
Datum: 16.02.2017
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 8. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 88 O (Kart) 17/16
ECLI: ECLI:DE:LGK:2017:0216.88O.KART17.16.00

Tenor:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

Tatbestand:

- 1
- 2 Der Kläger verlangt von den Beklagten Unterlassung der Vereinbarung und Durchsetzung von Klauseln zur Preis-, Konditionen- und Verfügbarkeitsparität (sog. Bestpreisklauseln) gegenüber Hotelpartnern der G-Plattform in Deutschland.
- 3 Der Kläger ist der Branchenverband der Hotellerie in Deutschland mit rund 1.400 Mitgliedern. Gemessen an der Zimmerkapazität repräsentieren die Mitglieder einen Anteil von ca. 20 % des deutschen Hotelmarkts. Zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Klägers gehört die Wahrnehmung und Förderung der gemeinsamen branchenpolitischen Interessen von Hotellerie und Beherbergung.
- 4 Die Beklagte zu 1) ist ein in den USA ansässiges Unternehmen, das u.a. die Internet-Hotelbuchungsplattform „G“ betreibt (z.B. www.G.com und www.G.de). Im Jahr 2012 erwarb die Beklagte zu 1) ferner die Mehrheit an der Hotel-Metasuchmaschine trivago.
- 5 Die Beklagte zu 2) ist eine Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1). Sie ist die lokale Ansprechpartnerin für Hotelpartner und steht in Deutschland für Fragen in Zusammenhang mit der Durchführung des Vermarktungs- und Vermittlungsvertrages mit G oder ihrer Darstellung auf den Webseiten der Beklagten zu 1) zur Verfügung.

Die Beklagte zu 3) ist eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft, die als Vertragspartnerin von in Deutschland ansässigen Hotelunternehmen des Buchungsportals auftritt. Alleinige Gesellschafterin der Beklagten zu 3) ist die Luxemburger Gesellschaft M S.à.r.l., welche wiederum eine Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1) ist.

Die G-Plattform ermöglicht die Suche und Direktbuchung von Hotelzimmern mit Sofortbestätigungen zu den jeweils aktuellen Zimmerpreisen. Die Art und Weise der Darstellung der Hotels auf dem Hotelportal ist abhängig von einem Algorithmus, dessen genaue Funktionsweise zwischen den Parteien streitig ist. Mit der Buchung eines Hotelzimmers über das Hotelportal kommt zwischen dem Hotelkunden und der Beklagten zu 1) ein Vermittlungsvertrag zustande. Dem Hotelkunden werden für die Vermittlungsleistung keine Kosten in Rechnung gestellt. Er zahlt ausschließlich den Zimmerpreis an das gebuchte Hotel.

Die Beklagte zu 3) schließt mit Hotelunternehmen Vermittlungs- und Vermarktungsverträge. Nach ihrem Wortlaut kommen diese Verträge zwischen dem Hotelunternehmen und „G“ zustande. Die Beklagte zu 3) erklärt im Vertrag, die Vollmacht zu haben, „die Vertragsunternehmen“, insbesondere die Beklagte zu 1), an die Regelungen des Vertrags zu binden.

Die Beklagte zu 3) verwendet in den mit den Hotelunternehmen geschlossenen Vermittlungs- und Vermarktungsverträgen AGB, die unter Ziffer 2 b) eine Klausel zur Preis-, Konditionen- und Verfügbarkeitsparität enthalten. Hiernach verpflichten sich die Hotelunternehmen gegenüber G, Hotelzimmer immer zu mindestens gleich günstigen Preisen zur Verfügung zu stellen, wie sie das Hotelunternehmen auch auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet oder auf der hoteleigenen Homepage anbietet oder anbieten lässt (sog. „weite“ Bestpreisklausel). Ferner verpflichten sich die Hotelunternehmen, G in Bezug auf Zimmerverfügbarkeit sowie der Buchungs- und Stornierungsbedingungen nicht schlechter als eigene oder andere Vertriebskanäle zu stellen.

Die Klausel lautet im Wortlaut wie folgt:

„Preise und Verfügbarkeit. Sie erklären sich einverstanden, dass Sie G Zimmer, Zimmerarten und Preislisten sowie Artikel zum Generieren von Hotelgebühren für eine Buchung durch G-Gäste über das G-System zur Verfügung stellen, und zwar zu Bedingungen, einschließlich Preisen und Verfügbarkeit, die den Bedingungen, die über Ihre eigenen Buchungs- oder Vertriebskanäle oder den Buchungs- oder Vertriebskanälen von Dritten verfügbar sind, entsprechen oder besser sind. Keine Regel, Einschränkung, Richtlinie und/oder Bedingung (einschließlich Regeln im Zusammenhang mit einer Stornierung), die für irgendein Zimmer, das über das G-System zur Verfügung gestellt wird, gelten, darf strenger sein als solche Regeln, Einschränkungen, Richtlinien und/oder Bedingungen, die für vergleichbare Zimmer gelten, die Sie über Ihre eigenen Buchungs- oder Vertriebskanäle oder die Buchungs- oder Vertriebskanäle von Dritten zur Verfügung gestellt haben. [...]“

Am 14.05.2015 leitete das Bundeskartellamt (BKartA) gegen die Beklagten zu 1) und 2) ein Verwaltungsverfahren nach § 32 GWB wegen Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV aufgrund der Verwendung dieser Klausel ein. Der Kläger wurde in diesem Verfahren gem. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB beigeladen. Eine Entscheidung des BKartA steht noch aus.

Im Sommer 2015 sendete die „G-Gruppe“ ein Schreiben an die verbundenen Hotelunternehmen, in dem erklärt wurde, für mindestens fünf Jahre auf die Einräumung von mindestens gleich guten Preisen und Konditionen wie auf anderen Hotelbuchungsportalen

oder Offline-Angeboten sowie gänzlich auf die Einräumung gleich guter Verfügbarkeit von Zimmern zu verzichten. Ausgenommen von der Erklärung blieb die Preis- und Konditionenparität auf G im Verhältnis zur hoteleigenen Webseite (sog. „enge“ Bestpreisklausel).

Die relevante Passage lautet im Wortlaut:

„G wird keine Verpflichtungen vereinbaren oder durchsetzen, die es Unterkünften aufgeben, Zimmerpreise auf Gs Webseiten anzubieten, die gleich günstig oder günstiger sind als diejenigen, die über andere Online-Reisebüros angeboten werden.“

Einige Hotelunternehmen gingen in der Folge dazu über, Preise und Konditionen auf verschiedenen Vertriebskanälen zu differenzieren und boten dort etwa niedrigere Preise oder bessere Konditionen für Hotelkunden an. Kurz darauf stellten diese Hotels fest, dass ihr Hotelprofil auf dem Portal der Beklagten nur noch eingeschränkt sichtbar war (sog. „Dimming“). Bei der Darstellung wurden etwa das Bildmaterial des Hotels oder andere Informationen, insbesondere die Gästebewertungen, nicht mehr angezeigt. Ferner rückten diese Hotels in der Auflistung von Hotels auf der Webseite hinter andere Hotels zurück.

