



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).

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).

Zur Begründung wird ausgeführt, anwendbar seien sowohl 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) als auch das Kartellgesetz (KG, SR 251). Gemäss LVA CH-EU seien bei Strecken in die EU ausschliesslich europäische Behörden zuständig. Deshalb schränke das LVA CH-EU die Zuständigkeit der Schweiz auf Strecken mit Drittländern ein. Im schweizerischen Zuständigkeitsbereich liegende Verhaltensweisen seien sanktionierbar, wenn sie sowohl nach KG als auch nach LVA CH-EU unzulässig seien.

Zum Sachverhalt legt die Vorinstanz dar, 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.

Mehrere Luftverkehrsunternehmen hätten sich über längere Zeit an einer horizontalen Preisabrede beteiligt und sich über Frachtraten, Treibstoffzuschläge, Kriegsrisikozuschläge, Zollabfertigungszuschläge für die USA sowie über die Kommissionierung dieser Zuschläge abgesprochen oder ihr Verhalten entsprechend abgestimmt. In einem Netzwerk, insbesondere unter dem Dach des Z. _____ (als Interessenvertreter etlicher Luftfrachtunternehmen), hätten sie in vielen Kontakten ihr Preisverhalten für die Bereitstellung von Luftfrachtleistungen koordiniert.

Es seien Abreden mit grundsätzlich weltweiter Geltung getroffen worden, die auch Luftfracht auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern betroffen hätten. Kartellrechtlich sanktionsrelevant seien nur die Strecken zwischen der Schweiz und den USA, Singapur, der Tschechischen Republik (bis 30. April 2004), Pakistan und Vietnam. Die "vorliegende Wettbewerbsabrede" beeinträchtige den Wettbewerb zumindest erheblich, was für alle Strecken gelte. Mangels Rechtfertigung läge für die genannten Strecken eine unzulässige Wettbewerbsabrede über die direkte beziehungsweise indirekte Preisfestsetzung vor. Dies sei nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Trotz langer Untersuchungsdauer sei der Sanktionsanspruch nicht verjährt.

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 focht die Beschwerdeführerin die Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 beim Bundesverwaltungsgericht an mit folgendem Rechtsbegehren:

"Die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben, und das kartellrechtliche Verfahren gegen die Beschwerdeführerin sei ohne Anordnung von Massnahmen oder Sanktionen und ohne Kostenfolgen einzustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes."

Ferner stellt sie folgende Verfahrensanhträge:

- "1. Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen;
2. Es seien alle im vorinstanzlichen Verfahren als Geschäftsgeheimnisse oder vertraulich bezeichneten Angaben und Akten als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Falle einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen;
3. Für den Fall einer Entscheidpublikation sei der Beschwerdeführerin der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Daten zuzustellen."

B.a In formeller Hinsicht rügt sie, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Die Vorinstanz habe diverse behördliche Briefwechsel nicht offengelegt und keine nachvollziehbare Begründung zur Höhe der Verfahrenskosten geliefert.

B.b Des Weiteren dürfe die Vorinstanz nicht parallel nationales und supranationales Recht anwenden. Zwar sei die Vorinstanz für Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten zuständig, dürfe hierbei aber einzig das LVA CH-EU anwenden. Dies schliesse die Sanktionierbarkeit aus.

B.c Das Verfahren vor der Vorinstanz habe fast acht Jahre gedauert, was das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot arg verletze. Zudem sei am 1. März 2010 die vierjährige Verjährungsfrist abgelaufen, weshalb ohnehin die angefochtene Verfügung aufgehoben werden müsste, selbst wenn fälschlicherweise das KG für anwendbar erklärt würde.

B.d In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig ermittelt, insbesondere für den Zeitraum von April 2000 bis Februar 2006 überhaupt keine Abreden nachweisen können.

Ziff. 3 der Sanktionsverfügung; 4^[...],3 = Replik von [...], Rz. 3; 2^[...]:15,7 = Beschwerde von [...], Beilage 15, Rz. 7).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2.1 Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, 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 Konzerns 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 zu 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. Insoweit ist auf die Beschwerde einzutreten.

Die Auffassung der Vorinstanz, [...] sei die Beschwerdeführerin nicht beschwert (3^[...],14), geht fehl, ergibt sich die Beschwer entgegen den Ausführungen der Vorinstanz doch nicht aus einer Gegenüberstellung der [...] mit dem vorinstanzlich ermittelten und dem als rechtserheblich gewürdigten Sachverhalt.

