
Bestpreisklausel des Hotelportals Booking ist ebenfalls kartellrechtswidrig

Branche: Hotelzimmervermittlung über Internetportale

Aktenzeichen: B9-121/13

Datum der Entscheidung: 22. Dezember 2015

Die zu der amerikanischen Konzerngesellschaft Priceline, Inc. gehörende niederländische Booking.com B.V. („Booking“) vermittelt in Deutschland und in anderen EU-Staaten über das elektronische Buchungsportal Booking.com einzelne Hotelzimmer sowie in geringem Umfang Übernachtungen in anderen Unterkünften (nachfolgend aus Vereinfachungsgründen „Hotels“). Booking.com ist vor dem schwerpunktmäßig in Deutschland tätigen Hotelportal HRS und dem in Europa und darüber hinaus tätigen Portal Expedia das mit Abstand führende Hotelbuchungsportal in Deutschland und in Europa.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von Booking in der Fassung vom 1. Juli 2015 enthalten sogenannte „enge“ Bestpreisklauseln. Diese Klauseln verpflichten die auf dem Buchungsportal von Booking vertretenen Hotels dazu, ihre Zimmer auf keinem anderen online-Vertriebskanal – mit Ausnahme von Angeboten über andere Hotelportale – günstiger als bei Booking anzubieten; demnach dürfen die betroffenen Hotels insbesondere auf ihrem eigenen Website nicht günstiger sein als bei Booking.

Nachdem das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 20. Dezember 2013 HRS die Anwendung von Bestpreisklauseln bereits untersagt hatte, hat das Bundeskartellamt am 22. Dezember 2015 auch die Durchführung der Bestpreisklauseln von Booking untersagt und dem Unternehmen aufgegeben, die Klauseln bis zum 31. Januar 2016 aus seinen Verträgen und seinen AGB zu entfernen, soweit sie Hotels und andere Unterkünfte in Deutschland betreffen. Der Beschluss ist sofort vollziehbar. Gegen den Beschluss hat Booking am 22. Januar 2016 Beschwerde eingelegt und am 1. Februar 2016 beim OLG Düsseldorf einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gestellt.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes verstößt Booking durch die in ihren AGB und in Individualverträgen vorgesehenen Bestpreisklauseln (zuletzt in Form „enger“ Bestpreisklauseln) – ebenso wie HRS mit ihren zwischenzeitlich untersagten weit gefassten Bestpreisklauseln – gegen § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Für die Erfüllung des Verbotstatbestandes kommt es nicht darauf an, ob die engen Bestpreisklauseln etwa weniger wettbewerbsbeschränkend sind als die bis zum Juli 2015 geltenden weit gefassten Bestpreisklauseln Bookings, sondern allein darauf, ob die engen Bestpreisklauseln im Vergleich zu einer Situation ganz ohne derartige Klauseln eine spürbare und nicht freigestellte Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Dies ist der Fall.

Betroffen ist der deutsche Markt für die Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale (Hotelportalmarkt). Auf diesem Markt bewirken die Bestpreisklauseln der Booking eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Hotelportalen und zwischen den Hotelunternehmen. Angesichts eines Marktanteils von (deutlich) über 30% sind die Bestpreisklauseln Bookings nicht nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO) freigestellt. Die Bestpreisklauseln erfüllen auch nicht die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB/Art. 101 Abs. 3 AEUV. Durch die Anwendung der Bestpreisklauseln hat Booking die von ihr abhängigen kleinen und mittleren Hotelunternehmen nach Auffassung des Bundeskartellamtes unbillig behindert und damit auch gegen § 20 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB verstoßen.

