 .....	84
11.2.11 Februar 2006.....	85
11.2.12 Keine Kontakte auf Stufe Hauptquartier.....	87
11.2.13 Schlussfolgerung .....	87

11.3 Parteistandpunkte zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede .....	88
11.4 Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede) .....	90
<b>12. Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen .....</b>	<b>94</b>
12.1 Beweislage und deren Würdigung durch die Verfahrensbeteiligten .....	94
12.1.1 Jahr 2003 .....	95
12.1.2 Mai 2004 .....	96
12.1.3 März 2005 .....	96
12.1.4 Januar-Juli 2005 .....	97
12.1.5 Oktober 2005 .....	102
12.1.6 Jahr 2006 .....	103
12.1.7 Kontakte auf Stufe Hauptquartier .....	103
12.1.8 Beweisergebnis und rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz .....	104
12.1.9 Entgegnung der Beschwerdeführerin .....	105
12.1.10 Gegenargumente der Vorinstanz .....	113
12.2 Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede) .....	113
<b>13. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) .....</b>	<b>120</b>
13.1 Standpunkt der Verfahrensbeteiligten .....	120
13.2 Vorliegen von Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG .....	120
13.3 Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen .....	123
<b>14. Verletzung des rechtlichen Gehörs? .....</b>	<b>125</b>
<b>15. Sanktion (Art. 49a KG) .....</b>	<b>127</b>
15.1 Bemessungsgrundsätze und vorinstanzliche Sanktionsbemessung .....	127
15.2 Rügen der Beschwerdeführerin und deren rechtliche Würdigung .....	130
15.2.1 Verjährung des staatlichen Sanktionsanspruchs? .....	130
15.2.2 Sanktionsmilderung wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes? .....	130
15.2.3 Unverhältnismässiger Basisprozentsatz von 8 %? .....	137
15.2.4 Erhöhungsgrund: Dauer des Verstosses .....	138
15.2.5 Weitere erschwerende oder mildernde Umstände? .....	138
15.2.6 Sanktionsreduktion wegen Selbstanzeige .....	139
15.3 Ergebnis: Sanktionsreduktion .....	139

<b>16. Dispositiv Ziffer 1: angeordnetes Verbot von Preisabsprachen.....</b>	<b>140</b>
<b>17. Verfahrenskostenliquidation vor der Vorinstanz.....</b>	<b>143</b>
<b>18. Zusammenfassung .....</b>	<b>146</b>
<b>19. Nebenfolgen.....</b>	<b>146</b>
<b>Dispositiv.....</b>	<b>150</b>

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 23. Dezember 2005 reichte [...] beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Selbstanzeige ein. Diese ergänzte sie in der Folge mündlich (protokolliert vom Sekretariat am 2., 23., 27. Februar, 24. März, 31. Mai, 26.-28. September 2006, 13. Juni 2007 sowie 19. Dezember 2008).

**A.b** Am 13. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung zu Abreden über Zuschläge im Bereich Luftfracht. Diese Untersuchung richtete sich zuerst gegen den (als einfache Gesellschaft konstituierten) Z.\_\_\_\_\_, [...] und [...] und umfasste später folgende 14 Luftfahrtunternehmen:

1. [...];

2. [...];

3. [...];

4. [...];

5. [...];

6. [...];

7. [...];

8. [...];

9. [...];

10. [...];

11. [...];

12. [...];

13. [...];

14. [...].

**A.c** Am 14. Februar 2006 fanden Hausdurchsuchungen beim Z.\_\_\_\_\_, bei [...], [...], [...] und [...] statt. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 2. März 2006 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB Nr. 43, S. 41) und am 7. März 2006 im Bundesblatt (BBl 2006, 2707) publiziert.

**A.d** In der Folge reichten folgende Unternehmen Selbstanzeigen (inkl. Ergänzungen) ein:

1. [...], am 6. März 2006 (19. Januar, 9. August 2007);
2. [...], am 27. März 2006 (11. Mai 2007, 14./17. November 2008);
3. [...], am 30. Oktober 2006 (14. Dezember 2006, 13. Oktober 2008);
4. [...], am 8. Mai 2007 (27. Oktober 2008);
5. [...], am 3./4. September 2008 (9. Oktober 2008).

**A.e** Am 8. November 2012 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zu einer Sanktionsverfügung zur Stellungnahme zu. In der Folge fanden vor der Vorinstanz Anhörungen statt: am 9. September 2013 mit [...], [...], [...] und [...] sowie am 16. September 2013 mit [...], [...], [...], [...] und [...].

**A.f** In einer 412-seitigen Verfügung vom 2. Dezember 2013 (vgl. RPW 2022/1, S. 84-268) untersagte die Vorinstanz allen Parteien, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt sei oder im Rahmen einer Allianz erfolge, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliege (Dispositiv Ziff. 1). Elf Luftfahrtunternehmen (ausser [...]) wurden mit unterschiedlich hohen Beträgen, insgesamt rund Fr. 11'000'000.–, sanktioniert (Dispositiv Ziff. 2, mit dem Wortlaut: "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").

Tabelle 1: Sanktionen, erschwerende/mildernde Umstände und Bonus

Partei	Sanktion ohne Berücksichtigung Bonus	Bonus	Sanktion in Franken
	15 846 573	100 %	-
	4 884 519	20 %	3 907 615
	39 129	30 %	27 390
	51 769	50 %	25 885
	1 040 412	50 %	520 206
	444 289	10 %	399 860
	41 421		41 421
	62 301		62 301
	2 225 310		2 225 310
	2 085 486		2 085 486
	95 793		95 793
	1 688 825		1 688 825

Quelle: WEKO in "Presserohstoff" vom 10. Januar 2014 (vgl. unten unter A.h)

Zudem wurden, mit Ausnahme von [...], allen Parteien Verfahrenskosten von je Fr. 96'588.– auferlegt (unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.–); [...] wurden Verfahrenskosten von Fr. 57'987.– auferlegt, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 811'818.– (Dispositiv Ziff. 4). Im Übrigen wurde das Verfahren eingestellt (Dispositiv Ziff. 3).

**A.g** Am 9. Januar 2014 wurde die Sanktionsverfügung an alle Untersuchungsadressaten versandt.

**A.h** Am 10. Januar 2014 veröffentlichte die Vorinstanz auf ihrer Website eine Medienmitteilung ("WEKO büsst mehrere Fluggesellschaften"), welche den Parteien vorab zur Kenntnis gebracht worden war. Gleichzeitig wurde eine neun Seiten umfassende Darstellung der Sanktionsverfügung öffentlich aufgeschaltet (mit dem Titel "81.21-0014: Abreden im Bereich Luftfracht Presserohstoff").

## **B.**

Am 10. Februar 2014 focht die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Verfügung vom 2. Dezember 2013 beim Bundesverwaltungsgericht an. In ihrer Beschwerde stellt sie folgende Rechtsbegehren:

- "1. Ziffern 1, 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2013 seien in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben und die Untersuchung 81.21-0014 sei in Bezug auf die Beschwerdeführerin ohne Folgen einzustellen.
2. Eventualiter – für den Fall der Abweisung von Antrag 1 – seien Ziffern 1, 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2013 in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben, und die Beschwerdeführerin sei für ihre Beteiligung an einer Abrede betreffend Treibstoffzuschlag für den Zeitraum von [...] bis Februar 2006 mit keiner Sanktion zu belasten, und die Verfahrenskosten seien gemäss Verursacher- und Unterliegerprinzip aufzuerlegen.
3. Subeventualiter – für den Fall der Abweisung von Antrag 1 und Antrag 2 – seien Ziffern 1, 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2013 in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben, und die Beschwerdeführerin sei für ihre Beteiligung an einer Abrede betreffend Treibstoffzuschlag für den Zeitraum von [...] mit einer Sanktion von maximal CHF [...] zu belasten, und die Verfahrenskosten seien gemäss Verursacher- und Unterliegerprinzip aufzuerlegen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Ferner stellt die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanträge:

- "1. Die Akten des Verfahrens vor der Vorinstanz (Verfahren 81.21-0014) seien für das vorliegende Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Alle Informationen und Beweismittel dieser Beschwerde, die als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind, seien streng vertraulich zu behandeln und weder Dritten zugänglich zu machen noch im Entscheid zu publizieren.
3. Vor einer allfälligen Publikation des Entscheides sei der Text des Entscheides der Beschwerdeführerin zuzustellen, damit der Text auf Geschäftsgeheimnisse hin überprüft werden kann."

### **C.**

Mit Stellungnahme vom 12. April 2014 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin). Darin hält sie an der angefochtenen Verfügung und den darin gemachten Ausführungen vollumfänglich fest.



**1.1.1** Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die vorinstanzliche Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

**1.1.2** Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat.

Schutzwürdig ist das Interesse, wenn ein Beschwerdeführer aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen beziehungsweise einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden kann, den dieser Entscheid mit sich bringen würde (vgl. für viele: BGE 140 II 214 E. 2.1).

In der angefochtenen Verfügung wird der Beschwerdeführerin verboten, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen und entsprechende Informationen auszutauschen (Dispositiv Ziffer 1). Zudem wird sie zur Bezahlung eines Sanktionsbetrags von Fr. [...] (Dispositiv Ziffer 2) sowie von Verfahrenskosten von Fr. 96'588.– (in solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.–, Dispositiv Ziffer 4) verpflichtet.

Als materielle Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin durch diese Anordnungen besonders berührt und zur Beschwerdeführung legitimiert. Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist insoweit auf die Beschwerde einzutreten.

Praxisgemäss nicht einzutreten ist auf die Beschwerde indessen insoweit, als die Beschwerdeführerin die Einstellung des Verfahrens beantragt (vgl. Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.2; B-6180/2013 vom 29. April 2014 E. 1.4; B-845/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 1.3; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 1.3; vgl. auch das Urteil B-3626/2017 vom 27. November 2019 E. 1).

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Sanktionsverfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem

prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil zu begründen und dabei die Rügen Punkt für Punkt zu behandeln (BGE 139 I 72 E. 4.5); unter verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 29 Abs. 1 BV) ist jedoch nicht erforderlich, dass es sich mit allen noch so unbegründeten Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 141 III 28 E. 3.2.4; Urteil des BGer 2C\_192/2019 vom 11. März 2020 E. 5.1 m.w.H.).

## **2. Parteistandpunkte zum Sachverhalt und zur Rechtsanwendung**

Die Parteien sind sich zunächst zur Feststellung des Sachverhalts uneinig (E. 3.1 f.). Strittig ist sodann die Frage, in welchem Verhältnis das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen CH-EG, LVA CH-EU, SR 0.748.127.192.68) zum innerstaatlichen Recht steht (E. 3.3 f., 4 ff.).

### **2.1 Preisabrede (Vorinstanz)**

Zum Sachverhalt legt die Vorinstanz dar, heutzutage würden viele Waren per Luftfracht befördert. Auf den Cargo-Märkten operierten zwei Anbietergruppen: (1.) Luftverkehrsunternehmen, welche mit Luftfracht-Speditionen zusammenarbeiten, und (2.) integrierte Systemanbieter, wie DHL, UPS, TNT oder FedEx. Vorliegend gehe es um die erste Gruppe: Für den Warenversand wende sich die verladende Wirtschaft an einen Spediteur (Beförderer), der den Transport übernehme, entweder selbst oder unter Zuhilfenahme beauftragter Frachtführer, wie Lkw-Unternehmen, Reedereien, Eisenbahn- oder Luftverkehrsunternehmen.

Ungefähr sechzig Luftfrachtunternehmen seien "Mitglieder" des Z. \_\_\_\_\_ (vgl. A.b), darunter [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Der Z. \_\_\_\_\_ verfolge als Ziel, die Interessen von Fluggesellschaften, welche Frachttransporte in und aus der Schweiz betreiben würden, voranzubringen. Seit 1994 behandle der Z. \_\_\_\_\_ Luftfrachtangelegenheiten stellvertretend für [...], das eine Vereinigung derjenigen Luftverkehrsunternehmen sei, die nach oder aus der Schweiz operierten oder hierzulande ein Verkaufsbüro betrieben.

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

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

## **2.2 Widerspruch zum Kommissionsentscheid (Beschwerdeführerin)**

Aus Sicht der Beschwerdeführerin konnte die Vorinstanz weder eine fortgesetzte und dauernde Zuwiderhandlung noch eine Beteiligung an Abreden zu Frachtraten, Kriegsrisikozuschlägen, US-Zollabfertigungszuschlägen oder die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen nachweisen. Zu Frachtraten, Kriegsrisikozuschlägen und US-Zollabfertigungszuschlägen habe die EU-Kommission das Verfahren eingestellt. Dies hätte auch in der Schweiz geschehen müssen, da die Verfahren in der EU und in der Schweiz auf weitgehend identischen Selbstanzeigen mit im wesentlich gleichen Informationen und Beweismitteln beruht hätten.

Zu beurteilen seien ausschliesslich die fünf von der Vorinstanz als massgeblich bezeichneten Strecken zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern (USA, Singapur, Tschechische Republik [bis 30. April 2004], Pakistan, Vietnam), wobei das Luftfrachtgeschäft unidirektional verlaufe.

## **2.3 Gleichzeitige Anwendung von Abkommen und Gesetz (Vorinstanz)**

Aus Sicht der Vorinstanz ist auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt sowohl das Luftverkehrsabkommen als auch das Kartellgesetz (KG, SR 251) anwendbar. Mit dem LVA CH-EU übernehme die Schweiz alle wettbewerbsrechtlichen Luftfahrt-Vorschriften der EU. Die hier zu beurteilende Abrede habe weltweite Geltung gehabt, sofern eine bestimmte Destination, wie beispielsweise die Schweiz, nicht ausdrücklich ausgenommen

worden sei. Dementsprechend lägen unabhängig vom Ort der Kontakte Auswirkungen auf die Schweiz vor.

Kartellrechtlich sanktionsrelevant sind aus Sicht der Vorinstanz die Strecken zwischen der Schweiz und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik (bis 30. April 2004), Pakistan und Vietnam. Für diese bestünden in keinem Luftverkehrsabkommen kartellgesetzausschliessende Freiräume für zulässige Tarifabsprachen.

Erlaubten Luftverkehrsabkommen mit Drittstaaten eine vertragsmässige Vereinbarung von Tarifen, wie z.B. für Strecken zwischen der Schweiz und Deutschland (bis 1.6.2002), Korea, Südafrika, Italien (bis 1.6.2002), Österreich (bis 1.6.2002), Dänemark (bis 1.6.2002), Norwegen, Schweden (bis 1.6.2002), Japan, Hong Kong, Luxemburg (bis 1.6.2002), Grossbritannien/Nordirland (bis 1.6.2002), den Niederlanden (bis 1.6.2002), Indien, Indonesien, Philippinen, Thailand, China, Kanada, Belgien (bis 1.6.2002), Ungarn (bis 1.5.2004), Türkei, Sri Lanka, den Vereinigten Arabischen Emiraten und Ägypten, sei eine entsprechende Tarifkoordination zulässig.

#### **2.4 Ausschliessliche Anwendung entweder des schweizerischen oder des europäischen Rechts (Beschwerdeführerin)**

Die Beschwerdeführerin hält dem im Kern entgegen, die Vorinstanz hätte nur schweizerisches Wettbewerbsrecht anwenden dürfen; der beurteilte Sachverhalt unterstehe *einzig* dem KG und nicht dem LVA CH-EU. Im Eventualstandpunkt erklärt sie, dass – sofern ausschliesslich das Luftverkehrsabkommen anwendbar wäre – der Vorinstanz für den fraglichen Sanktionszeitraum keinerlei Sanktionsbefugnis zukäme und die angefochtene Sanktion einer gesetzlichen Grundlage entbehren würde.

### **3. Auslegung des Luftverkehrsabkommens**

#### **3.1 Geltung von EU-Kartellrecht**

Das LVA CH-EU ist eine internationale Übereinkunft zwischen der Schweiz und der EU (vgl. ANDREAS GLASER, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in: Glaser/Langer [Hrsg.], Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, 2015, S. 154). Es legt für beide Vertragsparteien *Regeln für die Zivilluftfahrt* fest (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 LVA CH-EU), konkret für die Bereiche Liberalisierung des Luftverkehrs, Wettbewerb, Technische Harmonisierung, Flugsicherheit, Luftsicherheit, Flugverkehrsmanagement,

Umwelt sowie Lärm- und Verbraucherschutz (vgl. Anhänge 2-8 LVA CH-EU). Dabei regelt es den Zugang schweizerischer Fluggesellschaften zum liberalisierten europäischen Luftverkehrsmarkt auf der Grundlage der Gegenseitigkeit.

Im Unterschied zu anderen Abkommen wird beim LVA CH-EU das bestehende relevante EU-Recht auf die Schweiz ausgedehnt. Die Schweiz übernimmt in der Substanz in etwa die gleichen Bestimmungen wie im Falle eines EU-Beitritts, allerdings mit einer Einschränkung im Bereich der Verkehrsrechte, welche schweizerischen Fluggesellschaften etappenweise zugestanden werden (vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, Botschaft Bilaterale I, BBI 1999, 6128, 6150; BGE 138 II 42 E. 2.1, 3.1; COTTIER ET AL., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, Rz. 142; REGULA DETTLING-OTT, in: Hobe/von Ruckteschell [Hrsg.], Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. 1, 2008, S. 26, Rz. 81).

Das LVA CH-EU übernimmt als *partieller Integrationsvertrag* das gesamte relevante Gemeinschaftsrecht in diesem Bereich als die gemeinsamen Bestimmungen der Parteien und überträgt den Gemeinschaftsinstitutionen die Kontrolle sowie Überwachung der Anwendung der Wettbewerbsregeln (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBI 1999, 6150, 6156 ff.; GLASER, a.a.O., S. 150 f.; allgemein zur Berücksichtigung des EU-Kartellrechts BGE 143 II 297 E. 6.2.3). Mit dem LVA CH-EU wird die Schweiz luftrechtlich von einem Drittland zu einem EU-Binnenmarktland. Der hohe Integrationsgrad des LVA CH-EU spiegelt sich nicht nur in der weitgehenden Übernahme des EU-Rechts und der Rechtsprechung wider, sondern auch darin, dass Verletzungen der Regelungen dieses Abkommens der Wettbewerbsbehörde der EU (Kommission) und der Europäischen Gerichtsbarkeit unterstellt werden (vgl. Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBI 1999, 6158; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 142).

Für die vorliegende Streitsache heisst dies, dass nach Massgabe des LVA CH-EU in der Schweiz EU-Kartellrecht gilt.

### **3.2 Auslegung des Luftverkehrsabkommens**

Für die *Auslegung* und Anwendung des LVA CH-EU ist auf die Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (VRK, SR 0.111, in Kraft am 6. Juni 1990) als Ausdruck gewohnheitsrechtlicher Standards abzustellen

(1,971-980), insbesondere auf die Art. 31 VRK ("Allgemeine Auslegungsregel"), Art. 32 VRK ("Ergänzende Auslegungsmittel") und Art. 26 VRK ("Pacta sunt servanda"), auch wenn die EU nicht Partei dieser Konvention ist (vgl. BGE 146 II 150 E. 5.3.1; Urteil des BGer 2C\_534/2019 vom 4. Februar 2020 [nicht in BGE 146 II 145 publizierte] E. 3.2.5, je m.w.H., je auch zum Folgenden).

Ausgangspunkt der Auslegung ist gemäss Art. 31 Abs. 1 VRK der Wortlaut der vertraglichen Bestimmung. Der Text der Vertragsbestimmung ist aus sich selbst heraus gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung zu interpretieren. Diese gewöhnliche Bedeutung ist nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs und des Ziels und Zwecks des Vertrags zu bestimmen.

Art. 31 Abs. 1 VRK bestimmt bei der Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungselemente eine Reihenfolge, ohne dabei eine feste Rangordnung unter diesen festzulegen (BGE 146 II 150 E. 5.3.2, auch zum Folgenden). Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben stellt die teleologische Auslegung den *effet utile* des Vertrags sicher. Letzterer kommt mittelbar in Art. 17 LVA CH-EU zum Ausdruck, wonach die Vertragsparteien zur Erfüllung der sich aus diesem Abkommen ergebenden Verpflichtungen alle geeigneten Massnahmen treffen und sich aller Massnahmen enthalten, die die Erreichung der mit diesem Abkommen verfolgten Ziele gefährden. Vorbereitende Arbeiten ("travaux préparatoires") und die Umstände des Vertragsabschlusses könnten aufgrund von Art. 32 VRK nur ausnahmsweise herangezogen werden.

### 3.3 Sachlicher Geltungsbereich des LVA CH-EU

Nach Art. 2 LVA CH-EU gelten die Bestimmungen dieses Abkommens und des Anhangs im Umfang, in dem sie den Luftverkehr oder unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie im Anhang aufgeführt betreffen. Die hier zu beurteilenden Luftfrachttransporte durch die Beschwerdeführerin betreffen den Luftverkehr und fallen damit grundsätzlich in den Geltungsbereich des Abkommens.

Art. 2 LVA CH-EU schränkt dabei den Anwendungsbereich auf den *Luftverkehr* ein. Transporte auf dem *Landweg* fallen grundsätzlich unter das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (Landverkehrsabkommen, SR 0.740.72, in

Kraft ab 1. Juni 2002). Die Beschränkung im LVA CH-EU erweist sich als erforderlich, da einzelne Bestimmungen nicht nur die Luftfahrt berühren könnten (vgl. Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6255).

Für den für die Sanktion als massgebend erachteten Zeitraum zwischen 1. April 2004 und (spätestens) Februar 2006 (vgl. 1,1677) ist der Anhang heranzuziehen, der Bestandteil des Abkommens bildet (vgl. Art. 32 LVA CH-EU; dazu REGULA DETTLING-OTT, Das sektorielle Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz, ZSR 125 [2006] 3, S. 6 ff. und zu den Änderungen der Beschluss Nr. 1/2019 des Luftverkehrsausschusses Europäische Union/Schweiz zur Ersetzung des Anhangs in AS 2019, 2979). Der Anhang verweist in der Ziffer 2 auf folgende Verordnungen:

- *Nr. 17/62* (Verordnung des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 81 und 82 des EWG-Vertrags in der durch Verordnung Nr. 59, Verordnung *Nr. 118/63/EWG*, Verordnung [EWG] *Nr. 2822/71* geänderten und ergänzten Fassung und durch Verordnung [EG] *Nr. 1216/1999* des Rates vom 10. Juni 1999. Art. 1-9, 10 Abs. 1-2, Art. 11-14, 15 Abs. 1-2, 4-6, Art. 16 Abs. 1-2, Art. 17-24);
- *Nr. 141/62* (Verordnung des Rates vom 26. November 1962 über die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 17 des Rates auf den Verkehr, geändert durch die Verordnungen *Nr. 165/65/EWG* und *1002/67/EWG*. Art. 1-3);
- *Nr. 3975/87* (Verordnung des Rates vom 14. Dezember 1987 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen, geändert durch die Verordnung *Nr. 1284/91* des Rates vom 14. Mai 1991 [Art. 1] und durch die Verordnung *Nr. 2410/92* des Rates vom 23. Juli 1992 [Art. 1]. Art. 1-7, 8 Abs. 1-2, Art. 9-11, 12 Abs. 2, 4-5, Art. 13 Abs. 1-2, Art. 14-19).

### **3.4 Räumlicher Geltungsbereich des LVA CH-EU**

Das LVA CH-EU gilt gemäss Art. 34 "für die Gebiete, in denen der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft angewendet wird, und nach Massgabe jenes Vertrags einerseits und für das Hoheitsgebiet der Schweiz andererseits".

## 4. Verhältnis von Luftverkehrsabkommen und Kartellgesetz

### 4.1 Verbots- und Sanktionsnormen nach LVA CH-EU und KG

**4.1.1** Mit dem LVA CH-EU unvereinbar und verboten sind nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU in materieller Hinsicht alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich dieses Abkommens bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen.

Dieser Vorschrift entsprechen im Schweizerischen Recht folgende Normen:

- Art. 4 Abs. 1 KG, wonach als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen gelten, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.
- Art. 5 Abs. 1 KG, wonach Abreden unzulässig sind, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sowie
- Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, wonach die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet wird, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

**4.1.2** Ob allfällige Wettbewerbsverstöße (gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU bzw. Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 Bst. a KG) im vorinstanzlich sanktionierten Zeitraum zwischen 1. April 2004 bis (spätestens) Februar 2006 (vgl. 1,1677) überhaupt *sanktionierbar* sind, ist je nach Rechtsgrundlage unterschiedlich zu beantworten:

Vorab ist zu Recht unbestritten, dass sich im LVA CH-EU selbst (im Unterschied zu Art. 103 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV, konsolidierte Fassung ABl. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.]) keine Norm findet, welche zur Sanktionierung einer allfälligen Verletzung der statuierten Verbote die Erhebung von Geldbussen oder Zwangsgeldern vorsieht. Vielmehr werden im Anhang europarechtliche Bestimmungen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug aufgeführt, die nach dem Willen der Vertragspartner grundsätzlich auch in der Schweiz direkt angewendet werden sollen (vgl. Art. 2 LVA CH-EU). Hierzu ist anzumerken, dass EU-Verordnungen im Gegensatz zu Richtlinien verbindliche, generell-abstrakte, in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Regelungen sind, weshalb es regelmässig weder nötig noch zulässig ist, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts umzusetzen (vgl. BGE 138 II 42 E. 3.1).

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält, wäre die Vorinstanz für den fraglichen Sanktionszeitraum *nicht* zur Sanktionierung ermächtigt gewesen, wenn hier ausschliesslich das LVA CH-EU massgebend wäre. Auch die Vorinstanz räumt ein, dass gestützt auf das LVA EU-CH allein nur ein Verbot, aber keine Geldsanktion ausgesprochen werden dürfte. Zwar sieht das LVA CH-EU als partieller Integrationsvertrag eine vollständige Übernahme des *acquis communautaire* vor, aber nur bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (vgl. Art. 1 Abs. 2 LVA CH-EU). Beim Inkrafttreten des LVA CH-EU waren daher die wettbewerbsrechtlichen Regelungen massgeblich, die nach Art. 32 LVA CH-EU als Anhang Bestandteil des Abkommens waren. Die dort aufgeführten verfahrensrechtlichen Verordnungen Nr. 17/62, Nr. 141/62, Nr. 3975/87 und Nr. 2410/92 enthielten keinerlei Sanktionskompetenz. Dies wird zu Recht von niemandem bestritten.

In den Anhang des LVA CH-EU aufgenommen wurde eine Sanktionskompetenz (vgl. Verordnung Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln [anwendbar auf den Luftverkehr seit 1. Mai 2004]) erst mit Beschluss Nr. 1/2007 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 5. Dezember 2007 (ABl. L-34/19 vom 8. Februar 2008). Sie trat für die Schweiz somit erst am 1. Februar 2008 in Kraft, also rund zwei Jahre *nach* Beendigung der sanktionierten (angeblichen) Wettbewerbsabreden.

## 4.2 Sanktionierbarkeit

Für das *inländische* Recht wurde die Sanktionierbarkeit unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 2004 (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002, 2022) mit der Inkraftsetzung von Art. 49a KG am 1. April 2004 eingeführt (AS 2004, 1385):

Gemäss Abs. 1 von Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.1 m.w.H.). Das Verhalten ist nur für denjenigen Zeitraum zu sanktionieren, in welchem es praktiziert wurde und unzulässig war (BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 26 Rz. 151 und TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 31 ff.).

Nach der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 entfällt eine Belastung, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a gemeldet oder aufgelöst wird (AS 2004, 1385; BBI 2002, 2022, 5506, vgl. hierzu das Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005).

Dieser Sanktionsausschluss bezieht sich auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 existierende Wettbewerbsbeschränkungen. Er kann insbesondere auch durch zeitgerechte *Auflösung* der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt und – zumindest dem Wortlaut nach – nicht durch einen Widerspruch der Vorinstanz beseitigt werden (Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.1, insb. mit dem Hinweis, wonach der Gesetzgeber an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss weniger hohe Anforderungen stellt als an jenen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., SchlB Rz. 31 f.).

### 4.3 Kompetenzzuweisung nach Art. 10 LVA CH-EU

Nach Art. 10 LVA CH-EU *unterliegen* Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sowie die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, *schweizerischem Recht* und der *Zuständigkeit schweizerischer Behörden*.

Hierzu hält die Botschaft des Bundesrates fest, dass – angesichts der aussergewöhnlichen Rechtswirkung des LVA CH-EU, alle anwendbaren Bestimmungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertragsparteien zu überführen – das betreffende schweizerische Recht lediglich noch auf Verhaltensweisen anwendbar bleibt, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6158; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 709).

Im innerstaatlichen Recht wird – im Rahmen des vom KG beabsichtigten Schutzes des *nationalen* Wettbewerbs – in Art. 2 Abs. 2 KG zum räumlichen Geltungsbereich das *Auswirkungsprinzip* statuiert: Demnach ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich *in der Schweiz auswirken*, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Insofern fallen auch Auslands-sachverhalte unter das KG, wenn sie sich in der Schweiz auswirken können (BGE 143 II 297 E. 3.2; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, BSK KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 155 ff.; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], CR Concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 Rz. 91, 94; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch et. al. [Hrsg.], DIKE-KG, 2018, Art. 2 Rz. 55 f., 74 ff.). Dabei ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG weder notwendig noch zulässig (BGE 143 II 297 E. 3.7 m.w.H.; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 70; AMSTUTZ/GOHARI, BSK KG, a.a.O., Art. 2 Rz. 191 f.).

Die Notwendigkeit von inlandsbezogenen Auswirkungen ergibt sich auch implizit aus Art. 49a Abs. 1 KG, wonach fehlbare Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren *in der Schweiz erzielten* Umsatzes belastet werden. So muss ein (zur Sanktionsbemessung heranzuziehender) Umsatz durch einen Wettbewerbsverstoss erzielt worden sein, der sich *hierzulande* ausgewirkt hat, was ihn erst räumlich dem Wettbewerbsgebiet der Schweiz zurechenbar macht und dadurch die Zuständigkeit der Vorinstanz begründet (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2 f.;

TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 44; ROTH/BOVET, CR Concurrence, a.a.O., Art. 49a Rz. 25; PATRICK KRAUSKOPF, DIKE-KG, a.a.O., Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 33). Dies räumt richtigerweise auch die Vorinstanz ein (vgl. 1,800 sowie 1,1637 ff. unter Bezugnahme auf die Auswirkungen auf den sachlich relevanten Markt, d. h. die untersuchten und einzig sanktionierten fünf Strecken in Drittstaaten).

#### **4.4 Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU**

Nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU wenden die Organe der Gemeinschaft Art. 8 und 9 LVA CH-EU an und kontrollieren Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen gemäss den im Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, wobei dem Erfordernis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Organen der Gemeinschaft und den schweizerischen Behörden Rechnung getragen wird.

Gemäss der Botschaft des Bundesrats wird die Kompetenz für die Überprüfung von Sachverhalten nach Art. 8 LVA CH-EU, welche Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt oder auf den Handel zwischen den Vertragsparteien haben könnten, den Gemeinschaftsinstitutionen übertragen:

"Dabei werden allerdings die Gemeinschaftsinstitutionen in Absprache mit den schweizerischen Behörden vorgehen. Gestützt auf das Auswirkungsprinzip betrachtet sich die EU-Kommission bereits heute als zuständig für alle Sachverhalte die, wenngleich sie von schweizerischen Unternehmen ausgehen, sich auf den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft auswirken" (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBI 1999, 6255 f.).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU haben die Kommission und die schweizerischen Wettbewerbsbehörden für Sachverhalte, die den Handel zwischen den Vertragsparteien zu beeinträchtigen geeignet sind, konkurrierende Zuständigkeiten. Dies ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 der EU-Verordnung 17/62 und Art. 7 Abs. 2 der EU-Verordnung 3975/87; diese Verordnungen sind angesichts des Verweises im Anhang zum LVA CH-EU (mit dem Wortlaut: "Verweise in den folgenden Rechtsakten auf die Artikel 87 und 82 EG-Vertrag sind als Verweise auf Artikel 8 und 9 dieses Abkommens zu verstehen") vorliegend für die Rechtsanwendung des LVA CH-EU anwendbar. Soweit die EU-Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden für den entsprechenden Sachverhalt nicht mehr zuständig, wie die VO 17/62 (Art. 9) und VO 3975/87 (Art. 7) festhielten, als sie für den hier massgeblichen Sanktionszeitraum

im Anhang des LVA CH-EU figurierten. Die Schweizer Behörden sind in einem solchen Fall, unabhängig von der Frage des anwendbaren Rechts, nicht mehr zuständig. Deshalb ist ihnen diesfalls – im Lichte der klaren Kompetenzübertragung an die sachzuständigen EU-Wettbewerbsbehörden – ein Rückgriff auf nationales Recht verwehrt.

#### 4.5 Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU

Nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU *entscheiden* die schweizerischen Behörden gemäss den Art. 8 und 9 LVA CH-EU über die *Zulässigkeit* von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern.

Gemäss der Botschaft des Bundesrats bleibt im Verhältnis der Schweiz zu Drittstaaten die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Behörden gewahrt (Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6256). Mit anderen Worten geht es dabei um den Vollzug in Fällen mit "lediglich landesinternen Auswirkungen" (so COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 709; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 44, 248).

#### 4.6 Zwischenfazit

Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall angeblich vorgefallene Vereinbarungen (i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU bzw. Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a KG) zu grenzüberschreitenden Luftverkehrsstrecken im internationalen Luftfrachtmarkt beanstandet und sanktioniert.

Diese Abreden beschlagen unbestrittenermassen *nicht* den rein inner-schweizerischen Luftfrachtmarkt, wie er in der Formulierung des auf innerstaatliche Handlungen bezogenen Art. 10 LVA EU-CH "*nur auf den Handel der Schweiz auswirken können*" klar zum Ausdruck kommt und eine direkte Anwendbarkeit des KG zur Folge hätte.

Somit erweist sich hier die Kompetenzzuweisungsregel nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU als einschlägig, die vorsieht, dass die schweizerischen Behörden gemäss Art. 8 LVA CH-EU insbesondere über die *Zulässigkeit* von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern *entscheiden*.

Die Vorinstanz durfte sich gestützt auf Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU grundsätzlich für zuständig erachten, die in der angefochtenen Verfügung aufgeführten und sanktionierten angeblichen Abreden zu Strecken zwischen der Schweiz und fünf Drittländern (vgl. 1,1637 f.) wettbewerbsrechtlich zu beurteilen, zumal die EU-Kommission die Beurteilung dieser Sachverhalte nicht an sich gezogen hatte. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. 1,963-968). Die von der Vorinstanz aufgeworfene und offengelassene Frage nach allenfalls konkurrierenden Zuständigkeiten zwischen der Schweiz und der EU stellt sich in diesem Zusammenhang nicht (1,968).

## **5. Folgen der Zuständigkeit für die Sanktionskompetenz**

Ob die hier beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen ausschliesslich nach LVA CH-EU oder auch nach KG zu beurteilen sind, was erst einen Rückgriff auf die kartellgesetzliche Sanktionsordnung erlauben würde, hängt somit entscheidend davon ab, ob die Kompetenzzuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU auch eine Normierung des in der Sache anwendbaren Sanktionsrechts miteinschliesst.

Die Verfahrensbeteiligten vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen.

### **5.1 Standpunkte der Verfahrensbeteiligten zur Auslegung**

**5.1.1** Die Vorinstanz verweist auf die in Art. 1 LVA CH-EU festgehaltene Zielrichtung, nach der die Schweiz im Rahmen dieses Abkommens EU-Recht vollumfänglich übernehmen und anwenden muss und sich beim Erlass und der Anwendung nationalen Rechts am Abkommen und Gemeinschaftsrecht als Harmonisierungsbestimmungen zu orientieren hat. Zusammen mit dem Wortlaut lasse dies keine klare Schlussfolgerung zum Verhältnis des Abkommens, Gemeinschaftsrecht und Kartellgesetz zu.

Bei Abschluss des LVA CH-EU sei das europäische Wettbewerbsrecht nicht auf den Luftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern anwendbar gewesen. Daher könne eine Harmonisierung nicht bedeuten, dass europäisches Wettbewerbsrecht auf den Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern Anwendung finden sollte. Eine solche Auslegung von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU würde sonst über das Harmonisierungsziel hinausgehen. Angesichts von Ziel und Zweck des Abkommens sei Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU, welcher den auf den EU-Raum und die Schweiz beschränkten räumlichen Geltungsbereich des LVA CH-EU sprengt, restriktiv auszulegen, ja sogar teleologisch zu reduzieren. In diesem Sinne gehe die

Konzeption des LVA CH-EU davon aus, dass die Schweiz – wie ein EU-Mitgliedstaat damals – auch für den Luftverkehr in Drittstaaten ihr nationales Recht habe anwenden dürfen (1,1011).

Als Auslegungsergebnis fasst die Vorinstanz Folgendes zusammen:

Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU lasse hinsichtlich der anwendbaren Bestimmungen einen gewissen Spielraum offen. Als partieller Integrationsvertrag komme dem LVA CH-EU eine besondere Bedeutung zu, weshalb eine Anlehnung an das in der VO 1/2003 geregelte Verhältnis zwischen dem Kartellrecht der EU und den Wettbewerbsregeln ihrer Mitgliedstaaten angezeigt sei. Demzufolge hätten die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU sowohl die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des LVA CH-EU als auch schweizerisches Kartellrecht anzuwenden, wobei das Abkommen Vorrang genieße: So dürfe einerseits ein nach LVA CH-EU zulässiges Verhalten nicht nach KG verboten werden. Andererseits könne auch keine nach LVA CH-EU verbotene Verhaltensweise durch das KG gerechtfertigt werden. Sei aber ein Verhalten nach LVA CH-EU und KG unzulässig, stünde das LVA CH-EU einer Sanktion nach KG nicht entgegen. Das LVA CH-EU lasse die Zulässigkeit von Sanktionen durch schweizerische Behörden offen (1,1025).

**5.1.2** Dem entgegnet die *Beschwerdeführerin* im Wesentlichen, es sei unbestritten, dass das LVA CH-EU in Verbindung mit dem damals massgeblichen Anhang keine Sanktionen vorgesehen habe. Sei, wie die Vorinstanz erkläre, das LVA auf die fünf Strecken anwendbar, so bleibe für die Anwendung des KG kein Raum. Die materiellrechtlichen Regeln des schweizerischen und des europäischen Kartellrechts würden sich unterscheiden und eine parallele Anwendung unterschiedlicher materieller Normen auf den gleichen Sachverhalt, im gleichen Verfahren, durch die gleiche Behörde sei unmöglich, da dies unweigerlich zu Widersprüchen führe. Dies schliesse eine parallele Anwendbarkeit von LVA und KG aus (2<sup>[...]</sup>,102).