1.2.2 Der Beschwerdeführerin, welche die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, fehlt indessen die Beschwer insoweit, als ihr uneingeschränkter Antrag auch die gegenüber den übrigen Verfügungsadressatinnen (vgl. die Übersicht unter A.f) ausgesprochenen Sanktionsbeträge umfassen sollte. Da sie auch als Drittbeschwerdeführerin "pro Verfügungsadressatinnen" kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung dieser Sanktionen geltend zu machen vermag, ist auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

Nach konstanter Praxis ebenfalls nicht einzutreten, ist auf den Antrag, das Verfahren einzustellen, zumal die Eröffnung einer Untersuchung keine Verfügung darstellt und insofern kein Feststellungsinteresse an der Gegenstandslosigkeit einer Untersuchung anerkannt wird (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). Entgegen der Beschwerdeführerin vermag der von ihr geltend gemachte Devolutiveffekt der Beschwerde (8^[...],5) kein Abweichen von dieser Praxis zu rechtfertigen.

1.3 Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde im soeben erwähnten Rahmen einzutreten.

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).

Nach konstanter Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid 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 es aber 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.H.).

3.

Der vorliegende Streit liegt in einem Spannungsfeld landes- und völkerrechtlicher Vorschriften, die mit Blick auf Untersuchungs- und allfällige Sanktionskompetenzen unterschiedliche Behördenzuständigkeiten – EU, Schweiz und Drittstaaten – vorsehen. Deswegen waren für die Vorinstanz jahrelang sowohl die genaue Kompetenzabgrenzung wie auch die Frage des anwendbaren Rechts unklar, wie ihre langwierigen rechtlichen Abklärungen in Zusammenarbeit mit etlichen in- und ausländischen Behörden zeigen.

3.1 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) und zwar für folgende 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 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, BBl 1999, 6128, 6150; BGE 138 II 42 E. 2.1, E. 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., BBl 1999, 6150, 6156 ff.; GLASER, a.a.O., S. 150 f.). 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 Teile dieses Abkommens der Wettbewerbsbehörde der EU (Kommission) und der Europäischen Gerichtsbarkeit unterstellt werden (vgl. Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 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 grundsätzlich EU-Kartellrecht gilt, was zu Recht unbestritten ist.

3.2 Nach Art. 34 LVA CH-EU gilt dieses Abkommen für die Gebiete, in denen der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (heute: EU) angewendet wird, und nach Massgabe jenes Vertrags einerseits und für das Hoheitsgebiet der Schweiz andererseits. Nach Art. 2 LVA CH-EU gelten die Bestimmungen dieses Abkommens und des Anhangs in dem Umfang, in dem sie den Luftverkehr oder unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie im Anhang aufgeführt betreffen.

Gemäss Art. 32 LVA CH-EU ist der Anhang Bestandteil des LVA CH-EU. Neben den materiellen Bestimmungen über das Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz sowie den verfahrensrechtlichen Durchsetzungsbestimmungen, die im LVA CH-EU selbst enthalten sind, verweist dessen Anhang auf die für die Rechtsanwendung massgeblichen EG- bzw. EU-rechtlichen Durchführungsverordnungen (vgl. COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 710; 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.).

3.3 Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a LVA CH-EU sind mit diesem Abkommen unvereinbar und verboten 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.

3.4 Nach Art. 11 Abs. 1 LVA CH-EU wenden die Organe der Gemeinschaft die 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.

Die Botschaft des Bundesrates hält diesbezüglich 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., BBI 1999, 6158; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 709).

Gemäss Bundesrat 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 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, Botschaft Bilaterale I, BBI 1999, 6255 f.).

3.5 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., BBI 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).

3.6 Die fraglichen Luftfrachttransporte durch die Beschwerdeführerin und deren wettbewerbsrechtliche Beurteilung fallen, zumal sie den Luftverkehr betreffen, nach Art. 2 LVA CH-EU somit grundsätzlich in dessen Geltungsbereich.

Zu Recht bestreiten die Verfahrensbeteiligten denn auch nicht, dass für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der sanktionierten, angeblichen Wettbewerbsabreden zu Luftfrachtverkehrsstrecken zwischen der Schweiz und den USA das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene LVA CH-EU – als neue völkerrechtliche Regelung und Ergänzung zum KG – massgebend ist.

