



---

Abteilung II  
B-765/2014

## Urteil vom 16. November 2022

---

Besetzung

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

---

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
[...],  
2. **B.** \_\_\_\_\_,  
[...],  
3. **C.** \_\_\_\_\_,  
[...],  
4. **D.** \_\_\_\_\_,  
[...],  
alle vertreten durch [...],  
[...],  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

---

Gegenstand

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

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

**A.a** Am 23. Dezember 2005 reichte die A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin 1) 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. \_\_\_\_\_, die B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerinnen 2 und 3) 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 (BBI 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 [...] sowie am 16. September 2013 mit [...].

**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 – nicht aber den Beschwerdeführerinnen, welchen der Sanktionsbetrag von Fr. 15'846'573.– infolge Bonusregelung ganz erlassen worden war – 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 12. Februar 2014 fochten die Beschwerdeführerinnen die vorinstanzliche Verfügung vom 2. Dezember 2013 beim Bundesverwaltungsgericht an. In ihrer Beschwerde stellen sie folgende Rechtsbegehren:

- "1. Dispositiv Ziffer 2 des Entscheids der Weko vom 2. Dezember 2013 in Sachen Untersuchung betreffend Abreden im Bereich Luftfracht (81.21 -00 14) sei insoweit aufzuheben, als durch den pauschalen Bezug auf das in den Erwägungen beschriebene Verhalten auch Abreden zu Frachtraten und eine Gesamtabrede im Bereich Luftfracht Verfügungsgegenstand sind, und die Untersuchung sei in dieser Hinsicht ohne Folgen für [...] einzustellen.
2. Dispositiv Ziffer 1 des im Antrag Nr. 1 genannten Entscheids der Weko sei teilweise aufzuheben, soweit darin jeder Informationsaustausch zu Preiselementen und Preisfestsetzungsmechanismen untersagt wird.
3. Die Kosten der Untersuchung seien anteilig vom Staat zu tragen, soweit diese im Hinblick auf Frachtraten und die Gesamtabrede im Bereich Luftfracht einzustellen ist."

Des Weiteren werden folgende Verfahrensanhträge gestellt:

- "1. Die Akten der Vorinstanz seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet werden, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Fall einer Entscheidpublikation offen zu legen.
3. Im Falle einer Entscheidpublikation sei der Publikationstext vorgängig der Publikation [...] vorzulegen, damit [...] diesen auf Geschäftsgeheimnisse prüfen kann."

**C.**

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

**D.**

Mit Replik vom 19. August 2014 bekräftigen die Beschwerdeführerinnen ihre Beschwerde.

**E.**

Mit Duplik vom 2. Oktober 2014 bestätigt die Vorinstanz ihre in der angefochtenen Verfügung sowie ihrer Vernehmlassung gemachten Aussagen.

**F.**

**F.a** Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit für das vorliegende Urteil erheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**F.b** Angesichts der Verfahrenskomplexität werden im Interesse der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit des Urteils nachfolgend, wo nötig, die Eingaben der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Aktenstücke (in den Klammern) mit *Zahlen* (vor Komma/Doppelpunkt) wie folgt abgekürzt:

1 = angefochtene Sanktionsverfügung; 2 = Beschwerde; 3 = Vernehmlassung der Vorinstanz; 4 = Replik der Beschwerdeführerin(nen); 5 = Duplik der Vorinstanz; 6 = Triplik der Beschwerdeführerin(nen); 7 = Quadruplik der Vorinstanz. Auf ein *Komma* folgende Zahlen bedeuten je nachdem Rz., Ziff. oder Seite – *Doppelpunkt* steht vor act. oder Beilage (*Beispiele*: 1,52 = Sanktionsverfügung, Rz. 52; 1:559:1 = Sanktionsverfügung, act. 559, Beilage 1; 1:9,3 = act. 9, Ziff. 3 der Sanktionsverfügung; 2<sup>[...]</sup>:15,7 = Beschwerde von [...], Beilage 15, Rz. 7; 4<sup>[...]</sup>,3 = Replik von [...], Rz. 3).

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessuales**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 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.

**1.2** 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 den Beschwerdeführerinnen verboten, sich ausserhalb des eigenen Konzernverbandes über Preise, Preislelemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen und entsprechende Informationen auszutauschen (Dispositiv Ziffer 1). Zudem werden sie zur Bezahlung von Verfahrenskosten von Fr. 96'588.– (in solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag von Fr. 1'313'630.–) verpflichtet (Dispositiv Ziffer 4).

Als materielle Verfügungsadressatinnen sind sie von der angefochtenen Verfügung besonders berührt und zur Beschwerdeführung legitimiert. Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde im soeben erwähnten Rahmen einzutreten.

