



**VERWALTUNGSVERFAHREN  
BESCHLUSS  
GEM. § 32 ABS. 1 GWB**

**– Öffentliche Version –**

## **Beschluss**

In dem Verwaltungsverfahren

1. Booking.com B.V.

Rembrandt Square Office

Herengracht 597

1017 CE Amsterdam

Niederlande

– Beteiligte zu 1. –

2. Booking.com (Deutschland) GmbH

Behrenstraße 19 (Haus 1)

10117 Berlin

– Beteiligte zu 2. –

Verfahrensbevollmächtigte zu 1. und 2.:

Quinn Emanuel Urquart & Sullivan, LLP

Dr. Nadine Herrmann

An der Alster 3

20099 Hamburg

3. HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH

Blaubach 32

50676 Köln

– Beigeladene zu 1. –

Verfahrensbevollmächtigte:

Hengeler Mueller

Dr. Christoph Stadler

Benrather Straße 18-20

40213 Düsseldorf

4. Expedia, Inc.

333 108th Ave NE

Bellevue WA 98004

U.S.A.

– Beigeladene zu 2. –

Verfahrensbevollmächtigte:

King & Wood Mallesons LLP

Tilman Siebert

Karolinen Karree

Karlstraße 12

80333 München

5. Hotelverband Deutschland (IHA) e.V.

Am Weidendamm 1 A

10117 Berlin

– Beigeladene zu 3. –

Verfahrensbevollmächtigte:

Haver & Mailänder

Dr. Volker Soyez

Lenzhalde 83-85

70192 Stuttgart

wegen Prüfung eines Verstoßes gegen § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV hat die 9. Beschlussabteilung gem. § 32 Abs. 1 GWB am 22. Dezember 2015 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Klauseln zur Raten- und Bedingungsparität, die zwischen den Beteiligten zu 1. und 2. und ihren Vertragspartnern in Ziffern 2.2.1 und 7.2 Buchst. (a) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung vom 1. Juli 2015, im Formular für die „Preferred Mitgliedschaft“ und in weiteren inhaltlich entsprechenden Individualverträgen vereinbart wurden, soweit sie in Deutschland gelegene Hotels und andere Unterkünfte betreffen, kartellrechtswidrig sind.
2. Den Beteiligten zu 1. und 2. wird die weitere Durchführung der vorgenannten Klauseln untersagt, soweit sie in Deutschland gelegene Hotels und andere Unterkünfte betreffen.
3. Den Beteiligten zu 1. und 2. wird aufgegeben, die Bestpreisklauseln bis zum 31. Januar 2016 aus den Verträgen bzw. diesen Verträgen zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entfernen, soweit sie in Deutschland gelegene Hotels und andere Unterkünfte betreffen.
4. Dem Gebot in Ziffer 3 würde bei Individualverträgen auch durch fristgemäße Änderungskündigungen zum nächstmöglichen Zeitpunkt genügt, selbst wenn diese erst nach Fristablauf wirksam würden.
5. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf

€ [...]

**(in Worten: [...] Euro)**

festgesetzt.

## Gründe

### A. Zusammenfassung

- (1) Die zu der amerikanischen Konzerngesellschaft Priceline, Inc. gehörende niederländische Booking.com B.V. („Booking“) ist das mit Abstand führende Hotelbuchungsportal in Deutschland und in Europa. Booking verstößt durch die mit ihren Hotelpartnern in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und in Individualverträgen vereinbarten Bestpreisklauseln gegen geltendes Kartellrecht. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens waren zuletzt die sog. „engen“ Bestpreisklauseln, mit denen Booking sich im Hinblick auf die von der Unterkunft selbst online gestellten Zimmerangebote von den auf ihrem Buchungsportal vertretenen Unterkünften Raten- und Bedingungsparität in Verbindung mit einer Mindestverfügbarkeit versprechen lässt.
- (2) 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 – bis zu [30-50]% betragen. Die beiden anderen großen Hotelportale in Deutschland, HRS und Expedia, verwenden weitgehend vergleichbare Geschäftsmodelle, allerdings verwendet HRS seit einer entsprechenden Untersagung durch das Bundeskartellamt in Deutschland keine Bestpreisklauseln mehr. Für durchschnittliche deutsche Hotelunternehmen bleiben 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 reduzieren.
- (3) Das Bundeskartellamt hatte bereits in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2013 in Sachen HRS 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 – inzwischen rechtskräftigen – Beschluss vom 9. Januar 2015 bestätigt.

- (4) Gleichwohl hat Booking die von ihr zu diesem Zeitpunkt verwendeten Bestpreisklauseln weiterhin praktiziert und durchgesetzt. 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 Verpflichtungszusagenentscheidungen getroffen, mit denen die engen Bestpreisklauseln von Booking angenommen wurden. Diesen Entscheidungen kommt keine Freistellungswirkung zu, sondern sie tragen lediglich den von diesen Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die jeweiligen dortigen Marktverhältnisse geäußerten wettbewerblichen Bedenken Rechnung.
- (5) Gegenstand des vom Bundeskartellamt im Dezember 2013 eingeleiteten Verfahrens sind somit die inzwischen geänderten engen Bestpreisklauseln, die kein Aliud, sondern ein Minus gegenüber den bis zum 1. Juli 2015 geltenden weiten Bestpreisklauseln darstellen. Durch die Klauselumstellung hat sich das Verfahren zum Teil erledigt, wurde aber im Übrigen fortgesetzt. Booking hat vor, aber auch nach der Umstellung auf die engen Bestpreisklauseln in hinreichendem Maße Gelegenheit gehabt, zu den vom Bundeskartellamt geäußerten wettbewerblichen Bedenken Stellung zu nehmen, und diese Gelegenheit auch ausführlich genutzt.
- (6) Sachlich betroffen ist – wie schon im Fall HRS – 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.
- (7) Auf diesem Markt bewirken die verwendeten Bestpreisklauseln spürbare Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Hotelportalen und auch zwischen den Hotelunternehmen.
- (8) 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 hingegen den Zimmerpreis 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.

- (9) 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.
- (10) 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 wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln werden jedenfalls durch die von Expedia verwendeten Bestpreisklauseln verstärkt.
- (11) 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 sollten, kommt eine Freistellung angesichts Bookings hoher Marktanteile nicht in Betracht.
- (12) Die Bestpreisklauseln erfüllen auch nicht die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung. Booking ist es nicht gelungen, die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung in hinreichendem Maße darzulegen und nachzuweisen. So handelt es sich bei den von Booking angeführten allgemeinen Vorteilen der Hotelportale nicht um Effizienzgewinne, die sich aus

den verwendeten Bestpreisklauseln ergeben. Soweit sich Booking auf etwaige Umsatzrückgänge durch Streichung der Bestpreisklauseln beruft, hat sie weder belastbare Fakten zum Umfang eines etwaigen Umsatzrückgangs vorgetragen noch dazu, inwieweit das Ausbleiben eines Umsatzrückgangs Effizienzvorteile bewirken kann. Booking hat insbesondere nicht belegen können, dass ein relevantes Trittbrettfahrerproblem besteht, das durch die Anwendung der engen Bestpreisklauseln gelöst werden könnte. Soweit Booking darauf verweist, dass die online-Werbemaßnahmen eines Hotelportals effizienter seien als online-Werbemaßnahmen einzelner Hotelunternehmen, bleibt festzustellen, dass nicht jede online-Werbemaßnahme dem individuellen Hotel zugutekommt. Auch eine angemessene Verbraucherbeteiligung an etwaigen Effizienzgewinnen hat Booking nicht belegen können. Zudem fehlt der Verwendung der engen Bestpreisklauseln die Unerlässlichkeit, weil alternative Geschäftsmodelle als praktikabel erscheinen. Offen bleiben kann daher, ob die engen Bestpreisklauseln zur Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs führen.

- (13) Schließlich stellt die Anwendung der Bestpreisklauseln durch Booking auch eine unbillige Behinderung der von ihr abhängigen kleinen und mittleren Hotelunternehmen dar.
- (14) Das Bundeskartellamt hat sein Ermessen in der Weise ausgeübt, dass die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen ist. 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.
- (15) Die gegenüber Booking angekündigte Vorteilsabschöpfung bleibt für den Fall der Bestandskraft dieses Beschlusses einer gesonderten Verfügung des Bundeskartellamtes vorbehalten.
- (16) Die mit der Umstellung der AGB zum 1. Juli 2015 abgestellten Teile der Zuwiderhandlung haben sich in der Sache erledigt; insoweit war das Verfahren einzustellen.

## **B. Sachverhalt**

### **I. Booking und andere online-Vertriebskanäle**

- (17) Die zu der amerikanischen Priceline-Gruppe gehörende Booking vermittelt in Deutschland und in anderen EU-Staaten einzelne Hotelzimmer sowie in geringerem Umfang Übernachtungen in anderen Unterkünften (Gästehäuser, Apartments, Aparthotels, Motels, Resorts, Bed and Breakfast und Hostels), die ebenso wie Hotels gewerblich einzelne Über-

nachtungen anbieten (nachfolgend wird aus Vereinfachungsgründen i.d.R. weiterhin auf „Hotels“, „Hotelpartner“, „Hotelpreise“ u.a. Bezug genommen<sup>1</sup>). Die Vermittlung erfolgt über das Portal booking.com und den darauf abgeleiteten Domains, wie beispielsweise booking.de. Booking erzielte vor HRS<sup>2</sup> und Expedia<sup>3</sup> im Jahr 2013 mit Abstand die meisten Erträge (Provisionen/Margen) aus der online-Vermittlung einzelner in Deutschland gelegener Hotelzimmer in Höhe von [170-230] Mio. €.