Die Beschwerdeführerin anerkennt im Grundsatz auch die Entscheidzuständigkeit der Vorinstanz für Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten. Sie ist aber der Meinung, dass eine Sanktionierung nicht erfolgen dürfe, weil hier allein das LVA CH-EU anwendbar sei, welches keine Sanktionsfolgen vorsehe.

4.

Bevor die beanstandete Sanktion beziehungsweise weitere Rechtsfragen diskutiert werden können, ist indessen zu prüfen, ob die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Kartellverstösse, sollten sie denn zutreffen, nach dem LVA CH-EU überhaupt in die Beurteilungszuständigkeit der schweizerischen Behörden fallen.

4.1 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin im sanktionserheblichen Zeitraum keine direkten Flüge von Schweizer Flughäfen aus in Drittländer ausführte (vgl. act. 1:193,37-48, insb. act. 1:193,51 sowie act. 1:F3,8,26).

Die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin in [...], insbesondere auch ihr Hinweis, sie habe Güter für Schweizer Kunden stets mit Lastwagen zu Flughäfen in anderen europäischen Ländern transportiert (act. 1:F3,8), wurden von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt. Auch für das Bundesverwaltungsgericht ist nichts ersichtlich, was an der Richtigkeit der Darstellung der Beschwerdeführerin Zweifel aufkommen liesse.

4.2 Dass die Beschwerdeführerin keine direkten Flüge aus der Schweiz in Drittländer ausführte, hält die Vorinstanz indessen für unwesentlich. Nach ihrer Ansicht richtet sich die Zuständigkeit einzig nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU, das heisst nach der zurückgelegten "Strecke". Diese definiere sich nach dem Luftfrachtbrief, der den Ausgangs- und Bestimmungsort aufführe.

Die Vorinstanz erachtet sich daher insoweit als zuständig, als der Ausgangspunkt der zur Diskussion stehenden Frachtreisen (in ein "Drittland") gemäss Luftfrachtbrief in einem beliebigen Ort in der Schweiz, selbst einem Ort ohne Flughafen, liegt. Dazu hält sie in der angefochtenen Verfügung (1,195,1036-1045,1047) das Folgende fest: Grundsätzlich würden Luftverkehrsunternehmen Luftfrachtdienstleistungen von einem Ausgangsflughafen zu einem Zielflughafen anbieten und durchführen. Für solche Leistungen werde jeweils ein einziger Luftfrachtbrief (airwaybill) ausgestellt. Darin seien Ausgangs- und Bestimmungsflughafen aufgeführt. Es komme zwar vor, dass ein Transport oder Teile davon auf dem Landweg durchgeführt würden. Insofern ergänzten vor- und rückwärtige (Strassen-)Transportwege den eigentlichen Lufttransport. Doch auch bei einem teilweise auf dem Landweg durchgeführten Transport werde nur ein einziger Luftfrachtbrief ausgestellt, der den Ausgangs- und Bestimmungsort enthalte. Dabei erhalte jede Teilstrecke eine eigene Flugnummer.

Somit fielen auch die fraglichen Landtransporte in ihre Zuständigkeit.

Ergänzend präzisiert die Vorinstanz (1,1036-1,1045): Unabhängig vom Transportmittel würden unter Luftfracht alle als solche deklarierten Güter zusammengefasst:

Laut Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) seien bei Flügen mit mehreren Segmenten in erster Linie der ursprüngliche Ausgangsort und das Endziel ("Ankunft des letzten Segments") zu berücksichtigen. Um zu bestimmen, ob es sich um einen einzigen Flug, um einen Flug mit mehreren Segmenten oder eine Folge von Flügen handle, seien grundsätzlich die Flugnummern massgebend. Dabei nicht erfasst seien Lastwagentransporte. Diese unterstünden laut BAZL dem Anwendungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen, SR 0.740.72). Hierfür zuständig sei das Bundesamt für Verkehr (BAV).

Das fürs Luftverkehrsrecht zuständige BAZL erachte den Luftfrachtbrief für nicht massgebend bei der Bestimmung einer Strecke gemäss Art. 11 LVA CH-EU. Hierzu halte das BAZL dafür, dass die Bedeutung und Gültigkeit eines Luftfrachtbriefes allzu umfassend sei, als dass dem Luftfrachtbrief Aussagekraft zukommen könnte. Laut BAZL sei die Einzigartigkeit der Flugnummer aussagekräftig, weil sich diese für Transporte in der Luft von den Nummern für Transporte auf dem Landweg unterscheiden würden. Allerdings bringe das BAZL dazu Vorbehalte an, da es die Details nicht kenne und es deshalb schwierig sei, auf die Frage zu antworten, ob und inwiefern ein Lastwagentransport im Rahmen eines Luftfrachttransportes in den Anwendungsbereich des LVA CH-EU falle oder nicht.

Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung; ABI. L 293/3 vom 31.10.2008, nachfolgend VO 1008/2008) definiere Flugdienst als einen Flug oder eine Folge von Flügen zur gewerblichen Beförderung von Fluggästen, Fracht und/oder Post. Weiter definiere die VO 1008/2008 den Begriff "Flug" als Abflug von einem bestimmten Flughafen nach einem bestimmten Zielflughafen.

Dennoch erachte die EU-Kommission bei der Marktabgrenzung im Bereich Luftfracht direkte Flüge grundsätzlich als substituierbar mit indirekten Flügen. Deshalb könnten als "Flug" auch indirekte Flüge mit Segmenten auf dem Landweg verstanden werden.

4.3 Vor diesem Hintergrund rechtfertigt die Vorinstanz ihre Sanktionszuständigkeit damit, dass es nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU nicht auf einen allfälligen Ausgangsflughafen mit entsprechender Flugnummer im Luftfrachtbrief ankomme, sondern lediglich auf den darin erwähnten Ausgangspunkt der Frachtreise (in ein "Drittland von einem beliebigen Ort in der Schweiz aus").

Somit ist vorab zu klären, wie der in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verwendete unbestimmte Rechtsbegriff der "Strecken" auszulegen ist.

5.

5.1 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.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 ihnen 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.

5.2 Ausgehend vom reinen Wortlaut lässt sich die vorinstanzliche Auffassung durchaus vertreten, dass der in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verwendete Begriff der "Strecken" ("zwischen der Schweiz und Drittländern") neben eigentlichen Flugstrecken (zwischen zwei Flughäfen), auch aus Teilstrecken zusammengesetzte "Transportrouten" von beliebigen schweizerischen Ausgangspunkten aus – mit damit verbundenen Strassentransporten zu ausländischen Abflughäfen – umfassen könnten, soweit diese in einem entsprechenden Luftfrachtbrief für Gütersendungen in Drittstaaten aufgeführt sind.

Auch ein Sprachenvergleich zwischen den Vertragstexten erlaubt keine eindeutigen Schlüsse. Das Luftverkehrsabkommen wurde in dänischer, deutscher, englischer, finnischer, französischer, griechischer, italienischer, niederländischer, portugiesischer, schwedischer und spanischer Sprache abgeschlossen. Dabei ist jeder Wortlaut gleichermassen verbindlich (Art. 36 Abs. 4 LVA CH-EU). Betrachtet man nun zunächst den deutschen ("Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern") und den französischen Text ("les liaisons entre la Suisse et des pays tiers"), fällt auf, dass "liaisons" in der Bedeutung von "Verbindungen" sowohl "liaisons routières" (Strassenverbindungen) als auch "liaisons aériennes" ("Flugstrecken") bedeuten kann. Ebenso ambivalent ist im italienischen Vertragstext ("le rotte tra la Svizzera e paesi terzi") der Begriff "rotte", welcher kontextabhängig ganz unbestimmt "Strecken" oder aber auch "Flugstrecken" bedeuten kann. Dieser mehrdeutige Bedeutungsgehalt findet sich auch in den folgenden, ebenfalls verbindlichen Sprachfassungen von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU (vgl. ABl. Nr. L 114 vom 30/04/2002 S. 73-90):

So spricht (1) der englische Text von "routes" (Strecken, Routen, Verbindungen), (2) der spanische Text kurz von "rutas" (Routen, Strecken, Verbindungen, nicht spezifisch von "rutas aéreas" = Flugstrecken), (3) der portugiesische Text von "rotas" (Routen, Strecken), (4) der niederländische Text von "routes" (Routen, Strecken), (5) der griechische Text von "δρομολόγια" (Routen, Strecken), (6) der finnische Text von "reiteillä" (Strecken) und (7) der dänische Text von "ruter" (Routen, Linien, Strecken). Einzig (8) der schwedische Text spricht von "flyglinjer" ("Flugstrecken", wobei das unspezifischere Wort "sträckor" "Strecken/Routen" bedeuten würde).

