



Kommentar zu: Urteil [B-3985/2013](#) vom 1. Juli 2014  
Sachgebiet: Kartellrecht  
Gericht: Bundesverwaltungsgericht  
Spruchkörper: Abteilung II  
dRSK-Rechtsgebiet: Kartellrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

## Parteistellung von Verbänden als Dritte in Kartellverwaltungsverfahren

Autor / Autorin

Monique Sturny

**walderwyss**

Redaktor / Redaktorin

Reto Jacobs

**walderwyss**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die Parteistellung eines Verbandes als Drittbeteiligtem in einem kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren anhand der Kriterien der egoistischen Verbandsbeschwerde. Verlangt wird, dass der Verband eine deutlich spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder nachweist.

### Sachverhalt

[1] Am 11. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung gegen drei Online-Buchungsplattformen für Hotels. Mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 wies die WEKO ein Gesuch des Branchenverbandes der Schweizer Hotellerie (Beschwerdeführer) um Zulassung als Partei im Sinne von Art. 6 [VwVG](#) ab. Der Beschwerdeführer wurde aber im Untersuchungsverfahren als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b [KG](#) zugelassen. Gegen diese Zwischenverfügung erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte, es sei festzustellen, dass ihm im genannten Untersuchungsverfahren Parteistellung zukomme.

[2] Der Beschwerdeführer ist als Verein organisiert und machte seine Parteistellung ausdrücklich im Interesse seiner Mitglieder geltend. Gemäss den Vereinsstatuten des Beschwerdeführers setzt sich dieser für die Verbesserung der Marktchancen aller Betriebe ein, welche Beherbergungs-, Restaurations- oder weitere Tourismusleistungen erbringen. Er vertritt die Interessen seiner Mitglieder in jeder Hinsicht und fördert das Ansehen von Hotellerie, Gastronomie und weiteren Tourismusanbietern. Mitglieder des Beschwerdeführers sind Regionalverbände, Hotels, Restaurants, Unternehmen, persönliche Mitglieder und Gönner.

### Erwägungen

[3] Das Bundesverwaltungsgericht hielt zunächst fest, dass sich die Parteistellung Dritter in kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren nach Art. 6 und Art. 48 Abs. 1 [VwVG](#) richte. Neben den materiellen Verfügungsadressaten gehörten auch Dritte zu den Parteien, sofern sie in einem besonders

engen, spezifischen Verhältnis zum Verfügungsgegenstand ständen und deren Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werde (E. 3.1).

[4] Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, der Beschwerdeführer könne sich als Partei am erstinstanzlichen Verfahren beteiligen, wenn die Voraussetzungen für eine egoistische Verbandsbeschwerde erfüllt seien. Gemäss der konstanten Praxis des Bundesgerichts sind Vereine und Organisationen zur sog. egoistischen Verbandsbeschwerde legitimiert, wenn (i) der Verband als juristische Person organisiert ist, (ii) die Wahrung der in Frage stehenden Interessen zu seinen statutarischen Aufgaben gehört, (iii) er die Interessen der Mehrheit oder zumindest einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt, und (iv) diese selber zur Beschwerde berechtigt wären (E. 3.2).

[5] Das Bundesverwaltungsgericht bejahte das Vorliegen der ersten beiden genannten Kriterien der egoistischen Verbandsbeschwerde (E. 5.1 und 5.2).