- (18) Das Booking-System ermöglicht Direktbuchungen mit Sofortbestätigungen zu den jeweils aktuellen Hotelzimmerpreisen. Booking unterhält Vertragsbeziehungen zu den Hotelkunden und den Hotelunternehmen. 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-Hotelreservierungssystem. Die Verträge sehen vor, dass das Hotel für jede realisierte Einzelbuchung eine Standardprovision in Höhe von [10-15]% und für bevorzugte Unterkünfte Provisionen bis zu [15-20]% auf den Übernachtungspreis an Booking zu zahlen hat; die Standardprovision von Booking liegt im Rahmen der Standardprovisionen aller größeren in Deutschland tätigen Hotelportale.<sup>4</sup> Rabattierungen oder abweichende höhere Provisionen werden individuell zwischen den Hotelunternehmen und Booking vereinbart. Individuell und abhängig von verschiedenen Faktoren, wie z.B. dem Ranking des Hotels auf dem Hotelportal, können die Booking-Provisionen bis zu [30-50]% betragen.<sup>5</sup> HRS und Expedia verwenden weitgehend vergleichbare Geschäftsmodelle; die genannten Hotelportale treten mithin nicht als Wiederverkäufer, sondern als reine Vermittler auf.

---

<sup>1</sup> Booking nimmt in ihren AGB ebenfalls keine Differenzierung nach Unterkunftsarten vor, sondern nutzt als Sammelbezeichnung der auf ihrem Portal angebotenen Unterkünfte die Bezeichnung „Unterkunft“.

<sup>2</sup> Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, Köln.

<sup>3</sup> Expedia. Inc., Bellevue, WA, U.S.A.

<sup>4</sup> Vgl. Übersicht der Provisionen 2013 (Blatt 12 f. der Akte „Fragebogen Wettbewerber 2014“).

<sup>5</sup> Vgl. Hotelkorrespondenz im Anhang zur E-Mail des Hotelverbandes Deutschland vom 5. März 2014, Blatt 518 a) ff., 518 b) d.A. und zuletzt Hotelkorrespondenz in der E-Mail des Hotelverbandes vom 28. September 2015, Blatt 4164 ff. d.A. Der Hotelverband Deutschland schätzt, dass die Provisionsspreizungen von Hotelportalen in Deutschland dazu führen, dass der durchschnittliche effektive Provisionssatz der Portale heutzutage bei 20-25% liegt (Stellungnahme des Hotelverbandes Deutschland vom 31. August 2015, Blatt 4083 ff, 4099 d.A.).



- (19) Das mittlerweile umsatzmäßig zweitstärkste Hotelportal in Deutschland nach Booking ist HRS und das drittstärkste Hotelportal Expedia. Alle drei Hotelportale haben ihre Marktpositionen beim online-Vertrieb von Hotelzimmern in den letzten Jahren sowohl durch Umsatzsteigerungen als auch durch den Erwerb von Metasuchmaschinen<sup>6</sup> bzw. kleinerer Hotelportale weiter ausgebaut: Booking u.a. durch den Erwerb der Metasuchmaschine Kayak (2013), Expedia durch den Erwerb der Metasuchmaschine Trivago (2013) und des Hotelportals Ebookers (2015) und HRS durch den Erwerb des Hotelportals Hotels Now<sup>7</sup> (2012). Demgegenüber ist der Anteil der in Deutschland tätigen kleineren Hotelportale weiter gesunken. So vermitteln lastminute, ehotel und Unister im Vergleich zu den drei großen Anbietern Booking, HRS und Expedia nur in sehr geringem Umfang Hotelzimmer in Deutschland.<sup>8</sup>
- (20) Nach der im Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland“ 2015 erstellten Übersicht buchen Endkunden etwa ein Drittel der Hotelzimmerübernachtungen online und zwei Drittel offline (etwa über Telefon, Reisebüros und „Walk-in“).<sup>9</sup> Die Hotelportale sind für die Hotels der mit Abstand bedeutendste online-Absatzkanal, dem angesichts der dort leicht zugänglichen und umfangreichen Informationen und seiner großen Reichweite im Hinblick auf Hotels und Endkunden ein besonderes Gewicht zukommt. Betrachtet man unter Zugrundelegung der Angaben des Branchenreports „Hotelmarkt Deutschland“ 2015<sup>10</sup> das Ver-

---

<sup>6</sup> Metasuchmaschinen erlauben einen zusammengefassten Preisvergleich und leiten den Nutzer bei Interesse an Websites weiter, über die sie die gesuchten Dienstleistungen buchen können. Auf Reise- und Hoteldienstleistungen spezialisierte Metasuchmaschinen bieten eine Direktverbindung zu Reise- und Hotelportalen und in Einzelfällen auch zu Hotelketten oder einzelnen (großen) Hotels. Siehe dazu zuletzt die ausführliche Beschreibung in der Branchenstudie „Hotelmarkt Deutschland“ 2015, S. 256 ff. sowie Bkarta, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 98 m.w.H. **Anmerkung:** zitiert wird hier und im Folgenden aus der unter [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2013/B9-66-10.pdf;jsessionid=9BEE4A35F9CEAECA9DF70D312D0C17B6.1\\_cid387?\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2013/B9-66-10.pdf;jsessionid=9BEE4A35F9CEAECA9DF70D312D0C17B6.1_cid387?_blob=publicationFile&v=2) veröffentlichten Version; Rz. können von anderen Versionen abweichen.

<sup>7</sup> Es handelt sich hier um ein mobiles Hotelportal in Form einer App, vgl. dazu auch BKarta, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 27.

<sup>8</sup> Vgl. BKarta, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 191 ff. und OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 141 ff.; **Anmerkung:** zitiert wird hier und im Folgenden aus der unter [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/2015/VI\\_Kart\\_1\\_14\\_V\\_Beschluss\\_20150109.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/2015/VI_Kart_1_14_V_Beschluss_20150109.html) veröffentlichten Version; Randziffern können von anderen Versionen abweichen.

<sup>9</sup> Vgl. Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland“ 2015, S. 241. Laut einer Prognose des Euro-monitor soll sich in West-Europa der Online-Anteil von derzeit ca. 30% der Hotelumsätze bis zum Jahr 2017 auf 40% erhöhen (vgl. Hinweis in Branchenstudie „Hotelmarkt Deutschland“ 2015, S. 240).

<sup>10</sup> Vgl. Übersichtstabelle im Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland“ 2015, S. 241.

hältnis von Übernachtungen, die über Hotelportale gebucht werden, zu den Übernachtungen, die online über die hoteleigenen Websites<sup>11</sup> gebucht werden, liegt das Verhältnis ungefähr bei 70 zu 30, wobei sich im Wesentlichen die drei Anbieter Booking, HRS und Expedia das Hotelportalgeschäft in Deutschland teilen.

- (21) Die hoteleigenen Websites werden von den Hotelunternehmen ins Netz gestellt; sie werden – allerdings bislang in eher geringem Umfang – auch über andere online-Kanäle, wie insbesondere über Metasuchmaschinen (etwa Kayak und Trivago)<sup>12</sup> direkt angebunden. Bei Buchungen auf den hoteleigenen Websites fallen für die Hotelunternehmen naturgemäß keine Provisionen an. Gleichwohl ist der hoteleigene Vertrieb nicht „kostenlos“. Der Hotelverband Deutschland schätzt die rein technischen Kosten für die online-Buchbarkeit auf der hoteleigenen Website auf 2-5% des dort erzielten Umsatzes. Hinzu kommen die – je nach Marketingstrategie des Hotels – stark variierenden Kosten für Marketing und Reichweitengenerierung,<sup>13</sup> so dass im Schnitt Kosten in der Größenordnung von 5-7% anfallen können.<sup>14</sup>

## **1. Bestpreisklauseln von Booking**

### **a) Bestpreisklauseln bis Juni 2015**

- (22) Bestandteil der Partnerverträge für Unterkünfte zwischen Booking und den Hotels waren bis zum 30. Juni 2015 weit gefasste Paritätsklauseln (nachfolgend als „weite Bestpreisklausel[n]“ bezeichnet), in denen sich die vertragsgebundenen Hotels verpflichteten, Booking grundsätzlich die günstigsten Zimmerpreise zur Verfügung zu stellen und zu ga-

---

<sup>11</sup> Eine Website – im deutschen Sprachgebrauch auch Webauftritt (Internetauftritt), Webpräsenz (Internetpräsenz) sowie Webangebot (Internetangebot) genannt – ist ein virtueller Platz im World Wide Web, an dem sich meist mehrere Webseiten (Dateien) und andere Ressourcen befinden; vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Website>.