Damit wird deutlich, dass sich aus dem Wortlaut allein kein zwingender Hinweis auf den Sinngehalt des fraglichen Begriffes "Strecken" (DE), "liaisons" (FR), "rotte" (IT), "routes" (EN), "rutas" (ES), "rotas" (PT), "routes" (NL), "ruter" (DA), "δρομολόγια" (EL), "reiteillä" (FI) erkennen lässt und auf dieser Ebene keiner der sich widerstreitenden Interpretationen a priori der Vorzug zu geben ist (abgesehen vom schwedischen Einzelfall "flyglinjer").

Deshalb ist für die Auslegung Ziel und Zweck der in Art. 11 LVA CH-EU staatsvertraglich geregelten Kompetenzzuweisung im Rahmen des Vertragskontexts zu beleuchten.

5.3 Für eine Auslegung, welche auf die Zielsetzungen des LVA CH-EU fokussiert, ist von Art. 2 LVA CH-EU auszugehen, wonach der Anwendungsbereich des Vertragswerks auf den Luftverkehr eingeschränkt wird (1,965). Demgegenüber unterliegen Transporte auf dem Landweg dem Landverkehrsabkommen (zitiert in E. 4.2, in Kraft am 1. Juni 2002; vgl. in diesem Kontext für Frachtbriefe bei Gütertransporten auf Strassen: Art. 4 ff. des Übereinkommens über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr vom 19. Mai 1956 [CMR, SR 0.741.611, in Kraft am 28. Mai 1970]).

Laut Bundesrat ist diese Einschränkung auf den Luftverkehr erforderlich, weil einzelne Bestimmungen insbesondere des Anhangs, nicht nur die Luftfahrt berühren könnten (vgl. Botschaft Bilaterale I, a.a.O., BBl 1999, 6255).

Trotz dieser grundsätzlichen legislatorischen Abgrenzung zwischen Luft- und Strassenverkehr will die Vorinstanz mit ihrer Auslegung von Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU auch sogenannte multimodale Transporte (Road Feeder Service verstanden als "Luftfrachtersatzverkehr") in ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung miteinbeziehen, das heisst als "Luftfracht" deklarierte Sendungen mit Luftfrachtbrief, die teilweise auf Strassenstrecken befördert werden.

Dieser Sicht lässt sich entgegenhalten, dass das LVA CH-EU, wie vorangehend erwähnt, für die Schweiz und die Europäische Union Regeln für die Zivilluftfahrt aufstellt, insbesondere für den Bereich des Wettbewerbs (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 LVA CH-EU). Spezifisch geht es, worauf auch bereits hingewiesen wurde, um den Zugang schweizerischer Fluggesellschaften zum liberalisierten europäischen Luftverkehrsmarkt im Unterschied zu durchgeführten Transporten auf dem Landweg, für die das Landverkehrsabkommen einschlägig ist.

Selbst wenn bei Gütertransporten auf mehreren Teilstrecken (mit unterschiedlichen Transportmitteln) vom Absender ein "Master-Luftfrachtbrief" (MAWB) – als Beförderungspapier im Luftverkehr – ausgestellt wird, der den Ausgangs- und Bestimmungsort enthält (vgl. Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 28. Mai 1999 zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr [Montrealer Übereinkommen, SR 0.748.411, in Kraft am 5. September 2005] sowie Art. 3 Abs. 3 der Verordnung vom 17. August 2005 über den Lufttransport [LTrV, SR 748.411] als luftfrachtvertragliche Spezialgesetze, welche das obligatorienrechtliche Frachtvertragsrecht, d. h. eine Anwendung von Art. 439 OR

[Speditionsvertrag] und Art. 440 ff. OR [Frachtvertrag] ausschliessen; vgl. auch HANS-HELMUT GRANDJOT, Leitfaden Luftfracht – Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl. 2002, S. 140 Ziff. 7.3.1), dient dieser doch primär als zivilrechtlicher Sendungsnachweis und verfolgt vorab beweis- und haftungsrechtliche Ziele (Art. 10 f. des Montrealer Übereinkommens sowie Art. 6 LTrV; vgl. zur Komplexität von Haftungsfragen bei internationalen multimodalen Frachttransporten: MARIA ANNA IDA HENRIËTTE HOEKS, Multimodal Transport Law – The law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods, 2009, S. 25 ff.).