Im Einzelnen:

Das Booking-System ermöglicht Direktbuchungen mit Sofortbestätigung zu den jeweils aktuellen Hotelzimmerpreisen. Booking unterhält hierzu Vertragsbeziehungen zu den Hotelkunden einerseits und zu den Hotelunternehmen andererseits. Mit der Buchung eines Hotelzimmers über das Hotelportal kommt zwischen dem Hotelkunden und Booking ein Vermittlungsvertrag zustande. Dem Hotelkunden werden für die Vermittlungsleistung von Booking keine Kosten in Rechnung gestellt. Er zahlt ausschließlich den Zimmerpreis an das gebuchte Hotel. Zwischen Booking und den Hotelunternehmen besteht ein Vertrag über die Aufnahme des Hotels in das Booking-Reservierungssystem. Die Verträge sehen vor, dass das Hotel für jede realisierte Einzelbuchung eine Standardprovision in Höhe von [10-15]% auf den Übernachtungspreis an Booking zu zahlen hat. Die Provisionshöhe kann abhängig von verschiedenen Faktoren – wie insbesondere dem Ranking des Hotels

auf dem Portal – aber auch bis zu [30-50]% betragen. Die beiden anderen großen Hotelportale in Deutschland, HRS und Expedia, verwenden weitgehend vergleichbare Geschäftsmodelle, allerdings verwendet HRS seit der Untersagung durch das Bundeskartellamt in Deutschland keine Bestpreisklauseln mehr. Für durchschnittliche deutsche Hotelunternehmen sind die Hotelportale der mit Abstand wichtigste Online-Absatzkanal, jedoch unternehmen die Hotels zunehmend Anstrengungen, ihre Abhängigkeit von den Hotelportalen durch Stärkung ihres eigenen online-Vertriebs zu verringern.

Das Bundeskartellamt hatte bereits im HRS-Beschluss vom 20. Dezember 2013 festgestellt, dass die von diesem Hotelportal verwendeten Bestpreisklauseln, mit denen HRS sich von ihren auf ihrem Buchungsportal vertretenen Hotelpartnern eine umfassende Raten-, Bedingungs- und Verfügbarkeitsparität versprechen ließ (sog. „weite“ Bestpreisklauseln), kartellrechtswidrig sind. Dies wurde vom OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 9. Januar 2015 bestätigt. HRS hatte darauf verzichtet, die zugelassene Rechtsbeschwerde einzulegen.

Gleichwohl hat Booking die von ihr zu diesem Zeitpunkt verwendeten Bestpreisklauseln weiterhin praktiziert. Allerdings hat Booking diese ab dem 1. Juli 2015 durch Änderung ihrer AGB auf „enge“ Bestpreisklauseln umgestellt. Hintergrund hierfür war, dass mehrere europäische Wettbewerbsbehörden Bedenken gegenüber den von Booking verwendeten Klauseln geäußert hatten. In drei europäischen Ländern (Frankreich, Schweden und Italien) wurden Entscheidungen getroffen, die freiwillige Zusagen von Booking für verbindlich erklärten, in den jeweiligen Ländern die Praktizierung weiter Bestpreisklauseln einzustellen. Diese Entscheidungen treffen keine endgültigen Aussagen über die rechtliche Bewertung von Bestpreisklauseln.

Gegenstand des vom Bundeskartellamt im Dezember 2013 eingeleiteten Verfahrens gegen Booking waren zunächst die seinerzeit verwendeten weiten Bestpreisklauseln. Booking hat diese Klauseln zum 1. Juli 2015 auf engen Bestpreisklauseln umgestellt, die kein Aliud, sondern ein Minus gegenüber den bis dahin geltenden weiten Bestpreisklauseln darstellen. Durch die Klauselumstellung hat sich das Verfahren zum Teil erledigt, wurde aber im Übrigen fortgesetzt.

Sachlich betroffen ist der Markt für die Vermittlungsleistungen der Hotelportale („Hotelportalmarkt“), der das für den Hotelkunden komfortable Dienstleistungsbündel von „Suchen, Vergleichen und Buchen“ umfasst und der in räumlicher Hinsicht deutschlandweit abzugrenzen ist. Nicht zum relevanten Markt gehören etwa die hoteleigenen Websites,

spezialisierte Portale, die dieses Bündel nicht anbieten, online-Reisebüros, Reiseveranstalterportale oder Metasuchmaschinen. Das OLG Düsseldorf hat diese vom Bundeskartellamt auch schon im Rahmen des HRS-Verfahrens vorgenommene sachliche und räumliche Marktabgrenzung im Ergebnis bestätigt.