<sup>12</sup> Direktanbindungsmöglichkeiten über weitere Metasuchmaschinen, wie Google Finder und TripAdvisor sind insbesondere in den USA von Bedeutung (vgl. <http://www.tnooz.com/article/us-watchdog-approves-Expedia-merger-with-orbitz/#sthash.Xdfh47mE.dpuf>, 16. Sept. 2015), befinden sich im deutschen Markt aber noch in der Markteinführungsphase (ausführlich dazu siehe Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland 2015“, S. 252 ff.).

<sup>13</sup> Die Ausgaben für Marketing und Reichweitengenerierung sind bei großen Hotelketten i.d.R. höher zu veranschlagen als bei kleinen und mittleren Hotels. E-Mail des Hotelverbandes Deutschland vom 2. Oktober 2015 (Blatt 4169 d.A.).

<sup>14</sup> InterConti (IHG) schätzt die Kosten für den Vertrieb über die eigene Website auf 6,6% des darüber erzielten Umsatzes; RBB Economics geht in der von Booking vorgelegten Studie vom 18. Mai 2015 (Blatt 3181, 3186 d.A.) davon aus, dass die durchschnittlichen Websitekosten für alle Hotels auf etwa 5% des dort erzielten Online-Umsatzes betragen.

rantieren, dass Booking immer mindestens ebenso günstige Preise erhält, wie das Hotel auf anderen Vertriebskanälen online oder offline anbietet oder anbieten lässt und in Bezug auf Verfügbarkeit sowie der Buchungs- und Stornierungsbedingungen nicht schlechter als andere Vertriebskanäle gestellt wird.

- (23) Die Bestpreisklausel in der Fassung vom 8. August 2014<sup>15</sup> („Alt-AGB“) lautete wie folgt:

*[...] 2.2 Parität und Zimmerbeschränkungen*

*2.2.1 Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Verfügbarkeitsparität („Parität“). Ratenparität bezeichnet den gleichen oder einen besseren Preis für dieselbe Unterkunft, die gleiche Zimmerkategorie, das gleiche Datum, die gleiche Bettkategorie, die gleiche Anzahl an Gästen, die gleichen oder besseren Beschränkungen und Bestimmungen, darunter Frühstück, Buchungsänderungen und Stornierungsbedingungen, wie er auf den Websites, Apps oder den Call-Centern (inklusive dem Kundenreservierungssystem) der Unterkunft oder direkt in der Unterkunft sowie bei einem Wettbewerber von Booking.com (darunter online- und offline-Reservierungs- oder Buchungsagenturen sowie Vermittler) und/oder bei einem anderen Dritten (online oder offline), der ein Geschäftspartner der Unterkunft ist oder auf irgendeine andere Weise mit der Unterkunft verbunden ist, angeboten wird. [...]*

*Verfügbarkeitsparität bedeutet, dass die Unterkunft Booking.com Verfügbarkeiten (d.h. verfügbare Zimmer zur Buchung auf der Plattform bietet, die mindestens genauso vorteilhaft sind wie die, die einem Wettbewerber von Booking.com (darunter online- und offline-Reservierungs- oder Buchungsagenturen sowie Vermittler) und/oder bei einem anderen Dritten (online oder offline), der ein Geschäftspartner der Unterkunft ist oder auf irgendeine andere Weise mit der Unterkunft verbunden ist, angeboten werden.)“ [...]*

- (24) Ziffer 7 der AGB enthielt Regeln zur Vertragsdauer, Vertragsende und Aussetzung des Vertrages. Unter Ziffer 7.2 (a) war geregelt, dass jeder Vertragspartner den Vertrag mit sofortiger Wirkung und ohne vorherige schriftliche Kündigung beenden kann [...] im Falle [...] einer Verletzung der Ratenparitätsgarantie.
- (25) Zusätzlich zum Partnervertrag für Unterkünfte konnten die Hotelpartner sich durch Unterschrift des „Formular zur Preferred Mitgliedschaft“<sup>16</sup> zur Erfüllung weiterer Leistun-

---

<sup>15</sup> Text der AGB vom 8. August 2014 siehe Anlage zum Schreiben der Booking vom 3. Februar 2015 (Blatt 1796 ff., 1800 ff. d.A.).

gen verpflichten. Zu den Leistungskategorien gehörten u.a. eine überdurchschnittlich hohe Konversion, eine überdurchschnittlich hohe Verfügbarkeit und eine niedrigere durchschnittliche Stornierungsquote im Vergleich zu allen anderen Unterkünften, mit denen Booking in der jeweiligen Region zusammenarbeitet. Zu den Paritätsanforderungen hieß es wie folgt:

*„Die Preferred Mitgliedschaft ist ein wesentlicher Bestandteil des von Ihnen unterzeichneten Partnervertrages für Unterkünfte (der „Vertrag“) sowie der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (die „AGB“). Booking.com wählt qualifizierte Unterkünfte (die „qualifizierte Unterkunft“) aus, die die folgenden Leistungskategorien (die „Leistungskategorien“) erfüllen und aufrechterhalten.*

Leistungskategorien

[...]

f. eine durchgehende Raten- und Verfügbarkeitsparität.

*Falls Sie eine der Leistungskategorien nicht erfüllen, haben Sie keinen Anspruch mehr auf eine Preferred Mitgliedschaft und werden unverzüglich wieder als Standard-Unterkunft gelistet. In diesem Fall gilt wieder die im Partnervertrag für Unterkünfte vereinbarte (Standard-) Kommission. [...]*

- (26) Die „Preferred Mitgliedschaft“ bot den Hotels eine bevorzugte Darstellung auf der Booking-Website (hohes Ranking und „thumbs up“ Kennzeichnung). Booking selbst wirbt damit, dass rund 70% ihrer Buchungen an Preferred Partner gehen.<sup>17</sup> Gegenteilige Angaben liegen dem Bundeskartellamt nicht vor.<sup>18</sup>
- (27) Booking unterstützte die Durchsetzung der in Ziffer 2.2.1 ihrer AGB geregelten Bestpreisklauseln durch eine Bestpreisgarantie, also Versprechen von Booking gegenüber dem Endkunden, dass auf dem Hotelportal von Booking der beste Zimmerpreis an-

---

<sup>16</sup> Mustervertrag in der Anlage QE 12 des Booking-Schriftsatzes vom 8. August 2014 (Blatt 1548 d.A.); im Englischen „Preferred Partner Programme“.

<sup>17</sup> Schreiben der Booking vom 7. April 2014 an ein deutsches Hotel (Blatt 1515 d.A.) sowie E-Mail des Hotelverbandes Deutschland vom 17. Juli 2014 (Blatt 1507 ff. d.A.).

<sup>18</sup> Auf die entsprechende Nachfrage der Beschlussabteilung hat Booking keine Antwort gegeben, sondern nur auf die Anzahl der in Deutschland ansässigen Hotelpartner verwiesen, die an dem „Preferred Partner Programm“ teilnehmen (vgl. Antwort-Schreiben Booking vom 9. September 2014, Blatt 1759, 1762 d.A.).

geboten wird und online kein niedrigerer Preis mit gleichen Buchungsdaten und Buchungsbedingungen zu finden sein wird.<sup>19</sup> Gemäß Ziffer 2.5.6 der AGB ist das Hotel verpflichtet, bei Abweichungen den eigenen Preis sofort anzupassen und dem jeweiligen Gast die Preisdifferenz zu erstatten.

- (28) Booking hat die Bestpreisklauseln auch aktiv durchgesetzt. Im Jahr 2013 und auch noch im vergangenen Jahr 2014 hat Booking einzelne in Deutschland gelegene Hotels aufgefordert, ihre Raten und Zimmerverfügbarkeiten an die auf anderen Portalen angebotenen Raten und Verfügbarkeiten anzupassen und den Hotels damit gedroht, sie im Falle der Verweigerung aus dem Buchungssystem der Booking herauszunehmen oder sie im Ranking herabzustufen. In Weigerungsfällen hat Booking die Hotels gesperrt oder von sich aus Preisreduzierungen gegenüber den Hotelkunden vorgenommen. In anderen Fällen hat Booking Hotels aufgefordert, die Preisdifferenz zum Bestpreis an die Hotelkunden selbst auszusahlen.

#### **b) Bestpreisklauseln ab dem 1. Juli 2015**

- (29) Auf der Grundlage von Verpflichtungszusagen, die Booking gegenüber der französischen, der italienischen und der schwedischen Wettbewerbsbehörde im Gegenzug zur Verfahrensbeendigung durch diese Behörden abgegeben hatte, hat Booking ihre AGB ab dem 1. Juli 2015 europaweit umgestellt.<sup>20</sup> Die Bestpreisklausel in der nunmehr aktuellen Fassung der Booking-AGB<sup>21</sup> lautet wie folgt:

*[...] 2.2 Parität und Mindestkontingent*

*2.2.1 Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Bedingungsparität. „Raten und Bedingungsparität“ bezeichnet den gleichen oder einen besseren Preis für dieselbe Unterkunft, die gleiche Zimmerkategorie, das gleiche Datum, die gleiche Bettkategorie, die gleiche Anzahl an Gästen, die gleichen oder besseren Annehmlichkeiten und*

---

<sup>19</sup> Siehe Ziffer 1 der AGB, unter „Bestpreisgarantie“.