## **5.2 Wortlautgestützte Auslegung (Offenheit des Wortlauts)**

**5.2.1** Der *Wortlaut* des Vertrags resp. von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU spricht auf den ersten Blick für den Eventualstandpunkt der *Beschwerdeführerin*, die einzig das LVA CH-EU als anwendbar betrachtet. Der Passus "*ent-*

*scheiden ... über die Zulässigkeit*" wird im LVA CH-EU scheinbar gleichbedeutend wie "anwenden" verstanden. Ebenso wird in Art. 11 Abs. 1 des Abkommens *"kontrollieren ... gemäss"* offenbar ohne Unterschied verwendet.

Bei näherem Hinsehen führt der Wortlaut der anzuwendenden Normen allerdings zu keinem klaren Resultat. Lediglich Art. 10 LVA CH-EU schreibt vor, dass wettbewerbsrechtliche Sachverhalte, die sich nur auf den Handel innerhalb der Schweiz auswirken können, *schweizerischem Recht unterliegen*. Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU erwähnt die Anwendung schweizerischen Rechts demgegenüber nicht ausdrücklich. Dass eine Behörde, wie in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU festgehalten, "gemäss" zweier Bestimmungen (Art. 8 und 9 LVA CH-EU) "zu entscheiden" hat, liesse sich auch so verstehen, dass alle anderen Bestimmungen (insbesondere solche innerstaatlicher Natur) auszublenden seien.

Die Frage nach dem anwendbaren Sanktionsrecht bzw. der Sanktionskompetenz bleibt damit bei einer Auslegung allein nach dem Wortlaut offen.

### 5.3 Systematische Auslegung (fehlende Sanktionsordnung)

In *systematischer Hinsicht* könnte die Tatsache, dass das LVA CH-EU anfänglich, insbesondere für den hier relevanten Zeitraum, keine Sanktionskompetenz enthielt, für eine Gleichbedeutung von "gemäss ... entscheiden" (Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU) und "anwenden" (Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU) sprechen (wie bereits erwähnt, kam eine Sanktionskompetenz erst mit der Erweiterung des Anhangs zum Übereinkommens hinzu, der nun seit dem Februar 2008 auf eine sanktionsbewehrte Verordnung verweist [E. 4.1]).

Doch scheint der in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verwendete Begriff "Zulässigkeit" eher nahe zu legen, dass nicht sämtliche Rechtsfragen durch das LVA CH-EU geregelt sind, zumal Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU nur Vorgaben bezüglich der eigentlichen Zulässigkeit von Verhaltensweisen macht und deshalb die Möglichkeit einer *parallelen* Anwendung von LVA CH-EU und KG – hinsichtlich Massnahmen und Sanktionen – nicht zwingend ausgeschlossen wird.

Eine klare Antwort erlaubt jedoch auch eine systematische Betrachtung nicht.

#### 5.4 Vertragszielorientierte Auslegung (*Integration der Schweiz*)

**5.4.1** Das LVA CH-EU integriert die Schweiz partiell in den europäischen Kontext bzw. macht sie zumindest im Ergebnis zum EU-Binnenmarktland (vgl. E. 3.2). Damit integriert es die Schweiz insgesamt stärker in den *acquis communautaire* als andere bilaterale Abkommen. Ziel und Zweck des LVA CH-EU könnten daher auf den ersten Blick ebenfalls nahelegen, die Worte "anwenden" und "über die Zulässigkeit entscheiden" gleichbedeutend zu verstehen und daher nicht auszuschliessen, dass die Vertragsparteien auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt europäisches Kartellrecht zur Anwendung bringen wollten.

Nach der Präambel des LVA CH-EU, welche nach Art. 31 Abs. 2 VRK zu berücksichtigen ist, waren die Vertragsparteien "vom Wunsche geleitet, die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen" und "Regeln für die Zivilluffahrt innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen". Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (1999) gelangte europäisches Wettbewerbsrecht nur im *innereuropäischen Verhältnis* zur Anwendung. Indem die Schweiz gleichsam zu einem EU-Binnenmarktland wurde, verpflichtete sie sich zwar, das Recht der Union im *innereuropäischen Verhältnis* zu beachten. Ein "Harmonierungsziel", das dasselbe auch für den Luftverkehr mit einem Drittland vorsehen würde, lässt sich dem LVA CH-EU in seiner ursprünglichen Fassung aber nicht entnehmen.

Eine auf die Präambel abgestützte vertragszielorientierte Auslegung legt es somit nahe, "anwenden" und "über die Zulässigkeit entscheiden" unterschiedlich zu verstehen:

Die in Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU verwendete Formulierung "anwenden" verpflichtet die *Gemeinschaftsorgane* zu einer *ausschliesslichen* Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts, weshalb für andere Vorschriften kein Raum bleibt.

**5.4.2** Der Entscheid über die Zulässigkeit im Sinn von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU hat demgegenüber "gemäss" den Art. 8 und 9 LVA CH-EU zu erfolgen, die beide ohne weiteres *self-executing* sind.

Dass das LVA CH-EU in Art. 11 Abs. 2 auch Flüge zwischen der Schweiz und Drittstaaten erwähnt, führt somit nicht dazu, dass diese von seinem räumlichen Geltungsbereich (Art. 34 LVA CH-EU) im engeren Sinn erfasst

werden. Letzteres würde bereits dem Zweck des LVA CH-EU zuwiderlaufen, den *acquis communautaire* allein im innereuropäischen Verhältnis (einschliesslich der Schweiz) zur Anwendung zu bringen.

Letztlich geht es bei diesen Flügen um Sachverhalte, die gerade *nicht* das binnenmarktbezogene Auswirkungskriterium von Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU erfüllen, gemäss dem Wettbewerbsabreden oder abgestimmte Verhaltensweisen geeignet sein müssen, den Handel *zwischen den Vertragsparteien* zu beeinträchtigen, wobei sie zudem eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im räumlichen Geltungsbereich des LVA CH-EU bezwecken oder bewirken.

**5.4.3** Trotz dieser Sachlage hat sich die Schweiz in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verpflichtet, sich abweichend von der innerstaatlichen Definition des Abrede-Tatbestandes nach Art. 5 Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) nach der Umschreibung von Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU zu richten, d. h. nach dem für den EU-Binnenraum verbindlichen Massstab, der auch dort für Drittstaatenverhältnisse gilt und Art. 101 AEUV entspricht.

Eine Selbstverpflichtung der Schweiz, in solchen Luftstreckenverhältnissen zu Drittländern allfällige Rechtsfolgen einzig nach LVA CH-EU zu beurteilen, wie dies der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU (mit dem Anwendungsgebot hinsichtlich Art. 8 LVA CH-EU sowie den in Anhang aufgeführten Rechtsvorschriften) nahelegen könnte, lässt sich indessen weder Art. 11 noch einer anderen Norm des LVA CH-EU entnehmen.

Es sind auch keine Hinweise dafür ersichtlich, dass die Schweiz sich bei Abschluss des LVA CH-EU, also zu einer Zeit als hierzulande unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen noch nicht direkt sanktionierbar waren, staatsvertragsrechtlich dazu hätte verpflichten wollen, im Zuständigkeitsbereich Schweizerischer Behörden liegende unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen einzig mit dem damaligen Instrumentarium (d. h. nur unter Sanktionsdrohung gestellte Verbote) zu ahnden. Dass die Schweiz vorsorglich auf eine innerstaatlich wirksame Sanktionsordnung nach Massgabe des Auswirkungsprinzips hätte verzichten wollen, ist nicht ersichtlich. Auch aus der Zusatzbotschaft vom 14. Juni 2002 (zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes [Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG], BBl 2002, 5506) lassen sich keine gegenteiligen Schlussfolgerungen ziehen: Zur Frage, ob schweizerische Behör-

den im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU schweizerisches oder das EU-Luftverkehrsabkommen anwenden, äussert sie sich nicht.

Zutreffend hält die Vorinstanz denn auch fest, dass in der Schweiz bei Abschluss des LVA CH-EU das KG von 1995 galt, das keine direkten Sanktionen kannte und grundsätzlich auch keine Unterscheidung zwischen Binnensachverhalten und internationalen Sachverhalten traf, vorbehaltlich allfälliger staatsvertraglicher Regelungen (1,1005). Zutreffend ist auch ihr Hinweis, dass der Luftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und Drittländern nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU-Kommission fiel (1,1006). War europäisches Wettbewerbsrecht im Zeitpunkt des Abschlusses des LVA CH-EU zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern nicht anwendbar, ist nicht ersichtlich, weshalb im Interesse des vom LVA CH-EU angestrebten Harmonisierungsziels im Luftverkehr zwischen der Schweiz und Drittländern ausschliesslich Europäisches Wettbewerbsrecht Anwendung finden müsste. Es kann zustimmend auf die entsprechenden Erörterungen der Vorinstanz verwiesen werden (1,1006-1011). Die von der Vorinstanz zitierte Sicht des Bundesrates (Botschaft Bilaterale I, zitiert in 1,1023), dass "das betreffende schweizerische Recht im Bereich Luftverkehr lediglich noch auf Verhalten anwendbar sei, welche ausschliesslich Auswirkungen in der Schweiz haben", erweist sich unter diesen Umständen allerdings als zu eng.

**5.4.4** Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verpflichtet somit die schweizerischen Wettbewerbsbehörden zwar über die Zulässigkeit von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen "gemäss" den Art. 8 und 9 LVA-EU zu entscheiden. Die Anwendung des KG wird aber nicht ausgeschlossen.

Bei Strecken zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Ländern erweist sich daher Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU als reine Kompetenzzuweisungsregel für sich *in der Schweiz auswirkende* Wettbewerbsbeschränkungen. Art. 8 LVA CH-EU legt den materiellrechtlichen Beurteilungsmassstab fest. Das LVA CH-EU, insbesondere die dort allenfalls verankerte Sanktionsordnung ist im Übrigen nicht anwendbar.

Im Sinne der Vorinstanz besteht insofern durchaus Raum für eine Anwendung des KG, insbesondere seiner innerstaatlichen Sanktionsordnung (vgl. E. 4.1 f.) und der in Art. 30 Abs. 1 KG vorgesehenen Massnahmen.

Weitere Auslegungselemente, die einen eindeutig anderen Schluss erlauben würden, finden sich nicht, wie die Vorinstanz überzeugend darlegt, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (vgl. 1,1017-1024).

Eine allfällige Sanktionierung von Preisabsprachen, die sich auf die untersuchten fünf Drittlandstrecken auswirken, oder von abgestimmten Verhaltensweisen, die sich als Auswirkungen auf den fraglichen Drittlandstrecken manifestieren, beurteilt sich daher zwar einzig nach Art. 49a KG. Die Auslegung der in Abs. 1 von Art. 49a KG festgelegten Tatbestandsmässigkeit (der Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG) hat sich aber am Art. 8 Abs. 1 LVA CH-EU zu orientieren. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt (1,1025,1119), könnte nach LVA CH-EU zulässiges Verhalten nicht nach KG verboten oder nach LVA CH-EU verbotenes Verhalten nicht gestützt auf das KG gerechtfertigt werden.

Dass die Anwendung innerstaatlicher Vorschriften im Verhältnis zu Drittstaaten den *effet utile* gefährden würde, der in Art. 17 LVA CH-EU (mittelbar) zum Ausdruck kommt (E. 3.3), ist nicht ersichtlich.

**5.4.5** Eine den vorangehenden Ausführungen entsprechende Interpretation der anwendbaren Normen mussten im Übrigen auch die Fluggesellschaften zumindest in Betracht ziehen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass sie von der Auslegung des LVA CH-EU in ihren Geschäftsbeziehungen zu Drittländern völlig überrascht wurden. Eine Verletzung des sich aus Treu und Glauben (Art. 9 BV) bzw. des Grundsatzes *nulla poena sine lege* (Art. 7 EMRK) ergebenden Bestimmtheitsgebots (vgl. hierzu das Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1448 ff. m.H.) ist somit ebenfalls nicht erkennbar.

## **6. Vorbehaltene Vorschriften (erlaubte Tarifkoordination)**

Nach Art. 3 Abs. 1 KG entfällt die Anwendung des KG bzw. sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ein Ausschluss der Anwendung des KG ist jedoch nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein

wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt (BGE 141 II 66 E. 2.2.3).

Erlauben (oder gebieten) bilaterale Luftverkehrsabkommen mit Nicht-EU-Staaten ausdrücklich, dass Luftfahrtunternehmen ihre Tarife koordinieren (d. h. einvernehmlich absprechen, bisweilen unter dem Vorbehalt behördlicher Genehmigung, vgl. 1,946), so wird damit im betreffenden Luftverkehrsverhältnis staatsvertraglich Preiswettbewerb ausgeschlossen und insoweit die wettbewerbsrechtliche Ordnung im vom entsprechenden Luftverkehrsabkommen geregelten Streckenverhältnis modifiziert.

Die Vorinstanz hat daher unter Hinweis auf Botschaft, Rechtsprechung und Lehre mit eingehender Begründung zu Recht erkannt, dass der Gesetzgeber mit dem – *nach* Abschluss bilateraler Luftverkehrsabkommen erfolgten – Erlass des KG nicht von wettbewerbswidrigen Regeln in solchen Abkommen hätte abweichen wollen (vgl. COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 79 f.). Mit der Vorinstanz (1,958) und der Beschwerdeführerin (2<sup>[...]</sup>, 114) ist daher davon auszugehen, dass alle bilateralen Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und Nicht-EU-Staaten, soweit sie eine streckenbezogene, wettbewerbsausschliessende Tarifkoordination vorsehen, dem KG vorgehen beziehungsweise dessen Anwendung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ausschliessen.

## 7. Streitgegenstand

**7.1** Streitgegenstand einer gerichtlichen Prüfung ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung – des Anfechtungsgegenstandes – bildet, soweit es im Streite liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstandes bestimmen die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand (THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rz. 19; CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: DIKE-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 12 Rz. 11). Massgebend für die Bestimmung des Streitgegenstandes ist lediglich die rechtliche Wirkung, nicht die Begründung oder Herleitung (FLÜCKIGER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 7 Rz. 19).

Dies setzt voraus, dass das Verfügungsdispositiv aus sich heraus klar verständlich ist, so dass für den Verfügungsadressaten deutlich erkennbar wird, welches Rechtsverhältnis für ihn gelten soll (vgl. Urteil des BVGer A-391/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 5.6.1, auch zum Folgenden). Dem-

entsprechend müssen Dispositivziffern – im Sinne individuell-konkreter Anordnungen – so formuliert sein, dass der Verfügungsadressat nicht lange nach dem Sinn suchen muss, sondern genau erkennen kann, welche konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehungen rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt werden. Bei Unklarheit des Dispositivs ist der Entscheid nach seinem tatsächlichen Bedeutungsgehalt zu verstehen, mithin ist auf die Begründung zurückzugreifen, um die Tragweite des Dispositivs richtig erfassen zu können. Dessen Auslegung hat dabei nach Treu und Glauben zu erfolgen (vgl. Urteile des BVGer B-2203/2018 vom 12. August 2019 E. 5.3.1; B-7972/2008 vom 4. März 2010 E. 4.3.1; PHILIPPE WEISSENBERGER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 61 Rz. 44; KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 34).

Da nur das *Dispositiv* einer Verfügung angefochten werden kann und gegebenenfalls in formelle Rechtskraft erwächst, sind die *Erwägungen* rechtlich nicht verbindlich und insofern auch nicht selbständig anfechtbar (vgl. für viele: BGE 145 II 259 E. 2.5.3; 137 II 199 E. 6; Urteil des BGer 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.5.3; Urteil B-2203/2018 E. 5.3.1, je auch zum Folgenden). Sie spielen insoweit eine Rolle, als sie die verfassungsrechtlich geforderte Begründung des Verfügungsdispositivs enthalten müssen und zudem allenfalls unerlässlich sind, um den Inhalt dieses Dispositivs zu verdeutlichen.

**7.2** Im vorliegenden Verfahren erstreckt sich der Streitgegenstand angesichts der Anträge der Beschwerdeführerin, soweit darauf einzutreten ist (E. 1.1.2), auf drei Fragen:

- auf den ihr in der Dispositiv Ziffer 2 auferlegten Sanktionsbetrag von Fr. [...],
- auf das ihr in der Dispositiv Ziffer 1 auferlegte, angeblich zu weitreichende Verbot des Preisinformationsaustauschs ausserhalb des eigenen Konzernverbandes sowie
- auf die Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 96'588.– (unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.–) in der Dispositiv Ziffer 4.

Zu bemerken ist in diesem Kontext, dass in *keiner* der angefochtenen Dispositivziffern die "Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens" *konkret* umschrieben beziehungsweise *festgestellt* wird. Ebenso wenig findet sich

im Dispositiv eine Feststellung zur angeblichen Gesamtabrede in Bezug auf sämtliche angeblich abgesprochenen Preiselemente, welche den Untersuchungsgegenstand der Vorinstanz bildeten.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung käme im Kontext von Sanktionsverfügungen solchen, einzig auf Sachverhaltskomplexe bezogenen Unzulässigkeitsfeststellungen *Dispositiv-Charakter* zu (vgl. Urteile des BGer 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017 [teilweise publiziert in BGE 143 II 297] sowie 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.5.3 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2C\_73/2014 vom 28. Januar 2015). Mit dieser Rechtsprechung (BGE 137 II 199 E. 6; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 14, nicht publiziert in BGE 139 I 72; vgl. hierzu IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 26; ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 58a m.H.) wird die selbständige Feststellung eines nach Art. 49a Abs. 1 KG sowohl sanktionsfähigen als auch sanktionierten Wettbewerbsverstosses im Dispositiv der Verfügung zugelassen (a.M. ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, a.a.O., Art. 30 Rz. 58a ff., 106a). So hat auch das Bundesgericht einen nach Art. 49a Abs.1 KG sanktionsfähigen, jedoch mangels reformatorischen Antrags im konkreten Einzelfall nicht sanktionierbaren Wettbewerbsverstoss – als Sachverhaltskomplex – selbst im Urteilsdispositiv festgestellt (Urteil des BGer 2C\_101/2016 vom 18. Mai 2018 E. 16.3 und Dispositiv Ziffer 2, nicht publiziert in BGE 144 II 246).

Zulässige Unzulässigkeitsfeststellungen fehlen in der angefochtenen Sanktionsverfügung jedoch gänzlich. Auch im in der Dispositiv Ziffer 2 enthaltenen Pauschalverweis

*"für das in den Erwägungen beschriebene Verhalten wegen Beteiligung an der gemäss (...) unzulässigen Preisabrede"*

sind keine solchen erkennbar, da er es nicht erlaubt, die in der angefochtenen Sanktionsverfügung zahlreich aufgezählten Kontakte zwischen den Luftfahrtunternehmen klar den in der Verfügung dargestellten Märkten und Strecken zuzuordnen.

Die Beschwerdeführerin macht daher nicht ganz zu Unrecht geltend, es sei ihr, da sich das Dispositiv zur Art und zum Zeitraum des Verstosses ausschweige, nicht zumutbar, eine 412-seitige Begründung selber auszulegen, um herauszufinden, welche ihrer Handlungen während welcher Zeit rechtswidrig gewesen seien (4<sup>[...]</sup>, 64 f.).

Die Erklärung der Vorinstanz, aus den Erwägungen gehe klar hervor, für welche konkreten Strecken der Beschwerdeführerin ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten vorgeworfen werde (2<sup>[...]</sup>,26), greift insofern zu kurz und es stellt sich in der Tat die Frage nach dem für eine allfällige Sanktionierung massgeblichen Sachverhalt.

## **8. Sachverhalt**

### **8.1 Sicht der Vorinstanz: Beteiligung an einer weltweiten Gesamtabrede zu diversen Preisbestandteilen (1,1284-1319)**

Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz haben sich international tätige Luftverkehrsunternehmen im Luftfrachtbereich über längere Zeit zu Treibstoffzuschlägen, Kriegsrisikozuschlägen, US-Zollabfertigungszuschlägen, Frachtraten und zur Kommissionierung von Zuschlägen koordiniert (in telefonischen und persönlichen Gesprächen, multilateralen Treffen und über E-Mail). Zudem habe im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ ein geordneter Informationsaustausch stattgefunden. Der Z. \_\_\_\_\_ habe für seine "Mitglieder" systematisch Informationen über Treibstoffzuschläge gesammelt und verbreitet.

Aus Sicht der Vorinstanz haben die Luftverkehrsunternehmen daher nicht nur ein einzelnes Preiselement koordiniert, sondern beschlossen, neu auftretende gemeinsame exogene Kostenfaktoren an Kunden weiterzugeben. So sei Zusammenarbeit an die Stelle von Wettbewerb getreten. Bei einer länger dauernden Gesamtabrede würden nicht nur die Teilnehmer ändern, sondern diese könnten unterschiedlich engagiert sein oder unterschiedliche Rollen einnehmen. Bei divergierenden Interessen käme kein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des Kartells zustande. Die eine oder andere Partei könne Vorbehalte zu Aspekten der Abrede haben und dennoch am Gesamtunterfangen festhalten, auch wenn sie die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetze. Auch interne Konflikte kämen vor, wobei einzelne Kartellmitglieder zeitweise die Umsetzung aussetzten, um andere Mitglieder zu konkurrenzieren. Bisweilen werde die Gesamtabrede weiterentwickelt oder an neue Gegebenheiten angepasst. Diesfalls bestünde sie weiterhin, sofern ein einheitlicher und fortdauernder Zweck verfolgt werde. Daran Teilnehmende könnten auch dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie nicht an allen Bestandteilen der Gesamtabrede mitgewirkt hätten.

Zum Konzept der "einzigsten und fort dauernden Zu widerhandlung" nach Eu ropäischer Rechtsprechung erkläre das Gericht der Europäischen Union: *"Es wäre gekünstelt, durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zu widerhandlungen zu sehen"* (vgl. z.B. das Urteil des EuG T-6/89 vom 17. Dezember 1991, Slg. 1991 11-01623, Rz. 204). Eine Beteiligung an einem Komplex integrierter Systeme, die eine einheitliche Zu widerhandlung darstellten und sich nach und nach sowohl in rechtswidrigen Vereinbarungen als auch in rechtswidrigen abgestimmten Verhaltensweisen konkretisierten, könne als eine einzige Zu widerhandlung aufgefasst werden.

Ziel der Gesamtabrede sei es gewesen, sich über Preiselemente zu koordinieren. Nicht alle Untersuchungsadressaten seien gleichermassen an der Koordination zu sämtlichen Preiselementen beteiligt gewesen. Die auf Ausschaltung von Wettbewerb gerichteten Wettbewerbsabreden über all diese Preiselemente beträfen den gleichen Preis, weshalb die einzelnen Abreden eine einzige Wettbewerbsabrede über den Preis darstellten. Durch den Informationsaustausch seien die Unternehmen über die geplanten Schritte der Wettbewerber informiert gewesen. Das planmässige Gleichverhalten aufgrund ausgetauschter Marktinformationen habe das Risiko im wirtschaftlichen Handeln beseitigt oder reduziert.

Die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Zu widerhandlungen seien als "einzigste und fort dauernde Zu widerhandlungen" aufzufassen. Diese "Gesamtabrede" bezwecke, im Bereich Luftfracht den Wettbewerb schweizweit und im europäischen Wirtschaftsraum zu verhindern beziehungsweise einzuschränken – sie sei auch geeignet gewesen, den Handel zwischen der Schweiz und der EU zu beeinträchtigen.

Die Abreden seien grundsätzlich mit weltweiter Geltung getroffen worden. Deshalb hätten die Abreden auch Luftfracht auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern betroffen. Es sei unerheblich, auf welche Strecken die einzelnen Elemente dieser Abrede Anwendung gefunden hätten. Vielmehr werde der individuelle Umfang der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an einzelnen Elementen der Gesamtabrede im Rahmen der Sanktionsbemessung gebührend berücksichtigt (1,928,1721).

Kein anderes Ergebnis ergäbe sich, selbst wenn die einzelnen Preiselemente je getrennt geprüft würden. Denn auch die Kontakte zu den einzelnen Elementen und die hierzu getroffenen Absprachen stellten Wettbewerbsabreden dar (vgl. 1,1321-1382).

## 8.2 Entgegnung der Beschwerdeführerin (2<sup>[...]</sup>, 19-23, 104-232)

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe unzulässigerweise eine "Gesamtabrede" konstruiert, die sämtliche Bestandteile der Preise erfasse. Eine solche habe es nie gegeben, so nie geben können:

*Frachtraten* würden nicht weltweit, sondern immer nur pro einzelne Strecke festgelegt. Deshalb sei bei tausenden von Strecken eine weltweite "Gesamtabrede" über Frachtraten kaum möglich. Insofern schliesse der postulierte Abrede-Gegenstand mit tausenden von Flugrouten aus, dass mittels einer einzigen Gesamtabrede die Preise von tausenden von Flugrouten hätte abgesprochen und koordiniert werden können. Dies habe ihr die Vorinstanz auch nie nachgewiesen.

Die *Kommissionierung von Zuschlägen* an Speditionen sei nicht Bestandteil des Frachtpreises, den die Airlines ihren Kunden verrechneten. Somit sei diese auch nicht Gegenstand einer Gesamtabrede über die Frachtpreise gewesen.

Auch die von der Vorinstanz festgestellte unterschiedliche sachliche, örtliche und zeitliche Beteiligung der einzelnen Airlines spreche klar gegen das Vorliegen einer "Gesamtabrede". Selbst wenn die *Tabelle 25* (1,1679) als korrekte Darstellung der Beteiligung der einzelnen Airlines anerkannt würde, sei daraus ersichtlich, dass gar keine Gesamtabrede bestanden haben könne. Lediglich drei von vierzehn Airlines seien angeblich in alle fünf Abreden involviert gewesen – eine Vielzahl angeblich nur in eine, zwei, drei oder vier Abreden. Auch sei der Zeitraum der angeblichen Involvierung unterschiedlich. Von einer "Gesamtabrede" unter allen Airlines über alle Elemente liesse sich nur sprechen, wenn tatsächlich alle Airlines in Bezug auf alle Elemente während des gleichen Zeitraumes involviert gewesen wären, was gemäss *Tabelle 25* (in 1,1679) nicht zutrefte (2<sup>[...]</sup>,230 ff.).

Untersuchungen in der EU und in Drittstaaten hätten keine Abrede zu Frachtraten zu Tage gefördert. Dies spreche ebenfalls gegen das Vorliegen einer "Gesamtabrede im Bereich der Luftfracht". Hätte eine solche tatsächlich bestanden, dann hätten sicherlich auch die ausländischen Wettbewerbsbehörden eine Abrede zu Frachtraten festgestellt. Es sei höchst unwahrscheinlich, dass es lediglich auf den fünf untersuchten Strecken zu Abreden über Frachtraten gekommen sein soll (2<sup>[...]</sup>,21,156,160 ff.,227 ff.).

Die Vorinstanz ziehe unzulässigerweise generische Schlüsse aus weltweit stattgefundenen Ereignissen, ohne nachzuweisen, dass und wie sich diese

auf den Wettbewerb auf den fünf untersuchten Strecken ausgewirkt hätten. Sie halte es sogar für irrelevant, ob sich Parteien im Laufe der Zeit nicht mehr oder unterschiedlich an den Kontakten beteiligt hätten und ob Einzelne unterschiedliche Rollen oder Interessen gehabt hätten.

Die Vorinstanz hätte sich darauf beschränken müssen, fünf mögliche Einzelabreden zu untersuchen, weil diese ganz unterschiedliche Gegenstände gehabt hätten (Einkaufs- und Verkaufspreise), unterschiedlich lange gedauert beziehungsweise unterschiedliche Länder und Routen betroffen hätten und daran jeweils auch unterschiedliche Akteure beteiligt gewesen seien. Es hätte untersucht werden müssen, ob überhaupt Abreden über Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge und Frachtraten zu den fünf Strecken getroffen worden seien (2<sup>[...]</sup>, 23, 228 ff.; 4<sup>[...]</sup>, 24).

### **8.3 Vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung**

Der vorliegende Streit liegt in einem Spannungsfeld landes- und völkerrechtlicher Vorschriften, welche nach Massgabe des Auswirkungsprinzips unterschiedliche Behördenzuständigkeiten (EU, Schweiz und Drittstaaten) und Sanktionskompetenzen vorsehen. Deswegen waren die genaue Kompetenzabgrenzung wie auch die Frage des anwendbaren Rechts vor der Vorinstanz unklar. Das zeigt sich nicht nur anhand der vergleichsweise langen Untersuchungsdauer, sondern auch anhand der Struktur der angefochtenen Verfügung.

In der Verfügung werden die Wettbewerbsverhältnisse im Luftfrachtverkehr sowohl *chronologisch* (1,755-783) wie auch *thematisch* behandelt (im Einzelnen 1,210-745, 1321-1370). Sodann werden bei den Preiselementen verschiedene Aspekte auseinandergelassen (Grundraten für den Luftfrachttransport, 1,619-704, Treibstoffzuschläge, 1,210-505, Kriegsrisikozuschläge, 1,558-584 sowie Zollabfertigungszuschläge für die USA, 1,585-618). Als weiteren "Preisbestandteil" untersuchte die Vorinstanz die angebliche Weigerung der Luftfahrtunternehmen, den Spediteuren Entschädigungen für das Einziehen der Zuschläge zu Gunsten der Luftfahrtunternehmen (1,717-754) zuzugestehen. Schliesslich werden auch Sachverhaltselemente erörtert, die ausserhalb der Beurteilungskompetenz der Vorinstanz liegen, ebenso Kontakte, die sich als zulässig erwiesen oder Zeiträume vor Einführung direkter Sanktionen betreffen.

Hierzu erklärt die Vorinstanz, es sei ihr nicht verwehrt, internationale Sachverhalte abzuklären. Vielmehr müsse sie diese umfassend betrachten. Insofern dürfe sie Feststellungen treffen, ob bestimmte (wettbewerbserhebliche) Kontakte stattgefunden hätten (vgl. 1,798, 800, 806, 898, 1241). Ob sich diese aber (auch) auf die Schweiz ausgewirkt hätten und damit nicht einer kartellgesetzlichen Beurteilung entzogen seien, betreffe den räumlichen Geltungsbereich des KG. Nur wenn der Sachverhalt umfassend abgeklärt und dargestellt werde, liessen sich allfällige Auswirkungen dieser Kontakte auf die Schweiz beurteilen. Fehlten solche, dann würden die fraglichen Sachverhalte nicht in den Geltungsbereich des KG fallen und wären dann auch nicht weiter zu prüfen. Doch könne nicht verlangt werden, dass zunächst Auswirkungen festgestellt werden müssten, bevor die dafür ursächlichen Kontakte ermittelt werden dürften (1,800).

Dies ist in der Tat richtig. Die Vorinstanz darf durchaus internationale Sachverhalte abklären, um allenfalls relevante "Kontakte" aufzuspüren. Doch gilt dies, wie die Vorinstanz zu Recht selbst einräumt, nur unter der einschränkenden Bedingung, dass sie sich bei fehlenden Auswirkungen solcher Kontakte auf die Schweiz von vornherein als unzuständig erachten muss, wie dies z.B. für alle Strecken zwischen EU-Staaten und der Schweiz sowie zwischen EU-Staaten und Drittländern zutrifft. Dies räumt die Vorinstanz korrekterweise auch ein (1,806). In diesem Sinne anerkennt sie, dass sie ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs "keine Sachverhalte regeln" dürfe, wie etwa Tarifkoordinationen im Ausland ohne Auswirkungen auf die Schweiz.

Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz mitunter in Sachverhaltsschilderungen verliert, für welche sie nach ihren eigenen Feststellungen gar nicht zuständig ist oder bei denen die fraglichen Geschehnisse gar vor dem für die Sanktionierung massgeblichen Zeitraum liegen. Die Ansicht der Vorinstanz, für die Feststellung des Sachverhalts und für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Verhaltensweise sei der sanktionsrelevante Zeitraum ohne jegliche Bedeutung (1,898,928,924), ist insofern – wie auch die Beschwerdeführerin rügt – unzutreffend.

Die Vorinstanz übersieht, dass die nach Art. 12 VwVG von Amtes wegen vorzunehmende Feststellung des Sachverhalts kein Selbstzweck ist, insbesondere nicht zu einer undifferenzierten Ermittlung locker zusammenhängender, wenn auch interessanter Vorkommnisse ausufern darf. Vielmehr hat die Vorinstanz nach Art. 12 VwVG nur den rechtserheblichen

Sachverhalt zu erforschen (AUER/BINDER, DIKE-Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 2 f.). Entscheiderheblich sind Tatsachen nur dann, wenn sie die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnorm(en) erfüllen (PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 28; AUER/BINDER, DIKE-Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 5).

Mit anderen Worten muss die Feststellung des Sachverhalts für den Ausgang der Streitigkeit erheblich, d. h. entscheidwesentlich, sein (BENJAMIN SCHINDLER, DIKE-Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 49 Rz. 30, mit dem Hinweis auf das für die Rechtsfindung notwendige "Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen Sachverhalt und Rechtsnormen).

#### **8.4 "Einheitliche, fortgesetzte Zuwiderhandlung" (Gesamtabrede) oder eine (bzw. mehrere) Einzelabrede(n)?**

**8.4.1** Die Vorinstanz lehnt sich in ihren Überlegungen zur unterstellten "Gesamtabrede" an die in der EU verwendete Rechtsfigur der "einheitlichen, fortgesetzten Zuwiderhandlung" an (sog. "single complex and continuous infringement" SCCI). Diese wurde 1986 von der EU-Kommission im Fall Polypropylen (Entscheid vom 23. April 1986, Nr. L 230/1 vom 18. August 1986) erstmals entwickelt, um sogenannte "komplexe Kartelle" zu erfassen, welche sich dadurch auszeichnen, dass Unternehmen über längere Zeit hin gestützt auf einen gemeinsamen Plan wettbewerbswidrig zusammenwirken (hierzu kritisch GERALD BREI, Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung – eine mehr als fragwürdige Rechtsfigur im Europäischen Kartellrecht, NZKart 5/2017, S. 211 ff.; MANI REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 255-341; KONSTANTIN SEIFERT, Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung: Komplexe Kartelle im Europäischen Kartellrecht, Hamburg 2013, S. 56 ff., je mit Hinweisen). Bei einem wettbewerbswidrigen Zusammenwirken über eine längere Zeit in Richtung auf ein gemeinsames Ziel werden alle Teilnehmer nicht nur für ihre eigene Rolle, sondern auch für das Funktionieren der Vereinbarung insgesamt als verantwortlich erachtet (vgl. Entscheid der Kommission vom 23. April 1986, Nr. L 230/1 vom 18. August 1986, Rz. 83).

Seit dem Urteil des EuGH C-49/92 P vom 8. Juli 1999 i.S. Anic ist es ständige Praxis der Kommission und der europäischen Gerichte, die Beteiligung an einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung und eine daraus resultierende Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit unter drei Voraussetzungen zu bejahen: (1) Vorliegen eines

Gesamtplans, mit dem ein gemeinsames Ziel verfolgt wird; (2) vorsätzlicher Beitrag des Unternehmens zu diesem Plan; und (3) bewiesene oder vermutete Kenntnis des Unternehmens vom rechtswidrigen Verhalten der anderen Teilnehmer im Rahmen des Gesamtkartells (Rz. 82 ff. sowie Urteil des EuGH C-441/11 vom 6. Dezember 2012, Rz. 67; vgl. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 273 f.; SEIFERT, a.a.O., S. 56 ff.). Dabei kann es um eine Gesamtverantwortlichkeit zu begründen unter Umständen bereits ausreichen, dass ein Unternehmen zu einem beliebigen Bestandteil eines "Gesamtkartells" lediglich einen Beitrag leistet (SEIFERT, a.a.O., S. 82 f., 185 f. m.H.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 288 ff.). In der Lehre wird diese Rechtsfigur kontrovers diskutiert (BREI, a.a.O., S. 213 ff., insb. S. 215, mit Hinweis auf die Urteile des EuG T-48/11, T-46/11, T-43/11 et. al. vom 16. Dezember 2015 [vgl. zu diesen Urteilen CHRISTOPHER ROTHER/FELICITAS RIEGER, Bindungswirkung und Begründungsmängel von Entscheidungen der Europäischen Kommission – Das Urteil des EuG zum Luftfracht-Kartell, NZKart 3/2016, S. 116 m.w.H.]; MEINRAD DREHER, Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht, ZWeR 2007, S. 276 ff.; HANS-JOACHIM HELLMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020, § 46, Rz. 26, S. 2109 f.; JULIAN JOSHUA, Single continuous infringement of Article 81 EC: Has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?, ECJ 2009, S. 451 ff.; MEYRING, Uferlose Haftung im Bussgeldverfahren?, WuW 2010, S. 157, 162.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 22,274,283 ff.,291,296 ff.,303,305 f.,412; SEIFERT, a.a.O., S. 158,166 ff.,177 f.,304 ff.,320; DERSELBE, The Single Complex and Continuous Infringement,"Effet Utiliarism"?, E. C. L. R. 2008, S. 546 ff.; HENRIQUE SCHNEIDER, Gesamtabrede im Wettbewerbsrecht: Eine Würdigung im Spannungsverhältnis zwischen der Schweiz und der EU, sic! 12/2018, S. 692 ff.,702).

**8.4.2** Ungeachtet ihrer Ausführungen zur Gesamtabrede hat die Vorinstanz aber auch eine auf Einzelabreden zu den einzelnen Preiselementen fokussierte einlässliche Prüfung vorgenommen. Ferner steht, wie sich zeigen wird, insbesondere der Z. \_\_\_\_\_ – als einfache Gesellschaft – im Fokus.

Im vorliegenden Fall kann deshalb die Streitfrage, ob hier eine weltweite Gesamtabrede nicht nur zu allen massgeblichen Frachtpreisen (2<sup>[...]</sup>,163 ff., 228), sondern zu allen Preiszuschlägen überhaupt möglich (gewesen) wäre, offengelassen werden (die EU-Kommission verneint dies für Frachtpreise im parallelen Sanktionsverfahren mit der Begründung, bei

Frachtraten könne keine einzige und fortdauernde Zuwiderhandlung vorliegen, da diese bestimmte Strecken betreffen und nicht allgemein gelten würden [vgl. Beschluss AT.39258, C{2017} 1742 vom 17. März 2017 Rz. 902, in anonymisierter Form veröffentlicht unter: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202151/AT\\_39258\\_8068894\\_9177\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202151/AT_39258_8068894_9177_3.pdf); vgl. hierzu ebenso den vom EuG aufgehobenen Beschluss AT.39258 vom 9. November 2010, C{2010} 7694, Rz. 893, in anonymisierter Form veröffentlicht unter: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39258/39258\\_7008\\_8.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39258/39258_7008_8.pdf)).