Auf diesem Markt bewirken die verwendeten Bestpreisklauseln spürbare Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Hotelportalen und auch zwischen den Hotelunternehmen.

Die engen Bestpreisklauseln beschränken zunächst den Anreiz für die Hotelunternehmen, ihre Zimmerpreise auf den verschiedenen Hotelportalen zu differenzieren. Zwar erlauben die engen Bestpreisklauseln – rein formal – eine solche Preisdifferenzierung, verbieten aber nach wie vor, dass der Zimmerpreis auf den hoteleigenen online-Vertriebskanälen niedriger sein darf als auf dem Portal von Booking. Im Ergebnis darf ein Hotel somit eine Zimmerpreissenkung auf einem Hotelportal nur dann etwa auf der eigenen Website nachvollziehen, wenn dieser Preis auch auf dem Portal von Booking gesenkt wurde. Möchte ein Hotelunternehmen den Zimmerpreis hingegen gezielt nur auf einem anderen Hotelportal als demjenigen von Booking senken, so wäre es nach den von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln gezwungen, über die eigenen online-Vertriebskanäle den höheren, bei Booking eingestellten Preis zu verlangen. Damit wird die Attraktivität des hoteleigenen Online-Vertriebs erheblich geschmälert und die Preissetzungsfreiheit der Hotelunternehmen spürbar eingeschränkt. Solange die Hotelunternehmen deswegen von den durch die engen Bestpreisklauseln formal eingeräumten Möglichkeiten zur Preisdifferenzierung in der Praxis keinen oder nur wenig Gebrauch machen, bleiben auch die Anreize für Booking reduziert, ihre Provisionen zu senken oder den Hotelunternehmen sonstige günstigere Konditionen einzuräumen.

Soweit Booking zufolge Hotelunternehmen seit der Einführung der engen Bestpreisklausel nunmehr Preisdifferenzierungen auf den drei großen Hotelportalen vornehmen, ist die Erhebungsgrundlage für diese Behauptung unklar. Zudem ist davon auszugehen, dass Hotels in Deutschland trotz fortbestehender Beschränkungen in den Vertragsbedingungen der Hotelportale gleichwohl Preise differenzieren, weil

- (1) das Bundeskartellamt die Bestpreisklauseln der HRS vor einiger Zeit untersagt hat,
- (2) Booking – jedenfalls gegenüber dem Bundeskartellamt – während des laufenden Verfahrens einen Durchsetzungsverzicht in Bezug auf die Bestpreisklauseln erklärt hat und

- (3) die Hotelunternehmen eine Untersagung auch der Booking-Bestpreisklauseln erwartet haben dürften.

Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklauseln werden durch die gegenüber den Hotelkunden bestehende Bestpreisgarantie und durch die in Bookings AGB geregelte Mindestverfügbarkeit verstärkt. Solange Hotels auf dem Booking-Portal jederzeit zumindest ein Zimmer (aus jeder Zimmerkategorie) zur Verfügung stellen müssen, können die engen Bestpreisklauseln ihre Wirkungen voll entfalten. Die engen Bestpreisklauseln haben zudem marktabschottende Effekte im Hinblick auf potenziellen Wettbewerb gegenüber den etablierten Hotelportalen.