<sup>20</sup> Booking hat ihre Verpflichtungszusagen mehrfach verändert. Die letzte dem Bundeskartellamt gemachte Zusage (in deutscher Sprache) wurde dem Bundeskartellamt mit E-Mail vom 29. März 2015 (Sonntag) gemacht und befindet sich in Kopie auf Blatt 2556 d.A. Eine nochmals veränderte Verpflichtungszusage wurde dann Gegenstand der Entscheidungen der jeweiligen Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Italien und Schweden; sie wurde dem Bundeskartellamt mit dem ersten Schreiben der Booking vom 19. Mai 2015 zur Kenntnis gebracht (s. Blatt 3108 ff. d.A.). In diesem Schreiben kündigte Booking zugleich an, dass sie ihre AGB ab dem 1. Juli 2015 auch in Deutschland entsprechend umstellen werde.

<sup>21</sup> AGB vom 1. Juli 2015, Text übersandt per E-Mail der Booking vom gleichen Tage (Blatt 3781 ff.).

*Zusatzleistungen (z.B. kostenfreies Frühstück, WLAN, früher/später Check-out), die gleichen oder besseren Beschränkungen und Bestimmungen, darunter Buchungsänderungen und Stornierungsbedingungen, wie sie von der Unterkunft angeboten wird.*

*Raten- und Bedingungsparität gilt nicht für Preise und Bedingungen:*

- *die auf anderen online-Reservierungsportalen angeboten werden;*
- *die auf Offline-Vertriebswegen angeboten werden, vorausgesetzt, dass diese Zimmerpreise weder online veröffentlicht noch vermarktet werden, und/oder*
- *die nicht veröffentlicht sind, vorausgesetzt, dass diese Zimmerpreise nicht online vermarktet werden.*

(30) Darüber hinaus enthält die neue AGB weitere Regelungen, die für die Anwendung der sogenannten engen Bestpreisklauseln von Bedeutung sind.

#### *2.2.2 Mindestkontingent*

*Die Unterkunft verpflichtet sich zur Bereitstellung einer Mindestanzahl an Zimmern, die auf den Plattformen zur Buchung zur Verfügung stehen, wie im Partnervertrag oder System festgelegt (im Folgenden: das „Mindestkontingent“). Booking ermuntert die Unterkunft von Zeit zu Zeit und je nach Verfügbarkeit für bestimmte Zeiträume zusätzliche Verfügbarkeiten für alle Zimmerkategorien zur Verfügung zu stellen.*

*[...]*

*2.2.4 Booking ist berechtigt, den Mitgliedern seiner geschlossenen Nutzergruppe<sup>22</sup> eine Ermäßigung auf den Zimmerpreis zu geben.*

*2.2.5 Die Unterkunft ist im Sinne dieses Vertrages und gemäß Abschnitt 2.2.1 und 2.2.2 dazu angehalten Booking.com jederzeit (nach Verfügbarkeit) einige Verfügbarkeiten für alle Zimmer und Zimmerkategorien zu gewähren und fairen Zugang zu allen Zimmern und Zimmerkategorien (einschließlich verschiedener, anwendbarer Richtlinien und Einschränkungen) und verfügbaren Raten während der Vertragsdauer*

---

<sup>22</sup> In ihren AGB vom 14. August 2014, Ziffer 2.2.1 (Text in der Anlage zum Booking-Schreiben vom 3. Februar 2015, Blatt 1800 ff. d.A.) definiert Booking eine geschlossene Nutzergruppe als Gruppe, in der Nutzer sich u.a. aktiv für eine Mitgliedschaft entscheiden und die ein Kundenprofil ausgefüllt haben. Maßgebliches Charakteristikum einer geschlossenen Nutzergruppe ist, dass die dort angebotenen Raten nicht (direkt oder indirekt) öffentlich verfügbar sind oder gemacht werden. Die aktuellen AGB der Booking verzichten auf eine Definition, nehmen jedoch weiterhin auf eine „geschlossene Nutzergruppe“ Bezug. Es handelt sich um ein Kundenbindungsprogramm (bei Booking derzeit unter dem Namen „Genius“).

*zu gewähren (in Zeiträumen mit niedriger und hoher Nachfrage (einschließlich Messen, Kongressen und Veranstaltungen)).*

- (31) Die Regelungen in Ziffer 7.2 der AGB vom 1. Juli 2015 zur sofortigen Vertragskündigung im Falle der Verletzung von Vertragspflichten sind weitgehend gleich geblieben; unter Ziffer 7.2 (a) wird jetzt von der Verletzung der *Raten- und Bedingungsparitätsgarantie* gesprochen. Damit wird die aktuelle Formulierung in Ziffer 2.2.1 der neugefassten AGB aufgegriffen.
- (32) Das aktuelle Formular für die sogenannte „Preferred Mitgliedschaft“ entspricht weitgehend dem bisherigen Formular; allerdings wurden die auf die Bestpreisklauseln Bezug nehmenden Leistungskategorien angepasst. Sie lauten nunmehr:<sup>23</sup>

*Leistungskategorien*

*a.[...]*

*b. eine überdurchschnittlich hohe Verfügbarkeit (prozentual berechnet) im Vergleich zu allen anderen Unterkünften, mit denen Booking.com in der jeweiligen Region zusammenarbeitet;*

*[...]*

*f. eine durchgehende Raten- und Konditionsparität sowie die Einwilligung, jederzeit (je nach Verfügbarkeit) ein bestimmtes Kontingent für alle Zimmer und Zimmerkategorien bereitzustellen.*

- (33) Booking unterstützt auch weiterhin die Durchsetzung der angepassten Bestpreisklauseln in Ziffer 2.2.1 ihrer AGB durch eine Bestpreisgarantie gegenüber dem Endkunden. Gemäß Ziffer 2.5.6 der neuen AGB ist das Hotel nunmehr verpflichtet, „[...] im Falle des Rechts auf eine Raten- oder Bedingungsparität“ eine Preisanpassung des Hotels auf der Booking-Plattform zu fordern und dem jeweiligen Gast die Preisdifferenz zu ersetzen. Darüber hinaus hat Booking angekündigt, dass sie selbst die Differenz zwischen dem gebuchten und dem niedrigeren Preis auf *[allen] anderen Buchungskanälen* begleichen wird.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> E-Mail von Booking vom 10. Juli 2015 mit Text des Musterformulars im Anhang (Blatt 3920, 3922.d.A.).

<sup>24</sup> Siehe <http://news.booking.com-to-amend-parity-provisions-throughout-Europeesp>. (25. Juni 2015).

- (34) Anhaltspunkte dafür, dass Booking die Bestpreisklausel in der seit dem 1. Juli 2015 geltenden Fassung nicht mehr durchsetzt, liegen dem Bundeskartellamt nicht vor. Vielmehr erwarten die Hotels, dass Booking die nunmehr engeren Bestpreisklauseln schärfer als bisher durchsetzen wird.<sup>25</sup>

## **2. Bestpreisklauseln anderer Hotelportale**

- (35) Die anderen in Deutschland umsatzstarken Portale, die über Bestpreisklauseln verfügen bzw. verfügten, die mit den bis zum 30. Juni 2015 geltenden Bestpreisklauseln der Booking vergleichbar sind, sind HRS und Expedia. Nach Maßgabe des Untersagungsbeschlusses des Bundeskartellamtes in der Sache „HRS Bestpreisklauseln“ vom 20. Dezember 2013<sup>26</sup> hat HRS spätestens seit dem 1. März 2014 ihre Bestpreisklausel in ihren AGB und in den einschlägigen Individualverträgen gestrichen.<sup>27</sup>
- (36) Die zu diesem Zeitpunkt geltende Bestpreisklausel von Expedia findet weiter Anwendung. Sie bezieht sich gemäß der zwischen Expedia und ihren Hotelpartnern geltenden Vertragsbedingungen auf Raten und Verfügbarkeiten sowie auf sonstige Buchungs- und Stornierungsbedingungen auf den hoteleigenen oder fremden Vertriebs- oder Buchungskanälen. Das Hotel ist verpflichtet, Expedia die von einem Gast reklamierte Preisdifferenz zwischen dem Bestpreis und dem gebuchten Preis zu ersetzen. Bei Vertragsverstößen des Hotels gelten – ohne besonderen Bezug zu den Bestpreisklauseln – die allgemeinen Regelungen, wie z.B. die Möglichkeit des Portals, die Buchbarkeit auszusetzen.<sup>28</sup>
- (37) Expedia hat durch ein gesondertes Schreiben an die Hotelunternehmen – ohne Änderung des Wortlauts der AGB – mit Wirkung ab dem 1. August 2015 und für die Dauer von mindestens fünf Jahren auf die Durchsetzung ihrer Meistbegünstigungsklauseln für Unterkünfte innerhalb des EWR verzichtet, soweit diese Klauseln andere Hotelportale oder den offline-Vertrieb betreffen und sich auf Preise, Konditionen bzw. Verfügbarkeit von Zimmern beziehen.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Vgl. Blatt 17 der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>26</sup> Vgl. BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Beschwerde der HRS mit Beschluss vom 9. Januar 2015 zurückgewiesen (OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS) und HRS hat auf die Rechtsbeschwerde verzichtet.