### *Der entscheidende Sachverhalt*

**8.4.3** Nach Ansicht der Vorinstanz waren lediglich vier von vierzehn Airlines in alle fünf Teilabreden, daneben aber sehr viele Luftfahrtunternehmen in "nur" eine, zwei, drei oder vier Abreden involviert gewesen (vgl. Tabelle 25 in 1,1679):

Tabelle 25: Zeitliche Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der jeweiligen Wettbewerbsabrede (sanktionsrelevante Zeiträume markiert)

Luftverkehrsunternehmen	Treibstoffzuschläge	Kriegsrisikozuschläge	Zollabfertigungszuschläge für die USA	Frachtraten	Kommissionierung von Zuschlägen
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	April 2003 - Juli 2004	2000 - November 2005	November 2003 - Februar 2006
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	April 2003 - Juli 2004	2000 - November 2005	November 2003 - Juli 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003		2000 - Juni 2003	November 2003 - Juli 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003		2000 - September 2004	November 2003 - Januar 2006
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	April 2003 - Juli 2004	2000 - Juni 2003	November 2003 - Februar 2006
	April 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003	April 2003 - Juli 2004	2000 - August 2005	Mai 2005 - Oktober 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003		2000 - Juni 2003	November 2003 - Juni 2005
	Juni 2004 - November 2005		Juli 2004		Juli 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003		August 2004 - August 2005	November 2003 - Juni 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003		2000 - Juni 2003	November 2003 - Juli 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003			November 2003 - Juni 2005
	Januar 2000 - Februar 2006	Januar 2003 - April 2003		Februar 2003	November 2003 - Juni 2005
	Januar 2000 - November 2005				



habe, kann offenbleiben. Entgegen der Beschwerdeführerin (2<sup>[...]</sup>, 124, 127) sind die entsprechenden Feststellungen keiner Anfechtung zugänglich (vgl. E. 7.1 f.). Dass im Widerspruch zu den Ziffern 924, 1675 f. und 1787 der angefochtenen Verfügung, wonach allfällige Abreden zu Kriegsrisikozuschlägen vor dem 1. April 2004 nicht sanktionierbar seien, in der Ziffer 1844 die Kriegsrisikozuschläge für die Sanktionierung erwähnt werden, vermag daran nichts zu ändern.

**8.4.6** Ebenfalls nicht massgeblich und deshalb nicht weiter zu diskutieren sind schliesslich die vorinstanzlichen Darlegungen zur angeblichen Teilnahme der Beschwerdeführerin an Wettbewerbsabreden zu **Zollabfertigungszuschlägen** für die USA (1,209,585-618,917-920,1181-1185,1202, 1206-1209,1290-1292, 1343-1350).

Der Beschwerdeführerin wird zwar eine solche Teilnahme vorgeworfen (1,1382: "Übersicht über die Beteiligung von Luftverkehrsunternehmen an der jeweiligen Wettbewerbsabrede", Tabelle 20). Dieses Preiselement floss jedoch nicht in die Sanktionsbemessung, der Vorwurf wurde somit fallen gelassen (1,1735 Tabelle 43; vgl. auch Tabelle 25 in 1,1679). Dies ist nicht zu beanstanden: Die Vorinstanz ging davon aus, dass sich die Beschwerdeführerin zwischen April 2003 und Juli 2004 an einer solchen Abrede beteiligt hat, dieser Sachverhaltskomplex ist daher nach der Schlussbestimmung zum KG infolge Auflösung innert Jahresfrist nicht sanktionierbar und deshalb auch hier nicht weiter zu behandeln. Auf die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Feststellungen (2<sup>[...]</sup>, 154-155) ist nicht weiter einzugehen. Dass die Vorinstanz in der Ziffer 1844 die US-Zollabfertigungszuschläge für die Sanktionierung der nicht namentlich erwähnten "Parteien" erneut anführt, scheint ein redaktionelles Versehen zu sein, dem keine weitere Bedeutung beizumessen ist.

**8.4.7** Laut den Feststellungen der Vorinstanz soll die Beschwerdeführerin ab dem Jahr 2000 bis und mit Juni 2003 an angeblichen "Abreden" zu **Frachtraten** beteiligt gewesen sein (vgl. Tab. 25 in 1,1679), somit in einem Zeitraum vor der Einführung direkter Sanktionen auf den 1. April 2004.

Das der Beschwerdeführerin vorgeworfene bewusste und gewollte Zusammenwirken bei Frachtraten wird von der Vorinstanz lediglich auf den nicht sanktionierbaren Zeitraum Februar 2003 festgelegt (1,1351,1679). Hinweise und Indizien, die einen anderen Schluss aufdrängen könnten, sind nicht ersichtlich. Der Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe auch an Wettbewerbsabreden zu Frachtraten teilgenommen (1,619-716,1351-1362), ist

daher für die nachfolgenden Erörterungen unbeachtlich. Zwar macht die Beschwerdeführerin geltend (2<sup>[...]</sup>, 156-188), eine Gesamtabrede zu Frachtraten sei aus prinzipiellen Gründen undenkbar, weil solche immer nur für konkrete Destinationen festgelegt würden. Dies räume auch die Vorinstanz ein (in 1,623,633 638,644 f., 649,663,665 f., 668,670-685, 691,696,697,699, 701-705), wobei die angefochtene Verfügung keinerlei Anhaltspunkte dafür liefere, dass sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede zu Frachtraten auf den relevanten fünf Strecken beteiligt hätte. Doch kann, wie gesagt, diese Frage ebenso offenbleiben, wie diejenige, weshalb die Vorinstanz ihren Vorwurf zu Frachtraten aufrechterhält, obschon die EU-Kommission ihre Untersuchung bei gleicher Beweislage eingestellt hatte (vgl. z.B. Entscheid der EU-Kommission COMP/39258 vom 9. November 2010 Rz. 893 mit dem Wortlaut: *"However, in light of the arguments put forward, the Commission no longer maintains that the element presented in the SO relating to rates, which applies to particular routes rather than applying generally, falls within the single and continuous infringement. The Commission also no longer pursues its objections in relation to the war risk surcharge and United States customs surcharge which involved a limited number of addressees"* [vgl. act. 2<sup>[...]</sup>:4,2]). Die beanstandeten Feststellungen (2<sup>[...]</sup>, 140, 187-188) sind Teil der Erwägungen, daher keiner Anfechtung zugänglich (vgl. E. 7.1 f.) und deshalb nicht materiell zu beurteilen. Dass die Vorinstanz im Widerspruch zu ihren sachlich zutreffenden Ausführungen in den Ziffern 922, 1675 und 1787 der angefochtenen Verfügung, allfällige Abreden zu Frachtraten vor dem 1. April 2004 seien nicht sanktionierbar, diese Raten dann aber in der Ziffer 1844 für die Sanktionierung erwähnt, ohne die damit zusammenhängende Frage zu beantworten, für welche Strecken diese Raten überhaupt erhoben worden sind, vermag daran nichts zu ändern.

**8.4.8** Als entscheiderelevant zu prüfen bleiben somit nur noch angebliche Abreden zu **Treibstoffzuschlägen** (1,274-357, 365-371, 406-409, 482-486, 499-505, 1321-1334) sowie die der Beschwerdeführerin zur Last gelegten angeblichen Abreden zur – den Spediteuren gegenüber verweigerten – **Kommissionierung von Zuschlägen** (1,717-754, 1363-1370), soweit der massgebliche Sanktionszeitraum und die fraglichen fünf Strecken betroffen sind.

## 9. Beweisrecht

### 9.1 Grundsätze

**9.1.1** Die Wettbewerbsbehörde, welche Verstösse gegen das Kartellgesetz untersucht (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), muss den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig abklären, alle rechtserheblichen Aspekte ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen vollständig beschaffen und die erforderlichen Beweise abnehmen. Ihr obliegt die Beweisführungslast, die durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG) eingeschränkt wird (vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 m.H.; REINERT, BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 23).

Neben dem Fachwissen der entscheidenden Behörde bilden die von ihr erhobenen Beweismittel die Erkenntnisquellen der Sachverhaltsermittlung. Dazu gehören nach Art. 12 VwVG Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen, Augenscheine, Gutachten von Sachverständigen sowie Urkunden und Auskünfte der Parteien (vgl. Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014 E. 4.3 m.H.). Im Kartellverwaltungsverfahren sind auch Auskünfte und Urkunden von Selbstanzeigern als Beweismittel beizuziehen (Urteil B-807/2012 E. 8.4.2).

**9.1.2** Die erhobenen Beweismittel sind frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP [SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.4). Steht eine Sanktion nach Art. 49a KG im Raum, sind aufgrund ihres "strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen" Charakters die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV grundsätzlich zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher gemäss der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 8.3.1). Wann ein Sachumstand als bewiesen betrachtet werden kann, ist unterschiedlich zu beantworten:

Grundsätzlich gilt das Beweismass der vollen Überzeugung, oft als "Vollbeweis" bezeichnet, was den unzutreffenden Eindruck erweckt, andere Arten des Beweismasses seien nicht ausreichend beweiskräftig. Daher ist vom *Überzeugungsbeweis* zu sprechen, wenn ein Beweis dann als erbracht gilt, wenn die urteilende Instanz nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dies setzt keine

absolute Gewissheit voraus. Die Verwirklichung der Tatsache muss nicht mit Sicherheit feststehen, sondern es genügt, wenn am Vorliegen des Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 25).

Wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist, also Beweisnot besteht, wird die überwiegende Wahrscheinlichkeit, der sog. *Wahrscheinlichkeitsbeweis* als ausreichend betrachtet (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa). Demnach gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1).

Aufgrund der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz *in dubio pro reo* darf sich ein Richter von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalts nicht überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Nur abstrakte und theoretische Zweifel genügen nicht (Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.1 m.H.).

**9.1.3** Ob in Kartellverfahren der Überzeugungsbeweis gilt oder auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit abzustellen ist, wird unterschiedlich beantwortet (vgl. Urteil BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 160 ff. m.H.). Im Fall *Publigroupe* hat das Bundesgericht zur Marktherrschaft festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis der hierbei bestehenden Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb zu fördern, nicht übertrieben werden dürfen. Insbesondere sei die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. Bei diesen Zusammenhängen erscheine eine strikte Beweisführung kaum möglich. Doch müssten eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72 E. 8.3.2; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.4, 9.2.3.4). Kann daher bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten mit multiplen Wirkungszusammenhän-

gen der Überzeugungsbeweis nicht geführt werden, reicht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus (vgl. Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.4 m.H.).

Im Kartellverfahren ist der ordentliche Überzeugungsbeweis immer zu erbringen, wenn der Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine ökonomische Analyse multipler Wirkungszusammenhänge erfordert (Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.4 m.H.). Das ist auch hier der Fall, soweit zu klären ist, ob Luftfahrtunternehmen an Besprechungen teilgenommen und untereinander wettbewerbssensitive Preisinformationen zu Treibstoffzuschlägen ausgetauscht haben oder bezüglich der Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen entsprechende Strategien abgesprochen oder hierzu Informationen ausgetauscht haben. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht betont, müssten im Sinne eines Überzeugungsbeweises entsprechende Kontakte zwischen Airlines erstellt und geeignet sein, der Beschwerdeführerin eine Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nachzuweisen. Daher hat die Vorinstanz zu beweisen, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die fünf relevanten Strecken und in Bezug auf die Treibstoffzuschläge und die Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen an einer Wettbewerbsabrede beteiligt gewesen war. Eine ökonomische Analyse ist hierfür nicht erforderlich (vgl. die Situation im Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.5).

Im Unterschied dazu erweist sich die Beurteilung möglicher Wettbewerbsauswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte als komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) könnte nur unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen Überlegungen und Annahmen beurteilt werden.

Ökonomische Erkenntnisse sind immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2005-4 vom 11. Juli 2006 E. 6.2, RPW 2006/3, S. 548 ff. sowie in diesem Sinne das Urteil des BVGer B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 305). Daher muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb wie auch allfällige Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (so – betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen – ausdrücklich das Urteil 2A.430/2006 E. 10.4; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.5).

**9.1.4** Das erforderliche Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf *Indizien* erreicht werden. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig, wobei ein Indiz, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offenlässt, und daher auch den Zweifel enthält (vgl. Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4. August 2009 E. 2.3; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.6, je m.H.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 49). So ist es im Strafprozessrecht zulässig, aus der Gesamtheit von Indizien, die je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und daher Zweifel offenlassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (vgl. ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 59 Rz. 14 f.). Auch das Bundesverwaltungsgericht lässt in kartellrechtlichen Verfahren Indizienbeweise zu (Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.6).

Solche Beweiserleichterungen sind im Interesse der Effektivität der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auch im Unionsrecht vorgesehen, da wettbewerbswidrige Verhaltensweisen oft im Verborgenen abgestimmt werden. Deshalb können sie vielfach nur anhand von Koinzidenzen, Indizien oder Vermutungen verfolgt werden, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln erbringen können. Den Unternehmen steht freilich die Möglichkeit offen, die Beweisführung durch widersprechende Indizien zu erschüttern (MARIAN PASCHKE, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, MüK-EuWettbR, Art. 101 Rz. 190).

Wird das geforderte Beweismass nicht erreicht, stellt sich die Frage, wer die Last des beweislosen Zustandes zu tragen hat. Nach dem in Art. 8 ZGB niedergelegten, auch im öffentlichen Recht gültigen Rechtsgrundsatz hat derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache zu tragen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. Urteil des BGer 2C\_988/2014 vom 1. September 2015 E. 3.1).

**9.1.5** In Bezug auf die *objektive Beweislastverteilung* für die hier gestützt auf Art. 49a KG auferlegte Sanktion ist Folgendes zu beachten: Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG gestatten

es den Wettbewerbsbehörden zwar gegebenenfalls die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten. Die Beweisführungs- sowie auch die objektive Beweislast für das Vorliegen solcher Abreden sind jedoch von den Wettbewerbsbehörden zu tragen. Der Vorinstanz obliegt es folglich, zu beweisen, dass sich die Beschwerdeführerin an den strittigen Absprachen beteiligt hat.

## **9.2 *Selbstanzeigen im beweisrechtlichen Kontext***

**9.2.1** Nach Auffassung der Vorinstanz (1,1519; 3<sup>[...]</sup>,8 ff.) dient die Selbstanzeige der Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsverstoss). Da die Selbstanzeige eine Parteiauskunft über das Zustandekommen einer Vereinbarung beinhaltet, ermögliche sie den Beweis einer Vereinbarung. Deswegen müssten Unternehmen zuvor abklären, ob sie an einem sanktionierbaren Wettbewerbsverstoss beteiligt gewesen seien. Mit ihrer Selbstanzeige anerkenne die Beschwerdeführerin, dass eine beschränkende Wirkung auf den Wettbewerb vorliege.

Doch diene die Selbstanzeige nicht dazu, allenfalls auch zulässige Kontakte mit Dritten "sicherheitshalber" zu melden, um das Sanktionsrisiko zu eliminieren oder zu verringern, dann aber – je nach Fortgang der Untersuchung – Abreden und Beteiligungen an solchen zu bestreiten. Leugne die selbstanzeigende Beschwerdeführerin die Wettbewerbsbeschränkung, setze sie sich zu ihrer Selbstanzeige in Widerspruch. Unzulässig und unwirksam wäre die Meldung lediglich "vermuteter" Sachverhalte. Bestreite eine Selbstanzeigerin während der Untersuchung vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellungen, wie das Vorliegen einer Wettbewerbswirkung, führe dies zum Verlust des Bonus.

**9.2.2** Die Beschwerdeführerin erklärt, sie habe der Vorinstanz die von ihr als kartellrechtlich problematisch erachteten Tatsachen mitgeteilt und mit ihr sofort unaufgefordert, ununterbrochen und uneingeschränkt kooperiert (2<sup>[...]</sup>,36). Sie betont, dass sie die von ihr gemeldeten Tatsachen und Aussagen zu tatsächlichen Gegebenheiten nicht bestreite. Der ihr unterstellte Widerspruch zur Selbstanzeige liege nicht vor, zumal die Bonusregelung ihr Äusserungsrecht nicht beschränke.

Die Beschwerdeführerin bemängelt aber die ihrer Ansicht nach fehlerhafte rechtliche Beurteilung des von der Vorinstanz erhobenen Sachverhalts und würdigt den Gesamtkontext der angefochtenen Verfügung anders. Sie erklärt, dass sie sich die vorinstanzliche Würdigung des ausschweifenden

Sachverhalts am Ende einer langjährigen Untersuchung nicht unwidersprochen gefallen lassen müsse. Erst bei Erlass der komplexen Schlussverfügung habe der ganze, als rechtserheblich erachtete Sachverhalt vorgelegen. Sich damit sachgerecht auseinanderzusetzen, sei erst am Ende des Verfahrens möglich gewesen: Die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt aus den Selbstanzeigen von sechs Airlines, aus umfangreichen Fragebögen und aus anderen Quellen (z.B. IATA/CASS-Daten) erschlossen und sei erst nach einer siebenjährigen Untersuchung in der Lage gewesen zu erkennen und offenzulegen, welche Strecken sie überhaupt habe untersuchen dürfen. In der Selbstanzeige habe sie sich nicht zur angeblichen Abrede zu Frachtraten geäußert, weshalb sie diesen Vorwurf in Frage stellen dürfe.

Ferner streicht die Beschwerdeführerin heraus, dass sie laut Angaben der Vorinstanz mit ihrer Selbstanzeige [...] zum Verfahrenserfolg beigetragen habe, weshalb kein "vermuteter Sachverhalt" gemeldet worden sei. Die Bonusregelung diene nur der Sachverhaltsermittlung, um allfällige Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten zu lindern. Zeige ein Unternehmen, wie hier, einen erfolgten Informationsaustausch oder Kontakte mit Wettbewerbern an, so liege ein Geständnis vor, das sich lediglich auf Tatsachen beziehe. Dieses sei nur eines von mehreren, pflichtgemäss und frei zu würdigenden Indizien. Irrelevant sei, wie eine Selbstanzeigerin den angezeigten Sachverhalt tatsächlich und rechtlich beurteile.

**9.2.3** Geht es wie hier um komplexe internationale Verhältnisse haben Unternehmen, die sich zur Selbstanzeige entschliessen, unaufgefordert sämtliche in ihrem Einflussbereich liegende Informationen und Beweismittel zu vermuteten oder – gemäss interner Einschätzung voraussichtlich – erfolgten Wettbewerbsverstössen vorzulegen, weil sie sonst Gefahr laufen, die Sanktionsbefreiung beziehungsweise Sanktionsreduktion zu verlieren (vgl. Art. 8 bzw. Art. 12 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5). In solchen Situationen ist es naheliegend, dass Unternehmen im Zweifel möglichst umfassend informieren, ohne dass bereits feststeht, dass jedes gemeldete Sachverhaltselement im Ergebnis auch beurteilungsrelevant ist. Deshalb kann von Selbstanzeigern nicht verlangt werden, dass sie der Vorinstanz nur wettbewerbsrechtlich "relevante" Kontakte mit Dritten melden und neben den mitgeteilten Fakten auch noch eine rechtliche Würdigung "eingestehen", auf die sie zu behaften wären.

Nicht zu beanstanden ist daher, dass die Beschwerdeführerin sich in ihrer Selbstanzeige nicht zu angeblichen Abreden zu Frachtraten äusserte und in ihrer Beschwerde den diesbezüglichen vorinstanzlichen Vorwurf grundsätzlich bestreitet, zumal die Vorinstanz erst nach einer über siebenjährigen Untersuchung den Untersuchungsadressaten gegenüber offenlegte, welche Strecken sie überhaupt untersuchte. Wie vorangehend festgehalten (E. 8.4.7), ist jedoch auf die Frachtraten nicht weiter einzugehen.

**9.2.4** Die Beschwerdeführerin kritisiert die vorinstanzliche Auffassung zur Natur und Beweisqualität von Selbstanzeigen, insbesondere die behördliche Beweiswürdigung der übrigen fünf eingereichten Selbstanzeigen.

Die Vorinstanz hält demgegenüber die in den eingereichten Selbstanzeigen geäusserten Aussagen im Lichte der beschlagnahmten oder eingereichten Dokumente für glaubwürdig und sieht keine Gründe, daran zu zweifeln. Insbesondere sieht sie keine Indizien, aus denen sich schliessen liesse, dass in den Selbstanzeigen Konkurrenten zu Unrecht bezichtigt worden wären, um vom Bonusprogramm zu profitieren.

**9.2.5** Zur Frage der beweisrechtlichen Würdigung von Selbstanzeigen durch die Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht erkannt, dass Wettbewerbsbehörden nicht unkritisch auf die Richtigkeit der Angaben von Selbstanzeigern oder von nicht kooperierenden Unternehmen vertrauen dürfen. So vermögen Anschuldigungen eines einzigen Selbstanzeigers allein einen Wettbewerbsverstoss nicht hinreichend nachzuweisen, wenn dies vom Betroffenen bestritten wird. Solche Verdächtigungen sind stets durch weitere Beweismittel zu untermauern, was weitere Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen erforderlich machen kann (B-807/2012 E. 8.5.5.1 ff.).

Dies entspricht auch der Praxis des deutschen Bundeskartellamts, gemäss der im Rahmen von Anträgen auf Bussgeldreduktion gemachte Aussagen unter dem Vorbehalt genereller Bedenken stehen. Deshalb ist die Aussage eines Kartellmitglieds, das für seine Zusammenarbeit eine erhebliche Reduktion erwartet, "mit Vorsicht zu würdigen" und muss "grundsätzlich von anderen Beweisen gestützt werden", bevor sie als Grundlage für den Nachweis eines Kartells und die Gewichtung der Tatbeiträge der Mitglieder dienen kann. Stets vorsichtig zu würdigen sind auch Aussagen anderer Kartellteilnehmer zu kooperierenden Unternehmen (B-807/2012 E. 8.5.5.2 m.H. insb. auf die Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbussen vom 17. April 2000, Bekanntmachung Nr. 68/2000).

Nach bundesverwaltungsgerichtlicher Praxis sind Aussagen von Selbstanzeigern wie auch Aussagen von allfällig nicht kooperierenden Unternehmen Parteiauskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG, die frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen sind (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 Rz. 111 ff. m.H.). Auch wenn angesichts der Interessenlage von Selbstanzeigern deren Glaubwürdigkeit nicht leichthin in Frage gestellt werden darf, so sind die von diesen (ebenso wie die von nicht kooperierenden Unternehmen) eingereichten Urkunden im Lichte der konkreten Umstände frei zu würdigen, ohne dass sich das Bundesverwaltungsgericht dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten lässt, indem es beispielsweise Selbstanzeigen a priori einen höheren Beweiswert zuerkennen würde (B-807/2012 E. 8.5.5.4 ff. m.H.). Eine Selbstanzeige – verstanden als "Geständnis" von als kartellrechtlich problematisch erachteten Tatsachen – ist nur eines von mehreren, pflichtgemäss und frei zu würdigenden Indizien, ohne dass es relevant wäre, wie die Selbstanzeigerin selbst den angezeigten Sachverhalt rechtlich würdigt.

## **10. Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG**

### **10.1 Tragweite des Abredbegriffs**

Nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG, welche mit Art. 101 Abs. 1 AEUV übereinstimmt (BGE 147 II 72 E. 3.1 m.H.; kritisch REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 16a), gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Art. 4 Abs. 1 KG setzt voraus, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2 m.H.). Bezweckt ist eine Abrede dann, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (BGE 147 II 72 E. 3.5 m.H.; Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 303) oder der Wettbewerb aufgrund des Regelungsinhalts potenziell beeinträchtigt werden kann (BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6; 147 II 72 E. 3.6 m.H.).

Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG setzen ein "bewusstes und gewolltes Zusammenwirken" voraus (für viele: BGE 144 II 252 E. 6.4.1; 129 II 27 E. 6.3). Als Wettbewerbsabreden gelten einerseits von Unternehmen getroffene Absprachen, die von einem Bindungswillen in Form übereinstimmender Willensäusserungen getragen sind (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.3; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 44 f., 51-68). Andererseits gelten auch *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen* als Wettbewerbsabreden (BGE 144 II 246 E. 6.4.1; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 69-184). Bei diesen handelt es sich weniger um einen Auffangtatbestand, als vielmehr neben der Vereinbarung um eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise (BGE 147 II 72 E. 3.4.1 m.H.). So ist die abgestimmte Verhaltensweise als Form der Koordination zwischen Unternehmen zwar *noch nicht* bis zum Abschluss eines (die individuelle Autonomiefreiheit explizit einschränkenden) Vertrages gediehen, doch sie lässt bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (so im Urteil des EuGH C-8/08 P vom 4. Juni 2009 Rz. 26; BGE 147 II 72 E. 3.1 ff.; Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.1; PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 158; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 55; RAFFAEL GÜBELI, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, AJP 2017, S. 53, je m.w.H.; SEIFERT, a.a.O., S. 166 ff.). Nach europäischer Praxis setzt der Tatbestand der "abgestimmten Verhaltensweise" dreierlei voraus: erstens ein Mindestmass an *Koordination* zwischen den Unternehmen, zweitens ein *Parallelverhalten* auf dem relevanten Markt und drittens einen *Kausalzusammenhang* zwischen Parallelverhalten und Koordination (vgl. Urteil des EuGH C-199/92 P vom 8. Juli 1999, *Hüls*, Rn. 161). Doch reicht für die Annahme eines abgestimmten Verhaltens allein die Voraussehbarkeit des Marktverhaltens der übrigen Marktteilnehmer und das Bewusstsein parallelen Verhaltens nicht aus (Urteil des BVGer B-846/2015 vom 19. Dezember 2017 E. 7.1; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 70-104).

Die abgestimmte Verhaltensweise, welche vom *erlaubten Parallelverhalten* abzugrenzen ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.2.1 m.H.; REINERT, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 105 ff.), bleibt immer im "Vorfeld" einer Vereinbarung und umfasst eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (BGE 147 II 72 E. 3.4.1). Haben sich demgegenüber die Parteien auf einen Plan verständigt, ihr Marktverhalten entsprechend anzupassen, liegt bereits eine "Vereinbarung" im Sinne von

Art. 101 AEUV vor. Die Schaffung eines institutionellen Rahmens für regelmässige Zusammenkünfte konkurrierender Unternehmen kann jedoch für sich alleine noch nicht als Instrument für die Herbeiführung einer Verhaltensabstimmung bewertet werden (PASCHKE, MÜK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 161 m.w.H.).

## **10.2 Informationsaustausch als Abredeform?**

**10.2.1** Die Zuordnung des Informationsaustausches als Abrede oder abgestimmte Verhaltensweise erfolgt in der kartellrechtlichen Praxis differenziert (vgl. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 119-122, 176 f., 182, 646-666):

Die EU-Kommission prüft einen Informationsaustausch nach Art. 101 AEUV, wenn er eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung begründet oder Teil davon ist (vgl. Leitlinien Horizontale Zusammenarbeit, Rz. 60). Tauschen Wettbewerber strategische Daten aus, kommt nach europäischer Praxis ein solcher Informationsaustausch *einer Abstimmung gleich*, weil er die Unabhängigkeit von deren Marktverhalten verringert und Wettbewerbsanreize mindert (Leitlinien horizontale Zusammenarbeit, Rz. 61):

"Im Falle des Austauschs von Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf sein künftiges Preis- oder Mengenverhalten (...) ist die Wahrscheinlichkeit besonders gross, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. Wenn Wettbewerber sich über ihre diesbezüglichen Absichten informieren, könnten sie ein gemeinsames höheres Preisniveau erreichen, ohne Gefahr zu laufen, Marktanteile einzubüssen oder während des Zeitraums der Anpassung an die neuen Preise einen Preiskrieg zu riskieren. Es ist zudem weniger wahrscheinlich, dass Informationsaustausch über zukünftige Absichten, zum Zwecke der Wettbewerbsförderung erfolgt, als dies für den Austausch von aktuellen Informationen der Fall ist" (Rz. 73).

Ferner hält hierzu die oberwähnte Leitlinien auch (a.a.O., Rz. 75) fest:

"Die voraussichtlichen Auswirkungen eines Informationsaustauschs auf den Wettbewerb müssen in jedem Einzelfall geprüft werden, da das Ergebnis der Prüfung von einer Reihe fallspezifischer Faktoren abhängt. Bei der Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen sind die voraussichtlichen Auswirkungen des Informationsaustauschs der Wettbe-

werbssituation gegenüberzustellen, die ohne den fraglichen Informationsaustausch bestanden hätte (siehe Rs. C-7/95 P, *John Deere/Kommission*, Rdnr. 76). Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 [AEUV], wenn es wahrscheinlich ist, dass er spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation haben wird. Ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat oder nicht, hängt sowohl von den wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten als auch von den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen ab."

Der EuGH erblickt eine Abstimmung in der Fühlungnahme zwischen Unternehmen, die darauf ausgerichtet ist, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen über das Marktverhalten ins Bild zu setzen mit daraus folgenden Wettbewerbsbedingungen, die nicht normalen Marktbedingungen entsprechen (vgl. Urteil des EuGH ECLI:EU:C:1975:174 vom 16. Dezember 1975 Rz. 173 f.; BGE 147 II 72 E. 3.2 mit Bezugnahme auf das sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. in diesem Sinne Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.5.1 f.; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.4.3; ablehnend: REINERT, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 76, 80 ff., 96). Soweit eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise in Frage steht, setzt dies eine minimale Kommunikation, das heisst eine gegenseitige Fühlungnahme voraus. Dies kann in einem bi- oder multilateralen Informationsaustausch oder auch nur in einseitigem Informationsverhalten eines Unternehmens bestehen, wenn davon auszugehen ist, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.3 mit Verweis auf das Urteil des EuGH C-286/13 vom 19. März 2015 Rz. 120; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 76).

Soweit nicht stichhaltige Gründe für ein paralleles Verhalten vorgebracht werden können, werden beispielsweise gleichzeitige Preiserhöhungen, insbesondere um den gleichen Betrag oder Prozentsatz, in aller Regel nicht anders als durch eine vorherige Fühlungnahme (z.B. anlässlich von Sitzungen), d. h. durch Verhaltensabstimmung, erklärt werden können (ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 90).

Im Unterschied hierzu ist Unternehmen ein einseitiges Vorgehen, z.B. eine "einseitige" Ankündigung von Preiserhöhungen, stets erlaubt. Denn dies ist ein wichtiges Mittel des Wettbewerbs, selbst wenn es die Gestalt der unmittelbaren oder mittelbaren Information der Konkurrenten annimmt. Indessen dürfte für die Annahme einer Verhaltensabstimmung dann Raum sein, wenn die Konkurrenten mit entsprechenden Ankündigungen "nachziehen", um ebenfalls den Beteiligten die nötige Gewissheit über ihr bevorstehendes Verhalten am Markt zu verschaffen (ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 94 m.H.).

**10.2.2** Die *Anzahl* der Kontaktnahmen ist für die kartellrechtliche Beurteilung eines Informationsaustauschs grundsätzlich belanglos. Schon eine einzige Kontaktnahme kann es den beteiligten Unternehmen ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen und so eine praktische Zusammenarbeit zu erreichen, die an die Stelle des Wettbewerbs und die mit ihm verbundenen Risiken tritt (PASCHKE, MÜK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 172 m.H.; Urteil B-552/2015 E. 4.3 f., insb. E. 4.5.1).

Hat ein kartellrechtlich relevanter Informationsaustausch stattgefunden, trifft grundsätzlich jeden daran Teilnehmenden der *Vorwurf* an der tatbestandlichen Koordination teilgenommen zu haben. Folgt auf einen Informationsaustausch Parallelverhalten, erlaubt dies nach der Praxis der Unionsorgane den Schluss auf ein entsprechend abgestimmtes Verhalten. So hat der EuGH entschieden, dass ein Informationsaustausch, der geeignet ist, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmasses und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen, einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt (Urteil des EuGH C-8/08 vom 4. Juni 2009 Rz. 41-59; Urteil B-552/2015 E. 4.5.1).

Dem Kollusionsvorwurf kann der Informationsadressat entgehen, wenn er nachweist, dass bei der Kontaktnahme kein Informationsaustausch stattgefunden hat, indem beispielsweise aufgezeigt wird, dass keine relevanten Informationen übermittelt oder, soweit angeboten, nicht entgegengenommen wurden (PASCHKE, MÜK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 173).

**10.2.3** Die für den Abstimmungstatbestand erforderliche praktische Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen kann insbesondere darin bestehen, dass *Sitzungen* durchgeführt werden, an denen wettbewerbsrelevante Informationen zwischen den beteiligten Wettbewerbern ausgetauscht werden (SEIFERT, a.a.O., S. 79 f. m.H.; ZIMMER, IM-EUWBR,

a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 96). Das EuG hat in einzelnen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, dass schon die Unternehmen, die von den Sitzungsteilnehmern als wichtige Gesprächspartner angesehen wurden und sich über ihre Vertreter an solchen Sitzungen aktiv beteiligen, dadurch den Abstimmungstatbestand erfüllen (vgl. z.B. das Urteil des EuG T-141/89 vom 6. April 1995 Rz. 84).

Diese Praxis ging gemäss PASCHKE sehr weit, weil gemeinsame Sitzungen auch wettbewerbsneutrale Inhalte und Zielsetzungen zum Gegenstand haben können. Mit dem in späteren Entscheidungen aufgestellten Erfordernis, die gemeinsame Sitzung müsse einen "*wettbewerbswidrigen Zweck*" gehabt haben, versucht das EuG dieser Kritik zu entgehen. Unternehmen, die "an Sitzungen mit offensichtlich wettbewerbswidrigen Zwecken teilgenommen" haben, obliegt es, "Umstände darzutun, aus denen sich eindeutig ihre fehlende wettbewerbswidrige Einstellung bei der Teilnahme an den Sitzungen ergibt", und sie müssten zudem nachweisen, "ihre Wettbewerber auf ihre andere Zielsetzung hingewiesen" zu haben (MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178 m.w.H.).

Um den Vorwurf einer Verhaltensabstimmung durch Teilnahme an solchen Sitzungen zu entkräften, hat sich der Vertreter vom Inhalt der Sitzung *offen zu distanzieren* (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 201; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 79,342-346a). An die erforderliche offene Distanzierung stellt der EuGH Anforderungen, die nicht allein durch das Verlassen der Sitzung erfüllt sein sollen. Gemäss PASCHKE erscheinen diese Anforderungen als genereller Massstab für die wettbewerbsrechtliche Bewertung einseitiger Informationsangaben in gemeinsamen Sitzungen als sehr hoch angesetzt, weil sie in keiner Relation zum strategischen Wert der mitgeteilten Information stehen (MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178 m.H.).

**10.2.4** Soweit indessen ein Empfänger wettbewerbs sensitiver Informationen (wie z.B. Preise) sein Verhalten *nicht* an seine Mitwettbewerber *angleicht*, kann nicht von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden (vgl. Urteil des EuGH C-74/14 vom 21. Januar 2016 Rz. 41). Ansonsten würde man Unternehmen – ungerechtfertigterweise – allein aufgrund einer erhaltenen Konkurrenzinformation zu "*Mittätern*" an einer jedenfalls durch sie nicht "abgestimmten Verhaltensweise" erklären, obschon sie dem Wettbewerb eine praktische Zusammenarbeit gerade

nicht vorgezogen haben (vgl. Urteil B-552/2015 E. 4.5; a.M. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 202).

Entscheidet sich ein Wettbewerber trotz erhaltener Information, Wettbewerber zu unterbieten, liegt nicht Kollusion vor, sondern funktionierender Wettbewerb (vgl. GÜBELI, a.a.O., S. 55 m.w.H.). Ferner bleibt nach Europäischem Kartellrecht ein *einseitiger Versuch*, erwünschte Verhaltensweisen abzustimmen, kartellverbotsfrei, solange die Initiative zur Kommunikation unerwidert verhallt oder die Kontaktnahme ergebnislos, ohne Abstimmung zwischen den Beteiligten endet (PASCHKE, MÜK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 163 m.H.).

**10.2.5** Die ambivalente Natur des Informationsaustauschs als Marktinformationsverfahren zeigt sich darin, dass er je nach Ausgestaltung wettbewerbsbeschränkend oder – im Gegenteil – wettbewerbsfördernd wirken kann (REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 115,141; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 150; ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 100, 265).

Als *rechtmässig* erachtet werden Kontakte unter Wettbewerbern dann, wenn sie wettbewerbsneutrale Inhalte und Zielsetzungen zum Gegenstand haben (wie beispielsweise, wenn rein technisch-prozessorientierte Informationen zu Qualität, Fristen, Abläufen oder die technische Nutzung von Infrastruktur diskutiert werde oder sich die Kontakte im Rahmen von Industrieforen, Joint Ventures oder in Diskussionen über Kapazitätskäufe etc. bewegen, und nicht auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet sind; vgl. PASCHKE, MÜK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 178; ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 95).

Der – unter Wettbewerbern eher unwahrscheinliche – Austausch echter öffentlicher Informationen, d. h. von Daten zu denen alle Wettbewerber und Kunden (im Hinblick auf die Zugangskosten) gleichermassen leicht Zugang haben, wird nicht als Verstoss gegen Art. 101 AEUV gewertet, soweit der Informationsaustausch nicht einem Kartell dient (vgl. Leitlinien horizontale Zusammenarbeit, a.a.O., Rz.92 mit Verweis auf das Urteil des EuG T-191/98 vom 30. September 2003 Rz. 1154, sowie Leitlinie, a.a.O., Rz. 109; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 147,150 zum sog. *Benchmarking*; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 147 f.).

Sind allfällige Wettbewerbswirkungen eines gegenseitigen Informationsaustauschs zu beurteilen, muss beachtet werden, dass dadurch die Wettbewerbsintensität eines Marktes nicht notwendig verschlechtert, sondern auch *gefördert* werden kann. Beispielsweise können objektiv aggregierte Informationen zu erhöhter Transparenz über Preise beitragen; die Marktgegenseite kann dadurch in die Lage versetzt werden, besser informierte Marktentscheide zu treffen (ZIMMER, IM-EUWBR, a.a.O., Art. 101 Abs. 1 Rz. 265; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 149 ff.).

Deshalb ist in der Praxis der Unionsorgane der gegenseitige Informationsaustausch zu Recht nicht generell untersagt. Ob dies der Fall ist, ist nicht eine Frage der Abstimmung, sondern eine Frage der Wettbewerbswirkung. Deshalb kommt im Einzelfall beim Entscheid über die Wettbewerbswidrigkeit abgestimmter Verhaltensweisen neben den Kriterien der Marktstruktur und des Konzentrationsgrades insbesondere dem Inhalt und dem Individualisierungsgrad der ausgetauschten Informationen massgebliche Bedeutung zu (PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 175 m.w.H.; BANGERTER/ ZIRLICK, DIKE-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 151 ff.; REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 133 ff.,160).