Darüber hinaus beschränken die engen Bestpreisklauseln auch den Wettbewerb auf dem Hotelmarkt. Betroffen ist der Preiswettbewerb zwischen den Hotelunternehmen, weil das durch die engen Bestpreisklauseln gebundene Hotel im eigenen Onlinevertrieb keinen günstigeren Zimmerpreis als auf dem Booking-Portal anbieten darf. Die von Booking angeführte Ausnahme vom Anwendungsbereich der engen Bestpreisklauseln in Form geschlossener Nutzergruppen relativiert deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen nicht. Bei „geschlossenen Nutzergruppen“ handelt es sich um Kundenbindungsprogramme der Hotels, in deren Rahmen sich die Nutzer aktiv für eine Mitgliedschaft entscheiden; die dort angebotenen Raten sind nicht öffentlich verfügbar. Da die Hotelunternehmen die in ihrer geschlossenen Nutzergruppe angebotenen Zimmerpreise nicht online vermarkten dürfen, ist der theoretisch mögliche Preiswettbewerb durch Beschneidung der Preistransparenz wieder eingeschränkt. Die durch enge Bestpreisklauseln verursachten Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich auch nicht dadurch „kompensieren“, dass an anderer Stelle von zusätzlichen, früher praktizierten Wettbewerbsbeschränkungen (etwa im offline-Vertrieb) abgesehen wird. Dies stellt keine Kompensation von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer Neutralisierung, sondern lediglich eine Reduzierung des Umfangs der insgesamt bewirkten Wettbewerbsbeschränkung dar. Allein die Untersagung der Verwendung (enger) Bestpreisklauseln führt dazu, dass die nach wie vor bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen abgestellt und den Hotelunternehmen die ihnen zugestandenen Preissetzungsspielräume erstmalig eröffnet werden.

Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln werden darüber hinaus durch die von Expedia weiterhin verwendeten Bestpreisklauseln verstärkt.

Angesichts eines Marktanteils von Booking von (deutlich) über 30% sind die Bestpreisklauseln nicht nach der Vertikal-GVO freigestellt. Soweit diese in der vorliegenden Konstellation überhaupt anwendbar sein sollte, kommt eine Freistellung angesichts der hohen Marktanteile von Booking nicht in Betracht.

Die Bestpreisklauseln erfüllen auch nicht die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung. Booking hat die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nicht in hinreichendem Maße darlegen und nachweisen können.

- (1) Bei den von Booking angeführten allgemeinen Vorteilen der Hotelportale handelt es sich nicht um Effizienzgewinne, die sich aus den verwendeten Bestpreisklauseln ergeben. Zu etwaigen Umsatzrückgängen durch Streichung der Bestpreisklauseln hat Booking weder belastbare Fakten zum Umfang eines etwaigen Umsatzrückgangs vorgetragen noch dazu, inwieweit das Ausbleiben eines Umsatzrückgangs Effizienzvorteile bewirken kann.
- (2) Booking hat auch nicht belegen können, dass ein relevantes Trittbrettfahrerproblem besteht, das durch die Anwendung der engen Bestpreisklauseln gelöst werden könnte. Insbesondere hat Booking nicht hinreichend belegen können, dass ohne enge Bestpreisklauseln ein geminderter Anreiz besteht, in die Qualität des Portals zu investieren, oder dass die von Booking vorgenommenen Werbeinvestitionen unter Berücksichtigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ihrer Bestpreisklauseln gleichwohl eine wettbewerbsfördernde Wirkung entfalten. Nicht nur Booking, sondern auch die vom Bundeskartellamt befragten Hotelunternehmen haben betont, dass Hotelportale im Vertriebsmix der Hotelunternehmen eine auch für Endkunden besondere Stellung einnehmen, die unabhängig vom Ausbau anderer Vertriebslinien aufgrund ihres erheblichen Beitrags zur Auslastung der Hotels bestehen bleibt. Je höher die Qualität eines Hotelportals ist, umso größer sind seine Kundenreichweite und damit die Chance, dass Buchungen erfolgreich abgeschlossen werden.
- (3) Auch eine angemessene Verbraucherbeteiligung an etwaigen Effizienzgewinnen hat Booking nicht belegen können. Enge Bestpreisklauseln erhöhen weder die Markttransparenz noch verringern sie den Suchaufwand für die Hotelkunden. Schon die Marktentwicklung der Hotelportale in den letzten Jahren spricht dagegen, dass Hotelportale ohne Bestpreisklauseln nicht mehr profitabel operieren könnten und der Endverbraucher dann auf die insoweit weniger komfortablen Metasuchmaschinen ausweichen müsste.