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 141 ff.

<sup>28</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 50.

<sup>29</sup> Schreiben von Expedia vom 4. August 2015 (Blatt 4003 ff.d.A.).



## II. Beschwerden der Hotellerie

- (38) Hotelunternehmen und ihre Organisationen beschwerten sich über die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der alten Bestpreisklauseln von Booking und den anderen Hotelportalen; sie wenden sich aber auch gegen die neuen sogenannten engen Bestpreisklauseln. Neben der verfahrensauslösenden Stellungnahme des Hotelverbandes Deutschland (IHA) e.V. („Hotelverband Deutschland“) liegen dem Bundeskartellamt hierzu Beschwerden des Dachverbandes der europäischen Hotel- und Restaurationsorganisationen („HOTREC“) (hierzu unter 1.) sowie der Intercontinental Hotel Group (IHG) (hierzu unter 2.) vor. Aufgrund der kurzfristig auch in Deutschland geänderten Bestpreisklauseln von Booking und der beabsichtigten vergleichbaren Änderung durch Expedia hat das Bundeskartellamt zur Beschleunigung des Verfahrens den Jahreskongress des Hotelverbandes Deutschland am 10. Juni 2015 für Gespräche mit Vertretern aus der deutschen Hotellerie genutzt, um zu überprüfen, wie die Hotels auf die Veränderungen der Bestpreisklauseln reagieren (hierzu unter 3.).

### 1. HOTREC

- (39) Nach Einschätzung der HOTREC<sup>30</sup> führen die engen Bestpreisklauseln nicht dazu, dass Hotelunternehmen einzelnen Hotelportalen im Gegenzug zu niedrigeren Provisionen bessere Preise und Zimmerverfügbarkeiten einräumen werden. Sollten die Wettbewerbsbehörden in Europa solche Klauseln gutheißen, bliebe es bei identischen Preisen und Konditionen auf allen Hotelportalen, denn Hotels seien regelmäßig nicht bereit, auf ihrer hoteleigenen Website vergleichbare Zimmer zu höheren Preisen und ungünstigeren Konditionen anzubieten.<sup>31</sup> Als größtes Hotelportal mit dem stärksten Netzwerk (in Deutschland und in Europa) werde Booking selbst am meisten von den engen Paritätsklauseln profitieren; andere Hotelportale würden schon deshalb keine besseren Preise und Konditionen eingeräumt bekommen, weil Hotels die größte Anzahl der Buchungen auf dem Booking-

---

<sup>30</sup> HOTREC repräsentiert als Dachverband Hotels, Restaurants und Cafés in Europa. Die Branche steht für 1,7 Mio. Betriebe, von denen rund 99,5 % Klein- und Mittelbetriebe sind. HOTREC vereint 44 nationale Hotel- und Gaststättenverbände aus 27 europäischen Ländern. Ziele der HOTREC sind die Interessenvertretung des Gastgewerbes gegenüber den EU-Institutionen und die Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Hotel- und Gaststättenverbänden (vgl. [www.wko.at](http://www.wko.at) vom 04.08.2015). Die HOTREC-Stellungnahme vom 30. Januar 2015 erging in Zusammenhang mit den Verhandlungen über Verpflichtungszusagen in Frankreich, Schweden und Italien, Blatt 1784 ff.

<sup>31</sup> HOTREC-Stellungnahme, Ziffer 2.a.

Portal erwarten würden.<sup>32</sup> Die übermächtige Stellung der großen Hotelportale gegenüber den Hotels zeige sich schon daran, dass insbesondere Booking keine Veranlassung gesehen habe, nach der Entscheidung des Bundeskartellamtes im Parallellfall „HRS Bestpreisklauseln“ auf ihre Paritätsklauseln zu verzichten.<sup>33</sup>

- (40) Die fortgesetzte Anwendung der Bestpreisklauseln auf die hoteleigenen Websites verhindere den Ausbau des hoteleigenen Internetauftritts, eines für alle Hotels zukunfts-trächtigen Vertriebskanals, und nehme den Hotels damit eine weitere Möglichkeit, sich in Verhandlungen gegenüber den Hotelportalen zu behaupten.<sup>34</sup> Die Behauptung eines „Free-Riding Problems“ seitens der Booking sei vorgeschoben. Sie lenke davon ab, dass – umgekehrt – die Hotels für die Hotelportale einen bedeutsamen Input darstellen.<sup>35</sup> Die Möglichkeit der Preisdifferenzierung auf der hoteleigenen Website durch Einrichtung geschlossener Nutzergruppen sei ein rein theoretisches Konzept, das gerade die große Anzahl der kleinen und mittleren Hotels aufgrund Komplexität nicht praktikabel sei. Ohne diese Möglichkeit sei den Hotels zudem die einzig effektive Möglichkeit genommen, die günstigeren Zimmerpreise auch zu bewerben.<sup>36</sup>

## 2. IHG

- (41) IHG wendet sich ausdrücklich gegen jede Form der Bestpreisklausel in Hotelportalverträgen. Das Hotelunternehmen betont, dass Hotels grundsätzlich nicht bereit sein werden, auf einzelnen Hotelportalseiten günstigere Preise und Konditionen anzubieten als auf ihren eigenen Websites.<sup>37</sup> Booking beschränke die Handlungsfreiheit der Hotels auf anderen, aus Sicht der Hotels ebenfalls effektiven online-Vertriebsformen.<sup>38</sup> Ohne die Möglichkeit einer Preisdifferenzierung durch die Hotels über ihre eigenen Websites und über die Vertriebskanäle für Hotelzimmer insgesamt gebe es keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck auf die Provisionen der Hotelportale.<sup>39</sup> Die Bestpreisklauseln würden zudem – auch in ihrer „engen Form“ – den Markt abschotten, denn sie verschärften die Mindestanforde-

---

<sup>32</sup> HOTREC-Stellungnahme, Ziffer 2.b.

<sup>33</sup> HOTREC-Stellungnahme, Ziffer 2.c.

<sup>34</sup> HOTREC-Stellungnahme, Ziffer 2.d.

<sup>35</sup> HOTREC-Stellungnahme, Ziffer 2.d.

<sup>36</sup> HOTREC-Stellungnahme, Ziffer 2.d.

<sup>37</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 8.9.

<sup>38</sup> Hier nennt die IHG Google, Hotel Finder und Tripadvisor.

<sup>39</sup> IHG-Stellungnahme (Blatt 3684 ff. d.A.), Ziffer 8.20.

rungen an einen Markteintritt mittels Niedrigpreisstrategie.<sup>40</sup> Ziel des Wettbewerbsrechts sei es nicht, bestimmte Geschäftsmodelle zu schützen, sondern den Wettbewerb als solchen.<sup>41</sup>

- (42) Unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von „Free-Riding“ der Hotels könne es daher nicht darum gehen, die Portal-Eigenwerbung der Booking im Internet zu schützen, denn diese komme Booking selbst zu Gute und würde nur ihre Marktmacht stärken.<sup>42</sup> Hotels, die den Hotelportalzugang nicht schließen könnten,<sup>43</sup> müssten weiterhin hohe Kommissionen zahlen, statt ihre restlichen Zimmer über ihre – preiswerteren – hoteleigenen Websites vertreiben zu können.<sup>44</sup> Vor diesem Hintergrund könne es auch keine angemessene Beteiligung der Verbraucher geben. Ohne Wettbewerbsdruck könnten die Werbungsausgaben von Booking nicht begrenzt werden. Dies gehe zu Lasten der Hotelkunden, die ihre Hotelzimmer über Booking buchen.<sup>45</sup> Letztlich könne Booking von einer vollständigen Beseitigung der Paritätsklauseln noch selbst profitieren, weil die dann mögliche Preisdifferenzierung über Metasuchmaschinen bekannt gemacht würde und Booking selbst eine Metasuchmaschine erworben habe (Kayak).<sup>46</sup> Die Bestpreisklauseln seien für etwaige Effizienzen, etwa in Form der Vermeidung von Trittbrettfahren, auch nicht unerlässlich. Zum Einen gebe es alternative Bezahlmodelle (z.B. Pay-Per-Click oder Listungsgebühren) und zum Anderen seien technische Lösungen in Form von „user tracking technologies“ denkbar. Über diese technische Lösung könne das Hotel, das über seine eigene Website die Buchung erhalten habe, an den Kosten für das „Suchen und Vergleichen“ des Kunden auf dem Hotelportal beteiligt werden.<sup>47</sup>

### **3. Gespräche des Bundeskartellamtes mit Vertretern der deutschen Hotellerie**

- (43) Gegenstand der Hotelumfrage des Bundeskartellamtes am 10. Juni 2015 war die Nutzung verschiedener Vertriebskanäle, insbesondere der Hotelportale und der online-Buchungen über hoteleigene Websites, sowie die zu dem Zeitpunkt noch bestehenden und damals für

---

<sup>40</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 8.20.

<sup>41</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 9.8 f.

<sup>42</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 9.16 ff.