**10.3** Wie im Wettbewerbsrecht allgemein gilt auch bei Abreden, dass die Anforderungen an die Beweise nicht zu hoch sein dürfen (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 m.H.; a.M. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 17). Das Bundesverwaltungsgericht hält hierzu dafür, dass in tatsächlicher Hinsicht bei rechtsgenügend erhobenen Beweisen im Zweifel von dem für das Unternehmen günstigeren Sachverhalt auszugehen ist. Wenn mangels gegenteiliger Indizien von einer bewiesenen Tatsache aufgrund der Umstände auf eine wahrscheinliche andere Tatsache geschlossen werden kann, erachtet es eine punktuelle Beweislastverschiebung als zulässig, sofern die Annahme widerlegbar ist und das angeschuldigte Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich zu verteidigen (Urteil B-552/2015 E. 4.5.2, insb. E. 4.4).

## **11. Treibstoffzuschläge**

### **11.1 Parteistandpunkte zur Beweislage und deren Würdigung**

**11.1.1** Die Vorinstanz hält es gestützt auf alle Selbstanzeigen für erwiesen, dass sich die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] von Januar 2000 bis Februar 2006 im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ zu Treibstoffzuschlägen kontaktiert haben (1,207,500).

Zur *Vorgeschichte* führt die Vorinstanz aus, stark angestiegene Treibstoffkosten hätten die Luftfrachtunternehmen dazu bewogen, im Dezember 1999 per Februar 2000 Treibstoffzuschläge pro Kilogramm Fracht einzuführen. Im Februar 2000 habe ein Vertreter von IATA (als Dachverband der Fluggesellschaften) gegenüber Thomson Reuters erklärt, die Luftverkehrsunternehmen dürften nicht gemeinsam, sondern nur allein über allfällige Zuschläge entscheiden (1,218). Diese Zuschläge hätten auf einem Treibstoffindex basiert: je nach Schwellenwert (*trigger point*), den die Treibstoffpreise erreichten, sei ein Treibstoffzuschlag in vorbestimmter Höhe verrechnet worden. Die Treibstoffzuschläge und Treibstoffindices der Luftverkehrsunternehmen knüpften an den Preisindex von IATA an. Allerdings habe IATA ihren Preisindex nie veröffentlicht, da ihn verschiedene Bundesbehörden nicht genehmigt hätten, wie z.B. das United States Department of Transportation (1,210 mit Verweis auf folgende Aktenstellen act. 1:A40,3; 1:A45,6 f.; 1:E5,9,13; 1:C12,7; 1:C45,Teil II, S 4).

Ein *Indexmechanismus* für Treibstoffzuschläge könne folgendermassen aussehen (1,211):

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

Tabelle 5: Beispiel Treibstoffindex für Treibstoffzuschläge

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

Die Luftverkehrsunternehmen bezeichneten die verschiedenen Beträge gemäss Indexwerten als Stufe (level). Sie sprächen bei einer Erhöhung der Treibstoffzuschläge von einem Schritt auf die nächst höhere Stufe (1,212), wobei bei Kurz- und Langstrecken Unterschiede vorkämen: Einige Unternehmen wendeten streckenunabhängig immer den gleichen Treibstoffzuschlag an. Andere Unternehmen berücksichtigten die Unterscheidung zwischen Kurz- und Langstrecken (1,213). Bei der Bekanntgabe von Erhöhungen gehe es nach Angaben von [...] jeweils um Image- und Marketingaspekte. Eine Möglichkeit sei es gewesen, jeweils dem Heimluftverkehrsunternehmen (home carrier) oder einem grossen Luftfrachtunternehmen zu folgen ("follow the national carrier or main competitor"). Dies habe nicht auf einer Abstimmung zwischen den Unternehmen beruht (1,214).

Gegen Ende 2001/Anfang 2002 sei der Treibstoffpreisindex gesunken, weshalb es Kontakte hinsichtlich eines Wechsels in der Methode der Berechnung des Treibstoffzuschlages gegeben habe (1,228-241). Im Frühling 2002 hätten einige Unternehmen die 2001 aufgehobenen Treibstoffzuschläge wiedereingeführt (1,242).

Gemäss Protokoll des [...] Z. \_\_\_\_\_-Meetings vom [...] 2002 hätten die "Mitglieder" erfahren, dass inzwischen nahezu alle Luftverkehrsunternehmen Treibstoffzuschläge eingeführt hätten, es jedoch Sache der einzelnen Luftverkehrsunternehmen sei, den Betrag der Treibstoffzuschläge festzulegen und dass der Z. \_\_\_\_\_ diesbezüglich nicht involviert werden dürfe (1,244).

In der Folge hätten die Luftfahrtunternehmen aber einen regelmässigen Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen gepflegt, der die Einführung solcher Zuschläge, deren Änderungen sowie den Zeitpunkt und die Beträge betroffen habe. Insbesondere seien eine einheitliche Methode der Berechnung von Treibstoffzuschlägen und die Einführung von neuen Schwellenwerten abgemacht worden. Es hätten auch Kontakte betreffend eine vorübergehende Einstellung der Erhöhung der Treibstoffzuschläge stattgefunden. Ebenso seien Informationen über die Absichten in Bezug auf Änderungen in der Methodik und die gegenseitige Zusage/Absicherung, die gleichen Schritte zu unternehmen, ausgetauscht worden (1,215,501).

Die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] (1,505) hätten sich telefonisch, in persönlichen Gesprächen, an multilateralen Treffen und per E-Mail kontaktiert. Laut Angaben

von [...] habe der Z. \_\_\_\_\_ in der Schweiz ein weitgehendes Informationssystem implementiert. Gespräche zu Höhe und Zeitpunkt der Einführung von Treibstoffzuschlägen hätten stattgefunden. Zwischen 2000 bis 2005 hätte sich der Z. \_\_\_\_\_ jährlich mehrmals getroffen. Dieser habe für seine "Mitglieder" Informationen über Treibstoffzuschläge systematisch gesammelt und verbreitet, insbesondere bezüglich deren Änderungen. Beispielsweise hätten sich Unternehmen per E-Mail für Treffen verabredet: "Wie Ihr schon wisst geht's um die nächste Runde. Ich wäre froh wenn Ihr's am 30.04.04/08.30 unten in der Pizzeria einrichten könnt (geht nicht lange) damit wir so schnell als möglich unsere Mitglieder informieren können". Oder der Z. \_\_\_\_\_ habe allen "Mitgliedern" sowie den Generalverkaufsagenten, welche kleinere Fluggesellschaften vertreten, eine E-Mail mit dem folgenden Inhalt geschickt: "It is time again to exchange information". Daraufhin hätten die Unternehmen ihre Absichten mit Kopie allen anderen Gesellschaften mitgeteilt. Manchmal hätten sich die E-Mails auf einen kleineren Kreis beschränkt (1,217 mit Verweis auf act. 1:A31,3; 1:A32:24/41).

An Z. \_\_\_\_\_-Treffen hätten zwar nicht immer die gleichen Unternehmen teilgenommen. Die entsprechenden Protokolle seien aber ab Oktober 2001 für alle Z. \_\_\_\_\_-"Mitglieder" unter [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) einsehbar gewesen (1:D3,Anhang 2), weshalb alle "Mitglieder" davon Kenntnis gehabt hätten (1,503).

Die Kontakte zu Treibstoffzuschlägen seien in einem weltweiten Kontext erfolgt (1,504) und die Abreden dazu mit grundsätzlich weltweiter Geltung. Deshalb sei davon auch Luftfracht auf Strecken aus der Schweiz in Drittländern betroffen gewesen (1,208).

**11.1.2** Die Beschwerdeführerin bestreitet im Wesentlichen einzig die Einschätzung der ihr vorgeworfenen Kontakte als "Gesamtabrede" (E. 8) sowie den zeitlichen Rahmen der Vorkommnisse, insbesondere die zeitliche Fixierung einer allfälligen Mitbeteiligung am Diskussions- und Informationsfluss zu Treibstoffzuschlägen. Unbestritten sind die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz zum innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ erfolgten Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen für Flüge aus der Schweiz.



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

<mailto: [REDACTED]>  
 Sent: Tuesday, April 27, 2004 5:20 PM  
 Subject: INCREASE IN FUEL SURCHARGE - NEXT ROUND

Dear Members

I have received unconfirmed information from a few sides about the next round of a fuel increase (i.e. [REDACTED] wants to increase by the 10.5.04 to CHF 0.30 per kg). I would appreciate your feedbacks in this matter, in order to relay it to the agents-association.

I am aware, that it would be again a difficult task, that all of us could agree to the same condition. But it would be at least pleasing for our customers to see, that most of us could coordinate for the same introduction-date.

I would appreciate to receive your replies as fast as possible by mentioning:

Name of airline:

Amount of increase:

Introduction date (if already planned):

Any other condition (i.e. actual or chargeable weight):

Please also let me know, whether you do want to increase at all.

I thank you in advance for your inputs.

- (3) Wie die Vorinstanz treffend hervorhebt, antworteten dem Z. \_\_\_\_\_ die Beschwerdeführerin sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Für den Betrag in Schweizer Franken wollte [...] die Entscheidung von [...] oder der Mehrheit der anderen Luftverkehrsunternehmen abwarten, um in Übereinstimmung mit den anderen zu sein ("*Hope all carriers will join this increase!!!!!!*", act. 1:A37,31/Beil.113).
- (4) Einer weiteren internen E-Mail von [...] vom 29. April 2004 (13.42 Uhr) lässt sich die Information zu dem von Konkurrenten (d. h. von der Beschwerdeführerin sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]) beabsichtigten Verhalten entnehmen, auch wenn der darin noch mit CHF 0,30 angegebene Treibstoffzuschlag in den

definitiven Kundenbriefen entsprechend einem weiteren Informationsaustausch auf CHF 0,31 festgelegt wurde (act. 1:A47:308; 1:A45,20; 1:A47:309).

- (5) Ein Ausschnitt aus act. 1:A47:308 möge der Veranschaulichung dienen:

Dear colleagues,

According to discussions in the management team accompanied with the benchmarking of our competitors' reactions and activities, [REDACTED]'s decision is to increase the fuel surcharge to level 4, starting date: May 10, 2004. - As you know, the [REDACTED] fuel surcharge is modified whenever the Fuel Price Index crosses one of the thresholds and remains at the new level for at least two successive weeks. The threshold for level 4 of the increase model is at 190 points. The current index level of this week is at 201 points and reached a record high of 205 last week. - Our competitors reacted as well as you might see in the attached table:

Carrier	Action taken
[REDACTED]	increase to 0.20€ ttf
[REDACTED]	decision taken at next commercial meeting next Wednesday
[REDACTED]	stand by, no decision taken, will wait for [REDACTED]
[REDACTED]	not decided yet (just rumors to go up according [REDACTED])
[REDACTED]	will decide Wednesday, 5.5.04
[REDACTED]	will wait until home carrier decides (tendency to go up)
[REDACTED]	increase to 0.20€ start 11.05.
[REDACTED]	increase to 0.20 USD start 20.05

Communication process (external):

Please use attached form letters and inform customers accordingly preferably already tomorrow, so that they have ample time to adjust their systems and rates as well. Mails can be send out either via e-mail attachments or in printed version. - If applicable pls adjust header and signature accordingly with your data as well as choose your currency. - We have updated our webpage [REDACTED].com in all three languages, but will only go live tomorrow afternoon so that you have time enough to communicate first.

Communication (internal):

Please inform all staff first of all. - Once you have come to a local understanding of prices / currencies please immediately get back with this currency information / local price level to [REDACTED] via [REDACTED] or call him under [REDACTED]. [REDACTED] needs this information to update the [REDACTED] files respectively. Until he receives your inputs he has set default price levels of EUR 0.20 / USD 0.23 / CHF 0.30 per kg (actual weight).

For further discussions or agreements please refer to your regional manager or Vice President Sales. Thanks for your cooperation and good success: have an excellent day!

Kind Regards

- (6) Gemäss einer E-Mail vom 28. April 2004 (12.14 Uhr) lud der Z. \_\_\_\_\_ die Gesellschafter seines Vorstandes sowie weitere Luftverkehrsunternehmen zu einem Treffen am 30. April 2004 um 8.30 Uhr ein, "um die nächste Runde" bezüglich der Treibstoffzuschläge zu besprechen (act. 1:A45,19; 1:A32:24).
- (7) Hierzu führt eine [...]-interne E-Mail vom 30. April 2004 (14.12 Uhr) ein "harmonisch[es]" Treffen des Z. \_\_\_\_\_-Vorstands an, wobei die Beschwerdeführerin sowie gewisse Luftfahrtunternehmen die neuen Treibstoffzuschläge (von voraussichtlich CHF 0,30 oder CHF 0,31) auf den 12. Mai 2004 einführen würden (act. 1:A28,19):

Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Freitag, 30. April 2004 14:12  
 An: [REDACTED]  
 Betreff: Meeting [REDACTED] Fuelsurcharge and more

Dear colleagues

Meeting heute morgen mit [REDACTED] Vorstand verlief harmonisch. Anwesend [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED]. Folgendes abgemacht:  
 [REDACTED] ab 10.5. CHF 0.31 [REDACTED] und [REDACTED] machen spontan mit, die meisten anderen werden [REDACTED] folgen).  
 [REDACTED] wahrscheinlich erst ab 12.5. ev. 0.30 oder 0.31.  
 [REDACTED] hat order per 15.6. 0.31 einzuführen, macht es, wenn immer möglich per 10.5.  
 [REDACTED] noch grosse Unbekannte.  
 [REDACTED] sammelt alle Aussagen der anderen Airlines und schickt survey an [REDACTED].  
 [REDACTED] kommuniziert an [REDACTED] und [REDACTED] dass die nächste Runde Fuelsurcharge eingeläutet ist und dass die Airlines separat kommunizieren, wieviel ab wann. Dies um den Spediteuren zu erlauben, eigene Aufschläge ihren Kunden zu kommunizieren.  
 [REDACTED] macht ev. CHF 0.10, will das aber unbedingt mit [REDACTED] abstimmen.  
 Unsere Info an die Agenten ist bereits raus. Die von [REDACTED] sucht.

DGR Rejection fee. Nach div. Gesprächen mit [REDACTED] wird per 1.10. die DG Check fee erhöht.  
 Neuer Preis CHF 90 inkl. 5. Packstücke. Jedes weitere Packstück CHF 5.00. Agenten verlangen dann CHF [REDACTED] als Basis Preis und 8.50 für jedes weitere Packstück (bitte dies auf keinen Fall mit Unversendem kommunizieren). Es wird noch geklärt, in welcher Form das ganze in die TACT Rules kommt.

Mit [REDACTED] wurde bezüglich der DG Rejection Fee folgendes ausgehandelt:  
 Die Rückweisungsgebühr bleibt bei CHF [REDACTED]. Jeder Spediteur, der während eines Jahres unter einer 3 % Rückweisungsquote bleibt (3% von der Menge seiner DGR Sendungen) erhält vom Handlingsagenten CHF [REDACTED] pro Rückweisung zurück. Alle anderen zahlen die [REDACTED]. Jetzt müssen nur noch die Handlingsagenten zustimmen, denn die Rückzahlung soll seitens der Handlingsagenten direkt an die Spediteure erfolgen.

Es soll eine Arbeitsgruppe [REDACTED] gebildet werden. Mitglieder [REDACTED]  
 Sie soll mal grundlegend analysieren und skizzieren, wie der CH Luftfrachtmarkt in Zukunft aussehen soll/wird/muss.

Grüsse [REDACTED]

[...Legende...]

- (8) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (14.24 Uhr) erklärte [...], sie werde [...] folgen und per 10. Mai auf CHF 0,31 erhöhen. Zudem hielt [...] fest: "We duly hope that this will not lead into another decrease on rates, if you know what I mean." (act. 1:A32:27).
- (9) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (14.46 Uhr), die bei [...] intern zur Information weitergeleitet worden war, erklärte [...], es werde bezüglich des Betrages [...] gefolgt, und entschuldigte sich, dass die Erhöhung weltweit erst per 15. Mai 2004 erfolgen werde (act. 1:A47:313).
- (10) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (15.23 Uhr) erklärte [...], [...] zu folgen und den Zuschlag per 10. Mai 2004 auf CHF 0,31 zu erhöhen (act. 1:A32:28).
- (11) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (16.16 Uhr), die bei [...] intern zur Information weitergeleitet worden war, informierte [...] die Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter, der Index von [...] liege unter dem Schwellenwert, weshalb die Treibstoffzuschläge nicht erhöht würden, und entschuldigte sich dafür. Per 1. Juni 2004 erhöhte [...] diese Zuschläge entsprechend ihrer E-Mail an die Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter auf CHF 0,31 (act. 1:A32:29; 1:A47:315/317).

- (12) In einer E-Mail vom 30. April 2004 (17.11 Uhr) teilte [...] per 10. Mai 2004 eine Erhöhung auf CHF 0,31 mit (act. 1:A32:30).
- (13) In einer gleichentags später versandten E-Mail wird vermerkt, dass der Z.\_\_\_\_\_ seine Gesellschafter über den Entscheid ("zum Vorteil der übrigen Mitglieder") informierte, wonach die Treibstoffzuschläge per 10. Mai 2004 auf CHF 0,31 zu erhöhen seien (vgl. act. 1:A32:28; 1:A45,21; 1:A32:24, vgl. act. 1:A47,189 zur Veranschaulichung abgebildet):

From: [REDACTED]  
 To: [REDACTED]

Subject: FUEL SURCHARGE - NEXT ROUND  
 Sent: 30.04.2004 18:23:01  
 Folder: [REDACTED]  
 Entry Path: Folders\Switzerland\FuelSurcharges\2004\_4th level\_20040510\FUEL SURCHARGE - NEXT ROUND

Dear Members

Some of you have already received the feedback of the next FSC-round. However for the benefit of the remaining members the national carrier [REDACTED] and others have decided to introduce the next round to increase the fuel surcharge to CHF 0.31 per kg with effective from 10.5.04.

As usual each airline will communicate the themselves to inform the customers about their own decision.

At the same time I would to thank those members, which have already informed me about their implementation-details. While I hope I can get the details from the remaining members.

I would appreciate to receive it as soon as possible, in order to inform the forwarding-association [REDACTED]

Many thanks in advance for your replies.

- (14) Des Weiteren zeigt eine weitere E-Mail von [...] vom 19. Mai 2004 (zu "Fuel Surcharge Trigger Points"), dass – dank Interventionen von [...] – unter anderem auch die Beschwerdeführerin neben zahlreichen anderen Luftverkehrsunternehmen zusätzliche Schwellenwerte eingeführt hatte (act. 1:A41,66/FSC 28). Die Beschwerdeführerin, [...], [...] und [...] seien "in der Zwischenzeit auch auf Kurs gebracht" worden (act. 1:A41:28):

From: [REDACTED]  
 Sent: Wednesday, May 19, 2004 7:01 PM  
 To: [REDACTED]  
 Subject: Fuel Surcharge Trigger Points.

Follow Up Flag: Follow up  
 Flag Status: Red

Hallo [REDACTED]

Du fragst heute mal in einem Nebensatz, wer zusätzlich Trigger eingeführt hat.

Auf der Liste haben wir jetzt [REDACTED] und unser Partner [REDACTED]. Die hatte ich in der Zwischenzeit auch auf Kurs gebracht. Ich warne [REDACTED] auch, das der nächste Punkt wahrscheinlich Montag kommt. Bearbeite auch [REDACTED]

Gruß

(bitte löschchen!)



---Ursprüngliche Nachricht---

Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Donnerstag, 3. Juni 2004 22:19  
 An: [REDACTED]

Betreff: SITUATION ON FUEL SURCHARGE

Dear Members

There has been efforts to further increase fuel-surcharge. To my knowledge there are presently only a few airlines intending to increase it after the 7th of June. Which are: [REDACTED]

Please let me know if you are intending to do so.

Kind Regards

- (2) Im Zusammenhang mit öffentlichen Mitteilungen zu Anpassungen der Treibstoffzuschläge betont eine interne E-Mail von [...] vom 26. Juni 2004 das erfolgreiche "Lobbying": *"Auch hier hatte sich der laufende Kontakt gelohnt. Somit sind wir jetzt alle auf der gleichen Methode, allerdings sind [...] und [...] noch bei 20 Cents"* (act. 1:A5,28).

---Ursprüngliche Nachricht---

Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Samstag, 26. Juni 2004 05:21  
 An: [REDACTED]  
 Betreff: WG: Inforwarding.com - [REDACTED] adapts fuel surcharge mechanism - Fuel surcharge remains 0.20 Euro

Hallo [REDACTED]

heute kam diese Nachricht von [REDACTED] durch. Bottom line: Es hat sich gelohnt, dass ich das Lobbying bei [REDACTED] betrieben habe, mittlerweile haben auch die endlich zwei weitere Fuel Trigger Points eingeführt!! Interessant auch, dass [REDACTED] auf die gleiche Systematik umgestellt hat. Auch hier hat sich der laufende Kontakt gelohnt. Somit sind wir jetzt alle auf bei der gleichen Methode, allerdings sind [REDACTED] und [REDACTED] noch bei 20 Cents. (Insgesamt kann man hier erkennen, dass [REDACTED], einiges wird harmonisiert)

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.

viele Grüße

### 11.2.3 September/Oktober 2004 (Anstieg auf Stufen 6+7)

Aktenkundig sind auch weitere Kontaktnahmen mit Austausch wettbewerbsensitiver Informationen (vgl. act. 1:A47:348-352):

- (1) [...] gab am 20. September 2004 eine Anhebung der Zuschläge ab 4. Oktober 2004 auf Level 6 (€ 0,30) bekannt und rief bei der Beschwerdeführerin sowie [...], [...], [...], [...] und [...] an (act. 1:A40,11).
- (2) Am 23. September 2004 informierte [...] ihre Kunden über eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge ab 10. Oktober 2004 (act. 1:A47,270) und leitete dies am nächsten Tag an den Z. \_\_\_\_\_ weiter (act. 1:A47,272-276):

From: [REDACTED]  
Sent: Freitag, 24. September 2004 09:36  
To: [REDACTED]  
Subject: Re: Fuel Surcharge

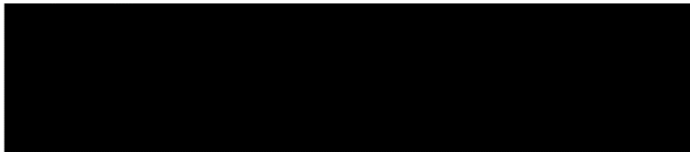
Danke [REDACTED]

Ich werd das unter dem [REDACTED] verbreiten, damit wir auch wieder eine Bestandsaufnahme haben wer wann wie viel erhöht oder nicht erhöhen will.

Gruss, [REDACTED]

- (3) Der Z. \_\_\_\_\_ reichte diese Information gleichentags an seine Gesellschafter weiter. Gleichzeitig erwähnte der Z. \_\_\_\_\_, dass [...] und [...] folgen würden (Betrag und Stichtag) und forderte die Luftfahrtunternehmen und Generalverkaufsagenten auf, die Beträge und Stichtage bekannt zu geben (zwecks Information der R. \_\_\_\_\_, vgl. act. 1:A47,278 zur Veranschaulichung nachfolgend abgebildet):

Von: [REDACTED]  
Gesendet: Freitag, 24. September 2004 10:17  
An:



Betreff: FUEL SURCHARGE - LATEST UPDATE

Dear Friends

This is to inform you, that [REDACTED] has decided to raise the fuel surcharge from CHF 0.31 to 0.38 with effective from 4.10.04.

[REDACTED] and [REDACTED] will follow for the same date.

Please let me know about your plans (or no plans) and your current status regarding above, in order to update our list to be communicated to [REDACTED]

Many thanks in advance for your replies.

Regards, [REDACTED]

- (4) In der Folge teilten die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] ihre geplanten Betragserhöhungen samt Stichtag mit. Ein Übersichtsblatt mit entsprechenden Beträgen und Stichtage wurde in der Folge an alle Z. \_\_\_\_\_-Gesellschafter verschickt (act. 1:A47:348-352, vgl. insbesondere zur Beschwerdeführerin act. 1:A47,287):

Von: [REDACTED]  
Gesendet: Montag, 27. September 2004 12:35  
An: [REDACTED]  
Cc: [REDACTED]

Betreff: Re: FUEL SURCHARGE - LATEST UPDATE  
Anlagen: C.htm

Dear Colleagues,

sorry for a delayed reply caused by my annual holidays; I came back only today;

regarding [REDACTED] we will implement fuel surcharge CHF 0.38/kg ( eq. of USD 0.30) eff.7OCT04 ([REDACTED] decision about deadline).

[REDACTED]

- (5) Am 11. Oktober 2004 teilte [...] dem Z. \_\_\_\_\_ eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge mit (act. 1:A47, 302,310). Diese Information leitete der Z. \_\_\_\_\_ an die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] weiter und bat alle, wiederum das individuelle Vorgehen bekannt zu geben, damit dies allen Speditionen mitgeteilt werden könne (vgl. act. 1:A47,325):

From: [REDACTED]  
To: [REDACTED]  
Subject: Fuel-Surcharge 7. Runde  
Sent: 12.10.2004 10:48:41  
Folder: [REDACTED]  
Entry Path: [REDACTED]

Dear Members

[REDACTED] will establish the next increase of the fuel-surcharge with effective from 25. October 2004 to CHF 0.44. [REDACTED] will follow to apply the same surcharge at the same date.

Please let me know your plans regarding above, in order again to give an overview to the forwarders association

Hello GSAs you have been so kind in the past to give me a list of the airlines you are representing. I would need it again this time.

Many thanks in advance

Regards, [REDACTED]

- (6) Neben [...], [...], [...], [...], [...] und [...] informierte auch die Beschwerdeführerin den Z. \_\_\_\_\_ und seine Gesellschafter über ihr beabsichtigtes Vorgehen (act. 1:A47:359,360, 367-371; 1:A37:114; 1:A32:34-36, vgl. nachfolgend act. 1:A47,328 sowie act. 1:A47,330):

Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Dienstag, 12. Oktober 2004 17:39  
 An: [REDACTED]  
 Cc: [REDACTED]

Betreff: Re: Fuel-Surcharge 7. Runde  
 Anlagen: C.htm

Good afternoon,

regarding [REDACTED], we are waiting for [REDACTED] decision but have just spoken to them, decision will be made tmrw by [REDACTED] with likely announcement of increase to level 7 made on Thursday, which will be eff. 28OCT04., As we use the same policy like [REDACTED] ( calculation fm USD), it is very likely we will have the same CHF level like [REDACTED], i.e. CHF - 0.44/kg.

[REDACTED]

Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Montag, 18. Oktober 2004 11:26  
 An: [REDACTED]  
 Cc: [REDACTED]

Betreff: Re: Fuel-Surcharge 7. Runde  
 Anlagen: C.htm

My dear colleagues,

as earlier indicated, now it is definitive - [REDACTED] goes with CHF 0.44/kg eff.28OCT04.

Best regards,

#### 11.2.4 November 2004 (Stufen 8+9)

- (1) Angesichts der hohen Volatilität der Treibstoffpreise Ende Oktober 2004 und eines raschen Anstiegs des "Fuel Price Index" fanden zwischen [...] sowie der Beschwerdeführerin, [...], [...] und [...] Gespräche hierzu statt (act. 1:A40,11).
- (2) Am 1. November 2004 teilte [...] ihren Kunden eine weitere Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge per 15. November 2004 mit (act. 1:A48,53) und informierte darüber gleichzeitig den Z.\_\_\_\_\_. Dieser leitete diese Information mit E-Mail vom 2. November 2004 an alle seine Gesellschafter weiter mit der Bitte, ein Feedback zum eigenen Vorgehen zu geben (vgl. act. 1:A46:159; 1:A48:384; 1:A47:373; 1:A45,26; 1:A48,13).

- (3) Als in der Folge der Treibstoffindex in der ersten Novemberwoche 2004 zum zweiten Mal unter den Schwellenwert für eine Reduktion fiel, informierte [...] ihre Kunden am 24. November 2004 über eine geplante Reduktion der Treibstoffzuschläge. Dies teilte sie am nächsten Tag dem Z. \_\_\_\_\_ mit, der die Informationen wiederum sofort seinen Gesellschaftern zukommen liess mit der Bitte um Feedback zum eigenen Vorgehen (vgl. act. 1:A48:390-393; 1:A45,26).

Die Beschwerdeführerin erklärte mit E-Mail vom 26. November 2004, dass sie nicht auf die Stufe von CHF 0,49 erhöht habe, immer noch bei CHF 0,44 sei und deshalb voraussichtlich nicht auf CHF 0,43 reduzieren werde. Falls [...] sich aber anders entscheiden würde, werde man dies mitteilen (act. 1:A48:388/390-396; 1:A45,26; insb. act. 1:A48,57):

Von: \_\_\_\_\_  
 Gesendet: Freitag, 26. November 2004 08:19  
 An: \_\_\_\_\_  
 Cc: \_\_\_\_\_

Betreff: Re: Fuel-surcharge - decrease

\_\_\_\_\_ has not increased to level 0.49 CHF/kg, we are still on 0.44 CHF/kg, therefore I assume we will stay there ( will not change it to 0.43 CHF).

But have not seen any official info from \_\_\_\_\_ yet. In case of any change, will let you know.

.Have a nice w/end.

### 11.2.5 Kontakte im Dezember 2004/Januar 2005 (Stufe 6)

- (1) Angesichts sinkender Treibstoffkosten im Dezember 2004 senkte [...] die Treibstoffzuschläge und forderte am 27. Dezember 2004 ihre Stationen auf, die Kunden entsprechend zu informieren (act. 1:A48,61 ff.). Am gleichen Tag teilte [...] dies unter anderem dem Z. \_\_\_\_\_ mit (act. 1:A48,84), der diese Information wie üblich an seine Gesellschafter weiterleitete mit dem Hinweis, dass [...] *"will follow all the same level from the same date"* (act. 1:A48,90):

Von: [REDACTED]

Gesendet: Montag, 27. Dezember 2004 14:11

An: [REDACTED]

Betreff: ADJUSTMENT OF FUEL SURCHARGE

Dear Members

With effective from 10. January [REDACTED] will be adjusting its fuel surcharge from CHF 0.43 to 0.35 per kg

[REDACTED] will follow at the same level from the same date.

As usual I would like to learn about your own situation, in order to give the forwarders a snap-shot of which airline is offering what.

Many thanks in advance and again a happy new year.

- (2) Neben [...], [...] und [...] teilte auch die Beschwerdeführerin ihr Vorgehen (Betrag und Stichtag) dem Z. \_\_\_\_\_ mit (act. 1:A48,91):

Von: [REDACTED]

Gesendet: Montag, 27. Dezember 2004 14:31

An: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Betreff: Re: ADJUSTMENT OF FUEL SURCHARGE

Anlagen: C.htm

[REDACTED] cpy my other colleagues,

[REDACTED] is today announcing the decrease of Fuel surcharge to level 6 - USD 0.30 = CHF 0.35/kg eff. 6 JAN05, in line with [REDACTED] deadlines and having taken into consideration the [REDACTED] level.

Best regards and all the best to all of you in 2005.

- (3) Mit E-Mail vom 4. Januar 2005 verschickte [...] eine Übersicht über Treibstoffzuschläge und Risikozuschläge der von [...] vertretenen Luftverkehrsunternehmen an den Z. \_\_\_\_\_ und seine Gesellschafter (act. 1:A45,27; 1:A48:398/403-409).

### 11.2.6 Frühjahr bis Sommer 2005 (Anstieg auf Stufen 7, 8 + 9)

- (1) Im März 2005 wurden die Treibstoffzuschläge durch [...] erhöht (act. 1:A48,122). Auch [...] teilte am 9. März 2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge per 21. März 2005 mit, nachdem die meisten europäischen Luftverkehrsunternehmen bereits anfangs März

2005 eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge bekannt gegeben hatten. Am 10. März 2005 informierte [...] ihre Kunden sowie den Z. \_\_\_\_\_ über die Erhöhung der Treibstoffzuschläge (act. 1:A46:156; 1:A32:76 f.; 1:A48:415-417).

Diesbezüglich kam es zu Kontakten zwischen dem Z. \_\_\_\_\_, der Beschwerdeführerin und anderen Unternehmen (act. 1:A48,123):

Von: \_\_\_\_\_  
 Gesendet: Dienstag, 15. März 2005 10:59  
 An: \_\_\_\_\_

Betreff: Re: FUEL-SURCHARGE

Dear colleagues,

we are waiting for decision from \_\_\_\_\_.

Best regards

- (2) Am 14. März 2005 teilte der Z. \_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern die Erhöhung der Treibstoffzuschläge gewisser Luftfahrtunternehmen mit und forderte die Gesellschafter auf, ebenfalls ihre Pläne mitzuteilen (vgl. z.B. act. 1:A48,123 ff.):

From: \_\_\_\_\_  
 To: \_\_\_\_\_  
 Sent: Monday, March 14, 2005 3:55 PM  
 Subject: FUEL-SURCHARGE

Dear Members

During my absence last week the market has again moved pertaining to higher fuel surcharges.

So far I have received the following feedbacks:

\_\_\_\_ 21.3. TO CHF 0.42, \_\_\_\_\_ 21.3. TO CHF 0.42, \_\_\_\_\_ 21.3. TO CHF 0.42, \_\_\_\_\_ 21.3. TO CHF 0.42, \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_ 21.3. TO CHF 0.42  
 \_\_\_\_\_ 21.2. TO CHF 0.52  
 \_\_\_\_\_ 22.3. TO CHF 0.52

I would appreciate, if the remaining member could inform me about their plans too.

Many thanks in advance, \_\_\_\_\_

- (3) Im März 2005 überstieg der Treibstoffindex den Schwellenwert für eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge, weshalb [...] die Zuschläge erhöhte und ihre Kunden am 22. März 2005 informierte (act. 1:A48,164) mit entsprechender Mitteilung an den Z. \_\_\_\_\_, der seine Gesellschafter noch am 22. März 2005 informierte mit



(Betrag und Stichtag) mit (act. 1:A32:38/40-49; 1:A48:450/452; 1:C45,Teil II,15).

- (5) Angesichts eines steigenden Treibstoffindexes entschied [...] Ende August 2005, die Treibstoffzuschläge per 5. September 2005 weiter zu erhöhen und ihre Kunden am 23./24. August zu informieren (act. 1:A48,229 ff.). Am 24. August 2005 wies der Z. \_\_\_\_\_ seine Gesellschafter auf die Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...], [...], [...], [...] und [...] hin mit der Aufforderung, ihr Vorgehen mitzuteilen (act. 1:A48,241):

**From:** \_\_\_\_\_  
**Sent:** Mittwoch, 24. August 2005 09:26  
**To:** \_\_\_\_\_  
**Subject:** INREASE IN FUEL SURCHARGE NEXT ROUND

Dear Members

With effective from 5. September 2005 \_\_\_\_\_ and \_\_\_\_\_ will raise the fuel surcharge to CHF 0.65 per kg. \_\_\_\_\_ & \_\_\_\_\_ will be at the level of CHF 0.70 with effective from the same date.

As in the past please let me know yoru plans regarding above.

Kind Regards

- (6) Am 26. August 2005 teilte die Beschwerdeführerin (neben [...], [...], [...], [...] sowie [...]) ihr Vorgehen (Betrag/Stichtag) mit (act. 1:A48,243):

**Von:** \_\_\_\_\_  
**Gesendet:** Freitag, 26. August 2005 09:43  
**An:** \_\_\_\_\_  
**Cc:** \_\_\_\_\_  
**Betreff:** Re: INREASE IN FUEL SURCHARGE NEXT ROUND  
**Anlagen:** C.htm

My dear colleagues,

sorry for a bit delayed reply due to my travelling; \_\_\_\_\_ will increase the fuel surcharge to CHF 0.65 eff. 8 SEP05.

Have a nice w/end.

- (7) Im September 2005 wurde auf eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge verzichtet, wobei auch damals Kontaktnahmen zwischen [...] und verschiedenen Luftfrachtunternehmen, wie die Beschwerdeführerin, [...] und [...] stattfanden (act. 1:A40,11 f.).

#### 11.2.7 September/Oktober 2005 (Stufen 11+12)

- (1) Die Beschwerdeführerin räumt in ihrer Selbstanzeige ein, dass sie 2004 und Februar 2006 in regelmässigem telefonischem Kontakt mit [...] war, wobei diese Kontakte überwiegend von [...] ausgingen. In der Zeit von September 2005 bis Februar 2006 sind einige Anrufe von A.\_\_\_\_\_ an [...] gegangen, jeweils vor oder bei wichtigen Momenten für den Zuschlagindex. So hat A.\_\_\_\_\_ [...] im Herbst (wahrscheinlich September 2005) kontaktiert, um über einen Entscheid von A.\_\_\_\_\_ betreffend Aufhebung einer Treibstoffzuschlagserhöhung zu sprechen, welche am 15. September 2005 bekannt gegeben worden war (act. 1:B4,8, 1:B5,42 mit Tabelle *"Phone calls from A. [...] handset to B. ([...]) from September 2005 to the present"*).
- (2) Obschon am 9. September 2005 die Treibstoffkosten den Schwellenwert für eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...] überstiegen, nahm [...] von einer Erhöhung Abstand, weil sie von einem schnellen Sinken der Treibstoffkosten ausging. In diesem Zusammenhang gab es gleichentags telefonische Kontakte zwischen [...] und der Beschwerdeführerin beziehungsweise [...] und [...] (act. 1:A40,12).
- (3) Nach Angaben der Beschwerdeführerin gelangte [...] im Oktober 2005 an sie mit der Frage, wie sie auf die damals stark schwankenden Wechselkurse reagieren werde. Die Beschwerdeführerin teilte [...] mit, wie sie die nächste Erhöhung der Treibstoffzuschläge vornehmen werde (act. 1:B.13,5).

Für Oktober 2005 (sowie Februar 2006) weisen interne Dokumente der Beschwerdeführerin auf direkte Kontakte zwischen ihr und [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] sowie [...] hin. Diese Kontakte betrafen die Beträge von Treibstoffzuschlägen und das Datum für Änderungen von Treibstoffzuschlägen (act. 1:B11,5; 1:B12:12 f.).

- (4) Am 5. Oktober 2005 informierte [...] ihre Kunden über eine weitere Erhöhung der Treibstoffzuschläge (act. 1:A48,293, 339) und teilte dies auch dem Z. \_\_\_\_\_ mit. Dieser wiederum informierte seine Gesellschafter, d. h. die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...], und teilte ihnen mit, dass [...] ebenfalls die Treibstoffzuschläge erhöhen werde. Gleichzeitig wurden die Gesellschafter um ein "Feedback" gebeten (act. 1:A48,294):

Von: \_\_\_\_\_  
 Gesendet: Mittwoch, 5. Oktober 2005 17:39  
 An: \_\_\_\_\_

Betreff: FUEL SURCHARGE - NEXT ROUND

Dear Members

I have to bother you again, as the next increase is in sight

\_\_\_\_\_ & \_\_\_\_\_ have decided to increase with effective from 17.10.05 to CHF 0.72

I have also heard from \_\_\_\_\_ & \_\_\_\_\_ that their surcharge will be CHF 0.77 and also with effective from 17.10.05

I would appreciate your feedbacks.