Ein solcher Fall betraf etwa die E GmbH, die mit der Beklagten zu 3) einen Vermittlungsvertrag für die G Buchungsplattform mit o.g. Klausel geschlossen hatte. Nach der Erklärung vom 01.07.2015 war die E GmbH dazu übergegangen, Preise und Konditionen auf verschiedenen Vertriebskanälen zu differenzieren. Am 09.01.2016 wurde das Hotel auf der Webseite ohne Bild dargestellt. Auf Nachfrage der E GmbH erklärte eine Angestellte der Beklagten zu 2) mit E-Mail vom 11.01.2016, dass das Angebot an Raten und Verfügbarkeiten *„seit Längerem für G nicht wettbewerbsfähig“* sei, woraus die reduzierte Darstellung des Hauses auf G resultiere. Auf ihre Nachfrage zu den Kriterien der Darstellung erhielt die E GmbH von derselben Angestellten mit E-Mail vom 14.01.2016 folgende Antwort:

„G vergleicht in sehr regelmäßigen Abständen das eigene Angebot mit Wettbewerbern. Für die einzelnen Hotels hat das Ergebnis Einfluss auf die Darstellung auf den G-Seiten. Weisen die Vergleiche über einen längeren Zeitraum ein nicht wettbewerbsfähiges Angebot bei G auf, kann dies Einfluss auf das Listingsergebnis haben und die Sichtbarkeit einzelner Häuser stark eingeschränkt werden. [...] Momentan erscheint Ihr Haus auf den Seiten, sollten jedoch wieder Abweichungen aufgeführt werden, kann es wieder dazu kommen, dass Ihr Hotel weniger Sichtbarkeit erhält.“

Mit E-Mail vom 23.01.2016 wurde die E GmbH vom „G Lodging Support Service“, die von und im Namen der Beklagten zu 1) versendet wurde, zudem darauf hingewiesen, dass sich ihr Ranking in den Suchergebnissen im Vergleich zur Konkurrenz auf G verschlechtert habe. Die Beklagten hätten bemerkt, dass das E hinter der Konkurrenz zurückbleibe, da es Reisenden, die auf den Webseiten der Beklagten zu 1) buchten, *„nicht das beste verfügbare Angebot“* gemacht habe. Da dies die Qualitätswertung des Hotels verschlechtere, sei der Eintrag auf allen Webseiten weniger sichtbar. In der E-Mail wurde erläutert, dass der G-Marktplatz so konzipiert sei, *„dass den Reisenden automatisch der beste verfügbare Preis angezeigt wird.“* Der E GmbH wurde zudem unter der Überschrift *„Faktoren, die ihr Ranking in den Suchergebnissen beeinflussen“* in einer Tabelle aufgezeigt, an welchen Tagen sie bei genau bezeichneten Zimmern auf einem anderen Buchungsportal, bei Booking.com, bessere Preise oder Verfügbarkeiten als auf G angeboten hatte. Als Hinweis wie das Ranking verbessert werden könne, wurde vorgeschlagen *„den besten verfügbaren Preis und Zimmertyp über alle Ihre Kanäle und für alle künftigen Daten“* anzugeben.

14

15

16

17

18

19

- Am 30.01.2016 übermittelte die E GmbH eine E-Mail an die Beklagte, die ein an die Beklagte zu 1 und zu 2) adressiertes Schreiben samt dem Entwurf einer Unterlassungserklärung enthielt. Die Beklagten gaben die Unterlassungserklärung nicht ab.
- Ein ähnlicher Fall eingeschränkter Sichtbarkeit betraf das Hamburg O Hotel, das den Beklagten mit E-Mail vom 25.07.2016 angezeigt hatte, dass die Fotos von dem Hotel auf der Webseite der Beklagten nicht mehr sichtbar und die eingestellten TravelAds nicht aktiv waren. Ein Mitarbeiter der Beklagten zu 2) wies darauf hin, dass die Sichtbarkeit des Hotels suspendiert sei, weil O die Strategie verfolge, Gäste auf der eigenen Internetseite zu bevorzugen.
- Mit Schreiben vom 21.09.2016 informierte die Beklagte ihre Hotelpartner, die Praxis des „Dimming“ ab diesem Datum einzustellen, da Nutzer der Webseite dies als Fehlfunktion des Portals gedeutet hatten.
- Der Marktanteil von G auf dem Markt der Hotelbuchungsportale in Deutschland lag im Jahr 2015 nach Ermittlungen des BKartA im Verfahren gegen G bei 10 – 15 % bei einem Sicherheitszuschlag von 5 % für übrige Anbieter. In der vom Kläger herausgegebenen Marktstudie „Hotelmarkt 2016“ wurden die Marktanteile Gs für 2015 mit 12,1 % angegeben.
- Der Marktanteil der Wettbewerber Booking.com und HRS lag nach der gleichen Ermittlung bei 55 – 60 % bzw. 20 – 25 %. Für die weiteren Anbieter (Unister, Lastminute und ehotel) ermittelte das BKartA Marktanteile von 0 – 5 %.
- Das BKartA führte wegen Bestpreisklauseln Verfahren gegen Booking.com und HRS. Mit Beschlüssen des BKartA vom 20.12.2013 (B 9 - 66/10) und vom 22.12.2015 (B 9 - 121/13) wurde die Kartellrechtswidrigkeit von weiten Bestpreisklauseln des Wettbewerbers HRS bzw. enger Bestpreisklauseln der Hotelbuchungsplattform Booking.com festgestellt. Das OLG Düsseldorf wies die Beschwerde von HRS mit Beschluss vom 09.01.2015 (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2015 – VI-Kart 1/14 (V), Kart 1/14 (V) (HRS)) und am 04.05.2016 den Antrag von Booking.com auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zurück (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.05.2016 – VI-Kart 1/16 (V) (Booking.com)).
- Der Kläger ist der Ansicht, dass die Beklagten durch die Vereinbarung und Durchsetzung der Klausel in Ziffer 2 b) der AGB gegen Wettbewerbsrecht verstießen. Die Bestpreisklauseln der Beklagten seien nicht anders zu beurteilen als die Klauseln von HRS und Booking.com. Ein wirksamer Verzicht auf die weiten Bestpreisklauseln liege nicht vor. Jedenfalls sei auch die verbleibende Regelung mit Wettbewerbsrecht unvereinbar. Es werde bestritten, dass G einen Marktanteil unter 30% habe. Die Vereinbarung und Durchsetzung der Klauseln stelle zum einen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Hotelportal- und dem Hotelzimmermarkt dar (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV). Sie sei zum anderen als Behinderungsmissbrauch einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung zu werten (§§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB). Der Kläger behauptet hierzu insbesondere, dass die Beklagten versucht hätten, die faktische Gewährleistung der weiten Bestpreisklauseln durch die Praxis des Ausblendens („Dimmings“) und durch die Herabstufung von Hotelbetreibern im Ranking durchzusetzen. Das Dimming stelle eine rein willkürliche Praxis dar. Jedenfalls bleibe eine manuelle Beeinflussung der Ergebnislisten in dieser Hinsicht möglich. So sei insbesondere die beschränkte Darstellung des E wieder aufgehoben worden, obwohl das Hotel seine Vertriebsstrategie fortgesetzt habe. Der Kläger behauptet ferner, dass die Funktionsweise der Kompilation der Ergebnislisten durch den von der Beklagten herausgegebenen Leitfaden zum G-Suchalgorithmus nicht zutreffend und vollständig beschrieben werde. Mangelnde Parität sei nach dem tatsächlich angewendeten Algorithmus

von erheblich größerer Bedeutung für die Position im Ranking als es die Beklagte in ihrem Leitfaden darlege.