[6] Das dritte Kriterium, wonach der Verband mit der Teilnahme als Partei im Untersuchungsverfahren die Interessen der Mehrheit oder zumindest einer Grosszahl seiner Mitglieder vertreten muss, verneinte es demgegenüber (E. 5.3). Dieses Kriterium sei nur dann erfüllt, wenn der Beschwerdeführer den Nachweis erbringe, dass eine grosse Anzahl seiner Verbandsmitglieder von der strittigen Vertragspolitik betroffen sei und dadurch einen konkreten wirtschaftlichen Nachteil erfahre. Der Beschwerdeführer führte hierzu bei seinen Hotelmitgliedern (d.h. bei 2042 von insgesamt 3120 Mitgliedern) eine Online-Umfrage durch. 541 der insgesamt 2042 angeschriebenen Hotels nahmen an der Umfrage teil. Die Umfrage ergab, dass fast alle teilnehmenden Hotels auf mindestens einer der drei Buchungsplattformen präsent sind. Zwei Drittel der antwortenden Hotels erachteten es als ganz klar oder zumindest wahrscheinlich, dass sie durch die strittige Vertragspolitik finanzielle Einbussen erleiden. Rund 15% der antwortenden Hotels erachteten die finanziellen Einbussen als vergleichsweise unbedeutend (E. 5.3.2).

[7] Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, der Beschwerdeführer habe nicht ausreichend darlegen können, dass die Interessen einer Grosszahl seiner Mitglieder betroffen seien, da lediglich rund 15% aller Verbandsmitglieder an der Online-Umfrage teilnahmen. Von der Nichtgewährung der Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren dürften nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts höchstens die Hotelmitglieder (nicht aber die anderen Mitglieder, wie namentlich Restaurants und andere Tourismusanbieter) besonders betroffen sein (E. 5.3.2 und E. 5.3.3).

[8] Ob die einzelnen Hotelmitglieder selber effektiv zur Beschwerde legitimiert wären – ob mithin das letzte Kriterium der egoistischen Verbandsbeschwerde erfüllt ist – hatte das Bundesverwaltungsgericht nicht näher zu prüfen, da es das dritte Kriterium als nicht gegeben betrachtete (E. 5.3.3).

[9] Das Bundesverwaltungsgericht kam damit zum Schluss, die Vorinstanz habe die Parteistellung des Beschwerdeführers zu Recht verneint (E. 6).

## **Kommentar**

[10] Im vorliegenden Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht die bestehenden Fragen zur Beschwerdelegitimation Dritter – und daraus abgeleitet der Parteistellung Dritter – in erstinstanzlichen kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren teilweise geklärt, indem es zur Beschwerdebefugnis von Verbänden Stellung genommen hat.

[11] Vom Beschwerdeführer nicht bestritten und damit nicht weiter diskutiert wurde die Annahme, dass die Konstituierung als «Dritter» im Sinne von Art. 43 [KG](#) keine Parteistellung im Sinne von Art. 6 [VwVG](#) begründe. Dies entspricht der überwiegenden Lehrmeinung, wonach keine Deckungsgleichheit zwischen Art. 43 Abs. 1 lit. b [KG](#) und Art. 6 [VwVG](#) besteht (so insbes. JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 659 f., 664, 675; BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2009, Art. 43 Rz 16; a.M. BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. A., Zürich 2011, Art. 43 Rz 6). Die Auffassung, wonach den beteiligten Dritten im Sinne von Art. 43 [KG](#) nicht ohne weiteres Parteistellung nach Art. 6 [VwVG](#) zukommt, wurde unlängst auch vom Bundesgericht bestätigt (BGer i.S. «Ticketvertrieb im Hallenstadion Zürich» vom 5. Juni

2013, [BGE 139 II 328](#)). Die Unterscheidung zwischen verfahrensbeteiligten Dritten mit und ohne Parteistellung in Untersuchungen nach Art. 27 [KG](#) ist damit zu Recht auch im Bereich von Art. 43 Abs. 1 lit. b [KG](#) bestätigt. Sie entspricht dem Willen des Gesetzgebers (s. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, [BBI 1995 I 616](#)). Mit der Einführung von Art. 43 [KG](#) war keine Erweiterung der Parteirechte nach Art. 6 [VwVG](#) beabsichtigt (Protokoll der WAK NR vom 10. April 1995 zum Kartellgesetz, Detailberatung, 40). Der Vollständigkeit halber sei daran erinnert, dass Dritte im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich nicht Partei sind – Art. 43 Abs. 4 [KG](#) stellt dies explizit klar, was angesichts der besonderen Interessenlage in Zusammenschlussverfahren auch angebracht ist (vgl. hierzu [BGE 124 II 502](#) f. E. 3.a; das Bundesgericht mochte sich in dieser Frage aber nicht festlegen).