Kind Regards

- (5) Am 5. Oktober 2005 teilte die Beschwerdeführerin [...] mit, sie werde den Markt am 6. Oktober 2005 über eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge informieren (vgl. act. 1:A48,324). Auf Anfrage von [...] im Oktober 2005, wie sie auf die stark schwankenden Wechselkurse reagiere, habe sie [...] mitgeteilt, wie sie die nächste Erhöhung der Treibstoffzuschläge vornehmen werde (act. 1:B.13,5).
- (6) Neben der Beschwerdeführerin antworteten auch [...], [...], [...], [...], [...] und [...] (act. 1:A48,308 sowie für die anderen Luftfahrtunternehmen act. 1:A48:475-486; 1:D3:Anh.1/3:5.1 FSC E-Mails; 1:C2:K-1-17):

Von: [REDACTED]  
Gesendet: Donnerstag, 6. Oktober 2005 13:19

An: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Betreff: Re: FUEL SURCHARGE - NEXT ROUND

Anlagen: C.htm

[REDACTED] cpy others,

[REDACTED] goes to CHF 0.72 eff. 20OCT05 ( corporate deadline 14 days, official announcement made today).

- (7) Am 18. Oktober 2005 teilte der Z. \_\_\_\_\_ seinen Gesellschaftern, d. h. der Beschwerdeführerin sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] mit, dass wiederum eine Erhöhung anstehe. Bisher hätte der Z. \_\_\_\_\_ die Informationen von der Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...] und [...] erhalten. Zudem habe der Z. \_\_\_\_\_ nach dem Vorgehen der übrigen Gesellschafter gefragt. [...], [...], [...], [...] und [...] hätten ihr Vorgehen mitgeteilt (act. 1:A48:491/500-505; 1:D3:Anh. 3:5.1.b FSC E-Mails):

From: [REDACTED]  
To: [REDACTED]  
Subject: FUEL SURCHARGE ROUND 12  
Sent: 18.10.2005 07:38:03  
Folder: [REDACTED]  
Entry Path: [REDACTED]

Jear Members

The next round is already around the corner. Please let me have your feedbacks again.

Sofar I have received the following information.

[REDACTED] CHF 0.79 EFFECTIVE 27.10. / [REDACTED] CHF 0.77 EFFECTIVE 27.10. / [REDACTED] CHF 0.77 EFFECTIVE 27.10.  
[REDACTED] CHF 0.77 EFFECTIVE 27.10. / [REDACTED] CHF 0.84 EFFECTIVE 24.10. / [REDACTED] CHF 0.84 EFFECTIVE 28.10.  
[REDACTED] CHF 0.84 EFFECTIVE 28.10.

Many thanks for your replies.

### 11.2.8 November 2005 (Treibstoffpreis-Rückgang, Stufen 11+10)

- (1) Im November 2005 fanden zwischen der Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...] und [...] Kontakte betreffend eine Reduktion der Treibstoffzuschläge statt (act. 1:A48:508 f.). Am 7. November 2005 wandte sich [...] an den Z.\_\_\_\_\_, an [...] und [...]: "Die Glocken läuten, dass die nächste Fuel Runde demnächst kommt. Wisst ihr bereits ab wann und wie viel ihr offerieren werdet?" (act. 1:A48,371). Der Z.\_\_\_\_\_ antwortete – in Kopie an [...] und [...] – dass [...] und [...] per Mitte November 2005 und wohl auch [...] reduzieren würden (act. 1:A48,371). Am 7. November 2005 informierte [...] intern über eine von [...] in der Vorwoche bekanntgegebene Reduktion der Treibstoffzuschläge (act. 1:A48,374).
- (2) Am 8. November 2005 kündigte [...] eine Reduktion der Treibstoffzuschläge an und gab am 14. November 2005 eine Reduktion der Treibstoffzuschläge ab dem 28. November 2005 bekannt (act. 1:A48,376). Gleichentags telefonierte [...] mit [...], [...] und der Beschwerdeführerin. Zudem telefonierte [...] am 17. November 2005 mit [...] und teilte mit, dass sie daran gewesen sei, ihre Treibstoffzuschläge vor [...] zu senken und dass es genügen würde, sich in etwa auf dem gleichen Terrain zu bewegen. Am 21. November 2005 gab [...] eine weitere Reduktion ihrer Treibstoffzuschläge ab 5. Dezember 2005 bekannt (act. 1:A49,82). Gleichentags habe [...] eine weitere Serie von Telefonaten mit [...], [...] und [...] geführt. Am 28. November 2005 sei die Reduktion der Treibstoffzuschläge gefolgt und [...] habe Kontakt mit der Beschwerdeführerin gehabt (act. 1:A40,14).
- (3) Am 9. bzw. 10. November 2005 informierte [...] ihre Kunden (act. 1:A48,378) sowie den Z.\_\_\_\_\_ über die Reduktion der Treibstoffzuschläge. Dies gab der Z.\_\_\_\_\_ am Folgetag seinen Gesellschaftern, d. h. der Beschwerdeführerin sowie [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] bekannt und bat wie üblich um Information zum geplanten Vorgehen der anderen Gesellschaften (act. 1:A49,30):

From: [REDACTED]  
 To: [REDACTED]  
 Sent: Thursday, November 10, 2005 7:37 AM  
 Subject: Fuel surcharge back to level 11

Hi Colleagues

[REDACTED] and [REDACTED] will decrease to CHF 0.72 and go back to level 11 with effective from 21. November 2005. Please let me know about your own plans.

[REDACTED] and [REDACTED] will decrease the fuel surcharge as per 16 nov to chf 0.77

Kind Regards

- (4) Die Beschwerdeführerin sowie [...], [...] und [...] liessen sich vernehmen (act. 1:A49:515/518-520/604; 1:D3, Anh. 3:5.1 .b FSC E-Mails, vgl. act. 1:A49,32 zur Beschwerdeführerin):

Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Donnerstag, 10. November 2005 11:42  
 An: [REDACTED]  
 Cc: [REDACTED]

Betreff: Re: Fuel surcharge back to level 11  
 Anlagen: C.htm

Dear [REDACTED] and other colleagues,

[REDACTED] will also go to the Level 11 effective 24NOV05 - the [REDACTED] will be CHF 0.72 from that date..

Best regards,

- (5) Gemäss interner E-Mail von [...] vom 14. November 2005 sank der Treibstoffindex Mitte November 2005 unter den Schwellenwert für eine Reduktion, worauf [...] beschloss, die Treibstoffzuschläge zu senken (act. 1:A49,49). [...] teilte ihren Kunden (act. 1:A49,50) und dem Z. \_\_\_\_\_ am 15. November 2005 die Reduktion mit (act. 1:A49,68). Der Z. \_\_\_\_\_ informierte seine Gesellschafter am 18. November 2005 per E-Mail über die Reduktion von [...] und [...] (act. 1:A49,69 bzw. act. 1:A49:523/525/530-531).
- (6) In einem internen Dokument der Beschwerdeführerin, das auf eine E-Mail vom 14. November 2005 folgt, findet sich eine Liste mit Änderungen der Indexstufen von gewissen Luftverkehrsunternehmen, einschliesslich einer Bewegung von [...] auf Stufe 11 mit Wirkung ab dem 18. November 2005 (act. 1:B5:20 bzw. act. 1:B5,157 f.).

- (7) Am 24. November 2005 versandte die Beschwerdeführerin intern eine E-Mail, die "a very recent [...] internal memo" und Informationen über die Strategie von [...] zu Treibstoffzuschlägen enthielt (act. 1:B12:3; 1:B14:6).
- (8) Im Rahmen eines E-Mail-Verkehrs vom 28. bis 30. November 2005 informierte [...] über eine bevorstehende Reduktion der Treibstoffzuschläge durch [...], nannte den Betrag und den Stichtag und teilte mit, sie werde [...] folgen.
- (9) Auf diese Information antwortete [...] am 30. November 2005, sie werde es [...] gleichtun. Gleichtags informierte [...] mit dem Betreff "FSC [Fuel Surcharge] THERE IT GOES AGAIN" und schickte diese E-Mail an die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...]. Unter anderem bestätigten [...], [...], [...] und [...] eine Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge (act. 1:D3:3:5.1.b FSC E-Mails).

#### 11.2.9 Dezember 2005 (Stufe 9)

- (1) Angesichts eines tieferen Treibstoffindexes beschloss [...], die Treibstoffzuschläge per 5. Dezember 2005 zu senken, was den Kunden ab dem 22. November 2005 und dem Z.\_\_\_\_\_ am 24. November 2005 mitgeteilt wurde (act. 1:A49,95; 1:A49,106). Der Z.\_\_\_\_\_ leitete diese Information am 28. November 2005 an seine Gesellschafter weiter mit dem Hinweis, dass [...] [...] folgen würde (act. 1:A32,78):

██████████ on 28/11/2005 15:58:28

To: ██████████

cc:

Subject: FSC THERE IT GOES AGAIN

Hi Friends

You might have heard meanwhile, that ██████████ will decrease to CHF 0.60 with effective 5.12.05 and ██████████ will follow.

Please let me know about your own plans.

Kind Regards

- (2) Darauf antworteten neben der Beschwerdeführerin auch [...], [...], [...], [...] und [...] (act. 1:A49:540 ff., 1:B4,6 ff., vgl. act. 1:A32,82):

From: [REDACTED]  
 Sent: Tuesday, 29. November 2005 11:06  
 To: [REDACTED]  
 Cc: [REDACTED]  
 Subject: Re: FSC THERE IT GOES AGAIN  
 Attachments: C.htm

Dear [REDACTED] and my other colleagues,

[REDACTED] reduces its fuel surcharge as to the following levels:

CHF 0.66 as from 01DEC05  
 CHF 0.60 as from 08DEC05

Best regards,

### 11.2.10 Ende 2005/Anfang 2006

- (1) Laut Aussagen der Beschwerdeführerin nahm sie im Zeitraum September 2005/Februar 2006 telefonisch mit [...] Kontakt auf zur Frage einer Erhöhung der Treibstoffzuschläge auf Stufe 10 per 2. Februar 2006 (act. 1:B4,8).
- (2) Nachdem Ende Januar 2006 der Treibstoffindex den Schwellenwert für eine Erhöhung wieder überstiegen hatte, erkundigten sich [...] sowie der Z. \_\_\_\_\_ am 2. Februar 2006 bei der Beschwerdeführerin, [...], [...] und [...], was bezüglich Treibstoffzuschlägen geplant sei (act. 1:A32,88, vgl. zum E-Mail des Z. \_\_\_\_\_):

From: [REDACTED]  
 Sent: Donnerstag, 2. Februar 2006 14:49  
 To: [REDACTED]  
 Subject: FSC

Hi Friends

Have you got anything planned in the Swiss market?

Hi. [REDACTED] is increasing to 34 [REDACTED] (Euro cents 50) WEF 16th Feb. Rgds  
 [REDACTED]

Dear all,  
 [REDACTED] have announced FSC increase eff. 14FEB. Pls check your market / competition situation and advice if similar plans exist in your respective countries.

- (3) [...] antwortete, dass der Schwellenwert für Stufe 10 überschritten sei. [...] antwortete, dass [...] per Mitte Februar 2006 die Treibstoffzuschläge erhöhen und die anderen folgen würden. [...] erklärte, wahrscheinlich würde eine Erhöhung per Februar 2006 erfolgen (act. 1:A49:543; 1:A32:64 f.; 1:A28:7/14, vgl. z.B. act. 1:A32,94 zur Antwort von [...] an den Z. \_\_\_\_\_):

From: [REDACTED]  
 Sent: Monday, 6. February 2006 16:03  
 To: [REDACTED]  
 Subject: Fuel Surcharge - [REDACTED]

[REDACTED] will introduce level 10 of the fuel surcharge, CHF 0.65/kg (USD0.50), effective 20FEB2006.  
 The forwarders will be informed accordingly this afternoon.

Freundliche Grüsse / Kind regards

### 11.2.11 Februar 2006

- (1) Wie die Vorinstanz für die Zeit vom Februar 2006 hervorhebt, hatte die Beschwerdeführerin Kenntnisse über die Erhöhung von Treibstoffzuschlägen auf Stufe 10 von [...], [...] und [...]: "[...] and [...] have also announced L10 [Stufe 10] and [...] are showing 1 week, it is anticipated that they will announce next week" (act. 1:B5:13 bzw. act. 1:B5,45).
- (2) Anfang Februar 2006 beschloss [...] die Erhöhung ihrer Treibstoffzuschläge (act. 1:A49:543). Am 6. Februar 2006 erkundigte sich [...] bei [...], [...], [...] und [...], ob es schon Informationen zur Erhöhung der Treibstoffzuschläge gäbe, worauf [...] antwortete, dass sie an diesem Tag mit einer Erhöhung "rausgehen" würden (act. 1:A32:66 f.).
- (3) Am 2. Februar 2006 fragte [...] bei [...], [...], [...] und der Beschwerdeführerin an, ob im Schweizer Markt zu den Treibstoffzuschlägen etwas geplant sei. Diese E-Mail enthielt die Information, dass die Beschwerdeführerin die Treibstoffzuschläge Mitte Februar 2006 erhöhen würde und dass [...] eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge für Mitte Februar 2006 angekündigt habe. Zu diesen Informationen gab [...] an: "These are the statements of my colleagues". Daraufhin antwortete [...] am 2. Februar 2006, ge-

mäss eigenem Hauptquartier sei eine Erhöhung für den 20. Februar 2006 geplant, eine allfällige Erhöhung der Treibstoffzuschläge werde am 6. Februar 2006 angekündigt werden (act. 1:A28:7).

- (4) Am 6. Februar 2006 gab es laut Angaben der Beschwerdeführerin einen telefonischen Kontakt zwischen ihr und [...] zu folgenden Themen: Hinweis auf öffentliche Bekanntgabe von [...], [...] und [...] über eine Erhöhung der Treibstoffzuschläge; Vorgehensweisen bei weiterer Zunahme des Treibstoffindex; Kommission auf Zuschlägen (act. 1:B4,9).
- (5) Ebenfalls am 6. Februar 2006 kontaktierte [...] [...] telefonisch und erklärte, dass sie die Erhöhung der Treibstoffzuschläge von [...] gesehen habe und dies bereits getan habe (act. 1:F3,98).
- (6) [...] kommunizierte die Erhöhung intern und extern am 6. Februar 2006, unter anderem auch dem Z.\_\_\_\_\_, der sofort alle seine Gesellschafter, d. h. die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] informierte, dass [...], [...], [...] und [...] ihre Treibstoffzuschläge erhöhen würden, verbunden mit der Bitte "please let me know your plans" (act. 1:A32,95):

From: [REDACTED]  
 Sent: Monday, 6. February 2006 16:36  
 To: [REDACTED]

Subject: FSC IS CLIMBING BACK

Dear Friends

Please be informed, that [REDACTED] and [REDACTED] is going to the level of CHF 0.65 with effective from 20.02.06.

[REDACTED] and [REDACTED] will be at level CHF 0.70 with effective from 17.02.06

[REDACTED] at CHF 0.70 with effective from 20.02.06

Please let me know your plans.

Kind Regards

- (7) Neben der Beschwerdeführerin antworteten [...], [...] und [...] (act. 1:A32:68/69/70-74; vgl. act. 1:A32,96 zur Antwort der Beschwerdeführerin):

From: [REDACTED]  
 Sent: Monday, 6. February 2006 16:49  
 To: [REDACTED]  
 Cc: [REDACTED]

Subject: Re: FSC IS CLIMBING BACK  
 Attachments: C.htm

Dear [REDACTED] and my other colleagues,

[REDACTED] goes to the level 10 of FSC - CHF 0.65 eff. 16FEB05.

### 11.2.12 Keine Kontakte auf Stufe Hauptquartier

Unter dem Zwischentitel "A.4.10 Kontakte unter Wettbewerbern auf Stufe Hauptquartier" (Ziff. 755-783, S. 168-172) listet die Vorinstanz eine Reihe solcher Kontakte auf. Treffen auf dieser Stufe im relevanten Zeitraum, an denen die Beschwerdeführerin beteiligt gewesen wäre und die sich routenspezifisch auf die Treibstoffzuschläge beziehen, werden von der Vorinstanz nicht erwähnt.

### 11.2.13 Schlussfolgerung

Die geschilderten Ereignisse, die sich aus den diversen Selbstanzeigen und Antworten von Luftfahrtunternehmen sowie zahlreichen E-Mails und weiterer Akten ergeben, werden von der Beschwerdeführerin inhaltlich nicht in Abrede gestellt. Angesichts der erfolgten Informationsflüsse im Rahmen des vom Z.\_\_\_\_\_ und den betroffenen Unternehmen spezifisch für Treibstoffzuschläge eingerichteten Marktinformationssystems kann der vorinstanzlichen Einschätzung, die Beschwerdeführerin habe sich zwischen April 2004 und Februar 2006 an diesem Informationsaustausch beteiligt, gefolgt werden. Dass davon die in die Beurteilungszuständigkeit der Vorinstanz fallenden Strecken nicht betroffen gewesen wären, wird zu Recht nicht behauptet.

Allen Gesellschaftern des Z.\_\_\_\_\_, insbesondere auch A.\_\_\_\_\_, waren im Nachgang zu den diversen, oben geschilderten "Informationsrunden" die Protokolle der Z.\_\_\_\_\_-Treffen (etc.) über die Internetseite [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) grundsätzlich zugänglich. Zu Recht stellt die Beschwerdeführerin den vorinstanzlichen Vorwurf (1,503) nicht in Abrede, dass auch sie als Gesellschafterin des Z.\_\_\_\_\_ wusste, dass dessen

Protokolle ab Oktober 2001 für alle Gesellschafter unter [www.\[...\].ch/minutes.htm](http://www.[...].ch/minutes.htm) einsehbar waren.

### **11.3 Parteistandpunkte zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede**

Zu prüfen bleibt somit, ob sich der vorstehend dargestellte Informationsaustausch und die damit verbundene Anpassung der Verhaltensweisen als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (ausgelegt im Lichte von Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU) charakterisieren lassen.

**11.3.1** Nach Ansicht der Vorinstanz liegen bei Treibstoffzuschlägen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, welche die Einführung, Änderungen und Beträge von Treibstoffzuschlägen umfassen (1,1377).

Die Vorinstanz legt dar, die Beschwerdeführerin habe von Januar 2000 bis Februar 2006 innerhalb und ausserhalb des Z. \_\_\_\_\_ mit [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] einen regelmässigen Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen gepflegt, um die Einführung und Änderungen dieser Zuschläge, den Zeitpunkt und die Beträge zu besprechen (1,1321,1324). Da Zuschläge Tarifbestandteil seien (vgl. 1,940 f.), betreffe der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable "Preis" (1,1330). Die Beschwerdeführerin sowie die obgenannten Unternehmen hätten sich an den Kontakten beteiligt; für die am Verfahren beteiligten "Z. \_\_\_\_\_-Mitglieder" weise bereits ihre "Mitgliedschaft" die Beteiligung an den Kontakten nach (vgl. 1,503). Im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ sei systematisch ein geordneter Informationsaustausch erfolgt, indem dieser für seine "Mitglieder" Informationen über Treibstoffzuschläge gesammelt und verbreitet habe (1,1325). Eine in einem "weltweiten" Kontext erfolgte Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken) zwischen diesen Unternehmen liege vor (1,1328 f.).

Mit dem Informationsaustausch sei eine gegenseitige Bestätigung und Absicherung von Änderungen in den Treibstoffzuschlägen erfolgt. Selbst wenn eine geplante Änderung bereits öffentlich angekündigt gewesen sei, habe der Informationsaustausch eine gegenseitige Absicherung der künftigen Handlung erlaubt, weil die tatsächliche Änderung und deren Ankündigung nicht im gleichen Zeitpunkt stattgefunden hätten. Den Luftverkehrsunternehmen sei genügend Zeit geblieben, sich vor der tatsächlichen Änderung gegenseitig abzusichern: "Les transporteurs aériens avaient l'habitude de vérifier entre eux, par voie principalement d'appels téléphoniques (ou e-mails) de confort, ce que les uns et les autres comptaient faire en

pratique, afin de s'assurer quatre ou cinq jours à l'avance de la réalité de la mise en œuvre d'une augmentation (ou d'une réduction) de la fuel surcharge" (1,1333 mit Verweis auf act. 1:E5,56 betr. Selbstanzeige von [...]). Durch den Informationsaustausch seien die Luftverkehrsunternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber gelangt und hätten dadurch das Risiko reduziert, das sich sonst im wirtschaftlichen Handeln wegen der Unkenntnis über das Verhalten der Wettbewerber ergebe (1,1341). Nach Ansicht der Vorinstanz gingen die Luftverkehrsunternehmen bei der Einführung, dem Betrag und der Methode sowie beim Zeitpunkt und beim Betrag von Änderungen von Treibstoffzuschlägen nicht individuell, sondern koordiniert vor. Deshalb hätten die Kontakte eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt (1,1334).

**11.3.2** Die Beschwerdeführerin anerkennt ausdrücklich (von ihr allerdings als Geschäftsgeheimnis bezeichnet), ab [...] bis Februar 2006 an nur einer Abrede über den Treibstoffzuschlag beteiligt gewesen zu sein (vgl. 1,911 mit Verweis auf die Vernehmlassung der Beschwerdeführerin vom 25. Februar 2013 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 8. November 2012, act. 1:763,77 ff.). Eine Beteiligung vor diesem Zeitpunkt wird von ihr aber bestritten.

Die Beschwerdeführerin wendet sich denn in ihrer Beschwerdeschrift auch nicht umfassend gegen die rechtliche Würdigung der Vorinstanz, die im Rahmen ihrer ebenfalls vorgenommenen Einzelprüfung der Abreden im urteilswesentlichen Zeitraum zum Schluss kommt, im über Jahre erfolgten regelmässigen Informationsaustausch zu den Treibstoffzuschlägen sei eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erblicken. Allerdings erachtet sie ihre Beteiligung für kartellrechtlich irrelevant (und damit u.a. auch für nicht sanktionierbar nach Art. 49a Abs. 1 KG), weil sie – angesichts von intensivstem Preiswettbewerb unter den Parteien wie auch mit Dritten während des gesamten Untersuchungszeitraums auf [...] Strecken – den Wettbewerb dadurch weder beseitigt noch erheblich beeinträchtigt habe.

In diesem Sinne beantragt die Beschwerdeführerin, wenn auch nur subeventualiter (für den Fall der Abweisung von Antrag 1 und Antrag 2), dass sie "für ihre Beteiligung an einer Abrede betreffend Treibstoffzuschlag für den Zeitraum von [...] bis Februar 2006 mit einer Sanktion von maximal CHF [...]" belastet werde.

Die eingestandene Beteiligung ab [...] bis Februar 2006 wird von der Beschwerdeführerin als Geschäftsgeheimnis bezeichnet. Das Bundesgericht anerkennt indessen im kartellgesetzlichen Kontext nur solche Informationen als Geschäftsgeheimnisse, die – angesichts ihres betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakters – geschäftlich relevant sind, weil sie sich auf das Geschäftsergebnis und damit auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung auswirken können (BGE 142 II 268 E. 5.2, insb. E. 5.2.3). Der Beschwerdeführerin ist daher in diesem Punkt nicht zu folgen.

#### **11.4 Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede)**

Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung war insbesondere der langjährige, regelmässig innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ durchgeführte Informationsaustausch unter Luftfahrtunternehmen zum Wettbewerbsparameter "Preis" bei *Treibstoffzuschlägen* für Flüge aus der Schweiz. Dies stellt die Beschwerdeführerin zu Recht auch nicht grundsätzlich in Abrede.

Im Rahmen der Subsumption der Ereignisse unter Art. 4 Abs. 1 KG erwähnt die Vorinstanz beispielhaft die Protokolle von zwei Z. \_\_\_\_\_-Treffen vom [...]. Januar 2002 beziehungsweise vom 2. April 2003 (vgl. 1,1326 mit Verweis auf act. 1:D3,116 sowie 1:12a,279). Diese fanden indessen zu einem im vorliegenden Fall nicht urteilserheblichen Zeitpunkt statt.

Auch die in der Ziffer 1331 der angefochtenen Verfügung beispielhaft erwähnte interne E-Mail von [...] für einen angeblich wettbewerbswidrig erfolgten Informationsaustausch im Dezember 1999 (act. 1:A32:80) betrifft eine hier nicht relevante Zeitspanne. Dies gilt ebenso für den in Ziffer 1332 erwähnten Informationsaustausch vom September 2000.

Festzuhalten ist auch, dass nicht jede von der Vorinstanz aufgeführte E-Mail zwischen den fraglichen Luftfahrtunternehmen für sich alleine betrachtet bereits als Beweis einer wettbewerbswidrigen Koordination gelten kann, wie beispielsweise etwa die in der angefochtenen Verfügung (1,294) erfolgte Beschreibung interner Entscheidabläufe und Entscheidkompetenzen im Rahmen des von den Luftfahrtunternehmen aufgestellten Marktinformationssystems. Auch mag teilweise die räumliche Tragweite des von der Vorinstanz aufgezeigten regen Informationsaustauschs zu den Treibstoffzuschlägen unklar sein.

Wie die Vorinstanz jedoch korrekt festgehalten hat, pflegte die Beschwerdeführerin innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ mit [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] bis Februar 2006 einen regelmässigen Informationsaustausch zu Treibstoffzuschlägen, um die Einführung und Änderungen dieser Zuschläge, den Zeitpunkt wie auch die Beträge zu besprechen (vgl. 1,1321,1324).

Beim Z. \_\_\_\_\_ handelt es sich um eine *einfache Gesellschaft* im Sinne von Art. 530 OR (vgl. unter A.b), welche gemäss Statuten (act. 1:1,9) unter anderem "been given the mandate by the [...] through their decision of the [...] meeting held on [...] 1994, to discuss air cargo matters on their behalf." Gemäss den Statuten werden der Zweck und das Ziel des Z. \_\_\_\_\_ insbesondere darin gesehen, dass die Gesellschafter, das heisst die beteiligten Luftfahrtunternehmen, luftfrachtbezogene Probleme gemeinsam angehen bzw. lösen: "To anticipate, prevent and if necessary, solve air cargo related problems, that have a general relevance to members of the partnership" (act. 1:1,9).

Der Wortlaut der Statuten allein lässt daher noch nicht zwingend auf eine Vereinbarung schliessen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2 m.H.). Da der Z. \_\_\_\_\_ als Rechtsgemeinschaft und nicht als juristische Person organisiert ist, wurde das Zusammenwirken der Gesellschafter auch nicht von formellen Gesellschaftsbeschlüssen begleitet.

Die unter der Erwägung 11.2.1 ff. aufgezählten und teilweise auch abgebildeten Kontaktnahmen im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ zeigen jedoch, dass sich die fraglichen Unternehmen, die Gesellschafter des Z. \_\_\_\_\_, über Informationen ihrer Wettbewerber generell austauschen wollten und dies, wenn Anlass dazu bestand, jeweils auch taten, um so über die geplanten oder bereits vollzogenen Schritte der Konkurrenz informiert zu sein.

Die Gesellschafter bzw. deren Vertreter trafen sich nicht nur informell, vielmehr organisierten sie den Informationsaustausch im Z. \_\_\_\_\_, in dessen Rahmen hier interessierend auch Informationen zu Treibstoffzuschlägen (und wie sich zeigen wird, ebenso zur Nichtkommissionierung von Zuschlägen; vgl. E. 12) systematisch gesammelt und verbreitet wurden (vgl. 1,1325).

Auch wenn jeweils nicht konkrete Preisniveaus – vertraglich – "vereinbart" wurden, reduzierten oder beseitigten die Gesellschafter durch ihre Teilnahme am Informationsaustausch ihre Geschäftsrisiken im wirtschaftlichen Handeln, wie die Vorinstanz zu Recht zu bedenken gibt (vgl. 1,1332; vgl. auch das Urteil des EuG T-324/17 vom 30. März 2022 Rz. 363).

Dass sich die Beschwerdeführerin von der einfachen Gesellschaft oder vom Informationsaustausch distanziert hätte, macht sie nicht geltend.

Im Ergebnis geht die Vorinstanz daher zu Recht davon aus, dass die Beschwerdeführerin an einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt war:

Aufgrund aller Umstände, insbesondere der Tatsache, dass der Austausch von Informationen und deren Verbreitung institutionalisiert im Rahmen einer einfachen Gesellschaft stattfand, ist dabei nicht primär von einer abgestimmten Verhaltensweise, sondern von einer bezüglich des systematischen Informationsaustauschs getroffenen Vereinbarung auszugehen.

Unter diesen Umständen kann von der Vorinstanz nicht verlangt werden, dass sie für jede Fluggesellschaft nachweisen müsste, dass diese die in der Schweiz verrechneten Treibstoffzuschläge gestützt auf den Informationsaustausch innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ tatsächlich auch entsprechend geändert hätten (vgl. auch BGE 143 II 297 E. 5.4 ff., wonach Wirkungen nicht weiter zu untersuchen sind, soweit Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 KG betroffen sind, vgl. hierzu E. 13.2).

Ob es sich bei der Zustimmung der Gesellschafter zum Informationsaustausch beziehungsweise zur Verbreitung von Informationen im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ – was zu vermuten ist – um eine Gesamtabrede ("single and continuous infringement", vgl. E. 8.4 f.) zwar nicht mit weltweiter, wohl aber mit Wirkung auf die in die Zuständigkeit der Schweiz fallenden Linien handelt, kann offenbleiben.

Dass der Informationsaustausch allenfalls auf Wunsch oder Anregung der Spediteure erfolgt war, um diesen eine Datenquelle als Referenz zu vermitteln, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern.

Im Übrigen wäre der innerhalb des Z. \_\_\_\_\_ erfolgte Informationsaustausch auch bei einer weniger strengen Betrachtungsweise zu beanstanden. Angesichts der vorangehenden Sachverhaltsschilderungen liegt die allerdings widerlegbare Vermutung (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 m.H.; a.M.

REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 17-22, 26, 29, 93 ff.) nahe, dass die Beschwerdeführerin ihre nicht bestrittenen Zuschläge effektiv aufgrund des Informationsaustauschs anpasste. Insoweit läge eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor; zumal die Beschwerdeführerin nichts vorbringt und auch aus den Akten nichts ersichtlich ist, das geeignet wäre, die soeben erwähnte Vermutung zu widerlegen. Beispielfhaft ist zur Wirksamkeit des preisbezogenen Informationsaustauschs zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin laut einer internen E-Mail vom 1. Februar 2006 Kenntnisse über die Erhöhung von Treibstoffzuschlägen auf Stufe 10 von [...], [...] und [...] hatte (vgl. act. 1:B5,45).

Die Schwierigkeit, den unter den Luftfahrtunternehmen erfolgten Informationsaustausch rechtlich *entweder* als Vereinbarung (i.e.S.) *oder* als abgestimmte Verhaltensweise zu erfassen, zeigt im Übrigen auch die Praxis der EU-Kommission in den parallel zur vorinstanzlichen Untersuchung beurteilten Verfahren zum "Luftfrachtkartell" in der EU (vgl. den Beschluss AT.39258 vom 17. März 2017 bzw. den vom EuG aufgehobenen Beschluss AT.39258 vom 9. November 2010, beide zitiert in E. 8.4.2). Ähnlich wie die Vorinstanz, welche im Rahmen ihrer Einzelprüfung (1,1321-1382) auf eine unzweideutige rechtliche Einordnung verzichtet (1,1377,1847), begnügt sich die EU Kommission damit, den von ihr im Einzelnen dargestellten Informationsaustausch als "komplex" ("complex infringement") und unter Art. 101 AEUV fallend zu bezeichnen, ohne weiter zu differenzieren ("and/or"), ob *entweder* eine Vereinbarung (i.e.S.) *oder* eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt (Rz. 860 f. des Kommissionsbeschlusses AT.39258 vom 17. März 2017 bzw. [genau gleich lautend] Rz. 855 f. des Kommissionsbeschlusses AT.39258 vom 9. November 2010):

"The Commission considers, in accordance with the case-law referred to in this Section, that the body of evidence as a whole proves the existence of the overall scheme described in recitals (846)-(859) that qualifies as an agreement and/or concerted practice between undertakings within the meaning of Article 101 of the TFEU. The air cargo service providers concerned coordinated their behaviour to remove uncertainty between them in relation to various elements of price in the airfreight sector. The repeated contacts, often of a bilateral nature but also including multilateral meetings, over a significant period of time and covering the aspects described in Sections 4.1 to 4.5 bear the hallmark elements of a complex infringement.

Based on the elements set out in recitals (846) to (859), the different elements of behaviour of the addressees in this Decision can be considered to form part of an overall scheme to coordinate the pricing behaviour for airfreight services. The Commission considers that the behaviour of the undertakings concerned constitutes a complex infringement consisting of various actions which can be either classified as an agreement or concerted practice, within which the competitors knowingly substituted practical cooperation between them for the risks of competition. Furthermore, in the absence of proof to the contrary, the Commission considers, based on the judgment of the Court of Justice in Hüls (Case C-199/92 P Hüls, ECLI:EU:C:1999:358, paragraphs 161-162) that the participating undertakings in such concertation have taken account of the information exchanged with competitors in determining their own conduct on the market, in particular as the concertation occurred regularly. The Commission therefore considers that the complex of arrangements in this case as described in Section 4 of this Decision presents all the characteristics of an agreement and/or a concerted practice within the meaning of Article 101 of the TFEU."

## **12. Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen**

### **12.1 *Beweislage und deren Würdigung durch die Verfahrensbeteiligten***

Die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz basiert auf dem nachfolgend darzustellenden Sachverhalt. Damit die Entstehungsgeschichte der zu würdigenden Problematik besser verstanden werden kann, wird hier ausnahmsweise auch kurz auf Vorkommnisse im Jahre 2003, also in einem Jahr vor der sanktionsrelevanten Zeitspanne, eingegangen.

Gemäss Vorinstanz werden die Treibstoffzuschläge bei den Kunden von den Speditionsunternehmen erhoben, die diese Zuschläge für die Luftverkehrsunternehmen einziehen. Die Speditionsunternehmen hätten daher die Forderung nach einer Kommissionierung erhoben, weshalb die Speditionsverbände regelmässig das Gespräch mit Luftfrachtverbänden und den Luftverkehrsunternehmen gesucht hätten.

Nach Angaben von [...] und [...] hätten sich die Luftfrachtunternehmen zur Frage der Zuschlagskommissionierung kontaktiert. Alle seien sich einig gewesen, keine Kommissionierung von Zuschlägen zuzulassen. Nach Angaben von [...] hätten sich [...], [...] und [...] gegenseitig die Weigerung, den Speditionen eine Kommission auf die Treibstoffzuschläge zu zahlen, be-

stätigt. Eine Rolle hätten dabei auch die in den Jahren 2000 bis 2005 mehrmals jährlich erfolgten Treffen des Z. \_\_\_\_\_ gespielt. In deren Rahmen hätten sich die Luftverkehrsunternehmen gegenseitig versichert, den Speditionsunternehmen keine Kommissionierung zuzugestehen. Zwar hätten an den Z. \_\_\_\_\_ Treffen nicht immer die gleichen Unternehmen teilgenommen. Doch seien die Protokolle dieser Treffen spätestens ab Oktober 2001 für alle "Z. \_\_\_\_\_-Mitglieder" über die Internetseite "www.[...].ch/minutes.htm" zugänglich gewesen. Es sei daher davon auszugehen, dass sämtliche "Z. \_\_\_\_\_-Mitglieder" Kenntnis von den Protokollen der Z. \_\_\_\_\_-Treffen hatten, ungeachtet ihrer Teilnahme an den Z. \_\_\_\_\_-Treffen (1,717 f. mit Verweis auf act. 1:A45,41; 1:A49:589; 1:A40,6; 1:C16,14/ 21; 1:E5,58; 1:C46,4; 1:D3, Anh. 2; vgl. auch 1,751).

Die Kontakte zur Verweigerung der Kommissionierung von Zuschlägen hätten ab November 2003 bis Februar 2006 weltweit stattgefunden. An den Kontakten beteiligt gewesen seien [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], (alle acht je von November 2003 bis Juli 2005), [...], [...], die Beschwerdeführerin (alle drei von November 2003 bis Februar 2006), [...] (von Mai 2005 bis Oktober 2005) und [...] im Juli 2005 (1,747,752,1363 f.).

### 12.1.1 Jahr 2003

- (1) Wegen eines Briefes des Berufsverbandes der international tätigen Speditions- und Logistikunternehmen in der Schweiz, L. \_\_\_\_\_, zur Kommissionierung von Zuschlägen habe [...] im November 2003 um eine Vorstandssitzung des Z. \_\_\_\_\_ gebeten; die "Vorstandsmitglieder" seien Vertreter der Luftverkehrsunternehmen [...], [...], [...], [...], [...] und [...] gewesen. [...] habe mitgeteilt, dass sie keinerlei Druck erhalten hätte, Zuschläge zu kommissionieren. Der Z. \_\_\_\_\_ habe seinem Vorstand zwei Entwürfe für Antwortbriefe an L. \_\_\_\_\_ geschickt. Ein Brief habe die Zurückweisung der Forderung nach einer Kommissionierung von Zuschlägen thematisiert. Der andere Brief enthalte den Dank des Z. \_\_\_\_\_ für einen Hinweis auf individuelle Boni, die einige Luftverkehrsunternehmen Mitarbeitern von Speditionen für Frachtbuchungen offerieren würden (1,719 mit Verweis auf act. 1:A45,42; 1:A49:591 f.).

- (2) Gemäss [...] habe damals in [...*Land in der EU*...] auch der [...] Speditionsverband W.\_\_\_\_\_ eine entsprechende Forderung erhoben, was zu einem E-Mail-Kontakt zwischen [...] und [...] geführt habe (1,720 mit Verweis auf act. 1:A45,42; 1:A49:593).
- (3) Nach Angaben der Beschwerdeführerin habe [...] im Rahmen des Board of Airline Representatives [...*Drittstaat*...] (BAR [...*Drittstaat*...]) die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen aufgebracht. Gemäss [...] sollten "Mitglieder" aufgefordert werden, "*to stand together*". E-Mails, die auf eine Sitzung von Luftverkehrsunternehmen am 20. Mai 2003 gefolgt seien, zeigten, dass das BAR [...*Drittstaat*...] ein Gesuch der Agenten, eine Provision von 5 % zu erhalten, im Namen aller Fluggesellschaften (ausser [...]) abgelehnt und dadurch einen Streik der Agenten ausgelöst habe. Die Angelegenheit sei an die IATA weitergeleitet worden (1,721 mit Verweis auf act. 1:B23,53).