Der Kläger beantragt in der Fassung der in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge, 27

1) es der Beklagten zu 1) bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, jeweils zu vollziehen an einem ihrer Geschäftsführer zu untersagen, 28

soweit in Deutschland gelegene Hotels betroffen sind die in Ziffer 2 b) der AGB der Beklagten zu 3 formulierten Klauseln betreffend Preis-, Konditionen- und Verfügbarkeitsparität im geschäftlichen Verkehr zu vereinbaren, einzufordern und bei Nichteinhaltung dieser Klauseln Hotelpartner im Vergleich zu anderen Hotelpartner nachteilig zu behandeln und insbesondere davon abzu sehen, die Art und Weise der Darstellung auf den Buchungsplattformen von G von der Einhaltung dieser Klauseln abhängig zu machen; 29

2) es der Beklagten zu 2) bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, jeweils zu vollziehen an einem ihrer Geschäftsführer zu untersagen, 30

soweit in Deutschland gelegene Hotels betroffen sind die in Ziffer 2 b) der AGB der Beklagten zu 3 formulierten Klauseln betreffend Preis-, Konditionen- und Verfügbarkeitsparität im geschäftlichen Verkehr zu vereinbaren, einzufordern und bei Nichteinhaltung dieser Klauseln Hotelpartner im Vergleich zu anderen Hotelpartner nachteilig zu behandeln und insbesondere davon abzu sehen, die Art und Weise der Darstellung auf den Buchungsplattformen von G von der Einhaltung dieser Klauseln abhängig zu machen; 31

3) es der Beklagten zu 3) bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, jeweils zu vollziehen an einem ihrer Geschäftsführer zu untersagen, 32

soweit in Deutschland gelegene Hotels betroffen sind die in Ziffer 2 b) der AGB der Beklagten zu 3 formulierten Klauseln betreffend Preis-, Konditionen- und Verfügbarkeitsparität im geschäftlichen Verkehr zu vereinbaren, einzufordern und bei Nichteinhaltung dieser Klauseln Hotelpartner im Vergleich zu anderen Hotelpartner nachteilig zu behandeln und insbesondere davon abzu sehen, die Art und Weise der Darstellung auf den Buchungsplattformen von G von der Einhaltung dieser Klauseln abhängig zu machen. 33

Die Beklagten beantragen, 34

die Klage abzuweisen. 35

Die Beklagten sind der Ansicht, dass weder die „weiten“ noch die „engen“ Bestpreisklauseln eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs darstellen und jedenfalls die Voraussetzungen für eine Individualfreistellung (§ 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV) erfüllen. Insbesondere sei die wettbewerbsbeschränkende Wirkung „enger“ Bestpreisklauseln auf Grundlage einer für G durchgeführten Datenanalyse empirisch widerlegt worden. Ferner seien die Vereinbarungen aufgrund des geringen Marktanteils von G durch die Verordnung der Kommission 330/2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von 36

vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) vom Kartellverbot freigestellt. Schließlich läge ein wirksamer Verzicht auf die „weiten“ Bestpreisklauseln vor. Die Beklagten behaupten darüber hinaus, dass die Art und Weise der Ergebnispräsentation in der Standard-Sortierung (d.h. ohne bestimmte Präferenzen) allein von dem zugrunde gelegten Algorithmus abhängt. Es treffe zwar zu, dass dieser Algorithmus die Konditionen, die ein Hotel anderen Buchungskanälen gewährt, berücksichtige. Dies sei jedoch nur ein nachrangiges Kriterium und erfolge jedenfalls im Interesse der Verbraucher. Die Beklagten behaupten ferner, dass der Algorithmus auf den Webseiten der Wettbewerber HRS und Booking.com nicht anders funktioniere. Mit Blick auf den Fall des Rheinhotels E behaupten die Beklagten, dass der Verweis auf die günstigeren Konditionen gegenüber Booking.com nicht erfolgt sei, um zu beanstanden, dass das E auf anderen Verkaufskanälen bessere Konditionen/Verfügbarkeiten anbot, sondern lediglich, um dem E aufzuzeigen, dass Konditionenverbesserungen möglich seien und, dass hierdurch auf den Portalen der G-Gruppe die Visibilität wieder verbessert werden könne. Die Darstellung des Rheinhotels auf der Webseite könne sich aufgrund des dynamischen Algorithmus auch unabhängig vom eigenen Preisverhalten geändert haben.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten
Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 37

Entscheidungsgründe: 38

Die Klage ist unbegründet. 39

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Unterlassung gem. § 33 Abs. 1 GWB. 40

1. 41

Der Kläger ist allerdings aktivlegitimiert gem. § 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB, was von den Beklagten
auch nicht in Zweifel gezogen wird. 42

2. 43

Ein zu untersagender Verstoß gegen § 1 GWB, Art. 101 AEUV liegt nicht vor. Ob die
beanstandeten Klauseln tatbestandlich § 1 GWB, Art. 101 AEUV unterfallen, bedarf keiner
abschließenden Entscheidung. Denn die angegriffenen Bestpreisklauseln der Beklagten sind
jedenfalls gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO, Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB vom
Kartellverbot freigestellt. 44

a. 45

Es sprechen zunächst gute Gründe für die Annahme, dass § 1 GWB, Art. 101 AEUV durch
die Bestpreisklauseln tatbestandlich erfüllt sind. 46

aa. 47

Bei den verwendeten Klauseln handelt es sich um Vereinbarungen im Sinne von § 1 GWB,
Art. 101 AEUV. Hierunter fallen auch Bestimmungen, deren Inhalt einseitig von einem der
Vertragspartner vorformuliert worden ist, weil ohne Rücksicht darauf immer noch für den
anderen Teil die Möglichkeit besteht, den Vertragsabschluss nicht zu diesen Bedingungen
herbeizuführen (EuGH, Urt. v. 11.01.1990, C-277/87, „Sandoz“). Liegt eine Vielzahl
inhaltsgleicher Verträge vor, ist nicht jeder einzelne Vertrag, sondern das gesamte
Vertragssystem zu betrachten („Bündeltheorie“). 48