[12] Die Parteistellung eines Verbandes, welcher im Interesse seiner Mitglieder handelt, richtet sich auch im Kartellverwaltungsverfahren nach den Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde. Danach hat der Verband u.a. nicht nur die Interessen einzelner, sondern einer grossen Anzahl seiner Mitglieder zu vertreten, und jedes dieser Mitglieder muss selber zur Geltendmachung dieser Interessen befugt sein (insbes. [BGE 136 II 542](#) E. 1.1; [BGE 130 II 519](#) E. 2.3.3).

[13] Die Beschwerdelegitimation und damit die Parteistellung des Verbandes leitet sich somit aus der Beschwerdebefugnis seiner Mitglieder ab. Die dem Beschwerdeführer angeschlossenen Hotels nehmen die Vermittlungsleistungen der Online-Buchungsplattformen – der materiellen, direkten Untersuchungsadressaten – in Anspruch. Sie stehen somit in einem vertikalen Verhältnis zu den direkten Untersuchungsadressaten.

[14] Die Frage, unter welchen Voraussetzungen neben Konkurrenten auch andere Marktteilnehmer (insbesondere Abnehmer und Lieferanten) i.S. von Art. 48 Abs. 1 [VwVG](#) beschwerdelegitimiert und somit Partei im Untersuchungsverfahren sind, wurde soweit ersichtlich bisher nicht entschieden (siehe zur Beschwerdebefugnis von Konkurrenten [BGE 139 II 328](#)).

[15] Das Bundesverwaltungsgericht hat nun im Einklang mit der jüngeren Lehre (vgl. JOST, Rz 606) festgehalten, dass einem Verband im Bereich des Kartellrechts die Beschwerdebefugnis und damit die Parteistellung nur dann einzuräumen sei, wenn seine Mitglieder durch die strittige Vertragspolitik einen konkreten wirtschaftlichen Nachteil erleiden (E. 3.2 und 5.3.2). Im Entscheid in Sachen Ticketcorner hatte das Bundesgericht zum Nachweis des wirtschaftlichen Nachteils eine konkrete Bezifferung des Schadens, namentlich in Form einer Umsatzeinbusse verlangt ([BGE 139 II 337](#) E. 4.5; zu Recht kritisch hierzu: SCHOTT/GRIBI, [Die Beschwerdebefugnis von Konkurrenten in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren setzt gemäss Art. 48 VwVG i.V.m. Art. 43 KG den konkreten Nachweis eines wirtschaftlichen Nachteils voraus](#), in: dRSK, publiziert am 11. Dezember 2013).

[16] Das Bundesverwaltungsgericht konkretisiert vorliegend aber nach wie vor nicht, wann es einen konkreten wirtschaftlichen Nachteil als gegeben betrachtet. Es geht immerhin – zumindest implizit – davon aus, dass mindestens ein Teil der Hotelmitglieder einen solchen Nachteil erleidet und in einer schutzwürdigen Beziehungsnähe zur untersuchten Vertragspolitik steht. Auf das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die Hotelmitglieder durch die Vertragspolitik der Buchungsplattformen direkt betroffen seien, da sie beispielsweise keine kurzfristigen Buchungen über die hoteleigene Buchungsplattform zu Sonderkonditionen anbieten dürfen und den Kunden bei Direktbuchungen über die eigene Hotelplattform weder Rabatte gewähren noch die eingesparte Kommission weitergeben dürfen, ging das Bundesverwaltungsgericht nicht näher ein. Dies ist bedauerlich, zumal die Darlegungen des Beschwerdeführers eine besondere Beziehungsnähe und folglich eine Beschwerdelegitimation der Hotelmitglieder nahelegen. Eine konkrete Auseinandersetzung mit dieser Frage wäre hilfreich gewesen, weil damit die Vorgaben von [BGE 139 II 328](#) hätten verfeinert werden können.