<sup>43</sup> Dies ist nach den neuen AGB der Booking der Fall, da ein Mindestkontingent gefordert ist.

<sup>44</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 9.31.

<sup>45</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 9.16.

<sup>46</sup> IHG-Anschreiben, Blatt 3674 d.A.

<sup>47</sup> IHG-Stellungnahme, Ziffer 9.27 unter Verweis auf die Praxis von Tripadvisor.

den 1. Juli 2015 angekündigten Bestpreisklauseln von Booking.<sup>48</sup> Ziel der Befragung war es, ein möglichst breites Bild über die Sichtweise der verschiedenen Hotelgruppen zu den bisherigen und den beabsichtigten neuen AGB der Booking zu gewinnen. Zu diesem Zweck hat das Bundeskartellamt gegenüber dem Hotelverband Deutschland als Veranstalter des Jahreskongresses deutlich gemacht, dass Gespräche mit Befürwortern, mit Gegnern und mit Vertretern mit keiner abschließenden Meinung zu den bisherigen und den neuen Bestpreisklauseln von Booking angestrebt werden und dass es wünschenswert sei, hierbei mit Vertretern von unterschiedlichen Hoteltypen und mit Vertretern des Deutschen Gaststätten- und Hotelverbandes (DEHOGA) sprechen zu können.<sup>49</sup>

- (44) Das Bundeskartellamt führte insgesamt dreißig Einzelgespräche mit Vertretern von neun Einzelhotels, sechs Hotelketten<sup>50</sup> und fünf Hotelkooperationen<sup>51</sup> sowie Vertretern des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA) auf Bundesebene und mehrerer DEHOGA<sup>52</sup> Landesverbände (Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen).<sup>53</sup> Allein zu den interviewten Vertretern von Hotelketten gehören knapp 600 und von Hotelkooperationen weitere knapp 500 Hotelbetriebe. Von den ca. 33.000 Betrieben des klassischen Beherbergungsgewerbes in Deutschland (Hotels, Gasthöfe und Pensionen) sind rund 21.000 Betriebe Mitglieder in den Landesverbänden der DEHOGA; damit erreicht die DEHOGA eine Marktabdeckung von über 60%. Hinsichtlich ihrer Klassifizierung waren bei der Befragung alle Hotelkategorien (keine Klassifizierung bzw. 1 bis 5 Sterne) vertreten, mit einem der Verteilung der Sternekategorien in der Gesamtheit der deutschen Hotels entsprechenden Schwerpunkt auf 3 bis 4

---

<sup>48</sup> Die von den Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Italien und Schweden im April 2015 angenommenen Verpflichtungszusagen der Booking wurden dem Bundeskartellamt mit dem (ersten) Schreiben der Booking vom 19. Mai 2015 zur Kenntnis gebracht (s. Blatt 3108 ff. d.A.). In diesem Schreiben kündigte Booking zugleich an, dass sie ihre AGB ab dem 1. Juli 2015 auch in Deutschland entsprechend umstellen werde. Der Inhalt der zu diesem Zeitpunkt veröffentlichten Verpflichtungszusagen wurde den Hotels in seinen wesentlichen Zügen erläutert und war somit Gegenstand der Hotelbefragung (vgl. Blatt 10 der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“).

<sup>49</sup> Blatt 1 der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>50</sup> Hierzu gehörten knapp 600 Hotels.

<sup>51</sup> Hierzu gehörten ca. 500 Hotels.

<sup>52</sup> DEHOGA ist die Abkürzung für den Deutschen Hotel- und Gaststättenverband. Von den ca. 33.000 Betrieben des klassischen Beherbergungsgewerbes in Deutschland (Hotels, Gasthöfe und Pensionen) sind rund 21.000 Betriebe Mitglieder in den Landesverbänden der DEHOGA organisiert; damit erreicht die DEHOGA, deren Vertreter die Beschlussabteilung befragt hat, eine Marktabdeckung von über 60%.

<sup>53</sup> Siehe Blatt 3 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

Sterne.<sup>54</sup> Entsprechend seiner an den Hotelverband herangetragenen Bitte<sup>55</sup> hat das Bundeskartellamt mit Vertretern von Beherbergungsbetrieben sprechen können, die sich zu den Bestpreisklauseln durchaus unterschiedlich geäußert haben.<sup>56</sup> Die Behauptung von Booking, dass der Hotelverband das Befragungsergebnis insbesondere während des Hotelkongresses negativ beeinflusst habe, entbehrt jeglicher Grundlage.<sup>57</sup>

- (45) Die Interviews umfassten Fragen zu den genutzten Vertriebskanälen der befragten Hotels, hierzu unter Buchst. a), Beschränkungen in der wettbewerblichen Bewegungsfreiheit durch die Alt-AGB, hierzu unter Buchst. b), die Möglichkeiten der Nutzung größerer wettbewerblicher Freiheiten nach Einführung der neuen AGB ab 1. Juli 2015, hierzu unter Buchst. c) sowie zu den künftigen Möglichkeiten der Weiterentwicklung des Hotelzimmervertriebs auf den unterschiedlichen Kanälen, hierzu unter Buchst. d).

#### **a) Vertriebskanäle der Hotels**

- (46) Zu ihrer Vertriebssituation gaben die meisten der befragten Hotels an, dass 30-50% aller ihrer Buchungen online erfolgen; die anderen Hotels machten zum Teil deutlich abweichende Angaben. Den Anteil der Buchungen über die eigene Website – bezogen auf die online-Buchungen – gab die Mehrzahl der befragten Hotelunternehmen mit 20-30% an; auch hier gab es abhängig von der Größe und Ausrichtung des Hotels deutliche Unterschiede: einerseits über 50% bei bestimmten Themenhotels, wie z.B. Motorsport, und andererseits unter 10% bei einigen kleinen Privathotels, Hotels mit ausgeprägtem regionalem Reisegeschäft und Hotels mit Ausrichtung auf Geschäftskunden aus Deutschland; bei letzteren war der Buchungsanteil über Hotelportale entsprechend hoch.

#### **b) Weite Bestpreisklauseln**

- (47) Zu den Alt-AGB der Booking, die weitgefasste Bestpreisklauseln über alle Vertriebskanäle enthielten, nannten die Hotels als Problem vor allen Dingen die unzulässige Preisdifferenzierung auf den eigenen Vertriebskanälen im Verhältnis zum Hotelportal. Ein solches Ver-

---

<sup>54</sup> Vgl. dazu die detaillierten Angaben des Hotelverbandes in zwei E-Mails vom 29. Juli 2015 (Blatt 4019 f. d.A.).

<sup>55</sup> Vgl. Blatt 1 der Akte. „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>56</sup> Die Antworten der befragten Personen sind im Einzelnen dokumentiert, vgl. Blatt 3 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>57</sup> Vgl. dazu E-Mail des Bundeskartellamtes vom 9. Juni 2015, Blatt 1 f. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

bot der Preisdifferenzierung stößt bereits grundsätzlich auf erhebliche Ablehnung. Im Rahmen der Befragung hat eine deutliche Mehrheit der Hotels bekundet, großen Wert auf die ihnen zustehende Preissetzungshoheit zu legen, die sie als unternehmerische Notwendigkeit für das von ihnen allein – und nicht etwa von einem Hotelportal wie Booking – getragene Risiko der Nicht- oder Unterauslastung ihrer Hotelbetriebe ansehen. Diese Preissetzungshoheit sehen die befragten Hotelbetriebe sowohl durch die von Booking vor dem 1. Juli 2015 verwendeten Bestpreisklauseln als auch durch die seitdem umgestellten Bestpreisklauseln in einer sachlich nicht gerechtfertigten Weise beschnitten. Als besonders störend nannten Hotels insbesondere die Höhe der derzeitigen Provisionen der Hotelportale. Vor dem Hintergrund der Abhängigkeit insbesondere der kleinen und mittleren Hotels von den Portalen für die Auslastung ihres Hotels werden die Provisionen als „erdrückend“ bzw. als „Knebelung“ gesehen.

### **c) Enge Bestpreisklauseln**

- (48) Die Hotels erkennen an, dass die enger gefassten Paritätsklauseln Bookings in den ab dem 1. Juli 2015 geltenden AGB theoretisch größere wettbewerbliche Freiheiten bringen können als die Paritätsklauseln in den Alt-AGB, sehen sich praktisch jedoch weiterhin in ihren Preissetzungsmöglichkeiten stark eingeschränkt. Insbesondere bestünde für sie grundsätzlich kein wirtschaftlicher Anreiz, im Gegenzug zu der niedrigeren Provision eines Hotelportals niedrigere Zimmerpreise anzubieten als auf der hoteleigenen Website. Gerade auf der hoteleigenen Website müsse es Möglichkeiten für besondere Angebote für die eigenen (Stamm-)kunden geben; dies werde von den Kunden erwartet. Soweit sich ein Hotel doch einmal entschlüsse, einem Hotelportal einen günstigeren Preis einzuräumen, würde sich dies nur auf dem stärksten Hotelportal mit großer Reichweite lohnen. Dies sei wiederum Booking.
- (49) Aus Sicht der befragten Hotels bringe die Beseitigung der Verfügbarkeitsparität nichts (für die Preissetzungsmöglichkeiten), solange sie auf ihren eigenen Websites keine niedrigeren Preise anbieten können als auf den Hotelportalen.
- (50) Die in den neuen AGB der Booking nunmehr bestehende Möglichkeit einer Preisdifferenzierung im offline-Vertrieb (u.a. Telefon, E-Mail, Hotelschalter) sehen kleinere Einzelhotels durchaus als Erweiterung ihrer Spielräume im Vergleich zur bisherigen Regelung an. Die klare Mehrzahl der Hotels, auch in der Gruppe der kleineren und mittleren Hotels, wies jedoch auf die stark zunehmende Bedeutung des online-Vertriebs hin. „Eindeutiges Ziel ist

der Ausbau des online-Vertriebs, offline hat keine Zukunft.“<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund wurde auch das in den Booking-AGB enthaltene Verbot einer online-Veröffentlichung oder Vermarktung von offline angebotenen Zimmerpreisen als erhebliche Einschränkung gesehen.