Die in Ziffer 2 b) der AGB getroffene Regelung stellt demnach eine Vereinbarung dar. Betroffen ist hier eine Vielzahl inhaltsgleicher Klauseln, die G mit ihren Hotelpartnern vereinbart hat.	49
Betroffen sind sowohl die „weiten“ als auch die „engen“ Bestpreisklauseln. Da der Unterlassungsanspruch hier mit Verstößen in der Vergangenheit begründet wird, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit des von G erklärten Verzichts auf die „weiten“ Bestpreisklauseln erst bei der Wiederholungsgefahr gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 GWB. Auf die Wiederholungsgefahr kommt es nach den Ausführungen unten zu lit. b nicht an. Allerdings dürfte die bloß einseitig erklärte Abstandnahme von einer vertraglichen Regelung und Praxis für sich genommen, also ohne Strafbewehrung des Unterlassungsversprechens, die Gefahr einer Wiederholung nicht entfallen lassen.	50
bb.	51
Die Vereinbarungen sind auch zwischen Unternehmen im Sinne von § 1 GWB, Art. 101 AEUV getroffen worden. Als Unternehmen gemäß § 1 GWB, Art. 101 AEUV ist hier die wirtschaftliche Einheit „G“ anzusehen, wodurch einzelne Handlungen den Beklagten wechselseitig zuzurechnen sind. Das Verhalten einer Konzerngesellschaft kann der Konzernspitze oder anderen Konzerngesellschaften zugerechnet werden, wenn diese eine wirtschaftliche Einheit bilden (Hengst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl. Bd. 2, Art. 101 AEUV, Rn. 36). Eine wirtschaftliche Einheit liegt vor, wenn zum einen die betreffenden Gesellschaften kapitalmäßig so eng miteinander verflochten sind, dass dadurch die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung eröffnet wird und zum anderen, wenn diese einheitliche Leitung auch tatsächlich ausgeübt wird (Hengst, aaO, Rn. 43; EuGH, Urt. v. 10.09.2009, C-97/08 P, „Akzo Nobel“, Rn. 58).	52
Die Beklagte zu 1) ist unmittelbar an der Beklagten zu 2) und mittelbar an der Beklagten zu 3) beteiligt. Die Beklagten treten am Markt gemeinsam und arbeitsteilig auf. Sie unterscheiden selbst nicht zwischen den einzelnen Gesellschaften, wenn sie die Hotelunternehmen bezüglich ihrer Vertragspflichten adressieren. So wurde der „Verzicht“ auf die weiten Bestpreisklauseln sowie die Änderung der Strategie bezüglich des „Dimmings“ seitens der „G-Gruppe (G)“ erklärt. Der Vermittlungsvertrag wird zwar formal von der Beklagten zu 3) mit den Hotelunternehmen abgeschlossen, diese bekundet aber in dem Vertrag ihre Vollmacht „die Vertragsunternehmen“, darunter insbesondere die Beklagte zu 1), an die Regelungen des Vertrags zu binden. Die Durchführung der Vermittlungsleistung wird ferner gänzlich von den Beklagten zu 1) und zu 2) durch das Betreiben des Hotelportals bzw. durch den Kundendienst in Deutschland übernommen. Bei dieser Sachlage ist eine wechselseitige Zurechnung des Vorgehens am Markt gerechtfertigt.	53
cc.	54
Die Bestpreisklauseln Gs betreffen den Angebotsmarkt für die Vermittlungsdienstleistungen der Hotelbuchungsportale (Hotelportalmarkt) in Deutschland.	55
aaa.	56
Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale und Eigenschaften aus Sicht der jeweiligen Marktgegenseite zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs besonders eignen und nicht oder nur in geringem Maße austauschbar sind (EuGH, Urt. v. 21.02.1973, 6/72 „Continental Can“). Sowohl die „weite“ als auch die „enge“ Bestpreisklausel betreffen in sachlicher Hinsicht den Hotelportalmarkt, auf	57

dem sich die Hotelbuchungsportale als Anbieter und die Hotelunternehmen als Nachfrager gegenüberstehen. Portale wie G bieten den Kunden einen schnellen und umfangreichen Überblick über das Hotelangebot in einer Region sowie die Möglichkeit der Direktbuchung von Hotelzimmern mit Sofortbestätigungen zu den jeweils aktuellen Zimmerpreisen. Nicht zum sachlich relevanten Markt gehören dagegen die eigene Buchungswebseite des Hotels, Online-Reisebüros, Portale der Reiseveranstalter und Metasuchmaschinen ((OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 25 ff; OLG Düsseldorf, Booking.com, aaO, Rn. 65)).

bbb. 58

Der räumlich relevante Markt ist das Gebiet, „in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten insbesondere durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“ (Bek. der EU-Kommission v. 09.12.1997, ABl. 1997 C 372/5 Rn. 8). Der Begrenzung des Hotelportalmarkts auf Deutschland steht das grenzüberschreitende Angebot der Beklagten nicht entgegen. So ist die auf Deutschland ausgerichtete Werbung und die Gebietspräsenz der Beklagten zu berücksichtigen (vgl. BKartA, HRS, aaO, Rn. 121; OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 61; BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 156; OLG Düsseldorf, Booking.com, aaO, Rn. 66). 59

dd. 60

Die von den Beklagten praktizierten Bestpreisklauseln dürften ferner eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 AEUV „bewirken“. 61

aaa. 62

Die Bestpreisklauseln schränken die Handlungsfreiheit der Hotelunternehmen ein. Sie enthalten eine Verhaltensbindung im Vertikalverhältnis zwischen den Hotelunternehmen und den Beklagten. Hotelunternehmen müssen über G den günstigsten Preis und die besten Konditionen für ihre Zimmer anbieten, wie sie auch auf anderen Vertriebskanälen („weite“ Klausel) oder zumindest auf ihrer eigenen Webseite („enge“ Klausel) angezeigt werden. Die Hotelunternehmen werden so in ihrer Freiheit eingeschränkt, die Hotelzimmerpreise und sonstigen Konditionen gegenüber den übrigen Vermittlern ihrer Hotelzimmer bzw. auf ihrer eigenen Webseite frei festzulegen (vgl. OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 63; OLG Düsseldorf, Booking.com, aaO, Rn. 68). 63

bbb. 64

Die Bestpreisklauseln dürften trotz der vorgenannten Einschränkungen der Hotelunternehmen nicht als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkungen einzuordnen sein (nicht festgestellt in BKartA, HRS, aaO, Rn. 152 ff; BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 164; nach OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 65; OLG Düsseldorf, Booking.com, aaO, Rn. 69). Nur für den hier nicht anzunehmenden Fall, dass sich ein wettbewerbsbeschränkender Zweck der Vereinbarung ermitteln lässt, käme es auf die Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall nicht an (OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 65). 65

ccc. 66

Die Bestpreisklauseln der Beklagten dürften indes jedenfalls eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 AEUV „bewirken“. Für eine „bewirkte“ Wettbewerbsbeschränkung kommt es auf die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im 67

Einzelfall an. Die Vereinbarung muss den gegenwärtigen oder potentiellen Wettbewerb in einem solchen Ausmaß beeinträchtigen können, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Vielfalt bzw. Qualität von Dienstleistungen erwartet werden können. Um dies festzustellen, sind die Auswirkungen der Vereinbarung auf die bestehenden wirtschaftlichen, rechtlichen und tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse umfassend zu untersuchen (Bunte in Langen/Bunte, aaO. § 1 Rn. 230). Hierbei spielt die Marktstellung der Beteiligten und der Wettbewerber sowie die existierenden Marktzutrittsschranken und die Marktentwicklung eine Rolle. Ausschlaggebend ist dabei, ob die zu beurteilende vertikale Inhaltsbindung zu Marktabschottungseffekten oder zu einer messbaren Einschränkung des intrabrand-Wettbewerbs führt (OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 65).