[17] Solche Ausführungen ersparte sich das Bundesverwaltungsgericht, weil es auf die Frage fokussierte, ob eine Mehrheit oder zumindest eine Grosszahl der Mitglieder des Verbandes von der strittigen Vertragspolitik betroffen war. Dies ist – gerade im kartellrechtlichen Zusammenhang – schade: Im Sinne einer logischen Abfolge wäre in einem ersten Schritt zu prüfen gewesen, ob ein

einzelnes Hotelmitglied oder ein Teil der Hotelmitglieder besonders betroffen und damit selber zur Beschwerde befugt wären (so die Prüfungsabfolge in [BVGE 2007/20](#) E. 2.4). Die bei dieser Legitimationsprüfung vorzunehmende Abwägung dient dazu, Popularbeschwerden auszuschliessen ([BVGE 2007/20](#) E. 2.4.1). Dies wäre im kartellrechtlichen Kontext auch die vordringlich interessierende Frage. Erst in einem zweiten Schritt wäre sodann zu prüfen, ob es sich bei den Beschwerdelegitimierten um eine grosse Anzahl Verbandsmitglieder handelt und somit eine Verbandsbeschwerde aus prozessökonomischen Überlegungen zuzulassen ist.

[18] Was unter einer Grosszahl der Mitglieder eines Verbandes zu verstehen ist, wird in der Praxis nicht einheitlich beurteilt. Dieses Kriterium hat jedenfalls zur Folge, dass die Legitimation zur egoistischen Verbandsbeschwerde nur selten bejaht wird (HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, 367 f.). Dabei wird regelmässig argumentiert, diese Einschränkung diene der Verhinderung der Popularbeschwerde (so insbes. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, 160). Dies wird in der Lehre kritisiert (HÄNER, 362 f.). Selbst wenn ein Verband bloss im Nutzen einiger weniger Mitglieder Beschwerde führt, erfolgt die Prozessführung für individuell Betroffene und ist damit nicht eine Popularbeschwerde (MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1997, § 38 Rz 218).

[19] Der Zweck der egoistischen Verbandsbeschwerde ist primär prozessökonomischer Natur. Anstelle einer Beschwerdeführung durch zahlreiche gleichermassen Betroffene, welche einem Verband angeschlossen sind, soll der Verband zur Beschwerde legitimiert werden. Basierend auf diesem Gedanken wird in der Lehre vorgeschlagen, einem Verband sei in Analogie zu Art. 11a [VwVG](#) die Beschwerdebefugnis einzuräumen, wenn er die Betroffenheit von mehr als 20 Mitgliedern nachweist (HÄNER, 368). Selbst wenn man mit der ständigen Praxis davon ausgeht, dass zumindest eine grosse Anzahl Mitglieder eines Verbandes betroffen sein müssen ist jedenfalls nicht erforderlich, dass mehr als die Hälfte der Mitglieder betroffen ist (Bundesgerichtsentscheid in ZBI 1998, 397; [BGE 104 Ib 384](#) E. 3. b; HÄNER, 368). Verwirrlich ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverwaltungsgericht vereinzelt festhält, eine Mehrheit der Hotelmitglieder müsse von der strittigen Vertragspolitik betroffen sein (E. 5.3.1 und 5.3.2). An anderen Stellen verlangt es demgegenüber im Einklang mit der jüngeren Rechtsprechung, dass zumindest eine grosse Anzahl der Mitglieder betroffen sei (E. 5.3, 5.3.2 und 5.3.3).