Darauf wies vor der Vorinstanz auch die für die Luftfahrt zuständige Fachbehörde, das BAZL hin. Es betont, im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des LVA CH-EU komme es für die Zuständigkeitsabgrenzung nach Art. 11 LVA CH-EU lediglich auf eigentliche Flugnummern an und zwar ohne Berücksichtigung von Strassentransporten (vgl. act. 1:97):

« Les transports par camion ne sont pas pris en compte. Selon nous, les transports par camion sont dans le champ d'application de l'accord bilatéral sur le transport terrestre et l'instance compétente en matière de droits de trafic est l'OFT/BAV. » (sowie BAZL in act. 1:217,1 « En ce qui concerne l'airway bill, nous l'excluons, car nous sommes d'avis que sa portée et sa validité sont trop larges pour qu'il soit considéré comme pertinent. Nous pensons que le critère pertinent est l'unicité du numéro de vol. Cette option exclut toutefois les segments par transport terrestre. En effet, les numéros réservés à ces segments sont différents de ceux attribués au vol préliminaire ou consécutif au transport de surface. »).

Dieser Sichtweise schlossen sich im Rahmen der vorinstanzlichen Untersuchung auch das Integrationsbüro des EDA (act. 1:99), das SECO (act. 1:100, act. 1:225,2) sowie die Mission der Schweiz bei der EU in Brüssel (act. 1:98) vollumfänglich an.

Selbst die Vorinstanz scheint den in Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU verwendeten Begriff der "Strecke" an anderer Stelle als Verbindung zwischen Ausgangs- und Zielflughafen aufzufassen (1,195, vgl. 1,1004, 1006, 1011, wo von "Luftverkehr mit Drittstaaten" die Rede ist). Ebenso wird in der Ziff. 1005 der angefochtenen Verfügung im Zusammenhang mit der Auslegung des LVA CH-EU der strittige Begriff "Strecke" als "Flugstrecke" verstanden, wenn die Vorinstanz die Rechtslage zur Zeit des Abschlusses des LVA CH-EU in Bezug auf "Flugstrecken Schweiz-Drittstaaten" erläutert.

Dass die von der Vorinstanz erwähnte, von der EU-Kommission im Zusammenhang mit einem EU-Fusionskontrollverfahren offengelassene Marktabgrenzung, direkte Flüge als mit indirekten Flügen, die auch Segmente auf dem Landweg ausweisen, substituierbar betrachtet (1,1041 Fn. 1352 mit Verweis auf COMP/M.5841, [...], Rz. 15, m.H.), könnte auf den ersten Blick zwar zu einem anderen Schluss führen. Indessen betrifft die Definition des Anwendungsbereichs des LVA CH-EU eine andere Fragestellung als eine Marktabgrenzung, bei der aus Sicht der Marktgegenseite Substitutionsverhältnisse zu erkunden sind, um die auf einem konkreten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse beurteilen zu können.

Indizien für eine andere Auslegung könnten sich auch aus dem Beschluss der EU Kommission AT.39258, C[2017] 1742, vom 17. März 2017 ergeben, der auch auf dem Landweg erfolgte Transporte unter den Begriff "Strecke" zu subsumieren scheint (vgl. z.B. Rz. 68 und Rz. 1222; in anonymisierter Form veröffentlicht am 10. Dezember 2021 unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202151/AT_39258_8068894_9177_3.pdf; vgl. hierzu ebenso den vom EuG am 16. Dezember 2015 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).

Im Gegensatz hierzu scheinen in einem vergleichbaren Kontext sowohl der EuGH als auch das vorlegende Gericht in Amsterdam im Rahmen einer Vorabentscheidung zur Frage der Zuständigkeit zum "Streckenbegriff" eine ausschliesslich luftverkehrsbezogene Auslegung zu vertreten (Urteil des EuGH C-819/19 vom 11. November 2021): Sowohl in der Vorlagefrage ("bei durchgeführten Flügen zwischen Flughäfen") wie auch den Erwägungen des EuGH ("Luftverkehr", "Luftverkehrsdienste zwischen Flughäfen", "Dienstleistungen des Luftverkehrs zwischen Flughäfen") und in der Antwort des EuGH auf die Vorlagefrage spricht dieser von "Luftverkehr" zwischen Flughäfen, ob in Mitglied-, EFTA- oder in Drittstaaten (vgl. Rz. 35, 38, 39, 40, 42, 43, 65, 66, 75) und nicht generell vom (durch Luftfahrtunternehmen organisierten) "Verkehr" zwischen Flughäfen, was neben Flügen (= Luftverkehr zwischen Flughäfen) auch Strassentransporte (zu Flughäfen) mitumfassen könnte. Auch das vorlegende Gericht in Amsterdam subsumiert in sachverhältnismässiger Hinsicht unter "Luftverkehr" Flüge zwischen Flughäfen (Rz. 25).