Auf Grundlage der in den Entscheidungen des Bundeskartellamts gegen die Wettbewerber HRS und Booking.com angewandten Schadenstheorien kann auch im Falle der Beklagten, trotz des geringeren Marktanteils, noch von einer „bewirkten“ Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Hotelportalmarkt und auf dem Endkundenmarkt für Hotelzimmer ausgegangen werden (vgl. BKartA, HRS, aaO, Rn 155 ff; BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 164 ff).

(1) 69

Sowohl den „weiten“ als auch den „engen“ Bestpreisklauseln der Hotelbuchungsportale werden auf dem Hotelportalmarkt verschiedene wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zugeordnet. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitaler Markt, 2015, Rn. 411 mwN): 70

„Sie sollen erstens den Marktzutritt für neue Plattformen erschweren, da diese sich nicht durch geringere Verkaufsprovisionen und damit einhergehende geringere Endkundenpreise von den etablierten Plattformen abgrenzen und entsprechende Marktanteile gewinnen können. Zweitens können Preisparitätsklauseln zu einer geringeren Wettbewerbsintensität zwischen Plattformen und damit zu höheren Verkaufsprovisionen und Endkundenpreisen führen. So haben Plattformen aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Verkäufer, unterschiedliche Provisionen durch Preisdifferenzierung im Endkundenpreis zu berücksichtigen, geringere Anreize, Provisionen zu senken, bzw. sogar größere Anreize, diese zu erhöhen. Drittens können Preisparitätsklauseln kollusives Verhalten zwischen Plattformen erleichtern, da sie zum einen Vorteile aus dem Abweichen von einer solchen Vereinbarung reduzieren und zum anderen eine bessere Überprüfung der Einhaltung der Absprache ermöglichen.“ 71

Diese wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen gehen sowohl von „weiten“, als auch von „engen“ Bestpreisklauseln aus. „Enge“ Bestpreisklauseln beschränken die Preis- und Konditionenbildung „der vertragsgebundenen Hotelunternehmen gegenüber dritten Hotelportalen zwar nicht unmittelbar, weil eine Preis- und Konditionendifferenzierung zwischen den Hotelbuchungsportalen zum Nachteil der Beteiligten gestattet ist. Sie bewirkt allerdings mittelbar eine Beschränkung jener Handlungsfreiheit dadurch, dass die Hotelunternehmen im hoteleigenen Onlinevertrieb keine günstigeren Preise und Konditionen als auf dem Hotelbuchungsportal der Beteiligten anbieten dürfen. Legt man ein vernünftiges kaufmännisches Verhalten unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung zugrunde, hält das Verbot, im eigenen Onlinevertrieb günstigere Preise und Konditionen anzubieten sowie im Internet bessere Hotelzimmerpreise und Vertragsbedingungen für den eigenen Offlinevertrieb zu bewerben, die Hotelunternehmen davon ab, einem dritten Hotelportal Preise oder Konditionen anzubieten, die günstiger als diejenigen der Beteiligten 72

sind.“ (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.05.2016 – VI-Kart 1/16 (V) (Booking.com), Rn. 74).“

Die von den Beklagten vorgelegte CRA-Studie zu den wettbewerblichen Auswirkungen enger Bestpreisklauseln (Anlage B 12, ergänzend B 19) kann diese Schadenstheorie nicht durchgreifend entkräften. Die einem vernünftigen kaufmännischen Verhalten unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung zugrunde gelegte Annahme, dass Hotelunternehmen die Preise auf ihrer eigenen Webseite nicht auf anderen Vertriebskanälen an dem Hotelportal der Beklagten unterbieten werden, und deshalb der Wettbewerb der Hotelportale beeinträchtigt wird, wird durch die Studie nicht entkräftet. Bereits eine wesentliche Grundannahme der Studie, dass zwischen den Nutzern von Hotelportalen und Kunden, die auf der hoteleigenen Webseite buchen, keine Überschneidung bestehe, kann nicht überzeugen. Oftmals werden die Kunden, die über die Hotelwebseite buchen gerade über ein Hotelportal auf das Angebot des Hotelunternehmens aufmerksam gemacht worden sein und so auf die Webseite des Hotels gelangen. Dann aber besteht für die Hotelunternehmen ein Interesse, auf der eigenen Webseite keine höheren Preise zu verlangen als auf dem Hotelportal. Die vorgebrachte Annahme, dass die Abschaffung weiterer Bestpreisklauseln zu Anreizen geführt habe, die Provision gegenüber Hotelunternehmen zu senken wird ferner nicht hinreichend durch Tatsachen untermauert, zumal es in diesem Rechtsstreit gerade auch um die faktische Durchsetzung „weiter“ Bestpreisklauseln durch die Beklagten geht. Schließlich ist dem Kläger in dem Einwand zuzustimmen, dass ggf. zu beobachtende Preisdifferenzen nicht auf gezielte Preisdifferenzierungen durch Hotels hindeuten müssen.

(2) 74

Bestpreisklauseln beschränken außerdem den Wettbewerb auf dem Markt für Hotelzimmer. Der Wettbewerb zwischen Hotelunternehmen wird dadurch eingeschränkt, dass eine Preissenkung auf einem anderen Hotelportal oder auf der eigenen Webseite zu indirekten Kosten führt, da auch der Preis auf dem Hotelbuchungsportal gesenkt werden muss. Die Preisflexibilität und die Möglichkeiten der Preisdifferenzierung verringern sich (dos Santos Gonçalves, GWR 2015, 425, 427).

Hierzu führt OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.05.2016 – VI-Kart 1/16 (V) (Booking.com), Rn. 88 f. aus: 76

„Entscheidet sich ein Hotel, seine Preise auf dem Portal der Beteiligten zu senken, ist es wegen der Bestpreisklausel gezwungen, dieselbe Preissenkung auch auf seiner eigenen Internetseite vorzunehmen. Will das Hotel flächendeckende Niedrigpreise verbunden mit dem Risiko insgesamt sinkender Erträge vermeiden, muss es wegen der Bestpreisklausel folglich darauf verzichten, Restkontingente im Interesse einer höheren Hotelauslastung zu günstigen Preise anzubieten. Mögliche Preissenkungen zu Gunsten des Endkunden - beispielsweise für bestimmte Tage oder Zeiträume - bleiben ebenfalls aus. Beschränkt wird auch der Offlinevertrieb von Hotelzimmern durch den Hotelier. Zwar dürfen hier günstigere Zimmerpreise und Vertragskonditionen angeboten werden. Ausgeschlossen ist aber die Möglichkeit, diese Offlinepreise oder Offlinekonditionen im Internet zu veröffentlichen, zu bewerben und/oder zu vermarkten. Dadurch wird die Kundenreichweite der gegenüber dem Portalangebot der Beteiligten günstigeren Zimmerangebot des Hotelunternehmens erheblich eingeschränkt.“ 77

(3) 78

79

Der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Bestpreisklauseln der Beklagten steht nicht entgegen, dass deren Auswirkungen nicht länger durch die Verwendung von Bestpreisklauseln seitens anderer großer Hotelportale verstärkt werden. Nach der sog. Bündeltheorie können die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht nur aus der einzelnen Vereinbarung, sondern auch aus einer Gesamtheit gleichläufiger Vereinbarungen im relevanten Markt folgen (Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 11, Rn. 57). Gegenüber den Wettbewerbern der Beklagten wurde auf diesen verstärkenden Effekt abgestellt (BKartA, HRS, aaO, Rn. 163, 174; BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 237). Der Anwendung der Bündeltheorie steht in diesem Fall jedoch entgegen, dass sowohl HRS als auch Booking.com aufgrund der Verfügungen des BKartA zwischenzeitlich an der Verwendung von Bestpreisklauseln gehindert sind.