#### **12.1.2 Mai 2004**

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

#### **12.1.3 März 2005**

- (1) Im Rahmen des [...] Board of Airline Representatives (BAR [...*Land in der EU*...]) sei am 30. März 2005 per E-Mail die Aufforderung an die "Mitglieder" gekommen, die sich im Anhang befindende Antwort auf die Forderung des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_, Kommissionen auf Treibstoffzuschlägen zu erhalten, zu verwenden, sie aber nicht exakt zu kopieren. Diese E-Mail sei an die Beschwerdeführerin, [...], [...], [...], [...] und [...] adressiert worden (1,723 mit Verweis auf act. 1:C16,14; 1:C20:1669).
- (2) Nach Angaben von [...] hätten sich die Vertreter mehrerer Luftfrachtunternehmen während einer IATA-Konferenz am 11./12. März 2005 in [...*Stadt in der EU*...] in der Eingangshalle des Hotels versammelt. Ein Vertreter von [...] hätte die Feststellung getroffen, dass sich [...] weigere, den Speditionen eine Provision auf Treibstoffzuschlägen zu bezahlen, und dass das Gleiche auch von den anderen Luftfrachtunternehmen erwartet werde (mit

etwa den Worten: "Wir zahlen keine Provisionen auf Zuschläge und ich hoffe, Sie ziehen da alle mit uns am selben Strang"; 1,724 mit Verweis auf act. 1:F3,237).

#### 12.1.4 Januar-Juli 2005

- (1) R.\_\_\_\_\_ (als Ressort für Luftfracht der [...] Spediteur-Vereinigung) und zwei Speditionsunternehmen ([...]) hätten den Vorstand des Z.\_\_\_\_\_ – [...], [...], [...] und [...] – mit E-Mail vom 13. Januar 2005 über einen "Vermerk" des X.\_\_\_\_\_ der [...] als weltweit operierende Gewerbeorganisation der Spedition mit dem Zweck, die Brancheninteressen weltweit zu fördern und zu schützen) informiert. In diesem Vermerk des X.\_\_\_\_\_ werde einleitend festgehalten, zahlreiche Verbände hätten sich an [...] gewandt, da sich die Fluggesellschaften weigerten, für die Erhebung und die Abwicklung der Zuschläge eine Entschädigung zu bezahlen. Doch könne dieses Thema – laut X.\_\_\_\_\_ – nicht in multilateralen Foren wie dem [...] erörtert werden, da die Vergütung von Dienstleistungen nur bilateral zwischen den betroffenen Parteien vereinbart werden könne. Deshalb sei es Fluggesellschaften verboten, gemeinsam über die Höhe des Treibstoffzuschlages zu entscheiden. [...]/X.\_\_\_\_\_ könne deshalb nur empfehlen, dass Speditionsunternehmen betreffend Vergütungsanspruch das Luftverkehrsunternehmen kontaktieren sollten, für das sie in den einzelnen Ländern die Dienstleistung erbrächten. R.\_\_\_\_\_ sei der Meinung gewesen, diese Thematik zunächst mit ausgewählten Luftverkehrsunternehmen zu diskutieren. Vor dem Besprechungstermin mit R.\_\_\_\_\_ hätten sich einige "Mitglieder" des Z.\_\_\_\_\_ zu einer Vorbesprechung am 14. Januar 2005 in der Pizzeria [...] verabredet gehabt (1,725 mit Verweis auf act. 1:12c; 1:A45,42; 1:A49:594).
- (2) Am 14. Januar 2005 sei bei [...] intern die Anweisung erfolgt, im Falle einer Besprechung mit R.\_\_\_\_\_ kein Präjudiz zu schaffen. Zu diesem Zweck seien die Argumente aufgelistet worden, welche aus Sicht der Luftverkehrsunternehmen gegen eine Kommissionierung sprächen. [...] habe am 17. Januar 2005 [...], [...], [...], [...], [...] und [...] angeschrieben ("Hallo Freunde"), dass, wie schon besprochen, die angesprochenen Luftverkehrsunternehmen ihre eigenen Stellungnahmen fabrizierten. Das Thema sei gemäss interner E-Mail von [...] vom 1. März 2005 auch "inoffiziell"

- am Meeting in [...*Stadt in der EU*...] besprochen worden. Allerdings sei unklar, wann dieses Treffen stattgefunden und wer daran teilgenommen habe (1,726 mit Verweis auf act. 1:A49:595/597 f.).
- (3) In der Folge sei das geplante Treffen zwischen R.\_\_\_\_\_ und ausgewählten Luftverkehrsunternehmen bis auf Weiteres verschoben worden (1,727 mit Verweis auf act. 1:A49:597).
  - (4) Am 4. April 2005 habe gemäss [...] ein Kontakt zwischen ihr und [...] stattgefunden. Dieser Kontakt habe die Antwort auf die Forderung der Agenten behandelt, eine Kommission auf Zuschlägen zu erheben (1,728 mit Verweis auf act. 1:C16,15; 1:C20:1674-1678).
  - (5) [...] habe am 8. April 2005 eine E-Mail an [...] gesandt, die im Anhang Hinweise eines Anwaltes des BAR in [...*Land in der EU*...] enthalte zur Forderung des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_ nach einer Kommission auf Treibstoffzuschlägen (1,729 mit Verweis auf act. 1:C20:1679-1683).
  - (6) In einer E-Mail vom 19. Mai 2005 sei bei [...] ein aus kartellrechtlichen Gründen streng vertraulicher Hinweis erfolgt: "Strictly CONFIDENTIAL especially for anti trust reasons. On 12 May following carriers decided to meet at [...], [...]: [...*Fluggesellschaften*...] (more than [...] % of the market). We all confirmed that we will not accept any FS/SS [fuel surcharge/security surcharge] rémunération. A.\_\_\_\_\_ could not join the meeting, but is of the same opinion." Weiter habe die E-Mail festgehalten, dass die Speditionsverbände verschiedener Länder ähnliche Vorstösse mit dem gleichen Ziel versucht hätten, irgendwo eine Schwachstelle auszumachen, weshalb wirklich empfohlen worden sei "that we act in a common strong way". Die E-Mail habe mit dem Hinweis geendet: "IT GOES WITHOUT SAYING THAT CARRIERS MEETINGS HAVE TO BE TREATED IN A VERY CONFIDENTIAL WAY. WE ARE NOT ALLOWED TO WRITE IN THE NAME OF A CARRIER GROUP/ASSOCIATION AND TO STATE OFFICIALLY THAT ALL CARRIERS HAVE REPLIED WITH A 'NO'." (1,730 mit Verweis auf act. 1:A49:600).
  - (7) [...] habe die interne Weisung herausgegeben, die Entwicklung der Kommissionierung von Zuschlägen genau und sorgfältig zu beobachten und an allen dazu stattfindenden lokalen BAR-Treffen



Von: [REDACTED]  
 Gesendet: Montag, 13. Juni 2005 07:42  
 An: [REDACTED]

Betreff: Letter [REDACTED] - an update

Dear Members

I would like to thank you for our encouraging and strong response.

Meanwhile a group of us have done some work to present to you a draft-letter, which we consider as a first step to address this problem. At the same time we would like to seek for your agreement and/or your comments.

Dear [REDACTED] dear Mr [REDACTED]

Reference is made to your letter sent to the members of the airline cargo community, dated 30 May 2005, regarding the Freight Forwarder's remuneration for the collection of fuel and security surcharges.

As a consequence, the [REDACTED] has been approached by its members to reply to you on their behalf regarding this matter.

We would like to draw your attention to the Cargo Intermediary Agreement under IATA Resolution 805zz, Attachment A, paragraph 8 of the European Air Cargo Programme in which it clearly states:

**8. Commission/Remuneration**  
*Commission and/or Remuneration for business conducted under Part I and Part II of this Agreement, is a matter arranged bilaterally between the Parties.*

Therefore with reference to the above-mentioned resolution the [REDACTED] firmly believes that [REDACTED] as an association cannot be used as a platform to impose commercially related business multilaterally.

We recommend that you disseminate this information to your members.

Since the [REDACTED] has been asked to reply on behalf of the addressed airlines, please consider this as the formal reply to your letter.

Thank you for your understanding and we look forward to a continued good working relationship.

Yours sincerely,

[REDACTED] President

[REDACTED] Officer Executive Committee

Please also be aware, that this might not be the end of the story and you might be still contacted directly again at a later stage on a bilateral basis. It is therefore still a necessity to discuss our further steps as scheduled in our meeting dated 17. June 05.

We are anticipating your reactions latest until the 14th of June 05, in order for us to prepare for a timely reply as mentioned in their letter.

Kind Regards

- (10) Am 14. Juni 2005 habe der Z. \_\_\_\_\_ gegenüber L. \_\_\_\_\_ im Namen seiner "Mitglieder" geantwortet, dass die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen gemäss IATA-Resolution einzeln zwischen den Unternehmen verhandelt werden müsse. L. \_\_\_\_\_ als Verband könne nicht multilateral als Plattform in Verbindung mit kommerziellen Geschäftstätigkeiten verwendet werden (1,734 mit Verweis auf act. 1:A37:125; 1:E16,5; 1:E17:3; 1:C45, Teil II, 20; 1:C46:82).
- (11) In einer E-Mail vom 15. Juni 2005 habe [...] den Luftverkehrsunternehmen [...] und [...] einen Vorschlag unterbreitet, wie man auf die Forderung nach Kommissionen antworten könnte (1,735 mit Verweis auf act. 1:C20:1684).

- (12) Am 4. Juli 2005 habe [...] den Z. \_\_\_\_\_ um den unterschriebenen Brief des Z. \_\_\_\_\_ an L. \_\_\_\_\_ in Sachen "*Remuneration for fuel/security surcharges*" gebeten. In der E-Mail-Kette zu dieser Bitte habe [...] [...] geschrieben "Können wir uns rasch mal sehen?" (1,736 mit Verweis auf act. 1:A49:610).
- (13) Am 5. Juli 2005 habe gemäss [...] am Flughafen von [...*Stadt in der EU...*] ein Treffen aller dort tätigen Luftfrachtunternehmen im Rahmen der "[...]" mit den folgenden Teilnehmern stattgefunden: [...], [...], [...], [...], [...] sowie fünf weitere Vertreter von Luftverkehrsunternehmen ohne Angabe der von ihnen vertretenen Luftverkehrsunternehmen. Zu diesem Treffen schreibe [...] in einer internen E-Mail vom 5. Juli 2005 (Betreffzeile: "commission fuel surcharge and security surcharge": "tdy we had a meeting on this subject with all a/l [...*Luftverkehrsunternehmen...*] operating at [...*Flughafen in der EU...*], and it was a general opinion that we should not pay any comm. on surcharges." Die E-Mail besage zudem, dass die Teilnehmer der Ansicht seien, die Zahlung von Provisionen auf Treibstoffzuschlägen sei aufgrund einer IATA-Resolution untersagt (1,737 mit Verweis auf act. 1:F3:238; 1:F4:37).
- (14) [...] und [...] hätten in einem E-Mail-Kontakt vom 15. Juli 2005 die Kommissionierung von Zuschlägen erörtert. [...] habe [...] kontaktiert wegen eines diesbezüglichen Schreibens von "[...]" an [...]. [...] habe [...] geschrieben: "Are you getting the same type of mails/communiqués from customers? We're working on our official policy statement now. This is absolutely nuts given that Fuel is topping out over Usd 60.00/barrel." [...] habe auf ihre unveränderte Position hingewiesen, dass sie keine Kommissionen zahlen werde und falls ein Kunde 5 % der Zuschläge als Kommissionen abziehen würde, dann würde [...] über ein sofortiges Ende der Zusammenarbeit nachdenken (1,738 mit Verweis auf act. 1:A40,11; 1:A41:41).
- (15) In einer internen E-Mail vom 14. Juli 2005 habe [...] von einem Treffen am Vortag zwischen den Luftverkehrsunternehmen [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] berichtet, anlässlich welchem die Situation in [...*Land in der EU...*] hinsichtlich der Kommission der Agenten erörtert worden sei: "Regardless the individual way every carrier will adopt to reject the invoices that we'll

receive from the agents [...] everyone reconfirmed the FIRM intention not to accept any negotiation in granting this commission" (1,739 mit Verweis auf act. 1:C20:1673).

- (16) An einem Treffen im Juli 2005 in [...*Land in der EU*...] der [...] hätten die Luftverkehrsunternehmen nach Angaben von [...] unter anderem die Beschwerden des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_ besprochen. Diesbezüglich hätten sie vereinbart, eine Kommissionierung der Zuschläge zu verhindern. In Zusammenhang mit einer E-Mail von [...] vom 8. Juli 2005 habe [...] auf Anfrage von [...] bestätigt, dass [...] keine Kommissionen an Speditionen zahlen würde (1,740 mit Verweis auf act. 1:A40,15; 1:A41:FSC I 3 sowie 1,376 mit Verweis auf act. 1:A40,14).
- (17) Gemäss [...] und [...] hätten im Juni 2005 und im Juli 2005 Treffen mit [...] stattgefunden. An diesen Treffen hätten sich die Luftverkehrsunternehmen das Prinzip zur Aufrechterhaltung der "*contacts de confort*" vergegenwärtigt. Ebenfalls hätten [...], [...] und [...] einander bestätigt, (recte: keine) Kommission auf Treibstoffzuschlägen an die Speditionsunternehmen zu bezahlen (in 1,741 fälschlicherweise mit der gegenteiligen Aussage, die aber gemäss act. 1:E5,58 klar ist: "... lors de ces réunions [...] et [...], mais également [...], ont confirmé leur refus de payer aux transitaires une commission sur la fuel surcharge").
- (18) Nach Angaben von [...] hätten sich am 26. Juli 2005 [...] und [...] getroffen und kurz die Forderung der Speditionen auf Zahlung von Provisionen auf Treibstoffzuschlägen angesprochen. Beide hätten ihre Absicht bekundet, keinerlei Provisionen auf Treibstoffzuschlägen an Speditionen zu zahlen (1,742 mit Verweis auf act. 1:F3,105-111).

#### **12.1.5 Oktober 2005**

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

### 12.1.6 Jahr 2006

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

### 12.1.7 Kontakte auf Stufe Hauptquartier

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

### 12.1.8 *Beweisergebnis und rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz*

Die Vorinstanz erachtet es angesichts dieser Abfolge von Ereignissen als erwiesen, dass die Beschwerdeführerin mit anderen Luftfahrtunternehmen, vorab im Rahmen des Z.\_\_\_\_\_, zusammenwirkte, um der mehrfach erhobenen Forderung von Speditionsfirmen nach einer Kommissionierung von Zuschlägen entgegenzutreten und diese abzulehnen.

Nach Ansicht der Vorinstanz liegen bei der Kommissionierung von Zuschlägen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, an denen auch die Beschwerdeführerin beteiligt gewesen sei (1,1381 f.). Die fraglichen Luftverkehrsunternehmen hätten ihr Verhalten zur Frage der Zuschlagskommissionierung – im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens – koordiniert (1,1367). In persönlichen und telefonischen Kontakten sowie per E-Mail hätten sie Informationen zur Frage der Kommissionierung von Zuschlägen gegenüber den Speditionsunternehmen ausgetauscht. Gemäss Definition nach ECAC-Abkommen fielen unter den Begriff "Tarif" einzelne Preiselemente und Bedingungen für die Berechnung der Preise. Die Kommissionierung von Zuschlägen sei ein Tarifbestandteil (1,940 f.), weshalb der Informationsaustausch die Wettbewerbsvariable "Preis" betreffe (1,1368). Der Z.\_\_\_\_\_ habe einen geordneten Informationsaustausch ermöglicht, indem er für seine "Mitglieder" Informationen über die Kommissionierung von Zuschlägen gesammelt und verbreitet habe. Durch den Informationsaustausch seien die Unternehmen an sensible Informationen über ihre Wettbewerber gelangt. Im Z.\_\_\_\_\_-Rahmen hätten sich die Unternehmen gegenseitig versichert, an die Speditionsunternehmen, welche für sie die Zuschläge erheben und einziehen, keine Kommissionen zu bezahlen. Dadurch hätten sie das Risiko im wirtschaftlichen Handeln reduziert (1,1365 ff.). Mit den Kontakten hätten die Luftverkehrsunternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt (1,1370).

Auf die während der Untersuchung erhobenen drei Einwände der Beschwerdeführerin, (1) die beanstandeten Kontakte würden sich auf den fraglichen Strecken nicht wettbewerbsbeeinträchtigend auswirken, (2) Zuschläge nicht zu kommissionieren, sei ihre völlig unabhängig getroffene konstante Geschäftspolitik gewesen, (3) zudem hätten ihre Mitarbeiter an multilateralen Diskussionen gar nicht teilnehmen dürfen (1,919 mit Verweis auf act. 1:763, 114 ff.; 1:912, Zeile 88 ff.), erwidert die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (1,920 mit Verweis auf act. 1:763,6/8/45/52/86 f./101 ff./139 ff.):

Dass die Beschwerdeführerin ihre Preise unabhängig festgelegt habe, ändere nichts an ihrer Verantwortung für eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung. Denn sie habe sich vom Informationsaustausch im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ nie distanziert. Die Beschwerdeführerin würdige lediglich die Beweismittel anders als das Sekretariat. Zwar möge es zutreffen, dass die Beschwerdeführerin intern die Mitarbeiter angewiesen habe, sich nicht an multilateralen Diskussionen zur Kommissionierung zu beteiligen. Allerdings zeige der Sachverhalt, dass sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ nicht von entsprechenden Diskussionen distanziert habe. Auch habe sie noch im Februar 2006 die Frage der Kommissionierung von Zuschlägen mit [...] besprochen (vgl. 1,745). Damit habe die Beschwerdeführerin am Informationsaustausch teilgenommen. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Auffassung selbst widerspreche: Einerseits verwende sie das Verfahren in der EU mehrfach als Referenzpunkt, doch wolle sie zur Kommissionierung von Zuschlägen das EU-Verfahren nicht als richtungsweisend anerkennen, obschon dort die Kommissionierung von Zuschlägen Teil des Sanktionsverfahrens gewesen sei (1,920 mit Verweis auf act. 1:763,6/8/45/52/86 f./101 ff./139 ff. sowie Medienmitteilung der EU-Kommission vom 9. November 2010, [http://europa.eu/rapid/pressrelease\\_IP-10-1487\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/pressrelease_IP-10-1487_de.htm)).

#### **12.1.9 Entgegnung der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin bestreitet zur Frage der verweigerten Kommissionierung von Zuschlägen die von der Vorinstanz dargestellten Ereignisse, soweit sie persönlich davon betroffen ist, nicht. Vielmehr stellt sie die von der Vorinstanz beanstandeten Kontakte in ihrer Bedeutung und Tragweite sachverhältnissmäßig in einen anderen Kontext und vermag darin keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu erblicken (2<sup>[...]</sup>, 19,22,34, 189-226).

In ihrer Beschwerde bestätigt die Beschwerdeführerin die in ihrer Selbstanzeige der Vorinstanz abgegebenen Informationen (2<sup>[...]</sup>, 189/15 mit Verweis auf act. 1:B4, 1:B11, 1:B13; 1:B23).

Anders als die Vorinstanz vertritt die Beschwerdeführerin jedoch die Ansicht, die entsprechenden Kontakte hätten den Wettbewerb auf den hier zur Diskussion stehenden fünf Strecken nicht beeinträchtigen können. Eine Beteiligung ihrerseits sei nicht rechtsgenügend nachgewiesen (2<sup>[...]</sup>, 19,22,34, 189-226). Irgendwelche Folgerungen, die andere Airlines für

sich aus diesen Kontakten allenfalls gezogen haben mögen, seien für sie kartellrechtlich bedeutungslos (2<sup>[...]</sup>,189).

Verschiedene Beweismittel zeigten vielmehr, dass sie sich wiederholt und explizit von solchen Kontakten und Diskussionen distanziert habe (2<sup>[...]</sup>,223). Hierzu führt die Beschwerdeführerin einleitend aus, ihre konstante Geschäftspolitik, Zuschläge nicht zu kommissionieren, sei zentral und unabhängig von anderen Airlines gefällt worden. Dies sei allgemein bekannt gewesen und habe auch von ihren Mitarbeitenden nicht geändert werden können:

Zahlreiche Aktenstücke dokumentierten, dass es ihren Mitarbeitenden explizit verboten gewesen sei, mit anderen Airlines darüber zu diskutieren und dass sich ihre Mitarbeitenden an dieses Verbot gehalten hätten. Bei ihr habe die klare Weisung bestanden, Zuschläge seien "*non-commissionable*". Ihren Mitarbeitern sei ausdrücklich untersagt worden, sich an multilateralen Diskussionen zur Kommissionierung zu beteiligen. Dies ergebe sich z.B. aus einer E-Mail an ihre Mitarbeiter vom 15. Juni 2005 (act. 2<sup>[...]</sup>:7 mit der Aussage: "Remuneration and/or commission is a matter that can only be discussed and agreed bilaterally between A.\_\_\_\_\_ and its individual customers [...]" "A.\_\_\_\_\_ cannot enter into any collective discussion with freightforwarders associations in this subject").

Dasselbe habe ein Mitarbeiter in einer E-Mail vom 30. Juni 2005 zu einer Anfrage der [...] bestätigt, welche die Beschwerdeführerin abgelehnt habe: "We cannot attend the [...] meeting if it involves other airlines" (act. 2<sup>[...]</sup>:8).

Diese selbständige Geschäftspolitik der Beschwerdeführerin sei z.B. auch durch eine E-Mail vom 14. März 2005 belegt (act. 2<sup>[...]</sup>:9: "It is imperative that A.\_\_\_\_\_ acts independently in relation to its commission/remuneration policy in respect of freight forwarders and this means that under no circumstances should we discuss with other airlines the commercial response that we will make to the freight forwarders association or freight forwarders individually or of course agree, even informally, on what approach we would propose to take").

Dass sie multilaterale Diskussionen zu diesem Thema abgelehnt habe und sich ihre Mitarbeiter an die Anweisungen gehalten hätten, zeige auch eine E-Mail eines Mitarbeiters in der Schweiz vom 9. Juni 2005 (act. 1:A37:124). Dieser habe damit dem Z.\_\_\_\_\_ auf eine entsprechende Anfrage im Zu-

sammenhang mit den Forderungen von L.\_\_\_\_\_ nach einer Kommissionierung von Zuschlägen geantwortet, indem er sich auf die Weisungen von A.\_\_\_\_\_ bezogen und eine Diskussion dazu abgelehnt habe ("before we meet on 17.6, I would like to share with you some Info we got about that fm [from] our HQ: [...] has also tried to raise this through IATA but without success. The fact is, however, that the subject of commission cannot be discussed collectively").

Die unmissverständlich ablehnende Haltung gegenüber multilateralen Diskussionen werde auch in einer E-Mail eines Mitarbeiters vom 17. Januar 2005 deutlich. Dieser habe auf die Frage, ob Mitarbeiter der Beschwerdeführerin an einer Telefonkonferenz des Cargo Executive Committee zum Thema der Kommissionierung teilnehmen könnten, wie folgt geantwortet (act. 2<sup>[...]</sup>:10):

*"This is a definite NO GO!*

*[...] formally raised this issue at a recent IATA/[...] meeting — and they were advised that this could not be discussed. The item was therefore removed from the agenda.*

*The [...] letter that [...] forwarded confirms this position.*

*This cannot be discussed at Cargo Committee either - am copying this to [...] – IATA Counsel – who I am sure will confirm this position."*

Da dieser Mitarbeiter die E-Mail nicht nur intern verschickt, sondern den Anwalt der Branchenorganisation IATA in Kopie setzte, habe sich A.\_\_\_\_\_ deutlich von den geplanten Gesprächen distanziert, und auch gegenüber der IATA unmissverständlich klargemacht, dass sie an solchen Diskussionen nicht teilnehme.

Dass ihre Mitarbeiter die selbständige Geschäftspraxis von A.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Z.\_\_\_\_\_ oder anderen Interessierten mitgeteilt hätten, um zu begründen, weshalb sich A.\_\_\_\_\_ an solche Diskussionen nicht beteilige, begründe keine kartellrechtlich relevante Verhaltensabstimmung und sei auch nicht Ursache für eine allfällige Wettbewerbsabrede zwischen anderen Airlines. Die Beschwerdeführerin habe sich von multilateralen Diskussionen über die Frage, ob und in welcher Höhe in der Branche Zuschläge kommissioniert werden sollten, distanziert.

Von ihrer konstanten und bekannten Praxis, Zuschläge nicht zu kommissionieren, sei A. \_\_\_\_\_ nicht abgewichen. Sie habe keinen Einfluss darauf gehabt, wie andere Airlines auf ihre konstante, in der Branche bestens bekannte Praxis, Zuschläge nicht zu kommissionieren, reagieren würden. A. \_\_\_\_\_ habe nach bestem Wissen keine Anhaltspunkte gefunden, wonach sie andere Airlines aufgefordert hätte, ebenfalls auf Kommissionierungen zu verzichten. Die angefochtene Verfügung enthalte keine Hinweise, die einen anderen Schluss zulassen würden.

Nach einer Würdigung insbesondere der in der Verfügung zitierten angeblichen Beweismittel würden mehr als erhebliche Zweifel verbleiben, dass A. \_\_\_\_\_ in eine unzulässige Verhaltensweise betreffend Kommissionierung involviert gewesen sein könnte. Diese sachverhaltsmässigen Unklarheiten seien im Sinne der Unschuldsumutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu ihren Gunsten zu werten:

Die Beweismittel, auf die sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 718) beziehe, richteten sich nicht an die Beschwerdeführerin und involvierten sie nicht. A. \_\_\_\_\_ könne keine Gespräche kommentieren, die [...], [...] und [...] untereinander geführt hätten. Allfällige Diskussionen im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ seien für die Position von A. \_\_\_\_\_ zur Kommissionierung belanglos. Die E-Mails des Z. \_\_\_\_\_ an seinen Vorstand, in welchen die Forderung von L. \_\_\_\_\_ nach einer Kommissionierung zurückgewiesen worden seien (1,719), richteten sich nicht an A. \_\_\_\_\_ – sie sei nicht "Z. \_\_\_\_\_-Vorstandsmitglied" gewesen.

Die wenigen Kontakte hätten sich auf die Abklärung der vertragsrechtlichen Grundlagen beschränkt, auf welche die Speditionen ihre angeblichen Ansprüche gestützt hätten. Auch die Reaktionen gegenüber dem [...] Speditionsverband W. \_\_\_\_\_ hätten den selbständigen Entscheid von A. \_\_\_\_\_, keine Kommissionen zu entrichten, nicht betroffen. Soweit sie informiert sei, hätten sich die gemeinsamen Aktivitäten gegenüber W. \_\_\_\_\_ auf Fragen des [...] Vertragsrechts bezogen.

W. \_\_\_\_\_ sei der Ansicht gewesen, ihre Mitglieder hätten gegenüber allen Airlines einen vertragsrechtlichen Anspruch darauf, auf den Zuschlägen Kommissionen zu erhalten (1,723). Die ([...]) [...]BAR ([...] Board of Airline Representatives als Branchenverband der in [...Land in der EU...] tätigen Fluggesellschaften) habe unter anderem auch der Beschwerdeführerin ihre vertragsrechtliche Analyse zu dieser Frage zur Verfügung gestellt; ihre

Ansicht nach verleihen die vertragsrechtlichen Grundlagen den W.\_\_\_\_\_ -Mitgliedern keinen Anspruch auf Kommissionierung.

Kartellrechtlich sei es nicht zu beanstanden, wenn die [...]BAR die Airlines – darunter auch sie – in vertragsrechtlichen Fragen zur Kommissionierung beraten habe. Die [...]BAR sei als [...] Branchenorganisation in bester Position gewesen, das [...] Vertragsrecht auszulegen.

A.\_\_\_\_\_ habe die [...]BAR darauf hingewiesen, sie müsse und werde selbständig reagieren. Ausserdem habe sie gewisse Vorschläge der [...]BAR in deren Musterbrief an die W.\_\_\_\_\_ abgelehnt und sie darüber informiert, dass sie eine eigene Sprachregelung bevorzuge. Schliesslich habe sie einen eigenen Brief an die W.\_\_\_\_\_ verfasst, der in keiner Weise dem Musterbrief der [...]BAR entsprochen habe. Darin habe sie der W.\_\_\_\_\_ erläutert, dass es keine vertragsrechtliche Grundlage für die geltend gemachte Forderung gäbe, und sie nur bilateral mit einzelnen "Freight Forwarders" (Spediteuren) verhandeln werde (2<sup>[...]</sup>,200 f. mit Verweis auf act. 2<sup>[...]</sup>:11-15).

Dass bei ihr die interne Weisung, in Bezug auf die Kommissionierung eigenständig zu handeln, auch umgesetzt worden sei, ergebe sich etwa aus act. 2<sup>[...]</sup>:13: "I had advised [...] and [...] that there is no question that we could not make a collective decision (or discuss) commission or surcharge issues with other carriers."

Nach Erhalt der Einschätzung der [...]BAR hätten ihre Mitarbeitenden die interne Rechtsabteilung kontaktiert. Es sei somit in keiner Art und Weise darum gegangen, irgendwelche Abreden zu treffen oder solche zu verheimlichen. Im Gegenteil: Die Mitarbeitenden hätten durch die Involvierung der Rechtsabteilung gerade sichergestellt, dass kartellrechtskonform gehandelt werde. Dass sie auch nach Erhalt der rechtlichen Einschätzung durch die [...]BAR zum [...] Vertragsrecht eigenständig, unabhängig von anderen Airlines und kartellrechtskonform agiert habe, halten denn auch die folgende Beilage (act. 2<sup>[...]</sup>:14) klar und unmissverständlich fest:

24/05/2005 12:24

To: [REDACTED]  
cc: [REDACTED]

Subject: Re: [REDACTED]

Hi [REDACTED] - thank you for the draft letter prepared by the [REDACTED] legal advisor. I have reviewed this with our legal dept and we are comfortable with the advice content. Having received the [REDACTED] collective legal advice, [REDACTED] must now act independently - we cannot respond as a collective of [REDACTED] or [REDACTED] cannot respond on our behalf. The original [REDACTED] letter sent out to [REDACTED] (attached - and we assume was sent to other individual airlines) contained a notice of the collective imposition of 5% commission from [REDACTED] members. We must reject this. [REDACTED] will now need to respond to [REDACTED]. I suggest a very simple text as follows:

QUOTE  
Dear Sirs  
Subject: Remuneration For The Collection of Fuel and Security Surcharges

We refer to your letter dated 25 February 2005. Remuneration and/or commission is a matter that can only be discussed and agreed bilaterally between [REDACTED] and its individual customers. We cannot therefore enter into any discussion with [REDACTED] on this subject. Any claims that we receive from [REDACTED] members on the basis of your letter will be rejected accordingly.

UNQUOTE

[REDACTED] Fuel commission, p

Let me know if the suggested response is "culturally OK" or if you need any more help.  
Best Regards  
[REDACTED]

Die Nachricht vom 19. Mai 2005, auf die sich die angefochtene Verfügung (Ziff. 730, vgl. E.14.1.5) beziehe, sei nicht an sie adressiert. Wenn darin behauptet werde, sie sei zum Vorgehen gegen W. \_\_\_\_\_ "of the same opinion", so belege dies keine Beteiligung ihrerseits an kartellrechtsrelevanten Diskussionen zur Grundsatzfrage, ob Mitgliedern des [...] Speditonsverbandes W. \_\_\_\_\_ Kommissionen für Zuschläge zu entrichten seien: Erstens sei ihr der Hintergrund dieser persönlichen Einschätzung des Absenders dieser Nachricht nicht bekannt; Sie könne sich nicht dazu äussern. Zweitens sei es ihre konstante Geschäftspolitik gewesen, Zuschläge nicht zu kommissionieren und darüber nur bilateral mit Speditionen zu verhandeln. Die in der Ziffer 730 der angefochtenen Verfügung erwähnte Nachricht (vgl. E. 12.1.5) beziehe sich ausserdem auf die vertragsrechtlichen Bestimmungen des [...] Rechts, auf deren Grundlage der [...] Speditonsverband W. \_\_\_\_\_ einen Anspruch auf Kommissionierung behauptet habe. Wenn sie "of the same opinion" gewesen sei, dann könne sich dies nur auf die vertragsrechtliche Interpretation dieser Ansprüche beziehen. Doch sei diese Kommunikationen kartellrechtlich ohne Bedeutung. Dasselbe gelte sinngemäss für die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 740).

In die Kontakte zwischen diversen Airlines betreffend Forderungen von [...], [...] und [...] sowie [...] sei sie gemäss der angefochtenen Verfügung (Ziff. 725-729, vgl. E. 12.1.5) und den dort genannten Beweismitteln nicht involviert gewesen. Im Zusammenhang mit den Kontakten zum Schreiben von L. \_\_\_\_\_ habe sich ihr Beitrag in der bereits erwähnten Mitteilung vom 9. Juni 2006 (2[...],194) beschränkt, in der ihr Mitarbeiter auf die Geschäftspolitik zur Kommissionierung hingewiesen und damit die diesbezüglichen Vorgaben eingehalten habe. Eine kartellrechtsrelevante Verhaltensabstimmung ihrerseits oder ein ursächlicher Beitrag zu einer Wettbewerbsabrede zwischen anderen Airlines stelle dies nicht dar. Im Schreiben, das der Z. \_\_\_\_\_ anschliessend an L. \_\_\_\_\_ versandt habe, habe dieser ausserdem darauf hingewiesen, Verhandlungen über die Kommissionierung von Zuschlägen müssten bilateral zwischen den Mitgliedern von L. \_\_\_\_\_ und den einzelnen Airlines geführt werden. Wenn einzelne Airlines in späteren Verhandlungen mit Speditionen eine Kommissionierung von Zuschlägen abgelehnt hätten, habe sie darauf keinen Einfluss gehabt.

Da ihre Praxis zur Kommissionierung von Zuschlägen von vornherein festgestanden habe, seien auch die in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 742, vgl. E. 12.1.5) erwähnten Kontakte zwischen Airlines zu dieser Frage nicht geeignet, ihr eine Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nachzuweisen. Ausserdem fehlten Hinweise, dass sie an diesen Kontakten beteiligt gewesen wäre. Die Annahme einer Beteiligung ihrerseits an einer Wettbewerbsabrede zur Kommissionierung von Zuschlägen sei daher rein spekulativ.

Der Anruf von [...] bei ihr am 6. Februar 2006 (1,745) ändere nichts daran, dass sie nicht an einer Wettbewerbsabrede über die Kommissionierung von Zuschlägen beteiligt gewesen sei. Ihr Mitarbeiter habe den Mitarbeiter von [...] auf ihre Position hingewiesen. Darauf habe sie sich aber schon lange vorher festgelegt gehabt, was öffentlich bekannt gewesen sei. An dieser habe auch ihr Mitarbeiter nichts ändern können, und er habe keinen Einfluss darauf gehabt, wie [...] diese Information verwenden würde.

Die Kommissionierung der Zuschläge an Speditionen sei im Übrigen kein Bestandteil des Frachtpreises, den die Airlines ihren Kunden verrechneten. Die Kommissionen stellten vielmehr den Preis dar, den die Speditionen den Airlines für ihre Dienstleistungen verrechneten.

Der Frachtpreis setze sich aus der Frachtrate und den Zuschlägen zusammen. Die Speditionen überwälzten beides auf ihre Kunden, die Eigentümer des Frachtguts (1,1588). Eine Kommission werde den Speditionen für deren Dienstleistungen bezahlt. Eine solche Kommission sei von der Beschwerdeführerin nur auf den Frachtraten bezahlt worden, da es sich bei den Zuschlägen um reine Kosten handle. Die den Speditionen bezahlte Kommission sei deshalb nicht Bestandteil des Preises, den die Luftfrachtkunden bezahlten, sondern der Preis, den die Speditionen von den Airlines für ihre Dienstleistungen verlangen würden, was auch die angefochtene Verfügung in den Ziffern 717 und 1125 so festhalte.

Hätte eine Abrede über die Kommissionierung stattgefunden, woran sie nicht beteiligt gewesen wäre, so hätte somit eine solche Abrede nicht die Frachtpreise (als Verkaufspreise der Airlines) betroffen, sondern die Preise, zu denen die Airlines die Dienstleistungen der Speditionen einkaufte. Eine solche Abrede wäre höchstens eine Art Einkaufskooperation der Airlines. Als solche hätte sie sich nicht auf den Frachtpreis und somit auch nicht auf den Wettbewerb im Luftfrachtmarkt ausgewirkt.

Die Vorinstanz anerkenne die Tatsache (1,717,1125), dass die Kommissionierung jener Preis sei, den die Speditionen den Airlines verrechnen würde. Daraus folge unmittelbar, dass die Kommissionierung nicht Bestandteil der behaupteten "Gesamtabrede im Bereich Luftfracht" habe sein können. Denn wenn die Kommissionierung jenen Preis darstelle, den die Speditionen verrechneten, so handle es sich aus Sicht der Airlines um den Einkaufspreis für die Dienstleistungen der Speditionen. Dieser Einkaufspreis habe nichts mit den Verkaufspreisen der Airlines zu tun.

Die angefochtene Verfügung sei in sich widersprüchlich und offensichtlich falsch, wenn sie in den Ziffern 717 und 1125 zwar richtig festhalte, dass es sich bei der Kommissionierung um den Preis der Speditionen handle, in den Ziffern 1202 und 1291 dann aber genau das Gegenteil behauptete, nämlich dass alle Elemente – FSC, WRS, USC, Frachtraten und Kommissionierung – dem Begriff Tarif zuzuordnen seien, wobei dieser Tarif der "Preis für Luftfrachtleistungen" sei und die verschiedenen Elemente "alle den gleichen Preis" betreffen würden. Die Kommissionierung betreffe den Einkaufspreis und damit gerade nicht den Preis für Luftfrachtleistungen. Einkaufspreise (für Dienstleistungen der Speditionen) und Verkaufspreise (für Luftfrachtleistungen) seien Preise für vollkommen unterschiedliche Dienstleistungen und könnten nicht Bestandteil der gleichen "Gesamtabrede" über "den gleichen Preis" sein, wie dies die Vorinstanz behauptete.