- (51) Die Nutzung von Preis- und Konditionendifferenzierung in sogenannten geschlossenen Nutzergruppen, die nach Ziffer 2.2.1 der neuen AGB der Booking nunmehr festgelegt ist, wurde als wenig praktikabel und daher für die Entfaltung von Handlungsmöglichkeiten als nicht bedeutsam eingestuft. Die Mehrzahl der befragten Hotels verfügt ohnehin über keine geschlossenen Nutzergruppen und lehnt die Einrichtung als zu aufwändig ab: „Für kleine und mittlere Hotels sind geschlossene Nutzergruppen keine Option, da ihr Kundenstamm zu gering ist.“ Lediglich ein großes Einzelhotel und eine große Hotelkette konnten sich die Einrichtung einer geschlossenen Nutzergruppe, u.a. für bestimmte Berufsgruppen, vorstellen.

#### **d) Zukünftige Entwicklung des Hotelvertriebs**

- (52) Zur Frage künftiger Möglichkeiten der Weiterentwicklung des Hotelzimmervertriebs auf den unterschiedlichen Kanälen räumten die befragten Hotels unisono dem online-Vertrieb und hier den Hotelportalen den Vorrang ein. Hotelportale seien für die Auslastung der Hotels „unverzichtbar“; nur sie verfügten über eine große Reichweite und könnten den Hotels zusätzliche, insbesondere auch aus dem Ausland kommende Kunden bringen. Allerdings seien die Innovationen der Hotelportale zurückgegangen. So sei der künftige Trend bei der Preissetzung aus Sicht einiger Hotelunternehmen die Erhebung fixer Zimmergrundpreise und die individuelle Bepreisung von Zusatzleistungen (z.B. Sportangebote, Wellness); dies sei mit den Hotelportalen derzeit überhaupt nicht zu realisieren.
- (53) In der Vergangenheit haben sich die Hotels nach eigener Einschätzung im online-Vertrieb zu sehr auf die Hotelportale verlassen und sind deshalb „abhängig geworden.“ Die Hotelportale kontrollierten heute die Daten der Hotels und ihrer Kunden und seien Lieferant der für viele Hotels wichtigen Channel Management<sup>59</sup> und Buchungssoftware. Zu erwarten sei, dass Hotelportale (weiterhin) keine Provisionssenkungen anbieten werden und sie wie bereits im Fall von Booking die Hotels „von direktem Kundenkontakt abschneiden“

---

<sup>58</sup> Der Anteil der Hotelumsätze über online-Kanäle wird sich nach einer Prognose von Euromonitor in West-Europa von derzeit ca. 30% auf einen Anteil von 40% im Jahr 2017 erhöhen, vgl. Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland 2015“, S. 240 m.w.N.

<sup>59</sup> Über das „Channel Management“ können die Hotels die Verfügbarkeit ihrer Zimmer auf den verschiedenen online-Kanälen kontrollieren.

würden; nicht ausgeschlossen sei, dass die engen Bestpreisklauseln in den AGB künftig noch strenger durchgesetzt würden, wenn sie von den Wettbewerbsbehörden hingenommen werden.

- (54) Zur Rolle der Metasuchmaschinen konnten die meisten Hotels wenig sagen. Der Zugang, gerade für kleinere und mittlere Hotels, sei schwierig. Metasuchmaschinen würden „nicht jedes Hotel nehmen“ und die mit der Nutzung dieses Vertriebskanals verbundenen Vertriebskosten (cost per click) seien hoch. Allerdings wurde auch betont, dass nur dort eine „unbeeinflusste Sortierung nach Preis“ möglich sei. Da die hoteleigene Website – auch auf den Metasuchmaschinen – durch die engen Paritätsklauseln der Booking ja „abgeschaltet“ sei, spielten diese für die Hotels solange keine Rolle, wie die Bestpreisklauseln in Kraft blieben.

## **C. Verfahren**

### **I. Verfahren gegen Booking beim Bundeskartellamt**

- (55) Das hier anhängige Verfahren ist mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 anlässlich einer Beschwerde des Hotelverbandes Deutschland gegen die Bestpreisklauseln von Booking in deren damaliger Fassung eingeleitet worden.
- (56) Das Bundeskartellamt hat Booking mit Schreiben vom 18. Februar 2014 darüber in Kenntnis gesetzt, dass es die zwischen Booking und ihren Hotelpartnern vereinbarten Bestpreisklauseln in ihrer damaligen Fassung prima facie für kartellrechtswidrig halte und hat zur Begründung auch den zuvor ergangenen Untersagungsbeschluss gegen HRS übermittelt.<sup>60</sup> Hierzu hat Booking zunächst ausführlich am 29. April 2014<sup>61</sup> sowie in einer Vielzahl ergänzender Schriftsätze Stellung bezogen. Bis zur Fassung des vorliegenden Beschlusses hat Booking über 30 Schriftsätze bzw. Stellungnahmen beim Bundeskartellamt eingereicht, deren Umfang sich auf ca. 400 Seiten summiert. Zusätzlich hierzu hat Booking über 50 Anlagen (ohne bereinigte Fassungen bzw. Übersetzungen von Anlagen oder Schriftsätzen), die teilweise umfangreiche ökonomische Gutachten und rechtliche Einschätzungen enthalten, beim Bundeskartellamt eingereicht, deren Umfang sich insgesamt nochmals auf über 800 Seiten beläuft. Dreimal, nämlich am 8. Mai 2014, am 5. Juni 2014 sowie am 16. Dezember 2015 haben zudem persönliche Anhörungen von Booking

---

<sup>60</sup> Blatt 448 ff. d.A.

<sup>61</sup> Blatt 2781 ff. d.A



und ihren Verfahrensbevollmächtigten in den Räumen des Bundeskartellamtes stattgefunden. Den Inhalt all dieser Schriftstücke sowie der Besprechungen mit Booking hat das Bundeskartellamt zur Kenntnis genommen und im Rahmen des vorliegenden Beschlusses berücksichtigt.

- (57) HRS ist mit Beschluss des Bundeskartellamtes vom 7. März 2014 und der Hotelverband Deutschland und Expedia sind jeweils mit Beschluss vom 14. Mai 2014 zum Verfahren beigeladen worden.
- (58) Booking hat trotz entsprechender Hinweise des Bundeskartellamtes<sup>62</sup> keine Veranlassung gesehen, die Anwendung der Bestpreisklauseln während des laufenden Verfahrens in der Weise wirksam auszusetzen, dass die Aussetzung den betroffenen Hotelunternehmen auch kommuniziert wird. Booking hat sich insoweit auf den Standpunkt gestellt, der (nur) gegenüber dem Bundeskartellamt erklärte Durchsetzungsverzicht sei gegenüber den betroffenen Hotelunternehmen ein Geschäftsgeheimnis.<sup>63</sup>
- (59) Mit Schreiben vom 19. Januar 2015 hat Booking die seinerzeit gegenüber der französischen, italienischen und schwedischen Wettbewerbsbehörde abgegebenen Verpflichtungszusagen zur Einführung der sogenannten engen Bestpreisklausel auch förmlich dem Bundeskartellamt angeboten.<sup>64</sup> Ergänzend dazu wurden am 3. Februar 2015 die folgenden Unterlagen übermittelt:
- Studie von Booking „Effizienzgewinne, die aufgrund der vorgeschlagenen engen Bestpreisklauseln im EWR entstehen“ vom 11. September 2014. Booking erläutert hierin die aus ihrer Sicht bedeutenden Effizienzgewinne für Hotels und Verbraucher und die Nachteile im Fall des Wegfalls der (engen) Bestpreisklausel (Trittbrettfahren durch die Hotels; steigende Suchkosten, verminderte Transparenz für die Verbraucher; zwischen Hotels abnehmender, markeninterner Wettbewerb).<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Schreiben des Bundeskartellamtes vom 18. Februar 2014 (Blatt 448 ff. d.A.), 2. Juli 2014 (Blatt 1178 ff. d.A.) und 19. August 2014 (Blatt 1755 ff. d.A.).