Auf die Anwendung der Bündeltheorie dürfte es aber nicht ankommen, wenn die Bestpreisklauseln der Beklagten den Verbotstatbestand bereits für sich genommen erfüllen, auch wenn sie insoweit eben nicht mehr verstärkt werden (vgl. BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 239 und sogleich ddd.). Ob die Berücksichtigung der Verbotsverfügungen gegenüber anderen Wettbewerbern bei der Bewertung von Wettbewerbsbeschränkung eines anderen Marktteilnehmers darüber hinaus bereits rechtlich unbeachtlich ist, wie es das BKartA vertritt (vgl. BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 238), bedarf keiner Entscheidung.

80

ddd.

81

Die Wettbewerbsbeschränkung durch die von den Beklagten praktizierten Bestpreisklauseln dürfte schließlich auch noch als „spürbar“ anzusehen sein. Das ungeschriebene Tatbestandmerkmal der Spürbarkeit ist nicht erfüllt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung den Markt wegen der schwachen Stellung der Beteiligten auf dem relevanten Markt nur geringfügig beeinträchtigt. Hierbei wird in der Regel eine quantitative Beurteilung der tatsächlichen oder möglichen Auswirkungen der zu untersuchenden Vereinbarung vorgenommen, wobei auch die Stellung und Bedeutung der beteiligten Unternehmen auf dem Markt heranzuziehen sind. Relevanz kommt dabei den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen zu (OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 91, mit Verweis auf BGH WuW/E DE-R 115 – Carpartner; BGH WuW/E DE-R 289, 295 – Lottospielgemeinschaft). Überdies ist bei der Auslegung des Merkmals der Spürbarkeit auch die Kommissionspraxis und die von der Kommission erlassene Bagatellbekanntmachung von 2014 (ABl. 2014 C 291/01) von Bedeutung (vgl. OLG Düsseldorf, Booking.com, aaO, Rn. 109). Im vorliegenden Fall ist Ziff. 8 lit. b der Bekanntmachung einschlägig, wonach die Spürbarkeitsschwelle bei einem Marktanteil zumindest eines Beteiligten auf den betroffenen Märkten von 15 % liegt (Ziff. 8 b. S. 1) (OLG Düsseldorf, Booking.com, aaO, Rn. 109).

82

Die vergleichsweise geringen Marktanteile der Beklagten, die von dem Kläger zwar bestritten sind, aber auch nach der eigenen Studie „Hotelmarkt Deutschland 2016“ angenommen werden, stehen der Bejahung der Spürbarkeit der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung ihrer Bestpreisklauseln nicht als solche entgegen. Zwar lag der Marktanteil der Beklagten in den vergangenen Jahren weit hinter dem ihrer Wettbewerber HRS und Booking.com und unter der 15 % Schwelle der Bagatellbekanntmachung: Nach Feststellungen des BKartA betrug der Marktanteil der Beklagten auf dem Hotelportalmarkt in den Jahren 2013 – 2015 konstant jeweils 10 – 15 %. Der Marktanteil von HRS und Booking.com lag im Jahr 2015 hingegen bei 20 – 25% bzw. 55 – 60 %. In der vom Kläger herausgegebenen Marktstudie „Hotelmarkt 2016“ wurden die Marktanteile Gs für 2015 mit 12,1 % angegeben. Die Wettbewerber Booking.com und HRS kommen auf 46,6 % bzw. 35,2 %, alle weiteren auf 6,1 %.

83

Auch bei einem Marktanteil unter den Schwellenwerten der Bekanntmachung kann aber eine „spürbare“ Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Die Bagatellbekanntmachung bindet zunächst allein das Eingreiffen der Kommission (Ziff. 5 S. 3; EuGH, „G“, aaO, Rn. 29). Die Spürbarkeit kann bei einer schwachen Stellung des Unternehmens auch bei Marktanteilen über 5 % ausgeschlossen und bei einer starken Marktstellung bei Marktanteilen von 3 % gegeben sein (Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 11, Rn. 72 mwN). Der Marktanteil der an der fraglichen Maßnahme beteiligten Unternehmen ist nicht allein ausschlaggebend (EuGH, „G“, aaO, Rn. 81). 84

Im vorliegenden Fall ist neben den Marktanteilen, die an der Grenze der Spürbarkeitsschwelle der Bagatellbekanntmachung liegen, der Umstand zu berücksichtigen, dass auf dem Hotelportalmarkt von einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung selbst dann auszugehen sein dürfte, wenn nur ein größerer Anbieter Bestpreisklauseln verwendet. Dies, weil deutsche Hotelunternehmen vielfach gleichzeitig auf mehreren etablierten Hotelportalen gelistet sind (vgl. BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 240). Die fortgesetzte Anwendung von Bestpreisklauseln durch nur eines den Verbrauchern bekannten Hotelportals dürfte bereits für sich geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, da die Hotelunternehmen auf ihre Präsenz in sämtlichen größeren Portalen nicht verzichten werden. 85

b. 86

Die von den Beklagten praktizierten Bestpreisklauseln sind allerdings gemäß § 2 Abs. 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO vom Kartellverbot freigestellt. 87

aa. 88

Der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO ist eröffnet. Bei den Bestpreisklauseln der Beklagten handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO. Eine vertikale Vereinbarung ist danach eine Vereinbarung, die zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen wird und die die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen. 89

aaa. 90

Die Beklagten und die verbundenen Hotelunternehmen sind auf unterschiedlichen Vertriebsstufen tätig. Die Beklagten betreiben ein Internetportal, über das Hoteldienstleistungen von Hotelunternehmen an Hotelkunden vermittelt werden. Hotelunternehmen bieten ihre jeweils eigenen Hotelleistungen an, die sie auf ihrer eigenen Homepage sowie auf Hotelbuchungsportalen vertreiben (vgl. BKartA, HRS, aaO, Rn. 180; OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 124; Booking.com, aaO, Rn. 97). 91

Die Bestpreisklauseln betreffen ferner die Bedingungen, „zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen“. Betroffen sind zum einen die Bedingungen, zu denen die Hotelunternehmen ihre Hoteldienstleistungen an Hotelkunden verkaufen dürfen. Den über G vermittelten Hotelkunden müssen aufgrund der Bestpreisklauseln mindestens gleich gute Preise und Konditionen wie auf anderen Hotelbuchungsportalen (weite Klausel) bzw. wie auf der hoteleigenen Webseite eingeräumt werden (enge Klausel) (vgl. OLG Düsseldorf, HRS, aaO, 92

Die Klauseln betreffen daneben aber auch Bedingungen im Verhältnis zwischen Hotelunternehmen und Hotelportal. Die Vermittlungsdienstleistung Gs ist aufgrund der Bestpreisklausel mit der Bedingung verknüpft, dass das verbundene Hotelunternehmen auf anderen Buchungsplattformen bzw. auf der eigenen Webseite keine besseren Preise oder Konditionen anbietet als über G. Die Durchsetzung der Bestpreisklauseln mittels „Dimming“ und Abstufung im Ranking zeigt, wie die Vermittlungsdienstleistung von der Einhaltung der Preis- und Konditionenparität abhängig gemacht wird. Die Bestpreisklausel wirkt sich also nicht allein beim Absatz der Hotelzimmer, sondern zudem im Vertikalverhältnis zwischen den Buchungsportalen und den Hotelunternehmen aus (a.A. OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 124; Booking.com, aaO, Rn. 97).