Somit bestünden bei dieser Sachlage und nach Würdigung der in der Verfügung zitierten angeblichen Beweismittel sowie der dokumentierten Belege für eine effektive Distanzierung ihrerseits mehr als erhebliche Zweifel, dass sie betreffend Kommissionierung in eine unzulässige Verhaltensweise involviert gewesen sein könnte. Diese sachverhaltsmässigen Unklarheiten seien in Übereinstimmung mit der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten von A. \_\_\_\_\_ zu werten.

Indem die angefochtene Verfügung fälschlicherweise festhalte, sie sei an einer unzulässigen Abrede betreffend Kommissionierung beteiligt gewesen, verletze die Vorinstanz Bundesrecht (Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 4 Abs. 1 KG, Art. 5 Abs. 1 und 3 KG). Deshalb habe sie einen Anspruch darauf, dass das Bundesverwaltungsgericht diese unzutreffenden Ausführungen der Vorinstanz korrigiere.

#### **12.1.10 Gegenargumente der Vorinstanz**

Die Vorinstanz widerspricht der Darstellung der Beschwerdeführerin, "sich genügend von der Preisabrede distanziert" zu haben (3<sup>[...]</sup>,18):

Die E-Mail vom 15. Juni 2005 (2<sup>[...]</sup>,191; vgl. E. 12.1.4, 11) zeige nur, dass die Beschwerdeführerin keine Gespräche mit Speditionsverbänden, sondern nur individuelle Gespräche mit den einzelnen Speditionsfirmen führen würde. Darin habe sie sich aber nicht von multilateralen Gesprächen zwischen Luftverkehrsunternehmen distanziert.

Vielmehr zeige die E-Mail vom 9. Juni 2005 (2<sup>[...]</sup>,194) eine aktive Beteiligung der Beschwerdeführerin am Informationsaustausch beziehungsweise an der Preisabrede; teile sie darin doch anderen Luftverkehrsunternehmen mit, dass die Kommissionierung in anderen Ländern erfolglos geblieben sei.

#### **12.2 Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts (Wettbewerbsabrede)**

**12.2.1** Vorab ist die Frage nicht weiter zu erörtern, ob auch hinsichtlich der strittigen Nichtkommissionierung von Zuschlägen eine *weltweit* geltende und alle Preisbestandteile umfassende Gesamtabrede vorlag (vgl. E. 8.4).

**12.2.2** Die Beschwerdeführerin hält die angefochtene Verfügung für offensichtlich falsch, da die Vorinstanz die Kommissionierung als Preis der Spe-

ditionen bezeichne (1,717,1125), dann aber im Widerspruch dazu Frachtraten, Zuschläge und die Kommissionierung der Zuschläge zusammen dem Begriff "Tarif" zuordne (1,1202,1291). Sie wirft daher die Frage auf, ob Kommissionen wirklich den Verkaufspreis für Luftfrachtleistungen (Frachtpreis = Frachtrate + Zuschläge), oder nicht vielmehr den Einkaufspreis für Speditionsdienstleistungen betreffen. Deshalb könnten Ein- wie Verkaufspreise für vollkommen unterschiedliche Dienstleistungen auch nicht in der gleichen "Gesamtabrede" über "den gleichen Preis" enthalten sein.

Wie auch die EU-Kommission im europäischen Parallelverfahren festgehalten hat, besteht hier insofern ein enger Bezug zu Wettbewerbsverhältnissen im Luftfrachtmarkt, als die Abrede der Luftfrachtunternehmen, ihren Kunden (Spediteuren) *keine* Provisionen auf die Aufschläge zu bezahlen, darauf gerichtet war, sicherzustellen, dass durch Verhandlungen über Kundenrabatte kein Wettbewerb bei den Aufschlägen entsteht (vgl. Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 9. November 2010 in der Sache C.39258 – Luftfracht, ABl. C-371/11 vom 18. Oktober 2014, Ziff. 11, vgl. hierzu auch die Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 17. März 2017 in der Sache AT.39258 – Luftfracht, ABl. C-188/14 vom 14. Juni 2017, Ziff. 12). Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage kann daher offenbleiben. Auf das Thema "Gesamtabrede" ist nicht weiter einzugehen (vgl. E. 8.4).

**12.2.3** Im Kern war zwischen Luftfahrtunternehmen und Spediteuren die Frage strittig gewesen, ob die "standardisierte Vertragsklausel" die Luftfrachtunternehmen zur Zahlung einer Kommission an die Spediteure verpflichtete. Diese Sachlage jedoch vermag den kartellrechtlichen Vorwurf der Vorinstanz nicht zu schmälern, wonach der Streit um die Vertragsauslegung von einer wettbewerbsbeeinflussenden Fühlungnahme der Luftfahrtunternehmen begleitet war, welche bezweckte, eine gemeinsame Haltung zur strittigen Kommissionierungsfrage zu finden. In der Folge verweigerten die Betroffenen eine Kommissionierung. Bei einer solchen Verweigerung steht nicht eine angeblich unter Luftfahrtunternehmen koordinierte "positive" Preisfestsetzung gegenüber Abnehmern eigener Dienstleistungen, sondern – "negativ" – die *Verweigerung* einer "Entlohnung" von Spediteuren zur Diskussion (konkret: vorab bei Treibstoffzuschlägen, welche von der "verladenden Wirtschaft" (1,191) entrichtet werden und an die Luftfahrtunternehmen weiterzuleiten sind, verrechnungsweise eine Kommission einzubehalten [vgl. diesbezüglich z.B. act. 1:A49,285]).

Der vom kartellrechtlichen Vereinbarungs begriff erfasste, gemeinsam "verabredete Plan" kann sich nicht nur auf eine Einschränkung des jeweiligen Geschäftsverhaltens durch Festsetzung eines gegenseitigen Vorgehens im Markt, sondern auch auf *ein Absehen davon* beziehen (vgl. PASCHKE, MüK-EuWettbR, a.a.O., Art. 101 Rz. 93 m.H.). Dies wird zu Recht nicht bestritten.

Wie die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht erkannt hat (vgl. 1,1381), wäre daher vom kartellrechtlichen Abredebegriff nach Art. 4 KG auch eine Vereinbarung zwischen Luftfahrtunternehmen erfasst, in ihren jeweiligen individuellen Vertragsverhältnissen mit Spediteuren, letzteren einen bestimmten Preis *nicht zu bezahlen*. Dies entspricht auch der Rechtsauffassung der EU-Kommission (vgl. den Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 17. März 2017, Rz. 846,856 sowie den vom EuG aufgehobenen Beschluss AT.39258 vom 9. November 2010, Rz. 839,853, beide zitiert in E. 8.4.2, vgl. auch die Zusammenfassung des Kommissionsbeschlusses vom 9. November 2010 in der Sache C.39258 – Luftfracht, ABl. C-371/11 vom 18. Oktober 2014, Ziff. 11, vgl. hierzu auch die Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 17. März 2017 in der Sache AT.39258 – Luftfracht, ABl. C-188/14 vom 14. Juni 2017, Ziff. 12).

Wie bei den Treibstoffzuschlägen ist auch hier auf einzelne von der Vorinstanz erwähnte Kontakte nicht weiter einzugehen, weil sie entweder nicht in den sanktionsrelevanten Zeitraum (d. h. die Sachverhaltsdarstellung in 1,719-721) oder nicht in den Zuständigkeitsbereich der Vorinstanz (d. h. die Sachverhaltsdarstellung in 1,721, 722, 723, 726, 727, 728, 729, 731, 738, 740, 742) fallen. Dies betrifft insbesondere den in der angefochtenen Verfügung bereits erwähnten, die – [...] Vertragsrecht unterstehenden – Forderungen des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_ (namens ihrer Mitglieder) und die Zusammenarbeit der Beschwerdeführerin mit dem [...] Branchenverband [...]BAR (und dessen vertragsrechtliche Begutachtung) Sachverhaltskomplex (1,720, 723,729,732) der aufgrund seines reinen EU-Bezugs ausserhalb des hier zu diskutierenden relevanten Marktes liegt.

Des Weiteren unerheblich sind, wie die Beschwerdeführerin zu Recht kritisiert, auch alle Darlegungen der Vorinstanz, soweit sie sich auf zahlreiche Ereignisse und entsprechende Beweismittel bezieht (wie z.B. die Selbstanzeigen von [...] [vgl. act. 1:E5,58], von [...] [vgl. act. 1:A40,6-3.1.3, act. 1:A40,11/15/24; act. 1:A40,11; 1:A41:41; act. 1:A41:FSC I 3; act. 1:A41:HQ17 act. 1:A49:601,610], von [...] [vgl. act. 1:C16,15; act.

1:C20:1673-1678/1686; act. 1:C20:1679-1684] sowie von [...] [vgl. act. 1:F3:91; act. 1:F3,105-111; act. 1:F3:238; 1:F4:37]), welche sich nicht auf die Beschwerdeführerin und deren Marktverhalten beziehen (vgl. 1,718,722,728 f.,731,735,736-744,774). Auszuklammern sind auch die Ereignisse im Mai 2003 in [...*Drittstaat*...] zur dort diskutierten Frage der Kommissionierung auf die sich die Vorinstanz gestützt auf die Selbstanzeige der Beschwerdeführerin bezieht (act. 1:B23,53). Diesbezüglich fehlt der Bezug zum vorliegend relevanten Markt der von der Vorinstanz gemäss ihrer Zuständigkeit zu untersuchenden fünf Drittlandstrecken.

Aufgrund seines reinen EU-Bezugs liegt auch der in der angefochtenen Verfügung erwähnte, die – [...] Vertragsrecht unterstehenden – Forderungen des [...] Speditionsverbandes W.\_\_\_\_\_ (namens ihrer Mitglieder) und die Zusammenarbeit der Beschwerdeführerin mit dem [...] Branchenverband [...]BAR (und dessen vertragsrechtliche Begutachtung) betreffende Sachverhaltskomplex (1,720, 723,729,732) ausserhalb des hier zu diskutierenden relevanten Marktes. Anzumerken ist immerhin, dass die von der Beschwerdeführerin eingereichten Akten (vgl. act. 2<sup>[...]</sup>:11-15) prima facie zwei ihrer Behauptungen als plausibel erscheinen lassen: Zum einen, dass die Kontakte, die anlässlich der vom [...] Speditionsverband W.\_\_\_\_\_ (im Namen seiner Mitglieder) geltend gemachten Forderungen nach einer Kommissionierung von Zuschlägen erfolgt waren (vgl. act. 1:A49,285), primär auf die Abklärung der vertragsrechtlichen Anspruchsgrundlagen gerichtet waren; zum anderen die Klarstellung der Beschwerdeführerin [...]BAR gegenüber, dass die Kommissionierungsfrage nicht zwischen den entsprechenden Branchenverbänden, sondern lediglich individuell zwischen den einzelnen Spediteuren und Fluggesellschaften erfolgen durfte.

Der Vorinstanz kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie in diesem Zusammenhang eine E-Mail vom 19. Mai 2005 eines Mitarbeiters von [...] in [...*Land in der EU*...] (vgl. act. 1:A49:600/1:A49,286) als wesentlichen Beleg für eine erfolgte Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer "negativen Kommissionierungsabrede" erachtet. In dieser E-Mail wird geschildert, dass sich am 12. Mai 2005 die Fluggesellschaften [...], [...], [...], [...], [...] und [...] in [...*Land in der EU*...] getroffen und bestätigt hätten, sie würden gegenüber W.\_\_\_\_\_ keine Kommissionen auf Treibstoffzuschlägen oder Sicherheitszuschlägen akzeptieren. Von der Beschwerdeführerin wird in dieser E-Mail berichtet, sie habe am Treffen "nicht teilnehmen können", sei aber gleicher Meinung. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass sich der Vermerk, A.\_\_\_\_\_ sei "*of the same opinion*" gewesen, nur auf die



geltend macht, allfällige Diskussionen im Rahmen des Z. \_\_\_\_\_ für ihre Position, gemäss ihrer feststehenden und allgemein bekannten Geschäftspolitik, die Kommissionierung zu verweigern, ohne Belang gewesen sei. Belege für diese finden sich in internen und nach aussen hin verfassten E-Mails der Beschwerdeführerin vom 17. Januar 2005 (act. 2<sup>[...]</sup>:10), vom 9. Juni 2005 (act. 1:A37:124), vom 15. Juni 2005 (act. 2<sup>[...]</sup>:7, act. 1:763,35), vom 30. Juni 2005 (act. 2<sup>[...]</sup>:8), vom 14. März 2005 (act. 2<sup>[...]</sup>:9).

Indes erlaubt in diesem Zusammenhang, wie die Vorinstanz zutreffend einwendet, der Hinweis der Beschwerdeführerin auf ihre E-Mail vom 15. Juni 2005, wonach es ihren Mitarbeitern ausdrücklich untersagt gewesen sei, sich an multilateralen Diskussionen zur Kommissionierung zu beteiligen, nicht den Schluss, dass sich die Beschwerdeführerin darin von einem multilateralen Gespräch zwischen Luftverkehrsunternehmen distanziert hätte. Diese E-Mail scheint vielmehr einzig ihren internen Geschäftsentscheid auszudrücken, nicht kollektiv mit anderen Luftfrachtunternehmen zur "Kommissionsfrage" Stellung beziehen zu wollen, sondern dies als bilateral zwischen ihr und den einzelnen Beförderern zu vereinbarende Fragestellung zu behandeln (vgl. 2<sup>[...]</sup>,191 mit E-Mail-Auszug: "A. \_\_\_\_ cannot enter into any collective discussion with freightforwarders associations in this subject").

Auch die von der Vorinstanz erwähnte E-Mail vom 9. Juni 2005 (2<sup>[...]</sup>,194) scheint in die gleiche Richtung zu zielen: Angesichts des darin erwähnten Standpunktes der Beschwerdeführerin, eine multilaterale Diskussion der "Kommissionsfrage" nicht zu unterstützen beziehungsweise abzulehnen, vermag diese Mail aber – entgegen der Vorinstanz – nicht, eine *aktive* Beteiligung der Beschwerdeführerin am Informationsaustausch beziehungsweise an der "Preisabrede" zu belegen; dasselbe gilt auch für die Mitteilung, die Kommissionierung in anderen Ländern sei erfolglos geblieben.

Klare Schlüsse zu Lasten der Beschwerdeführerin lassen sich auch aus dem Telefongespräch eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin mit [...] vom 6. Februar 2006 (vgl. E. 12.1.6/2) zur Frage der Kommissionierung von Zuschlägen und dem Hinweis der Beschwerdeführerin, dass sie nicht die Strategie verfolge, Zuschläge zu kommissionieren, nicht ziehen.

Auch soweit die Vorinstanz gestützt auf die Selbstanzeige von [...] (act. 1:F3,237) ohne weitere Details grob erwähnt, während einer IATA-Konferenz vom 11./12. März 2005 in [... *Stadt in der EU*...] hätten "Vertreter mehrerer Luftfrachtunternehmen" in einer Hoteleingangshalle von einem

[...]-Vertreter erfahren, dass [...] den Speditionen keine Provision auf Treibstoffzuschlägen bezahle und dies auch von allen erwarte, beweisen die in den Akten befindlichen Dokumente nicht, dass die Beschwerdeführerin an diesem Informationsaustausch teilgenommen hat.

Ein konkreter Hinweis auf eine Teilnahme der Beschwerdeführerin an einem wettbewerbswidrigen Informationsaustausch ergibt sich auch nicht aus der Erwähnung einer interne E-Mail von [...] vom 1. März 2005 (act. 1:A49:595/597 f.), wonach an einem Meeting in [...*Stadt in der EU...*] "inoffiziell" besprochen worden sei, das Anfang 2005 geäusserte Anliegen des R. \_\_\_\_\_ gegenüber dem Z. \_\_\_\_\_, die Kommissionierungsfrage zunächst mit ausgewählten Luftverkehrsunternehmen zu diskutieren. Diesbezüglich räumt die Vorinstanz selbst ein, dass sie nicht festzustellen vermochte, wann dieses Treffen stattfand und wer daran überhaupt teilnahm. In diesem Zusammenhang lässt sich den vorinstanzlichen Akten auch nicht entnehmen (vgl. act. 1:A45,42 mit Verweis auf act. CH 592, act. 1:A49:594), dass sich vor dem Besprechungstermin des Z. \_\_\_\_\_ mit R. \_\_\_\_\_ insbesondere auch die Beschwerdeführerin mit einigen Gesellschaftern des Z. \_\_\_\_\_ zu einer Vorbesprechung am 14. Januar 2005 in der "Pizzeria [...]" verabredet gehabt hätte.

Die Beschwerdeführerin erklärt und belegt jedoch in keiner Eingabe, seit *wann genau* sie ihre Geschäftspolitik, Zuschläge nicht zu kommissionieren, definiert und im Kontakt mit Spediteuren so bekannt gemacht hätte, dass auch andere Luftfahrtunternehmen davon hätten Kenntnis nehmen können.

Eine nach aussen hin klar kommunizierte Distanzierung vom Meinungsaustausch, den die anderen Luftfahrtunternehmen zur Frage der Kommissionierung von Zuschlägen führten (insbesondere im Zusammenhang mit der vom Z. \_\_\_\_\_ am 6. Juni 2005 auch an die Beschwerdeführerin versandten E-Mail [vgl. E. 12.1.5]), ist nicht zu erkennen.

**12.2.6** Wie bei Treibstoffzuschlägen und aus denselben Gründen ist somit auch in Bezug auf die Verweigerung der Kommissionierung auf eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG primär in Gestalt einer Vereinbarung zu schliessen.

### 13. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

#### 13.1 Standpunkt der Verfahrensbeteiligten

**13.1.1** Nach Ansicht der Vorinstanz stellt der erfolgte Informationsaustausch unter den Beteiligten Luftfrachtunternehmen eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar, d. h. über "Elemente", die den "Preis für Luftfrachtleistungen" betreffen (1,1400), da gemäss BGE 129 II 18 (E. 6.5.5) eine Preisabrede auch bei einer Fixierung von bloss einzelnen Komponenten oder Elementen der Preisbildung vorliegen könne (1,1389-1400). Die in Frage stehende Wettbewerbsabrede habe unter den am Verfahren beteiligten Parteien im Zeitraum 2000 bis Februar 2006 auf den relevanten Flugstreckenmärkten den Preiswettbewerb nach Art. 5 Abs. 3 KG beseitigt (vgl. 1,1637).

**13.1.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin trifft dies nicht zu, da damals auf allen relevanten Strecken "intensiver" Preis-Innen- und Preis-Aussenwettbewerb vorgeherrscht habe (vgl. 2<sup>[...]</sup>,233-282).

#### 13.2 Vorliegen von Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG

Art. 49a Abs. 1 KG schreibt unter anderem die Sanktionierung von Unternehmen vor, welche an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt sind. Die für die Belastung mit einer Kartellsanktion vorausgesetzte Unzulässigkeit der Abreden ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.4.2).

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Unzulässig sind demnach einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen (vgl. E. 13.2.2). Andererseits sind nach Art. 5 Abs. 1 KG auch Abreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist in diesem Fall ausgeschlossen (PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 362 ff.). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch über die gesetzlichen Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3

und 4 KG ergeben (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1; 143 II 297 E. 4.1; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 279).

Laut Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 KG) vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

Gemäss BGE 143 II 297 (E. 5.1.6) handelt es sich beim Kriterium der Erheblichkeit nach dem historischen, systematischen wie auch dem teleologischen Auslegungselement um eine Bagatellklausel und schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung erfüllen die besonders schädlichen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.6; vgl. auch E. 5.2.5, wonach die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Abreden die Erheblichkeitsschwelle "in der Regel" erreichen; BGE 147 II 72 E. 6.5).

Dabei stellt Art. 4 Abs. 1 KG als eine für den ganzen Erlass verbindliche Legaldefinition auch für Art. 5 Abs. 1 KG klar, dass auch der potenzielle Wettbewerb geschützt werden soll. Entsprechend genügt es, wenn Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, dass die Abreden den Wettbewerb *potenziell* beeinträchtigen können (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2, 5.6). Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung wird mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abrede-Typen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, "das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist" (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2).

Bei horizontalen und vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG handelt es sich somit in der Regel allein aufgrund ihres Gegenstandes um erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist für diese Folgerung nicht erforderlich (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 147 ff., insb. Art. 5 Rz. 152, wonach der Grad der Umsetzungshandlungen wie auch die schädlichen Auswirkungen einer Abrede im Rahmen der Bemessung der konkreten Sanktion nach Art. 49a KG zu berücksichtigen sind). Im Übrigen erfüllen solche Abreden das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG gemäss Bundesgericht ohne Bezug auf einen Markt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.5).

Eine Einzelfallbeurteilung erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG, wo beurteilt werden kann, ob die Abrede gesamtwirtschaftlich positive Wirkungen hat oder doch hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dient (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.2, 5.4.2, 5.5, 7.1 m.H.; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 140-152).

Auch wenn jeweils bezüglich der Treibstoffzuschläge (als Preiselement) nicht konkrete Preisniveaus – vertraglich – "vereinbart" wurden, verminderte der systematische Austausch und die Weiterverbreitung der diesbezüglichen Preisdaten unter den Gesellschaftern die strategische Ungewissheit ebenso wie der Austausch über die zu verweigernde Kommissionierung; beides erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollusionsergebnisses stark (vgl. 1,1332 sowie Urteil des EuG vom 30. März 2022 T-324/17 [...] Rz. 363). Dass es sich dabei um wettbewerbssensible Informationen handelte, mussten den Gesellschaftern klar sein (vgl. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 138, 651); dies wird nicht zuletzt aufgrund des von der Vorinstanz erwähnten E-Mails vom 9. Oktober 2003 des Z.\_\_\_\_\_ ersichtlich, wonach [...] darauf hingewiesen habe, dass es in der Branche schon lange keine "heile" Welt mehr gebe, ein Tarif-Wettbewerb oder "Krieg" der Airlines herrsche und der Z.\_\_\_\_\_ nicht dafür da sei, "um Raten zu besprechen" (1,660 mit Verweis auf act. 1:A51:CH731). Die der Beschwerdeführerin rechtsgenügend nachgewiesenen Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu den Treibstoffzuschlägen und der Verweigerung von Kommissionen stellen daher beide besonders schädliche horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dar (a.M. REINERT, BSK KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 180 ff.).

Des Weiteren ist auch der Einwand, eine allfällige Abrede zu Kommissionen falle nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, da eine Abrede der Airlines zum Preis, welchen diese den Speditionen für deren Dienstleistungen bezahlen, als eine nach Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilende Einkaufskooperation/-gemeinschaft (Einigung betr. Einkaufspreise) anzusehen wäre (2<sup>[...]</sup>, 217-222), ist im Lichte von BGE 143 II 297 nicht stichhaltig.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (2<sup>[...]</sup>, 24 ff., 233 ff., 271 ff.) liegt in beiden Fällen das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der erwähnten höchstrichterlichen Ausführungen allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstandes vor, ohne Bezug auf einen Markt und auch ohne, dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Abrede vorgenommen werden müsste. Ihre Schädlichkeit bewahren

solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.3.1; 143 II 297 E. 9.4.4). Die fraglichen Abreden sind zweifelsohne auch hinreichend geeignet, um die Erheblichkeit zur potenziellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu bejahen.

Insofern braucht in diesem Zusammenhang auf die einlässlichen Rügen der Beschwerdeführerin zur Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Treibstoffzuschläge (vgl. 2<sup>[...]</sup>,233-288) nicht weiter eingegangen zu werden.

Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die der Beschwerdeführerin zur Last gelegte Abrede die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG ausnahmsweise nicht erreichen würde, wie fälschlicherweise geltend gemacht wird. Von einem Bagatellfall kann nicht gesprochen werden.

Die für die Bejahung der Erheblichkeit hinreichende Eignung der fraglichen Abrede zur *potenziellen* Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist hier ebenfalls zweifelsohne gegeben. Ein Bagatellfall liegt nicht vor.

Soweit, wie in Erwägung 11.4 erwähnt, allenfalls von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen wäre, ist auch nichts ersichtlich, das die Vermutung widerlegen würde, dass die effektive Abstimmung gestützt auf den Informationsaustausch, also dadurch kausal verursacht, erfolgt wäre.

Die Beschwerdeführerin hat somit in beiden Fällen mitzuverantworten, dass der Preiswettbewerb unter Beförderern verfälscht wurde. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich gegen die vorinstanzliche Einschätzung wendet, dass sie im relevanten Zeitraum an einer Abrede über Treibstoffzuschläge im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt gewesen sei (2<sup>[...]</sup>,225). Dies wird implizit aus ihrem Eventualantrag 3 ersichtlich.

### **13.3 Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen**

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um

Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein. Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe gegeben ist (BGE 147 II 72 E. 7.2 m.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 301,305; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, a.a.O., Art. 5 Rz. 244 ff.).

Die Wettbewerbsbehörde ist ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu forschen. Aufgrund der nach Art. 13 VwVG bestehenden Mitwirkungspflichten, die sich insbesondere auf Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörde und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (BGE 143 II 425 E. 5.1 m.H.), obliegt es der Beschwerdeführerin, die Aspekte darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, welche zur Rechtfertigung herangezogen werden sollten (vgl. Urteil B-7633/2009 Rz. 570).

Ob sich die vorgeworfenen Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, hat die Beschwerdeführerin indessen weder in der vorinstanzlichen Untersuchung noch im Beschwerdeverfahren dargelegt. Solche Gründe sind im Übrigen auch für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich.

## **14. Verletzung des rechtlichen Gehörs?**

**14.1** Zur Verletzung ihrer Verteidigungsrechte durch die lange Verfahrensdauer macht die Beschwerdeführerin Folgendes geltend:

Dass fünf Strecken relevant sein könnten, habe sie erst im Verfügungsantrag vom 8. November 2012 erfahren. Erst ab diesem Zeitpunkt habe sie sich gegen den Vorwurf verteidigen können, an Abreden zu diesen Strecken beteiligt gewesen zu sein. Bei frühzeitiger Mitteilung hätte sie entsprechende Sachverhaltsnachforschungen anstellen können, um sich angemessen zu verteidigen. Ohne verlässliche Hinweise auf die massgeblichen Strecken sei es nicht möglich gewesen, interne Abklärungen vorzunehmen und sich wirksam zu verteidigen. Hinderlich sei auch, dass die angefochtene Verfügung auf Informationen basiere, die teilweise fünfzehn Jahre oder länger zurücklägen. Es sei nun nahezu unmöglich, die zahlreichen Sachverhaltsvorhaltungen, auf welche sich die Verfügung beziehe, sowie Einzelheiten und Hintergründe dazu verlässlich einzuordnen. Auch habe die Vorinstanz erst mit dem Verfügungsantrag Akteneinsicht gewährt, d. h. mehr als sechs Jahre nach Untersuchungseröffnung. Die Parteien hätten sich somit erst Jahre nach den relevanten Vorkommnissen erstmals einen Überblick über das sie belastende Material verschaffen und mit Abklärungen beginnen können.

Die Vorinstanz hält diese Rüge für unbegründet. Bei Eröffnung der Untersuchung sei auch der Beschwerdeführerin mitgeteilt worden, dass aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für Abreden zu Treibstoffzuschlägen, Sicherheitszuschlägen, Kriegsrisikozuschlägen und Zollabfertigungszuschlägen im Bereich Luftfrachttransporte vorlägen, an denen auch die Beschwerdeführerin teilgenommen habe. Somit sei es ihr ohne Weiteres möglich gewesen, interne Abklärungen vorzunehmen und eine wirksame Verteidigung vorzubereiten.

**14.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und wird für das Verwaltungsverfahren in den Art. 26 ff. VwVG konkretisiert. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift (BGE 143 V 71 E. 4.1). Dieser Gehörsanspruch ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt somit grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, unabhängig davon, ob die Gehörsverletzung für den Ausgang

des Verfahrens sachlich relevant war (vgl. statt vieler BGE 144 I 11 E. 5.3; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 Rz. 106 ff.).

Nach ständiger Rechtsprechung kann unter bestimmten Umständen allerdings eine Heilung der Gehörsverletzung durch die Beschwerdeinstanz erfolgen, wenn diese im Vergleich zur Vorinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, sodass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Verwaltung ist zudem selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.H.). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (B-807/2012 E. 5.1 m.H.).

Die Beschwerdeführerin reichte eine umfangreiche Selbstanzeige ein, welche in der Folge zu einer [...]prozentigen Sanktionsreduktion führte. Inwiefern es der Beschwerdeführerin, wie sie vorbringt, nicht möglich gewesen sein sollte – im Lichte der einschlägigen Normen des LVA CH-EU sowie angesichts der absehbaren, möglichen Drittlandstrecken – eine wirksame Verteidigungsstrategie aufzubauen, ist daher nicht ersichtlich.

Im vorliegenden Fall trifft es zwar zu, dass der Beschwerdeführerin während fast sechs Jahren keine Akteneinsicht gewährt worden war. Dies erklärt sich wohl durch die materiellen und prozessualen Unsicherheiten, welche die Arbeit der Vorinstanz verzögerten. Trotz der geschilderten Probleme und der damit verbundenen langen Verfahrensdauer wurde der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin aber nicht erheblich verletzt, zumal sie sich im konkreten Fall dennoch wirksam verteidigen konnte, wie ihre sorgfältig verfasste Stellungnahme zum Verfügungsantrag des Sekretariats (act. 1:651) sowie ihre sonstigen Eingaben im Verfahren vor der Vorinstanz und vor Bundesverwaltungsgericht zeigen.

Es liegt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, die zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen müsste.

## **15. Sanktion (Art. 49a KG)**

### **15.1 Bemessungsgrundsätze und vorinstanzliche Sanktionsbemessung**

**15.1.1** Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 8.2; 143 II 297 E. 9.2). In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert.

Demnach geht die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag aus, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil 2C\_63/2016 E. 6.2).

Wirkt ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mit, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses der Sanktion und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen einer Reduktion der Sanktion (teilweiser Sanktionserlasse) aufgeführt sind.

Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG reduziert die Vorinstanz die Sanktion, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Die Reduktion beträgt bis zu 50 % des nach den Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist

die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG).

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrages kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu. In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1 m.H.).

**15.1.2** Die Vorinstanz bemass die Sanktion in mehreren Schritten: (1) Zuerst berechnete sie den Basisbetrag. (2) Diesen passte sie an die Dauer des Verstosses an, bevor sie (3) in erschwerende und mildernde Umstände sowie (4) eine allfällige Bonusmeldung berücksichtigte (1,1712 ff.).

Vorab erachtete die Vorinstanz – angesichts der besonderen Umstände – für die Maximalsanktion die letzten drei Geschäftsjahre vor Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise als massgebend (1,1705). Für die Beschwerdeführerin ermittelte die Vorinstanz einen für die Sanktionsberechnung massgeblichen Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...].

In einer allgemein gehaltenen Erwägung hielt die Vorinstanz fest: "Insgesamt ist der vorliegende Wettbewerbsverstoss als gravierend zu qualifizieren. Es rechtfertigt sich unter gebührender Berücksichtigung der Umstände den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von 8 % anzusetzen" (1,1720). Gestützt auf den massgeblichen Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...] ermittelte die Vorinstanz für die Beschwerdeführerin den Basisbetrag (8 %) von Fr. [...] (1,1722).

Zur Frage der Berücksichtigung der Schwere des Verstosses erläutert die Vorinstanz, nicht alle Luftverkehrsunternehmen seien im gleichen Umfang "an der Abrede" beteiligt gewesen. Deshalb stelle sich die Frage, ob das Ausmass der individuellen Beteiligung eine Komponente der Art und Schwere sei oder als erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt werden müsse. Die Frage sei bloss theoretischer Natur, weil das Ausmass der individuellen Beteiligung so oder anders die gleiche Berücksichtigung finde. Aber selbst bei einer Individualisierung liege in Bezug auf alle Parteien ein schwerwiegender Verstoss vor. Entscheidend sei, dass sich die Sanktion, wie hier, angesichts aller Faktoren als verhältnismässig erweise. Deshalb ergäbe sich das gleiche Ergebnis, wenn das Ausmass der individuellen Beteiligung im Rahmen des Basisbeitrages Eingang fände. Vorliegend erfolge die Berücksichtigung des Ausmasses der individuellen

Beteiligung im Rahmen der erschwerenden und mildernden Umstände; dies nicht zuletzt, um unnötige Änderungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats zu vermeiden. Doch könne in anderen Fällen eine andere Vorgehensweise angezeigt sein (1,1721).

Angesichts der ermittelten Dauer "des Verstosses" von 23 Monaten (April 2004 bis Februar 2006) erachtete die Vorinstanz eine Erhöhung des Basisbetrages um 10 % als angemessen (1,1723 f.).

Unter dem Titel mildernde Umstände gestand die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Reduktion des Sanktionsbetrages um 5 % zu. (1,1736). Die Vorinstanz erläutert, die KG-Sanktionsverordnung zähle die mildernden Umstände nicht abschliessend auf. Obwohl "eine Wettbewerbsabrede über den Preis" bestehe, umfasse sie mehrere Elemente: Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA, Frachtraten und Kommissionierung von Zuschlägen. Auch wenn "nur eine einzige Wettbewerbsabrede" vorliege, sei die Beteiligung an den einzelnen Elementen der Abrede bei der Sanktionierung zu berücksichtigen. Hier hätten sich nicht alle Luftverkehrsunternehmen an allen "Abredeelementen" beteiligt, was zu berücksichtigen sei. Diese Vorgehensweise trage dem unterschiedlichen Ausmass der Beteiligung der Luftverkehrsunternehmen an der Abrede Rechnung. In dieser Hinsicht deckt sich die Vorgehensweise im Ergebnis auch mit der entsprechenden europäischen Rechtsprechung (1,1735) und kam zu folgendem Zwischenergebnis (1,1789/Tab.45):

[...]

Unter dem Titel "Bonusmeldungen – Vollständiger/teilweiser Verzicht der Belastung" (1,1790-1813) belohnte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin für die erbrachte Kooperation mit einer Sanktionsreduktion von [...] %. Hierzu führte sie aus, die Beschwerdeführerin habe rund [...] nach Untersuchungseröffnung eine Selbstanzeige eingereicht. Diese habe in [...] Masse zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen (1,1802).

Aufgrund dieser Überlegungen errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. [...] (1,1814):

[...]

## 15.2 Rügen der Beschwerdeführerin und deren rechtliche Würdigung

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin schliesst, sofern zu Unrecht ein Kartellverstoss bejaht wird, bereits die eingetretene Verjährung und die erfolgte Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine Sanktionierung aus (2<sup>[...]</sup>,28,39-89). Da die Vorinstanz den Grundbetrag entgegen ihrer eigenen Praxis falsch festgesetzt und weitere mildernde Umstände nicht berücksichtigt habe, müsse der Sanktionsbetrag erheblich reduziert werden und zwar auf maximal Fr. [...] (2<sup>[...]</sup>,298-302):

[... Tabelle der Beschwerdeführerin zur Berechnung der Sanktion...]

### 15.2.1 Verjährung des staatlichen Sanktionsanspruchs?

Im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 (Rz. 1660-1731) hat das Bundesverwaltungsgericht – in Analogie zur obligationenrechtlichen Verjährungsregelung (Rz. 1710 ff.) – erklärt, dass die "Untersuchungsverjährung" nach Ablauf von *zehn* Jahren seit ihrem Beginn eintritt und bei Einleitung einer Untersuchung nach Art. 27 KG unterbrochen wird (Rz. 1722; a.M. MARCEL NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, BSK KG, a.a.O., vor Art. 49a-53 Rz. 163-171 f.; a.M. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 49a Rz. 239a). Demgegenüber beginnt der Lauf der ebenfalls zehn Jahre betragenden Vollzugsverjährung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheids (Rz. 1728). Es liegen keine Gründe vor, die es rechtfertigen würden, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

Selbst wenn im Sinne der Beschwerdeführerin der Beginn der Verjährungsfrist auf den 6. März 2006 festgesetzt würde (2<sup>[...]</sup>,48), war im Lichte des Urteils B-831/2011 (Rz. 1660-1731) und der darin festgehaltenen *zehnjährigen* Verjährungsfristen der eingeforderte strittige Sanktionsbetrag zum Zeitpunkt des Erlasses der vorinstanzlichen Sanktionsverfügung am 2. Dezember 2013 noch nicht verjährt; auch während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vermag der strittige Sanktionsanspruch nicht zu verjähren. Auf die die Verjährung betreffenden Vorbringen der Beschwerdeführerin ist unter diesen Umständen nicht weiter einzugehen.

### 15.2.2 Sanktionsmilderung wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes?

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin liegt eine schwere Verletzung des Beschleunigungsgebots vor, was zumindest strafmildernd zu berücksichtigen sei. Mit 95 Monaten habe die Untersuchung "rund **dreimal** (!) so lang"

gedauert wie die – innerhalb von durchschnittlich 30 Monaten – abgeschlossenen Verfahren. Da das LVA CH-EU und die Abkommen mit Drittstaaten die vorinstanzliche Kompetenz auf lediglich fünf Strecken beschränkten, hätte die Untersuchung zu Beginn auf diese Strecken konzentriert werden müssen. Weshalb es acht Jahre gedauert habe, um die Wettbewerbsverhältnisse auf nur fünf Strecken zu untersuchen, sei unerklärlich. Die sechs Selbstanzeiger hätten den rechtserheblichen Sachverhalt "praktisch pfannenfertig präsentiert". Ab spätestens März 2006 habe die Vorinstanz über viele verwendbare Beweise verfügt, was weitere Sachverhaltsabklärungen erübrigt habe. Die Verfahrensdauer von acht Jahren sei absolut unverhältnismässig, weshalb die Busse um mindestens 50 % zu reduzieren sei. Ein anderes Resultat wäre unverhältnismässig, unbillig und rechtstaatlich nicht nachvollziehbar (2<sup>[...]</sup>, 305-310).

Dem hält die *Vorinstanz* entgegen, unter Würdigung aller Umstände sei hier in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht von einer übermässigen Verfahrensdauer auszugehen, welche eine Sanktionsreduktion oder Verfahrenseinstellung rechtfertigen würde. Das Verfahren habe wegen der unvergleichbaren Komplexität, des Sachverhaltsumfangs und der vielen heiklen Rechtsfragen so lange gedauert. Neben dem KG seien zahlreiche Staatsverträge zu berücksichtigen gewesen. Insbesondere sei die Erarbeitung des Sachverhalts sehr aufwändig gewesen. Die über 7'500 Seiten umfassenden Selbstanzeigen seien umfangreich gewesen. Als Pilotfall sei es der erste Fall mit Hausdurchsuchungen und Selbstanzeigen gewesen. Bereits diesbezüglich hätten sich viele neue Fragen gestellt. Die besondere Komplexität und der Umfang des Verfahrens widerspiegeln sich im Zeitbedarf der einzelnen Parteien für ihre Stellungnahmen. Entgegen der üblichen Frist von einem oder maximal zwei Monaten hätten die Parteien bis zu fünf Monate für eine Stellungnahme benötigt. Des Weiteren seien ungleich mehr Parteien involviert gewesen. Daher könne selbst die nach dem Bundesverwaltungsgericht gerade noch zulässige Höchstdauer von viereinhalb Jahren, die vom Bundesgericht relativiert worden sei, nicht herangezogen werden (1, 120, 164). In ihrer Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, der von der Beschwerdeführerin angestellte Vergleich zwischen verschiedenen Verfahren mit Sanktionen erlaube keine Schlüsse zur hier strittigen Verfahrensdauer. Jedes Verfahren sei unterschiedlich und in der angefochtenen Verfügung seien die speziellen Fallumstände ausführlich dargelegt worden (3<sup>[...]</sup>, 16).