Wenn, wie hier, bei Speditionen gewisse Transportabschnitte auf dem Landweg durchgeführt werden, führen solche Teiltransporte somit für sich allein nicht bereits zu einer Übertragung der Beurteilungszuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU.

Vielmehr spricht vieles dafür, bei der Zuständigkeitszuweisung nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU einzig auf die entsprechenden Flugstrecken, d. h. auf die Strecken zwischen Abflug- und Zielflughafen, abzustellen.

Dass – wie die Vorinstanz vorbringt (1,1042) – in einer vom BAZL und der Aerosuisse veranlassten Studie als Luftfracht alle als solche deklarierten Güter, unabhängig von der Transportart, bezeichnet worden seien, vermag daran nichts zu ändern.

Ebenso wenig kann massgeblich sein, dass angeblich eine Mehrheit angefragter Luftverkehrsunternehmen geantwortet hätten, sie hätten für ganz oder teilweise per Lastwagen ausgeführte Transporte die gleichen Raten und Zuschläge angewendet wie für reine Lufttransporte (1,1043). Welche konkrete Ratenhöhe für welche Transportabschnitte allenfalls wettbewerbswidrig abgesprochen worden sein könnte, ist im Rahmen der hier strittigen Zuständigkeitsabgrenzung nach Art. 11 LVA CH-EU kein massgeblicher Gesichtspunkt und erlaubt hierzu keine Schlüsse.

5.4 Die verhängten kartellgesetzlichen Sanktionen nach Art. 49a KG haben strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 143 II 297 E. 9.1). Der Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 7 EMRK und Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 StGB, vgl. BGE 143 II 297 E. 9.5) bedingt ein Minimum an *Vorhersehbarkeit*. Deshalb ist auch im Rahmen der Zuständigkeitsabgrenzung nach Art. 11 Abs. 2 LVA zu fordern, dass klar vorhersehbar sein muss, welches Recht zur Anwendung kommt (vgl. zur vergleichbaren Forderung nach Vorhersehbarkeit im Zusammenhang mit extraterritorialen Effekten bei der Bestimmung der Tragweite des Auswirkungsprinzips, ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2017 I 105).

Wäre dabei auf den zufälligen, im Luftfrachtbrief vermerkten Aufladeort für eine erste Strassenteilstrecke abzustellen, könnte diese Voraussehbarkeit nicht gewährleistet werden: Gerade bezüglich Strecken aus grenznahen Bereichen, wo unklar ist, ob es sich bei Frachtverschiebungen auf dem Landweg um reine Zuliefertransporte oder vielmehr um Luftfrachtersatz-

transporte handelt, würde ein weites Feld von Abgrenzungsproblemen klaffen, welches einen rechtsicheren und reibungslosen Vollzug der in Art. 11 LVA CH-EU vorgesehenen Kompetenzabgrenzung erschweren könnte.

5.5

5.5.1 Eine klare und einfache Auslegung der in Art. 11 LVA CH-EU vorgesehenen Zuständigkeitszuweisung erleichtert im Übrigen auch den Vollzug der einschlägigen Bestimmungen des LVA CH-EU.

Für die Vorinstanz liesse sich so insbesondere die Schwierigkeit ausräumen, dass im Rahmen der Sanktionsbemessung bei der Bestimmung des massgeblichen Umsatzes jeweils alle mit Luftfracht in der Schweiz generierten Umsätze herausgerechnet werden müssten, die im Zusammenhang von Gütertransporten stehen, die über einen Luftfrachtbrief mit ausländischem Ausgangspunkt verfügen.

5.5.2 Wird das Interesse an einem einfachen, einheitlichen und widerspruchsfreien Vollzug des LVA CH-EU gebührend veranschlagt, sprechen auch folgende Gesichtspunkte für eine auf "Flugstrecken" eingeschränkte Auslegung:

Nach 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 Art. 9 Abs. 3 der VO 17/62 und Art. 7 Abs. 2 der VO 3975/87 festhielten, als sie für den hier massgeblichen Sanktionszeitraum im Anhang des LVA CH-EU standen. 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.