### 1.3

**1.3.1** Den Beschwerdeführerinnen wird in der angefochtenen Verfügung keine Sanktion auferlegt, da der von der Vorinstanz ermittelte Sanktionsbetrag von Fr. 15'846'573.– ihnen gegenüber im Rahmen der Bonusregelung vollständig erlassen worden ist (vgl. A.f). Soweit die Beschwerdeführerinnen die der Sanktionierung gewidmete Ziffer 2 des Dispositivs anfechten, ist daher mangels Beschwer auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

**1.3.2** Dass die Beschwerdeführerinnen ihre Beschwerdelegitimation im Ergebnis auch damit begründen, ihnen drohten wegen der behaupteten Abreden bei Frachtraten und der angeblichen Gesamtabrede im Ausland zivile Schadenersatzklagen, wenn die "(teils unzutreffenden, aber [hypothetisch] mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsenden) Feststellungen in der Verfügung" nicht aufgehoben würden (2<sup>[...]</sup>,8) vermag daran nichts zu ändern. Diese Fragestellung beschlägt ausschliesslich das Beschwerdeverfahren [...], das mit (dem nunmehr rechtskräftigen) Urteil [...] abgeschlossen wurde. Streitgegenstand bildete dort die allfällige Publikation der angefochtenen Sanktionsverfügung, d. h. der Umfang notwendiger Anonymisierungen zum Sachverhalt.

**1.3.3** Soweit die Beschwerdeführerinnen die Einstellung des Verfahrens beantragen (2<sup>[...]</sup>, 21,65), ist auf die Beschwerde praxisgemäss nicht einzutreten (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).

## 2. Streitgegenstand

**2.1** *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).

**2.2** 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 teilweise 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 Sachver-



haltselemente erörtert, die ausserhalb der Beurteilungskompetenz der Vorinstanz liegen, ebenso Kontakte, die sich als zulässig erwiesen oder Zeiträume vor Einführung direkter Sanktionen betreffen.

Die Frage, welche Sachverhaltskomplexe – im Lichte der vorinstanzlichen Zuständigkeiten und Sanktionskompetenzen – vom Bundesverwaltungsgericht überhaupt beurteilt werden müssen und welche Sachverhalte als nicht rechtserheblich ausgeblendet werden dürfen, kann hier jedoch offenbleiben. Die Beschwerdeführerinnen wurden in der Dispositiv Ziffer 2 – als einziges Luftfahrtunternehmen – wegen des ihnen zugestandenen vollständigen Sanktionserlasses *nicht* mit einem *Sanktionsbetrag* belastet. Daher ist auf ihre diese Ziffer betreffenden Anträge nicht einzutreten (vgl. E. 1.3.1) und auf die diesbezüglichen Einwände nicht weiter einzugehen.

**2.3** Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens erstreckt sich somit ausgehend von den Rechtsbegehren, auf die einzutreten ist (vgl. E. 1.2), auf zwei Fragen:

- auf das in der Dispositiv Ziffer 1 den Beschwerdeführerinnen 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.

### **3. Verbot von Preisabsprachen (Dispositiv Ziffer 1)**

**3.1** 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."

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden das verfügte Preiskartell-Verbot als zu weitreichend formuliert (2<sup>[...]</sup>, 8,60-63), was die zukünftige Geschäftsentwicklung behindern würde. Nicht jeder Informationsaustausch bezwecke oder bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung.

Die Dispo Ziffer 1 sei zu unbestimmt formuliert, weil für ein nicht genügend präzise definiertes Verhalten Sanktionen angedroht würden. Sanktionsdrohungen nach dem Kartellgesetz hätten strafrechtsähnlichen Charakter, weshalb das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot zur Anwendung gelange. Das Verbot sei sodann auch zu restriktiv formuliert, weil jede Qualifikation der vom Verbot erfassten Informationen als nicht öffentlich bekannte Informationen über aktuelle oder zukünftige Preise beziehungsweise Preiselemente fehle. So würde auch ein wettbewerbsrechtlich unbedenklicher Informationsaustausch (z.B. im Rahmen der IATA) verboten, obwohl dies allenfalls prokompetitive Wirkung haben könnte (wie z.B. Transparenz gegenüber den Kunden, Effizienzvorteile).

**3.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, das Dispositiv müsse 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. Widerhandlungen 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 zudem weder zu unbestimmt noch zu restriktiv. Sie halte konkret fest, dass es den Parteien verboten sei, sich gegenseitig zu Luftfrachtdienstleistungen über Preise, Preiselemente und Preisfestsetzungsmechanismen abzusprechen oder entsprechende Informationen auszutauschen (3<sup>1</sup>, 23 f.). So gesehen gehe die Dispositiv Ziffer 1 nicht über die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen hinaus. Diese Ziffer sei deklaratorisch, da sie sich im Rahmen des Verbots von Art. 8 LVA EU-CH bewege und sämtliche Formen von Preisabsprachen erfasse.