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Für straf- und zivilrechtliche Verfahren ist dieser Anspruch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehen, der auf die "strafrechtlichen bzw. strafrechts-ähnlichen" Kartellsanktionsverfahren anwendbar ist (BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.2; Art. 6 Abs. 1 EMRK: "Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage [...] in einem fairen Verfahren, [...] innerhalb angemessener Frist verhandelt wird"). Bei der Anwendung der EMRK-Garantien auf andere als Kernbereiche des Strafrechts, wo die zeitlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung wegen des Schuldvorwurfs am strengsten sind, können sachgerechte Anpassungen vorgenommen werden (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1479 m.w.H).

Weder der EGMR noch das Bundesgericht definieren feste Fristen, welche der Beurteilung der Angemessenheit der Dauer von Verfahren zugrunde gelegt werden könnten. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob sich unter den konkreten Umständen die jeweilige Verfahrensdauer rechtfertigen lässt (vgl. Urteil des EGMR 42836/12 vom 9. Juli 2015 [El Khoury/Deutschland] Ziff. 82). Daher kann im Einzelfall selbst eine unüblich lange Verfahrensdauer angemessen sein (Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 47; vgl. auch das Urteil B-2977/2007 E. 7.5.4, wonach Verfahrensdauern von über zehn Jahren grundsätzlich nicht mehr als angemessen bewertet werden können).

Für die Beurteilung der Dauer von Verfahren sind folgende Gesichtspunkte massgeblich (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1646 m.H. auf die EGMR-Rechtsprechung):

1. Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen, wobei komplexe Wirtschaftsfälle angesichts der Anzahl an Betroffenen, der Verarbeitung umfangreicher Geschäftunterlagen, der Einholung von Zeugenaussagen und Gutachten einen erhöhten Aufwand erfordern;
2. die Sachgerechtigkeit des behördlichen bzw. gerichtlichen Vorgehens einschliesslich von Art und Umfang der durchzuführenden Untersuchungshandlungen sowie der objektiven Dringlichkeit der Angelegenheit. Insbesondere können längere, nicht gerechtfertigte Perioden der Untätigkeit zur Unangemessenheit führen, selbst wenn die Dauer als solche nicht unverhältnismässig gewesen wäre;

3. das Verhalten der Partei, z.B. bei Anträgen, welche den Verfahrensgang fördern oder verzögern;
4. die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere des (Schuld-)Vorwurfs sowie ihrer finanziellen und sonstigen Interessen.

In Grundsatzfragen kann als weiterer Punkt bei der Verfahrensführung das Bedürfnis nach Koordination mit anderen Verfahren berücksichtigt werden (vgl. Urteil des EGMR 68919/10 vom 4. September 2014 [Peter/Deutschland] Ziff. 46). Auch kann z.B. ein befristeter personeller behördlicher Engpass eine Verlängerung des Verfahrens rechtfertigen, nicht aber chronische Überlastung der Behörde und/oder strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. Urteil des EGMR 35632/13 vom 13. Januar 2015 [Hoholm/Slowakei] Ziff. 49; vgl. BGE 130 I 312 E. 5.2). Ab einer bestimmten Dauer kann im Einzelfall allein aufgrund der insgesamt abgelaufenen Zeit eine Beurteilung vorgenommen werden, ohne dass es einer detaillierten Analyse der Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. Urteil des EGMR, 53339/09 vom 2. Dezember 2014 [Siermiński/Polen] Ziff. 66). Doch bestehen auch hierfür keine vorgegebenen festen Fristen (vgl. Urteil B-831/2011 Rz. 1647).

Kartellrechtliche Sanktionsverfahren sind wegen ihres strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakters (BGE 143 II 297 E. 9.1) grundsätzlich beförderlich zu behandeln. Das heisst, je weniger komplex ein Verfahren oder je bedeutender es für die Parteien ist, desto schneller muss es abgeschlossen werden (vgl. z.B. BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4, je m.H.). Zu berücksichtigen ist aber, dass Kartellrechtsverfahren nicht selten umfangreiche und komplexe Sachverhalte betreffen, die den Rechtsanwender hinsichtlich der geforderten Abklärungstiefe vor nicht zu unterschätzende Herausforderungen stellen können (Urteil B-831/2011 Rz. 1651). So bedarf es einer Durchdringung und Abgrenzung von Märkten sowie vielfach einer Einarbeitung in die Besonderheiten des Sachgebiets in technischer wie auch ökonomischer Hinsicht. Soweit Marktverhältnisse abzuklären sind, müssen weitere Wirtschaftsteilnehmer einbezogen werden. Die Wettbewerbsbehörden sind oftmals gezwungen, in mehreren Etappen durch eine alternierende Befragung von Wirtschaftsteilnehmern den Sachverhalt aufzubereiten und viele Informationen zu verarbeiten, auch wenn sich oft nur ein geringer Teil als entscheidend erweisen mag. In rechtlicher Hinsicht sehen sich die Wettbewerbsbehörden häufig vor neue und schwierige Rechtsfragen gestellt, was eine gewissenhafte Fallbearbeitung bedingt.

Im vorliegenden Fall eröffnete die Vorinstanz die Untersuchung am 13. Februar 2006 (1,52 ff.), sandte den Parteien am 8. November 2012 ihren Antrag zu einer Sanktionsverfügung (act. 1:651) zur Stellungnahme zu und schloss die Untersuchung am 2. Dezember 2013 mit einer gegen vierzehn Luftfahrtunternehmen gerichteten Sanktionsverfügung ab. Somit dauerte die vorinstanzliche Untersuchung insgesamt rund *94 Monate* (7 Jahre und 9,5 Monate).

Diese fast achtjährige Untersuchungsdauer stellt in der Verfahrensführung der Vorinstanz zweifellos ein Novum dar, wenn als Vergleichsmaßstab bisherige Sanktionsverfahren mit einer durchschnittlich deutlich kürzeren Prozessdauer beigezogen werden (vgl. z.B. die Untersuchungen "Six Group", RPW 2011/1, 96, ca. *46 Monate* [vgl. hierzu das Urteil B-831/2011 Rz. 1652]; "Speditionsbereich", RPW 2013 142, ca. *62 Monate*; "Vertrieb von Musik", RPW 2012 820, ca. *13 Monate*; "Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau", RPW 2012 270, ca. *30 Monate*; "Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen", RPW 2012 615, ca. *17 Monate*; "ASCOPA", RPW 2011 529, ca. *35 Monate*; "Elektroinstallationsbetriebe Bern", RPW 2009 196, ca. *17 Monate*; "Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren", RPW 2010 717, ca. *39 Monate*).

Die Kritik, dass die Verfahrenslänge hier – angesichts der verfahrensbeschleunigenden Bonusmeldungen – nicht im Rahmen vergleichbarer Verfahren lag, ist nicht von der Hand zu weisen. Dass die Vorinstanz in ihrer – bis anhin umfangreichsten, 412-seitigen Verfügung (mit 1828 Fussnoten) sich mitunter nicht auf den entscheidewesentlichen Sachverhalt beschränkte, kann ebenfalls nicht bestritten werden. Es trifft auch zu, dass es nicht immer möglich ist, die zahlreichen Sachverhaltsvorhaltungen, auf welche die Verfügung Bezug nimmt, sowie Einzelheiten und Hintergründe dazu verlässlich einzuordnen. Auch hätte das Verfahren mit mehreren zehntausend Seiten Akten (vgl. in den vorinstanzlichen Akten die Aktenstücke act. 1-1029; act. A1-80; act. B1-28; act. C1-57; act. D1-27; act. E1-23 und act. F1-16) unter Umständen etwas weniger aufwändig gehalten werden können, was auch die Arbeit des Bundesverwaltungsgerichts erleichtert hätte.

Es trifft auch zu, dass im vorliegenden Fall die Dauer von rund vier Jahren und vier Monaten überschritten wurde, die das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-2977/2007 (E. 7.5.5) im damals zu beurteilenden Fall als an der äusseren Grenze zulässiger Prozessdauer, die sich aber "durch die Komplexität des Verfahrens und die vielen verfahrensleitenden Massnahmen

gerade noch rechtfertigen" lasse, anzusiedeln betrachtete (vgl. hierzu das Urteil 2C\_484/2010 E. 11).

Trotz all dieser Umstände darf aber nicht übersehen werden, dass die Vorinstanz ab Anfang 2006 nicht nur ein Verfahren gegen einen Unternehmenskomplex (wie im Fall "Publigroupe", vgl. Urteile B-2977/2007 bzw. 2C\_484/2010), sondern ein hochkomplexes Pilotverfahren gegen *vierzehn* Luftfahrtunternehmen (mit je spezifischen Eigenheiten) zu bewältigen hatte. Gestützt auf Selbstanzeigen mussten erstmalig umfassende Hausdurchsuchungen durchgeführt und im Nachgang neben sechs Selbstanzeigen auch umfangreiches Beweismaterial gesichtet werden. Gleichzeitig war in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen EU-Behörden die staatsvertraglich vorgesehene Kompetenzabgrenzung zu diskutieren. Für die Vorinstanz stellten sich auch erstmals heikle Fragen zur gleichzeitigen Anwendbarkeit von schweizerischem Sanktionsrecht und dem LVA CH-EU. Dies machte zahlreiche Abklärungen bei Bundesbehörden zu luftfahrtrechtlichen Fragestellungen (BAZL) und staats- und völkerrechtlichen Fragen (EDA-Integrationsbüro) nötig (vgl. die in den Vorakten befindlichen act. 1:84/95-100/102/214/215/ 217-221/225/301-306). Dass die Vorinstanz den ersten drei Selbstanzeigern attestiere, massgebend zum Verfahrenserfolg beigetragen zu haben, vermag daran nichts zu ändern (1,1802: "Beide Selbstanzeigen [sc. von der Beschwerdeführerin 2 und [...]] hätten in erheblichem Masse zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen"; vgl. 1,1800,1802).

Wie sich der erstinstanzlichen Prozessgeschichte entnehmen lässt, waren im vorliegenden Fall auch lange Zeit die Beurteilungszuständigkeiten sowie Grundsatzfragen zur Tragweite und Anwendbarkeit des KG unklar. Es ist daher auch verständlich, dass die Vorinstanz ihr Augenmerk erst nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 9. November 2010, der [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...] wegen deren Preiskartells mit Geldbussen von insgesamt EUR 799 Millionen belegte, vollends auf die fünf als rechtserheblich ausgewählten Flugstrecken (zwischen der Schweiz und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik [bis 30. April 2004], Pakistan und Vietnam) richtete, für welche sie zuständig war.

Zusammenfassend muss die Dauer dieses rechtlich wie auch sachverhältnissächlich äusserst komplexen Kartellsanktionsverfahrens in der Tat als lang qualifiziert werden.

Im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist aber dennoch nicht von einer Verletzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Beurteilung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer auszugehen.

Im Urteil 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 i.S. Les Editions Flammarion SA hielt das Bundesgericht in E. 12.6 mit Verweis auf BGE 130 I 312 E. 5.2 nämlich fest: "Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié".

Im vorliegende Verfahren hat die Beschwerdeführerin weder vor der Vorinstanz noch vor Bundesverwaltungsgericht, wo sie sich zum Stand des Verfahrens informiert hat (vgl. Aktennotizen vom 11. Juli 2016, 7. Oktober 2016 und 13. Juni 2017) Beanstandungen zur Verfahrensdauer angebracht bzw. die Vorinstanz oder das Bundesverwaltungsgericht zu einer raschen Behandlung der Angelegenheit aufgefordert.

Das passive Verhalten der Beschwerdeführerin steht somit – entgegen ihrem Antrag (2<sup>[...]</sup>,88) – sowohl einem gänzlichen Erlass der Sanktion sowie auch einer Reduktion derselben entgegen (Urteil 2C\_44/2020 E. 12.6.3).

Dass der EuG mit Urteil vom 16. Dezember 2015 den vorhin erwähnten Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 9. November 2010 (zitiert in E. 8.4.2) wegen schweren Begründungsmängeln aufhob (d. h. wegen klaren Widersprüchen zwischen "verfügendem Teil" [Dispositiv] und Begründung, vgl. hierzu die Urteile vom 16. Dezember 2015 in den Verfahren T-39/11 [...]; T-40/11 [...]; T-38/11 [...]; T-67/11 [...]; T-56/11 [...]; T-43/11 [...]; T-46/11 [...]; T-36/11 [...]; T-48/11 [...]; hierzu ROTHER/RIEGER, EuG-Urteil Luftfracht-Kartell, NZKart 3/2016 sowie Urteil des EuGH C-122/16 P vom 14. November 2017) beziehungsweise mit Urteilen vom 16. Dezember 2015 für nichtig erklärte (vgl. T-62/11 [...]; T-28/11 [...] sowie T-9/11 [...]; vgl. zum Kommissionsbeschluss AT.39258 vom 9. November 2010 ABl. 2014/C 371/9; Medienmitteilung IP/10/1487, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_10\\_1487](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_10_1487)), obschon in der EU das Luftfrachtkartell am 9. November 2010 in viel kürzerer Zeit mit Kommissionsbeschluss erledigt worden war, vermag daran nichts zu ändern.

Diese Niederlage vor dem EuG hat die EU Kommission im Übrigen fünfzehn Monate später am 17. März 2017 veranlasst, in gleicher Sache und unter Berücksichtigung der Einwände des EuG die vormals ausgesprochenen Bussen von insgesamt EUR 799 Millionen erneut zu bestätigen (zitiert in E. 8.4.2). Zu diesem in der Folge wiederum angefochtenen Beschluss erliess der EuG am 30. März 2022 diverse Urteile (Verfahren T-350/17 [...]; T-344/17 [...]; T-343/17 [...]; T-342/17 [...]; T-341/17 [...]; T-340/17 [...]; T-337/17, T-338/17 [...]; T-334/17 [...]; T-326/17 [...]; T-325/17 [...]; T-324/17 [...] und T-323/17 [...]; vgl. die entsprechende Pressemitteilung des EuG vom 30. März 2022 [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-03/cp22005\\_3de.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-03/cp22005_3de.pdf)).

### 15.2.3 Unverhältnismässiger Basisprozentsatz von 8 %?

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Prozentsatz des Basisbetrages von 8 % angesichts der Schwere des ihr vorgeworfenen Verstosses viel zu hoch und verletze das Gleichbehandlungsgebot, insbesondere, wenn er mit der bisherigen Praxis der Vorinstanz zu horizontalen Preisabreden verglichen werde. Er sei auf höchstens 5 % zu reduzieren (2<sup>[...]</sup>, 298-302).

Der für die Sanktionsberechnung heranzuziehende massgebliche Umsatz (auf den relevanten Strecken) von Fr. [...] (vgl. 1, 1722) ist unbestritten und kann ohne Weiteres den folgenden Überlegungen zu Grunde gelegt werden.

Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "*Schwere und Art des Verstosses*" bis zu 10 % der massgeblichen Umsätze beträgt.

Unter Schwere ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die *objektive*, d.h. *verschuldensunabhängige* Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Auch sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessenen Rechnung zu tragen (Urteil 2C\_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil B-8386/2015 E. 10.4.1 m.H.). Bei schweren Verstössen bewegt sich der

Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3).

Im vorliegenden Fall ist von einer Teilnahme an Abreden zu verschiedenen Preisbestandteilen auszugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine allfällige Verletzung von mehreren Tatbeständen durch mehrere voneinander getrennten Handlungsweisen nicht im Basisbetrag, sondern als Erschwerungsgrund zu behandeln (Urteil B-8386/2015 E. 10.4.4, 10.4.6 m.H.).

Sind für die Bemessung des Basisbetrags der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten zu berücksichtigen, ist angesichts der hier vorliegenden Umstände zu veranschlagen, dass – wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht (2<sup>1</sup>,300:4/5) – der Preiswettbewerb nicht in Bezug auf den überwiegenden Teil des Frachtpreises (d. h. die Summe aller die Frachtkosten ausmachenden Preiselemente, wie Frachtraten und Einzelzuschläge) beeinträchtigt war.

Damit erweist sich das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten als weniger schwerwiegend als von der Vorinstanz angenommen. Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher eine Korrektur des für den Basisbetrag angenommenen Prozentsatzes angezeigt, weshalb dieser von 8 % auf 6 % des relevanten Umsatzes zu reduzieren ist.

#### **15.2.4 Erhöhungsgrund: Dauer des Verstosses**

Die Erhöhung des Basisbetrages um 10 % wegen der ermittelten Dauer "des Verstosses" wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten und ist daher den folgenden Berechnungen zugrunde zu legen.

#### **15.2.5 Weitere erschwerende oder mildernde Umstände?**

Die nachgewiesene Teilnahme der Beschwerdeführerin an zwei Abreden (Treibstoffzuschläge und Nicht-Kommissionierung von Zuschlägen) im sanktionierbaren Zeitraum auf dem relevanten Markt ist als erschwerender Umstand zu werten, was zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrages um 10 % führt.

Mildernde Umstände sind im vorliegenden Fall – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen – nicht zu erkennen und im Lichte der in E. 15.2.3 gemachten Überlegungen nicht angezeigt.

### 15.2.6 Sanktionsreduktion wegen Selbstanzeige

Zu Recht nicht in Frage stellt die Beschwerdeführerin schliesslich, dass die Vorinstanz ihr gestützt auf ihre Selbstanzeige die nach SVKG maximal mögliche Sanktionsreduktion von [...] % zugestanden hat; auch diese Sanktionsreduktion ist daher den Berechnungen zu Grunde zu legen.

### 15.3 Ergebnis: Sanktionsreduktion

Zusammenfassend ist der vorinstanzlich verfügte Sanktionsbetrag somit von Fr. [...] auf Fr. [...] herabzusetzen:

Massgeblicher Umsatz	Fr. [...]
Basisbetrag	Fr. [...]
Basisbetrag nach Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (6 % MU)	Fr. [...]
Erhöhung wegen Dauer des Verstosses (+10 %)	Fr. [...]
Erhöhung wegen erschwerender Umstände (+10 %)	Fr. [...]
Bonus wegen der Selbstanzeige (-[...] %)	Fr. [...]
<b>Total der Sanktion</b>	<b>Fr. [...]</b>

## 16. Dispositiv Ziffer 1: angeordnetes Verbot von Preisabsprachen

**16.1** Während die Beschwerdeführerin die Dispositiv Ziffer 1 für rechtswidrig erachtet, weil den Parteien unnötigerweise und ohne jegliche gesetzliche Grundlage ein deutlich strengeres "Sonderkartellrecht" auferlegt und kartellrechtlich zulässiges Verhalten verboten werde (2<sup>[...]</sup>,288-293), hält die Vorinstanz die Dispositiv Ziffer 1 für ausreichend bestimmt, da sie ausschliesslich zukunftsgerichtete Verhaltensanweisungen enthalte.

Die Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung lautet wie folgt:

*"Den Parteien [...] wird untersagt, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes bezüglich Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen beziehungsweise entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies durch entsprechende Luftverkehrsabkommen nicht ausdrücklich erlaubt ist oder im Rahmen einer Allianz erfolgt, für die eine Freistellung gemäss EU-Luftverkehrsabkommen der zuständigen Behörde vorliegt."*

**16.2** Nach Ansicht der Vorinstanz muss das Dispositiv nicht die gesamte Begründung wiederholen. Die Dispositiv Ziffer 1 verbiete nur diejenigen Verhaltensweisen, die im Rahmen der Begründung als Tatbestandselemente des festgestellten Kartellrechtsverstosses herangezogen werden. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen liessen sich ohne Weiteres durch ein Unterlassen der wettbewerbsbeschränkenden Handlungen beseitigen. Andere Massnahmen seien nicht angezeigt. Daher müsse den Parteien verboten werden, sich konzernextern zu Luftfrachtdienstleistungen gegenseitig über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen, soweit dies nicht ausdrücklich in Luftverkehrsabkommen erlaubt sei. Wiederhandlungen gegen das anzuordnende Verbot könnten mit Verwaltungs- und Strafsanktionen belegt werden. Da sich die Sanktionierbarkeit klar aus dem Gesetz ergebe, dürfe auf eine entsprechende lediglich deklaratorische, nicht konstitutiv wirkende Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden (1,1640 ff.).

Die Dispositiv Ziffer 1 sei weder zu unbestimmt noch zu restriktiv. Sie halte konkret fest, dass es den Parteien verboten sei, sich gegenseitig zu Luftfrachtdienstleistungen über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungs-

mechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen (3<sup>[...]</sup>, 23 f.). So gesehen gehe die Dispositiv Ziffer 1 nicht über die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen hinaus und könne als deklaratorisch bezeichnet werden, da sich diese Ziffer im Rahmen des Verbots von Art. 8 LVA EU-CH bewege und alle Formen von Preisabsprachen erfasse.

### 16.3

**16.3.1** Die Dispositiv Ziffer 1 stützt sich auf Art. 30 Abs. 1 KG (mit der Marginalie "Entscheid"), wonach die Wettbewerbskommission "auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen" entscheidet.

Die von der Wettbewerbskommission im Einzelfall zu treffenden Massnahmen müssen den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, insbesondere im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Urteile des BGer 2C\_782/2021 vom 14. September 2022 E. 4 ff. i.S. Implenia; 2C\_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2 i.S. Dargaud [Suisse] SA; 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7 i.S. Les Editions Flammarion SA; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, 5.4.2 i.S. Implenia, je m.w.H.).

Nach der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung sind solche Massnahmen nicht nur dann zulässig, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung im Verfügungszeitpunkt noch besteht und beseitigt werden muss. Vielmehr dürfen sie auch neben einer direkten Sanktion getroffen werden, wenn sie zukunftsgerichtet – zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes – darauf abzielen, einer *hinreichend konkretisierten* Wiederholungsgefahr entgegenzuwirken (vgl. Urteil 2C\_782/2021 E. 4.3.3 f., 4.4, insb. E. 5.7, wo aufgrund der in den E. 5.3, 5.4.4 und 5.5.2 dargelegten Verhältnisse eine "ausreichende" Wiederholungsgefahr bejaht wird). In diesem Sinne hielt auch bereits das mit der gleichen Sache befasste Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5161/2019 fest, dass es einer "drohenden" erneuten Kartellrechtsverletzung bedarf (E. 4.3.3) beziehungsweise dass durch die Massnahmen aufgrund der konkreten Fallumstände zukunftsgerichtet ein erneuter Verstoss gegen Wettbewerbsrecht verhindert werden soll (E. 4.5 i.V.m. E. 5.4.2).

Im damals konkret zu beurteilenden Fall war die Beschwerdeführerin bereits *mehrmals* an verschiedenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.3 sowie Urteil B-5161/2019 E. 5.4.2). Das

Bundesgericht erwog deshalb, dass angesichts der *"Vielzahl von kartellrechtlichen Verfahren (...) ohne Weiteres ein gewisses Risiko angenommen werden"* dürfe, dass diese sich auch "in Zukunft wieder kartellrechtswidrig" verhalten werde (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.3).

Das Bundesgericht geht somit – wie vor ihm auch schon das Bundesverwaltungsgericht – offensichtlich nicht davon aus, dass eine "negative Prognose" allein schon aufgrund einer rein abstrakten Wiederholungsgefahr zu stellen ist, wie sie zweifellos immer gegeben sein dürfte, wenn nur der in Frage stehende Kartellrechtsverstoss betrachtet wird. Die Annahme der "ausreichende Wiederholungsgefahr" gründet vielmehr auf verschiedenen, in den Urteilen erwähnten Indizien (Urteil 2C\_782/2021 E. 5.7 i.V.m. E. 4.4, 5.3, 5.4.4, 5.5.2, 5.6; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.4.2, 5.4.2).

**16.3.2** Die Tatsache, dass die sanktionierten Luftfahrtunternehmen das ihnen vorgeworfene Verhalten bereits rund acht Jahre vor Erlass der angefochtenen Sanktionsverfügung aufgegeben haben, spricht somit hier nicht grundsätzlich gegen die Zulässigkeit einer zukunftsgerichteten, präventiven Massnahme; dürfen doch solche Massnahmen auch bei "eingestellten und direkt sanktionierbaren Tatbeständen" erlassen werden, um die Wiederholung einer festgestellten Wettbewerbsbeschränkung bei *ausreichender* Wiederholungsgefahr zu verhindern (Urteil 2C\_782/2021 E. 4.3.3 f., 4.4, 5.7; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.4.2, 5.4.2).

Für das Bundesverwaltungsgericht sind jedoch – anders als im vorangehend dargelegten, unlängst ergangenen Präjudiz des Bundesgerichts – keine Indizien ersichtlich, die hier auf eine negative Prognose schliessen liessen. Auch die Vorinstanz führt weder in der angefochtenen Verfügung noch im Schriftenwechsel vor Bundesverwaltungsgericht aus, inwiefern im vorliegenden Fall ein sachlich begründetes Risiko eines erneuten kartellgesetzlichen Verstosses, somit eine ausreichende Wiederholungsgefahr vorliegen könnte. Die angefochtene Verfügung weist lediglich darauf hin, die "vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen" liessen sich "(...) ohne Weiteres durch ein Unterlassen der die Wettbewerbsbeschränkung begründenden Handlungen beseitigen", weshalb den Parteien ein Verbot aufzuerlegen sei (1,1643).

Eine Massnahme, wie sie die Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung festhält (und die nach Ansicht der Vorinstanz "rein deklaratorisch" ist, vgl. E. 16.2), erweist sich unter diesen Umständen nicht als erforderlich. Das Vorgehen der Vorinstanz muss deshalb als unverhältnismässig bezeichnet werden. Es verletzt Art. 5 Abs. 2 BV.

Die Beschwerde ist insofern begründet und die Dispositiv Ziffer 1 ist, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezieht, aufzuheben.

## **17. Verfahrenskostenliquidation vor der Vorinstanz**

**17.1** Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Verursacher eines Verwaltungsverfahrens gebührenpflichtig, wenn dessen Verhalten Anstoss zu behördlichen Ermittlungen gebe (1,1818,1829-1837). Praxisgemäss würden grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher gelten und darum die Kosten zu gleichen Teilen tragen müssen. Davon sei nur abzuweichen, wenn das Ergebnis stossend wäre, was hier nicht der Fall sei. Eine Untersuchung sei gebührenpflichtig, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erwiesen sei, aber auch wenn sich Parteien unterziehen würden. Dies werde beispielsweise angenommen, wenn beanstandetes Verhalten aufgegeben und das Verfahren deshalb als gegenstandslos eingestellt werde. Die Gebührenpflicht entfalle nur, wenn sich bei verfahrensverursachenden Unternehmen die anfänglichen Anhaltspunkte nicht erhärten würden und deswegen das Verfahren eingestellt werde.

Der Zeitaufwand belaufe sich auf insgesamt 6'567 Stunden und werde gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den gesetzlichen Stundenansätzen berechnet. Die vorzunehmende Teileinstellung habe keine Auswirkung auf die Verfahrenskosten von gesamthaft Fr. 1'313'630.– (inkl. Auslagen von Fr. 9'740.–). Abzuziehen seien die reduzierten Verfahrensgebühren von Fr. 57'987.– für [...]; dieses Unternehmen habe keine Bemerkungen zum Sekretariats-Antrag gemacht, die Sanktionshöhe nicht beanstandet und auf eine mündliche Anhörung verzichtet. Der Restbetrag von Fr. 1'255'643.– sei anteilmässig von den verbliebenen dreizehn Adressatinnen im Umfang von je Fr. 96'588.– zu tragen (unter solidarischer Haftung).

**17.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sind die den Parteien auferlegten Verfahrenskosten von rund Fr. 1'300'000.– übertrieben hoch, nicht nachvollziehbar und deshalb zu reduzieren. Selbst in Anwendung des Verursacherprinzips könne es nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin zur Entschädigung von Aufwänden der Vorinstanz herangezogen wird, die vor allem durch übermässig langwierige Abklärungen zu Zuständigkeitsfragen mit zahlreichen staatlichen Stellen, sowie durch interne Abläufe, insbesondere Wechsel zwischen den zuständigen Dienstleitern sowie Einarbeitungszeiten verschiedener, für die Untersuchung zuständiger Sachbearbeiter verursacht worden seien.

### **17.3**

**17.3.1** Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG sind nicht gebührenpflichtig Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben beziehungsweise sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV, SR 172.041.1]).

**17.3.2** Im Grundsatz gilt das Verursacherprinzip. Danach ist nicht jede Person, welche ein Verfahren auslöst, kostenpflichtig. Das Verursacherprinzip verlangt aber, dass eine Tätigkeit unmittelbar von der gebührenpflichtigen Person verursacht beziehungsweise veranlasst worden ist. In Bezug auf Untersuchungen gemäss Art. 27 KG sind das z.B. diejenigen Unternehmen, die mutmasslich am Wettbewerbsverstoss beteiligt waren und damit einen Anfangsverdacht ausgelöst haben (DAVID BRUCH/TOBIAS JAAG, DIKE-KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 33; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 4 ff.). Das Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip relativiert (vgl. Art. 3 Abs. 2 GebV-KG), indem nur diejenige Person gebührenpflichtig wird, die in einem von ihr verursachten Verfahren gegen die Wettbewerbsbehörden unterliegt. Massgebend für die Gebührenpflicht

ist also das Ergebnis des verursachten beziehungsweise veranlassten Verfahrens (BRUCH/JAAG, DIKE-KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 34; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., Art. 53a Rz. 11).

**17.3.3** Die Beschwerdeführerin hat mit ihrer Selbstanzeige (inkl. zahlreichen Ergänzungen) das Untersuchungsverfahren, wie die Vorinstanz zugesteht, zwar nicht ausgelöst, so doch [...] unterstützt. Wäre die Beschwerdeführerin nicht in den Genuss der Bonusregelung gekommen, hätte sie einen um [...] % höheren Sanktionsbetrag zahlen müssen. In der vorinstanzlichen Untersuchung bestanden zwar Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, welche sich nur teilweise erhärten liessen. Doch konnte der Beschwerdeführerin lediglich in zwei Punkten (Treibstoffzuschläge und verweigerten Zuschlagskommissionierung) ein sanktionierbarer Verstoss gegen das KG nachgewiesen werden.

Wie bereits vorangehend erwähnt, ist nicht auszuschliessen, dass das Untersuchungsverfahren unter Umständen mit einem etwas weniger grossen Aufwand hätte betrieben werden können, was auch die Arbeit der Rechtsmittelbehörde erleichtert hätte.

Eine diesbezügliche nachträgliche "detaillierte" Aufschlüsselung der Verfahrenskosten ist indessen kaum praktikabel. Daher gebieten es nicht zuletzt auch verfahrensökonomische Gründe, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten um 30 % zu reduzieren.

Somit ist die ursprüngliche Gebühr von Fr. 1'303'890.– um 30 % auf Fr. 912'723.– zu kürzen, was neu Verfahrenskosten von Fr. 922'463.– ergibt (= Gebühr von Fr. 912'723.– + Auslagen von Fr. 9'740.–). Davon sind die von [...] (Fr. 96'588.–), [...] (Fr. 96'588.–), [...] (Fr. 96'588.–), [...] (Fr. 57'987.–) und [...] (Fr. 96'588.–) insgesamt – bereits rechtskräftig – geleisteten Fr. 444'339.– abzuziehen, was neu für die vor Bundesverwaltungsgericht beschwerdeführenden Parteien (Rest-)Verfahrenskosten von Fr. 478'124.– ergibt. Diese Summe ist durch die neun beschwerdeführenden Unternehmensgruppen zu teilen. Für die Beschwerdeführerin ergibt dies neu zu tragende Verfahrenskosten von Fr. 53'125.–, unter solidarischer Haftung für Fr. 318'750.–. Letzteres entspricht der Gesamtsumme der noch verbleibenden Verfahrenskosten nach Abzug des auf die vor Bundesverwaltungsgericht obsiegenden Parteien fallenden und daher von der Vorinstanz zu Unrecht geforderten Betrages. Von der Solidarhaftung abzu- sehen, wie die Beschwerdeführerin beantragt, besteht kein Grund.

## 18. Zusammenfassung

**18.1** Im Lichte aller bisher gemachten Erwägungen erweist sich die Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden kann, als teilweise begründet; sie ist insoweit gutzuheissen: Dispositiv Ziffer 1 ist aufzuheben, Dispositiv Ziffer 2 zu korrigieren und entsprechend den vorstehenden Urteilserwägungen neu zu fassen. Ebenfalls neu zu fassen ist die Dispositiv Ziffer 4. Die zu sprechenden Verfahrenskosten sind zu reduzieren. Soweit weitergehend, ist die Beschwerde indessen abzuweisen.

**18.2** Die als "Verfahrensanträge" gestellten Begehren der Beschwerdeführerin beziehen sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens. Soweit damit die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist dies vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen:

**18.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG *ex lege* geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

**18.2.2** Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich auf den weiteren Verfahrensantrag (2<sup>[...]</sup>,38) der Beschwerdeführerin einzugehen, mit dem sie beantragt, ihr einen Rückzug der Beschwerde zu ermöglichen, sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten von einem (Teil-)Rückzug der Selbstanzeige ausgehen oder aus anderen Gründen die von der Vorinstanz gewährte Sanktionsreduktion von [...] % in Frage stellen.

## 19. Nebenfolgen

**19.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin teilweise obsiegende Partei, Verfahrenskosten sind ihr daher nur in ermässigtem Umfang, aufzuerlegen, soweit auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist beziehungsweise soweit sie unterliegt. In Anbetracht aller relevanten Umstände werden diese auf Fr. [...] festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. [...] verrechnet, weshalb der Beschwerdeführerin der Restbetrag von Fr. [...] nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

## **19.2**

**19.2.1** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.–. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3).

**19.2.2** Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung – in dieser Streitsache mit einem beträchtlichen finanziellen Streitwert – ist der Beschwerdeführerin, da sie teilweise obsiegt, eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht ein gewisses Ermessen zu. Das Honorar berechnet sich mithin einzig nach dem Aufwand und nicht nach dem Streitwert. Eine summenmässig bestimmte feste Obergrenze besteht nicht (Urteile des BGer 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte] E. 8.3.1). Indessen umfasst die

Parteientschädigung nur die notwendigen Kosten (Urteil 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 E. 8.3.4).

**19.2.3** Mit Kostennote vom 8. Oktober 2015 macht die Beschwerdeführerin einen Aufwand von insgesamt Fr. 119'014.30 geltend, der auch Auslagen (Fr. 4'238.40) und MWST von 8 % (Fr. 8'815.90) beinhaltet. Zur Begründung ihrer detaillierten Kostennote machen die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend, bei der Festsetzung der Parteientschädigung sei zu berücksichtigen, dass ein überdurchschnittlich grosser Aufwand mit dem Verfahren verbunden gewesen sei – dies wegen der sehr umfangreichen, über 400 Seiten umfassenden Verfügung und der ebenfalls sehr umfangreichen Akten aus dem vorinstanzlichen Verfahren. Angesichts dieser Umstände sei das Verfassen der Rechtsschriften besonders komplex und aufwändig gewesen. Das vorinstanzliche Verfahren habe sich seit der Untersuchungseröffnung über mehr als acht Jahre hingezogen, was die Aufarbeitung der Sachlage für das Beschwerdeverfahren zusätzlich erschwert habe. Überdies hätten zahlreiche Dokumente und Rechtsschriften ins Englische übersetzt werden müssen, was ebenfalls einen erheblichen Zusatzaufwand mit sich gebracht habe:

Funktion	Arbeitsaufwand in Stunden	Stundensätze in CHF (gemäss VGKE)	Betrag in CHF
Partner (Anwalt)	124.70	400.00	49'880.00
Angestellte Anwälte	141.20	350.00	49'420.00
Juristische Mitarbeiter	33.30	200.00	6'660.00
Spesen (pauschal 4%)			4'238.40
Zwischentotal			110'198.40
MWST von 8%			8'815.90
<b>Gesamtbetrag</b>			<b>119'014.30</b>

Die in der Kostennote nachvollziehbar aufgelisteten Aufwendungen lassen sich im Sinne der schlüssigen Ausführungen der Beschwerdeführerin angesichts der Komplexität der Streitsache grundsätzlich nicht beanstanden.

Indessen umfasst die Parteientschädigung keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, wenn, wie hier, bei der gewillkürten Vertretung die Partei ihren Sitz im Ausland hat (vgl. Art. 8 Abs. 1 MWSTG zum Empfängerortsprinzip, wonach an einen ausländischen Empfänger erbrachte Dienstleistungen nicht der MWST als Inlandsteuer [Art. 10 ff. MWSTG] unterliegen). Dies führt hier zu einem Abzug der insgesamt geltend gemachten Mehrwertsteuer von Fr. 8'815.90.

Somit ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung im beantragten, jedoch im Rahmen ihres teilweisen Obsiegens reduzierten Umfang, d. h. insgesamt ausmachend Fr. 60'000.–, zuzusprechen. Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutgeheissen.

**1.1** Die Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 wird, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezieht, aufgehoben.

**1.2** Die Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die der Beschwerdeführerin auferlegten Sanktion wie folgt neu gefasst:

"A. \_\_\_\_\_ wird für ihre Beteiligung an zwei – nach Art. 8 LVA CH-EU in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a KG unzulässigen – Preisabreden (1) betreffend Treibstoffzuschlägen sowie (2) betreffend die Verweigerung der Kommissionierung von Zuschlägen (je erfolgt bis Februar 2006) gestützt auf Art. 49a KG mit einem Verwaltungssanktionsbetrag von Fr. [...] belastet."

**1.3** Die Dispositiv Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten wie folgt neu gefasst:

"Die Verfahrenskosten von Fr. 922'463.–, bestehend aus einer Gebühr von Fr. 912'723.– und Auslagen von Fr. 9'740.–, werden folgendermassen auferlegt: A. \_\_\_\_\_, Fr. 53'125.–, unter solidarischer Haftung für Fr. 318'750.–."

**1.4** Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. [...] auferlegt. Dieser Betrag wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. [...] verrechnet, weshalb der Beschwerdeführerin der Restbetrag von Fr. [...] nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet wird.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 60'000.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 20. Dezember 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 81.21-0014; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft,  
Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)