Unbestrittenen ist, dass die EU-Kommission unter anderem – gleichzeitig wie die Vorinstanz – auch gegen die Beschwerdeführerin ein Untersuchungsverfahren eröffnete und mit Entscheid [...] vom [...] 2010 eine [...] Geldbusse aussprach (vgl. hierzu Urteil des EuG [...] vom [...] 2015). Angesichts des damals durchgeführten EU-Verfahrens entfiel die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Mitbeurteilung der von der Vorinstanz mitsanktionierten Flüge von [...*Stadt in der EU*...] in Drittstaaten, wie aus den Art. 9 Abs. 3 der VO 17/62 und Art. 7 Abs. 2 der VO 3975/87 ersichtlich ist, als sie für den massgeblichen Sanktionszeitraum im Anhang des LVA CH-EU aufgeführt waren.

5.6 Nach dem Gesagten war die Vorinstanz nach Art. 11 Abs. 2 LVA CH-EU nicht dafür zuständig, die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen angeblichen Preisabreden zu Frachtflügen aus [...*Stadt in der EU*...] in Drittstaaten zu untersuchen beziehungsweise zu sanktionieren.

6.

6.1 Zusammenfassend erweist sich somit die Beschwerde als begründet. Sie ist, soweit darauf eingetreten werden kann, gutzuheissen, und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben, soweit die Beschwerdeführerin davon betroffen ist.

6.2 Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Diskussion ihrer weiteren Rügen und aufgeworfenen Fragen:

Insofern kann offenbleiben, ob eine Sanktionierung bereits wegen der inzwischen angeblich eingetretenen Verjährung unzulässig wäre (2^[...], 105 f.).

Ferner brauchen auch alle formellen Rügen nicht weiter erörtert zu werden, insbesondere, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin gegenüber die Akteneinsicht unzulässigerweise verweigert habe (2^[...], 128 ff.) oder ob die angeblich überlange Dauer der vorinstanzlichen Untersuchung ihre verfassungsmässigen Rechte (2^[...], 102 ff., 113 ff.; 4^[...], 8) oder gar die Unschuldsvermutung (4^[...], 34) verletzt habe.

Angesichts des Obsiegens können auch alle materiellen Rügen offenbleiben insbesondere, dass sich die Beschwerdeführerin bezüglich Treibstoffzuschlägen, Zollabfertigungszuschlägen, Frachtraten und der Kommissionierung von Zuschlägen an keinerlei kartellrechtswidrigen Vereinbarungen

oder Abstimmung beteiligt habe und hierzu auch kein Gesamtplan bestanden habe (2^[...], 8-22, 34, 39, 40-67; 8^[...], 27 ff.). Auch nicht weiter einzugehen ist auf die Kritik zur Sanktionsberechnung (2^[...], 116-123).

Schliesslich kann auch die Frage unbeantwortet bleiben, ob die der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten tatsächlich viel zu hoch veranschlagt worden seien (2^[...], 124-127).

6.3 Die als "Verfahrensanträge" gestellten Begehren der Beschwerdeführerin beziehen sich auf die ordnungsgemässe Führung des vorliegenden Verfahrens:

Soweit mit beiden Verfahrensanhträgen die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist dies 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.

7.

7.1 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 obsiegende Partei, zumal das ihr gegenüber ausgesprochene Verbot (Dispositiv Ziffer 1), die Verpflichtung zur Bezahlung einer Sanktion (Dispositiv Ziffer 2) sowie die Tragung von Verfahrenskosten (Dispositiv Ziffer 4) im Streit lagen. Deshalb sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und der geleistete Kostenvorschuss von insgesamt Fr. [...] ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

7.2 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).

7.2.1 Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung – in dieser Streitsache mit einem beträchtlichen finanziellen Streitwert – ist der Beschwerdeführerin, da sie obsiegt, eine 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).

7.2.2 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 (Urteil 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 des BGer 2C_343/2010, 2C_344/2010 E. 8.3.4).

7.2.3 Der im Wesentlichen obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz zuzusprechen. Da die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint *ex aequo et bono* eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 70'000.– als an-

gemessen. 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).

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen.

Die angefochtene Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 wird, soweit die Beschwerdeführerin betreffend, aufgehoben.

2.

Der Beschwerdeführerin werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Ihr ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. [...] nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 70'000.– zugesprochen.

4.

Dieser Entscheid 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 folgt an:

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