### 3.3

**3.3.1** 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, E. 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., E. 4.4, insb. E. 5.7, wo aufgrund der in den E. 5.3, 5.4.4, 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 und 5.6; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.4.2, 5.4.2).

**3.3.2** 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. 3.2), 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 Beschwerdeführerinnen bezieht, aufzuheben.

#### **4. Verfahrenskostenliquidation vor der Vorinstanz**

**4.1** 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 ent falle 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 gesamt haft 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).

**4.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen liegt kein gebührenpflichtiges Unterliegen vor, wenn sich bei Verfahrensbeteiligten anfängliche Anhaltspunkte nicht erhärten haben und darum das Verfahren eingestellt werde. Nicht geregelt sei das teilweise Unterliegen, wenn Anhaltspunkte nur teilweise begründet seien und das Verfahren im Übrigen eingestellt werde. Diesfalls seien zivilprozessuale Grundsätze analog anzuwenden, da die untersuchende Behörde sonst keinen Anreiz hätte, Verfahren effizient zu führen. Folglich seien die Untersuchungskosten antragsgemäss anteilig vom Staat zu tragen, soweit die Untersuchung zu Frachtraten und zur Gesamtabrede einzustellen sei (2<sup>[...]</sup>,65).

### 4.3

**4.3.1** 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]).

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-Kommentar KG [nachfolgend: DIKE-KG], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 53a Rz. 33; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, 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, a.a.O., Art. 53a Rz. 34; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 53a Rz. 11).

**4.3.2** Die Beschwerdeführerinnen haben mit ihrer Selbstanzeige (inkl. zahlreichen Ergänzungen) das Untersuchungsverfahren zwar ausgelöst und wären ohne Bonusregelung im Vergleich zu den anderen Luftfahrtunternehmen mit dem höchsten Sanktionsbetrag (Fr. 15'846'573.–) belegt worden.

Die Vorinstanz hat aber in ihrer bis dahin umfangreichsten, 412-seitigen Verfügung (mit 1828 Fussnoten) einen etwas überschüssend weiten, globalen "Allerweltssachverhalt" zusammengetragen, der teilweise nicht entscheidungswesentlich war, weil er nicht sanktionierbare Zeiträume betraf oder die Vorinstanz für dessen Beurteilung von vornherein nicht zuständig war. Dies bestreitet zu Recht auch die Vorinstanz nicht (vgl. 3<sup>[...]</sup>, 5<sup>[...]</sup>).

Im Unterschied zu anders gelagerten Fällen (vgl. das BVGer Urteil B-807/2012 E. 13.1.2) erlaubt sich daher hier der Schluss, 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 Beschwerdeführerinnen 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.

## **5. Zusammenfassung**

**5.1** Die Beschwerde erweist sich, soweit auf sie einzutreten ist, als begründet, weshalb sie, soweit sie die Anfechtung der Dispositiv Ziffern 1 und 4 betrifft, teilweise gutzuheissen ist.

**5.2** Die als "Verfahrensanträge" gestellten Begehren 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.

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.

## **6. Nebenfolgen**

**6.1** 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 obsiegen die Beschwerdeführerinnen teilweise. Deshalb sind ihnen, soweit sie unterliegen, in ermässigtem Umfang (d.h. zu 1/2) Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese Kosten werden hier in Anbetracht aller relevanten Umstände und unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache ermessensweise auf Fr. [...] festgesetzt (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und sind dem geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. [...] zu entnehmen.

**6.2** Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist den Beschwerdeführerinnen, da sie teilweise obsiegen, eine um die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE).

Da die Beschwerdeführerinnen für ihre Rechtsvertretung keine Kostennote einreichen liessen, ist die Entschädigung auf Grund der Akten und nach freiem gerichtlichen Ermessen zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). So-



weit 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).

Die zu 1/2 reduzierte Parteientschädigung wird hier in Anbetracht aller relevanten Umstände und unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache ermessensweise auf Fr. 30'000.– festgelegt. Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

### **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 es die Beschwerdeführerinnen betrifft, aufgehoben.

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

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

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

#### **2.**

Die teilweise reduzierten Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. [...] werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt (unter Solidarhaftung für den Gesamtbetrag) und mit dem von ihnen insgesamt geleisteten Kostenvorschuss von Fr. [...] verrechnet. Den Beschwerdeführerinnen ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils der Restbetrag von Fr. [...] zurückzuerstatten.

**3.**

Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 30'000.– zugesprochen, welche nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten ist.

**4.**

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung

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 Handen 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 Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilagen: vier Rück-  
erstattungsformulare)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 81.21-0014; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und For-  
schung (Gerichtsurkunde)