- (4) Zudem fehlt der Verwendung der engen Bestpreisklauseln die Unerlässlichkeit, weil alternative Geschäftsmodelle, etwa in Form von Leistungsgebühren verbunden mit einer variablen Vergütung pro Buchung, als praktikabel erscheinen. Selbst wenn derzeit keines der etablierte Hotelportale an einer Alternative zum aktuell verwendeten Provisionsmodell arbeiten sollte, ist dies jedenfalls kein Beleg dafür, dass nur das jetzige Modell effizient ist. Vielmehr kann dies auch ein Hinweis darauf sein, dass die Hotelportale sich einem Innovationsdruck entziehen wollen, indem sie ihre Vorsprünge im Markt über wettbewerbsbeschränkende Eingriffe in die Preissetzungshoheit alternativer Vertriebskanäle sichern. Ohnehin ist aber auch die Fortführung des bestehenden Modells mit – niedrigeren – Provisionen verbunden mit ggf. anderen Bezahlformen vorstellbar.
- (5) Offen gelassen hat das Bundeskartellamt vor diesem Hintergrund, ob es Booking gelungen ist, hinreichend zu belegen, dass und warum der Wettbewerb durch die Bestpreisklauseln nicht ausgeschaltet wird. Für die Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs spricht, dass die engen Bestpreisklauseln nicht nur den Wettbewerb zwischen den Hotelportalen und zwischen den Hotelunternehmen einschränken, sondern auch den seitens der eigenen online-Kanäle der Hotelunternehmen möglichen Wettbewerbsdruck auf Hotelportale weitgehend ausschalten. Auch die im Wege der Provisionsspreizung teilweise sehr hohen Provisionen von Booking und die im Vertriebsmix der Hotels starke Stellung der Hotelportale deuten auf eine Ausschaltung des Wettbewerbs hin. Hinzu kommt die Abhängigkeit der Hotels gerade von der Marktführerin Booking, die ihre Marktstellung – unter dem Schutzmantel ihrer Bestpreisklauseln – in den letzten Jahren erheblich ausbauen konnte. Ob diese Gesamtumstände als Ausschaltung des Wettbewerbs i.S.d. § 2 Abs. 1 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV zu werten sind, konnte angesichts der Feststellungen zu den ersten drei Freistellungsvoraussetzungen dahinstehen.

Schließlich stellt die Anwendung der Bestpreisklauseln durch Booking auch eine unbillige Behinderung der von ihr abhängigen kleinen und mittleren Hotelunternehmen dar.

Das Bundeskartellamt hat sein Ermessen in der Weise ausgeübt, dass die festgestellte Zuwiderhandlung abgestellt wird. Booking wird als weitere Abhilfemaßnahme die Entfernung der verwendeten Bestpreisklauseln aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis zum 31. Januar 2016 und aus den individuellen Verträgen aufgegeben, soweit sie in Deutschland gelegene Hotels und andere Unterkünfte betreffen.

Innerhalb der Europäischen Union sind weiterhin eine Reihe von Mitgliedstaaten mit Verfahren zur Überprüfung von Bestpreisklauseln in Verträgen von Hotelportalen befasst. Das Bundeskartellamt hat ebenso wie im Fall HRS eng mit der Europäischen Kommission und den anderen europäischen Staaten im Rahmen des European Competition Network (ECN) zusammengearbeitet. Es beteiligt sich an der für dieses Jahr geplanten Evaluierung der von den verschiedenen nationalen Kartellbehörden im ECN getroffenen Maßnahmen zu Bestpreisklauseln in der Hotelportalbranche.