93

bbb.

94

Es kann aufgrund dieser Auslegung bereits dahin stehen, ob Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO auch das Bestehen eines sog. inneren Zusammenhangs zwischen der Vereinbarung über die Beschränkung und der Austauschbeziehung im Vertikalverhältnis fordert (bejahend: Veelken in Immenga/Mestmäcker, EG Teil 1, 4. Aufl., Vertikal GVO Rn. 78; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 2 VO 2790/1999 Rn. 10; Fiebig, WuW 2013, 812, 825; a.A. Baron in Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 2 Vert-GVO Rn. 65; Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/1. Teil, 5. Aufl., Art. 2 Vertikal-GVO Rn. 17; vgl. OLG Düsseldorf, HRS, aaO, Rn. 124; Booking.com, aaO, Rn. 97). Ein solcher Zusammenhang ist bereits gegeben, da die Vereinbarung der Bestpreisklausel mit dem Bezug der Hotelportalleistung verknüpft ist (vgl. auch Tamke, WuW 2015, 594, 601, wonach die Parteien den inneren Zusammenhang durch die Vereinbarung selbst herstellen).

95

Das Erfordernis eines inneren Zusammenhangs dürfte zudem zweifelhaft sein, sodass bereits die Bindung der Hotelunternehmen beim Absatz der Hotelzimmer unter den Begriff der vertikalen Vereinbarung fällt. Ein solcher Zusammenhang zum Vertikalverhältnis wird vom Wortlaut nicht gefordert. Der systematische Zusammenhang zu Art. 4 Abs. 1 lit. a der Technologietransfer-GVO ergibt nichts anderes, da hier auf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern abgestellt wird. Hotelunternehmen und Hotelportale sind aber keine Wettbewerber. Auch die Ausführungen der EU-Kommission in Rn 25 lit. d der Vertikal-Leitlinien (Abl. 2010 C 130/01) sprechen nicht für die Notwendigkeit eines inneren Zusammenhangs:

96

„[...] Derartige Vereinbarungen regeln die Bedingungen für den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf der vom Anbieter bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen und/oder die Bedingungen für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen, die diese Waren oder Dienstleistungen enthalten, durch den Abnehmer.“

97

Die Kommission beschreibt hier den üblicherweise vorliegenden Fall einer Weiterverkaufssituation (Tamke, aaO, 601) und dürfte vom Anwendungsbereich der Vertikal-GVO auf Bestpreisklauseln ausgehen (vgl. Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, 15.09.2016, SWD(2016) 312 final, Rn. 568).

98

Auch der Sinn und Zweck der Vertikal-GVO spricht gegen die enge Lesart. Die Vertikal-GVO soll eine leicht handhabbare Freistellung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen unterhalb der 30%-Marktanteilschwelle ermöglichen (Baron, in Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Aufl., Art. 2 Vert-GVO Rn. 99; Ellger in

99

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/1. Teil, 5. Aufl., Art. 2 Vertikal-GVO Rn. 17). Nach dem 8. Erwägungsgrund der Vertikal-GVO kann unterhalb dieser Schwelle grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass vertikale Vereinbarungen, die keine Kernbeschränkungen enthalten, „im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs und zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem daraus entstehenden Gewinn führen.“

Die Kartellbehörden können schließlich den Vorteil der Gruppenfreistellung entziehen, sollten im Einzelfall Wirkungen entgegen § 2 Abs. 1 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen (§ 32d GWB, Art. 29 Vertikal-GVO). 100

bb. 101

Eine Freistellung der Bestpreisvereinbarungen scheidet auch nicht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO aus. Der Marktanteil der Beklagten liegt deutlich unter der 30%-Schwelle (s.o. 2.d.dd.). G hat sowohl nach den Marktstudien des BKartA sowie nach der Studie des Klägers zu keinem in der jüngeren Vergangenheit liegenden Zeitpunkt einen über 30% liegenden Marktanteil erreicht. Gegenteilige und nachprüfbare Anhaltspunkte sind nicht dargelegt. 102

cc. 103

Es liegt schließlich auch keine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. a Vertikal-GVO vor. Nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO sind vertikale Vereinbarungen, die unmittelbar oder mittelbar die „Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen“, vom Anwendungsbereich der Vertikal-GVO ausgeschlossen. 104

Es ist schon zweifelhaft, ob die von den Bestpreisklauseln gestaltete Dreieckssituation zwischen Hotelunternehmen, Hotelportalen und Hotelkunden von der Regelung erfasst wird. Da Hotelunternehmen im Sinne der Norm als „Anbieter“ von Hoteldienstleistungen anzusehen sind, fällt die Beschränkung der Preissetzungsfreiheit gegenüber Hotelkunden schon nicht in den Anwendungsbereich von Art. 4 lit. a, da sich die Norm nur auf Beschränkungen des „Abnehmers“ bezieht. Etwaige Beschränkungen der Preisbildungsfreiheit des Anbieters sind vom Wortlaut des Art. 4. lit. a Vertikal-GVO ausdrücklich nicht umfasst (Vertikal-Leitlinien, aaO, Rn. 48; Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO, Art. 4, Rn. 13 mwN; Tamke, aaO, 602; Walter, ZWeR 2015, 157, 171). 105

Auf die Position der Hotelunternehmen als „Abnehmer“ von Hotelportalleistungen wäre die Norm zwar anwendbar, doch ist hier wiederum fraglich, ob sich die Beschränkung auf das Vertriebsverhältnis beziehen muss. Nimmt man dies an, so sind die Portale als „Lieferant“ von Vermittlungsdienstleistungen und die Hotelunternehmen als „Abnehmer“ dieser Dienstleistung anzusehen, doch würden sie diese Dienstleistung nicht weiterverkaufen. Folglich besteht keine für Art. 4 lit. a Vertikal-GVO typische Weiterverkaufssituation (Tamke, aaO, 602; Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 3. Aufl., Rn. 583; Walter, aaO, 171). 106

Selbst wenn man die Regelung für anwendbar hielte, so bestünde doch schließlich keine „Beschränkung der Möglichkeit [...] [den] Verkaufspreis selbst festzulegen“. Leitbild der Regelung sind Preisbindungen der zweiten Hand in Vertriebsvereinbarungen (Vertikal-Leitlinien, aaO, Rn. 48). Die verwendeten Bestpreisklauseln sind aber mit vertikalen Preisbindungen nicht direkt vergleichbar. Die Hotelunternehmen bleiben in ihrer Preisgestaltung grundsätzlich frei. Von ihnen verlangt ist nicht die Einhaltung eines festen Preises, Preisniveaus oder bestimmter Konditionen, sondern allein die Gleichbehandlung des 107

Hotelportals bezüglich Preis und Konditionen auf anderen bzw. den eigenen Vertriebskanälen.