[20] Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer nicht die Interessen einer grossen Anzahl seiner Mitglieder geltend mache, da lediglich rund 15% aller Verbandsmitglieder (und – nota bene – nicht bloss der Hotelmitglieder) an der Online-Umfrage teilnahmen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerdelegitimation damit sehr restriktiv beurteilt. Fast sämtliche Hotelmitglieder des Verbandes sind an mindestens einer der Buchungsplattformen angeschlossen. Die Hotelmitglieder stellen immerhin 65% der Mitglieder des Beschwerdeführers dar. Rund 360 Hotelmitglieder erachteten es gemäss der Online-Umfrage als ganz klar oder zumindest wahrscheinlich, dass sie durch die strittige Vertragspolitik finanzielle Einbussen erleiden. Dies müsste eigentlich genügen, um die Betroffenheit einer «grossen Anzahl» Verbandsmitglieder nachzuweisen.

[21] Die Relation der betroffenen Hotelmitglieder zur Gesamtzahl der Verbandsmitglieder kann entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts keine Rolle spielen. Andernfalls würden Verbände, welche die Interessen verschiedener Gruppen vertreten (wie vorliegend der Beschwerdeführer, der sich für die Anliegen der Hotellerie, Gastronomie und weiterer Tourismusanbieter einsetzt), gegenüber jenen Verbänden, welche nur ein Gruppenanliegen vertreten, benachteiligt. Die Vertretung der Interessen einer grossen Anzahl Hotelmitglieder durch den Beschwerdeführer bleibt prozessökonomisch sinnvoll, unabhängig von der Gesamtzahl der Verbandsmitglieder. Die Frage, ob der Verband zur Vertretung der Interessen bloss eines Teils seiner Mitglieder befugt ist, ist verbandsinterner und nicht verwaltungsprozessrechtlicher Natur (MERKER, § 38 Rz 218; HÄNER, 363).

[22] Zu überlegen ist schliesslich, ob alternativ zur Anzahl Hotelmitglieder auf die wirtschaftliche Bedeutung der Hotelmitglieder, die sich als betroffen und interessiert erachteten, abgestellt werden sollte. Ein Hinweis auf diese Bedeutung hätte der Umsatz geliefert, den die an der erwähnten Umfrage

beteiligten Hotelmitglieder erzielen sowie dessen Anteil am Gesamtumsatz der Verbandsmitglieder. Mit anderen Worten: Sollen die herkömmlichen Voraussetzungen zur egoistischen Verbandsbeschwerde auch im Kartellverwaltungsverfahren angewendet werden, so ist es allenfalls sinnvoll, diese gemäss dem Schutzzweck des [KG](#) (Wahrung des wirksamen Wettbewerbs) auszulegen. Dies legt auch [BGE 139 II 328](#) nahe, wonach das [KG](#) (mindestens unter Konkurrenten) eine besondere Beziehungsnähe schafft. Dies dürfte auch in einem vertikalen Verhältnis der Fall sein, v.a. wenn gewisse Hotelmitglieder betonten, sie erlitten wegen der untersuchten Praktiken einen persönlichen Nachteil. Ist die «prozessrechtliche Relevanz» eines Verbands in einem Kartellverwaltungsverfahren unter Legitimationsgesichtspunkten zu prüfen, so kann es unter Umständen sinnvoll sein zu berücksichtigen, welchen Marktanteil diese Verbandsmitglieder auf sich vereinigen. Dies hätte zwar Weiterungen im Verfahren bedingt (welches ist der relevante Markt?). Immerhin wäre der Grundsatz beachtet worden, dass das Prozessrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen soll. Die Aussage, es hätten sich nicht eine genügend grosse Anzahl Verbandsmitglieder an der durchgeführten Online-Umfrage beteiligt, erlaubt den Schluss nicht, ein Verband sei zu wenig «relevant», um die an sich ausgewiesenen kartellrechtlichen Interessen seiner Mitglieder prozessökonomisch in ein Kartellverwaltungsverfahren einzubringen. Denn zur kartellrechtlichen Bedeutung der konkret betroffenen Verbandsmitglieder, welche der Verband vertreten würde, ist damit nichts gesagt.

**Zitiervorschlag:** Monique Sturny, Parteistellung von Verbänden als Dritte in Kartellverwaltungsverfahren, in: dRSK, publiziert am 29. August 2014

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern  
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)