In der Literatur wird zwar aufgrund dieser Befunde ein Analogieschluss diskutiert, weil es zu einer faktischen Beschränkung der Preissetzungsfreiheit des Anbieters komme (Eufinger, K & R 2014, 307, 310; in diese Richtung auch BKartA, HRS, aaO, Rn. 177 ff). Dagegen spricht aber zum einen der klare Wortlaut und die Entstehungsgeschichte. Obwohl die geltende Regelung deutlicher als die GVO 2790/1999 die Marktmacht der Abnehmer erfasst, ist der Regelung eindeutig zu entnehmen, dass Beschränkungen der Preisbildungsfreiheit des Anbieters nicht als Kernbeschränkungen gelten sollen (Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO, Art. 4, Rn. 13). Zum anderen dürfte es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlen, da die Wettbewerbswirkungen zwischen vertikaler Preisbindung und Bestpreisklauseln nicht direkt vergleichbar sind und Bestpreisklauseln auch wettbewerbsförderliche Wirkungen haben können. Auch können die Kartellbehörden die Freistellung im Einzelfall entziehen. Eine analoge Anwendung des Art. 4 lit. a Vertikal-GVO zulasten des Hotelportals kommt daher nicht in Betracht.

3. 109

Der Unterlassungsanspruch lässt sich ferner nicht auf die Tatbestände des Behinderungsmissbrauchs nach §§ 20 Abs. 1 GWB, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB stützen. 110

a. 111

G gilt nicht als marktbeherrschendes Unternehmen gem. § 18 Abs. 6 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB. Der Anwendung der Oligopolvermutung stehen die Marktanteile der Wettbewerber Booking.com und HRS entgegen, die im Jahr 2015 über 75 – 85 % lagen und so für sich bereits die Oligopolvermutung erfüllten. Die Vermutung des § 18 Abs. 6 GWB greift ein, wenn eine Gesamtheit von Unternehmen aus drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 % (Nr. 1) oder eine Gesamtheit aus fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln (Nr. 2) erreichen. Für die Berechnung der Marktanteile müssen die Unternehmen in der Reihenfolge ihrer Marktanteile aufgegriffen werden. Es ist nicht möglich, beliebig viele Unternehmen zusammen zu fassen, um die von der Norm vorgegebene Schwelle zu erfüllen (Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 5. Aufl., § 18 GWB, Rn. 175 – 179; Gosse/Wolf, MK GWB, § 19, Rn 43 a. E.; Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 18 GWB, Rn. 114; Paschke, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 87. Lieferung 08.2016, § 18 GWB 2013, Rn. 490 - juris). 112

Nichts anderes ergibt sich aus den vom Kläger vorgetragene Entscheidungen des OLG-Düsseldorf und BGH in Phonak/GN Store (BGH, Beschl. v. 20.04.2010, KVR 1/09 –, juris; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.11.2008 – VI-Kart 8/07 (V), Kart 8/07 (V) –, juris). Soweit das OLG Düsseldorf in diesem Fall die Oligopolvermutung entgegen der relativen Marktanteilsverteilung vorgenommen hat, handelte es sich um einen abweichenden Fall, in dem die Marktanteile hinter dem Marktführer im Wesentlichen gleich gewichtet waren. 113

Der Kläger trägt hilfsweise vor, dass G auch ohne Rückgriff auf die Vermutung nach § 18 Abs. 6 GWB als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen sei und verweist auf § 18 Abs. 5 GWB. Die Darlegungen des Klägers enthalten indes keine nähere Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Marktsituation Gs und den Voraussetzungen der marktbeherrschenden Stellung nach § 18 Abs. 6 GWB. Für eine marktbeherrschende Stellung Gs gem. § 18 Abs. 5 GWB bestehen auch angesichts der geringen Marktanteile 114

keine hinreichenden Anhaltspunkte.

- b. 115
- G ist auch kein Normadressat des § 20 Abs. 1 GWB. Kleine und mittlere Hotelunternehmen als Nachfrager von Vermittlungsdienstleistungen müssten hierfür in der Weise von G abhängig sein, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Hotelportale auszuweichen nicht bestehen. Entscheidend ist nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB, ob ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten vorhanden sind (sog. „*outside options*“, Nothdurft, in: Langen/Bunte, aaO, § 20 GWB, Rn. 26). Das BKartA hat diese Voraussetzung für HRS und Booking.com angenommen (BKartA, HRS, aaO, Rn. 236; BKartA, Booking.com, aaO, Rn. 309). Angesichts der erheblich geringeren Marktanteile Gs kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass zumutbare Alternativen für Hotelunternehmen fehlen. In den großen Wettbewerbern HRS und Booking.com stehen kleinen und mittleren Hotelunternehmen ein direkter Zugang zu einer großen Anzahl potentieller Hotelkunden zur Verfügung. Es ist nicht ersichtlich und vom Kläger auch nur pauschal vorgetragen, dass G für Hotelunternehmen unverzichtbar sei. Anders als HRS und Booking.com nimmt G ausweislich seines Marktanteils gerade keine besondere Stellung im Hotelportalmarkt ein. Die gängigen Fallgruppen des § 20 Abs. 1 GWB (Nothdurft, in: Langen/Bunte, aaO, § 20 GWB, Rn. 50 ff) liegen ebenfalls nicht vor. 116
- c. 117
- Da die Verwendung der Bestpreisklauseln in ihrer „weiten“ oder „engen“ Form durch G bereits keinen Verstoß gegen § 1 GWB, Art. 101 AEUV und §§ 20 Abs. 1 GWB, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellt, kommt es auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Durchsetzung dieser Klauseln durch „Dimming“ oder durch die Beeinflussung der Auflistung der Suchergebnisse nicht mehr an. Die Anwendung einer rechtmäßigen Klausel stellt für sich genommen keinen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht dar. Für eine rechtsmissbräuchliche Anwendung der Klauseln bestehen keine Anhaltspunkte. 118
4. 119
- Auch im Hinblick auf § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB kann Unterlassung nicht verlangt werden. Soweit danach ein Unternehmen ein anderes nicht zu einem gleichförmigen Verhalten zwingen darf, auch wenn das Verhalten als solches erlaubt ist, erfordert eine Zwangsausübung, dass dem betroffenen Unternehmen wegen der Schwere der angedrohten Nachteile praktisch keine Alternative zu dem geforderten Verhalten bleibt (Bechtold, GWB, § 21, Rn. 20). Hier haben die Hotelunternehmen aber wie dargelegt durch andere marktstärkere Hotelportale hinreichende Ausweichmöglichkeiten, sich der beanstandeten Vertragsklausel zu entziehen. 120
5. 121
- Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 709 S. 2 ZPO. 122
- Streitwert: 75.000,00 € 123