<sup>63</sup> Vgl. Schreiben von Booking vom 23. Juni 2014 (1172 ff. d.A., 1721 ff. d.A. und 1747 ff. d.A.), 10. Juli 2014 (1185 ff. d.A., 1725 ff. d.A. und 1751 ff. d.A.) sowie vom 8. August 2014 (Blatt 1544 ff. d.A. und Blatt 1689 ff. d.A.) und 14. August 2014 (Blatt 1728 ff. d.A.).

<sup>64</sup> Siehe Blatt 1769 ff. d.A.

<sup>65</sup> Booking.com: „Effizienzgewinne, die aufgrund der vorgeschlagenen engen MFN-Klauseln im EWR entstehen“ vom 11. September 2014 mit Anhang 1 „Antwort auf die Analyse des Bundeskartellamtes von Artikel 101 Abs. 3“ (Blatt 1820 ff. d.A. und 1871 ff.)

- Studie von RBB Economics „Die Rolle von Hotelbuchungsportalen bei der Verminderung der Suchkosten und der Verstärkung des Wettbewerbs zwischen Hotels“ vom 11. September 2014. RBB erläutert hierin den vorteilhaften Einfluss von Hotelbuchungsportalen auf die Gestaltung der Hotelpreise aufgrund der Senkung der Suchkosten für den Verbraucher.<sup>66</sup>
- Untersuchung von Booking hinsichtlich der Auswirkungen eines Verstoßes von Hotels gegen die Paritätsklauseln auf die Konversionsraten (Februar 2012). Booking kommt hier zu dem Ergebnis, dass Preisabweichungen der Hotels sich auf die Buchungsrate (Konversion) auswirken.<sup>67</sup>
- Eine weitere Studie von Booking „Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel – Verbraucher- und Unterkunftsbefragung“ vom 19. Dezember 2014, die auf einer von der GfK durchgeführten Umfrage unter Unterkünften und Verbrauchern über ihre Nutzung von Hotelbuchungsportalen beruht, einschließlich Methodikbericht der GfK. Nach Ansicht von Booking liefern die Umfrageergebnisse eindeutige, zahlenmäßig fundierte Belege, dass Hotelbuchungsportale Effizienzgewinne im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV bewirken und dass eine enge Bestpreisklausel dafür unerlässlich ist.<sup>68</sup>

(60) Mit Schreiben vom 13. März 2015<sup>69</sup> hat Booking dem Bundeskartellamt eine Würdigung der Stellungnahmen übermittelt, die die Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Schweden und Italien im Rahmen des von ihnen durchgeführten Markttests<sup>70</sup> zu den von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen erhalten hatten. Darüber hinaus haben der europäische Hotelverband HOTREC<sup>71</sup> und die InterContinental Hotels Group<sup>72</sup> ihre Stellungnahmen im Rahmen des Markttests auch direkt an das Bundeskartellamt geschickt.

---

<sup>66</sup> Economics: „Die Rolle von Hotelbuchungsportalen bei der Verminderung von Suchkosten und der Verstärkung des Wettbewerbs zwischen den Hotels“ vom 11. September 2015 (Blatt 1893 ff. d.A.).

<sup>67</sup> „Untersuchungen von Booking.com hinsichtlich der Auswirkungen eines Verstoßes von Hotels gegen die Paritätsklausel auf (Booking.coms) Konversionsraten“ (ohne Datumsangabe) (Blatt 1900 ff. d.A.).

<sup>68</sup> Booking.com: „Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel – Verbraucher- und Unterkunftsbefragung“ vom 19. Dez. 2014 (Blatt 1908 ff. d.A.) und GfK: „Verbraucher- und Hotelumfrage. Ein Methodikbericht erstellt für Booking.com“ Oktober 2014 (Blatt 1948 ff. d.A.).

<sup>69</sup> Blatt 2229, 2231 ff. d.A.

<sup>70</sup> Der Markttest wurde von den drei Wettbewerbsbehörden vom 15. Dezember 2014 bis 31. Januar 2015 unter Begleitung der Europäischen Kommission durchgeführt.

<sup>71</sup> Blatt 1783 ff. d.A.

- (61) Am 30. März 2015 hat das Bundeskartellamt Booking in einem ersten Abmahnschreiben zur Gewährung rechtlichen Gehörs mitgeteilt, dass es beabsichtige, die Bestpreisklauseln von Booking in ihrer damaligen Fassung vollumfänglich zu untersagen und dass es die von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen ablehne, weil sie nicht ausreichten, um die bestehenden wettbewerblichen Bedenken auszuräumen.<sup>73</sup>
- (62) Booking hat hierauf am 19. Mai 2015 mit zwei Schriftsätzen reagiert. In einem ersten Schriftsatz<sup>74</sup> hat Booking auf die zwischenzeitlich erfolgten Verpflichtungszusagen-Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Italien und Schweden hingewiesen<sup>75</sup> und angekündigt, nunmehr zu beabsichtigen, in ganz Europa, also auch in Deutschland, diese Zusagen umzusetzen und damit die bisherigen Bestpreisklauseln einzuschränken. Zugleich hat Booking beantragt, festzustellen, dass das beim Bundeskartellamt anhängige Verfahren auf solche Paritätsklauseln beschränkt sei, die über die in den verbindlichen Verpflichtungszusagen gegenüber den schwedischen, französischen und italienischen Wettbewerbsbehörden enthaltenen Paritätsanforderungen hinausreichen. Hilfsweise hat Booking beantragt, vor Erlass einer Feststellungs- und Abstellungsverfügung in Bezug auf eine den vorgenannten Verpflichtungszusagen entsprechende „enge“ Paritätsklausel eine Stellungnahme der Kommission der Europäischen Union gemäß Art. 11 Abs. 5 der Verordnung 1/2003 einzuholen. Das Schreiben enthält darüber hinaus eine weitere Studie
- RBB Economics „Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiterer Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland“ vom 18. Mai 2015.<sup>76</sup> Darin werden mittels eines ökonomischen Modells die Auswirkungen einer branchenweiten Anwendung der engen Bestpreisklauseln auf Hotelpreise und Portalprovisionen abgeschätzt.

---

<sup>72</sup> Blatt 3673 ff. d.A.

<sup>73</sup> Blatt 2578 ff. d.A. Betroffen waren die zu diesem Zeitpunkt geltenden AGB vom 14. August 2014, a.a.O.

<sup>74</sup> Blatt 2781 ff. d.A.

<sup>75</sup> Die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden befinden sich in vollem Wortlaut im Anhang zum ersten Schreiben der Booking vom 19. Mai 2015, Blatt 2578 ff.

<sup>76</sup> Deutsche Fassung siehe Blatt 3158 ff. d.A.

- (63) In dem zweiten Schriftsatz vom 19. Mai 2015 ist Booking auf das erste Abmahnschreiben des Bundeskartellamtes eingegangen.<sup>77</sup>
- (64) Am 10. Juni 2015 hat das Bundeskartellamt Vertreter von Hotels, Hotelketten und Hotelkooperationen sowie Vertreter von zwei Landeshotelverbänden<sup>78</sup> ergänzend zu den in den letzten Jahren gewonnenen Marktkenntnissen<sup>79</sup> zur Nutzung verschiedener Vertriebskanäle, insbesondere der Hotelportale und der online-Buchungen über hoteleigenen Websites, sowie zu den Bestpreisklauseln der Booking, die zu diesem Zeitpunkt angewandt wurden und zu der von Booking beabsichtigten Änderung ihrer AGB nach Maßgabe ihrer gegenüber den Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Schweden und Italien abgegebenen Verpflichtungszusagen befragt. Ziel der Befragung war es, ein vertieftes Bild über die Sichtweise von Vertretern der verschiedenen Hotelgruppen zu den bisherigen und den beabsichtigten neuen AGB von Booking sowie zu den Einschätzungen der Hotels zu anderen Vertriebskanälen zu gewinnen.
- (65) Mit E-Mail vom 1. Juli 2015 hat Booking dem Bundeskartellamt die ab diesem Tage geltenden neuen AGB mitgeteilt, die dazu dienen, die erwähnten Verpflichtungszusagen von Booking umzusetzen und europaweit anwendbar zu machen. Mit E-Mail vom 15. Juli 2015 hat Booking dem Bundeskartellamt das ab 1. Juli 2015 geltende Formular für die sogenannte „Preferred Mitgliedschaft“ zugesandt.
- (66) Auch die Beigeladene zu 3. hat wiederholt Stellung genommen, unter anderem mit Schreiben vom 31. August 2015 zu der Abmahnung sowie zu den bis dahin vorliegenden Reaktionen seitens Booking hierauf<sup>80</sup> und mit Schreiben vom 14. Dezember 2015.<sup>81</sup>
- (67) Das Bundeskartellamt hat insbesondere im Hinblick auf den Umstand, dass die erste Abmahnung vom 30. März 2015 vor der Umstellung auf enge Bestpreisklauseln erfolgt war, nochmals rechtliches Gehör gewährt. Zu diesem Zweck ist nicht lediglich ein Abmahnschreiben im üblichen Stil verfasst worden, sondern das Bundeskartellamt hat den

---

<sup>77</sup> Blatt 3131 ff. d.A.

<sup>78</sup> Anlässlich einer Verbandstagung des Hotelverbandes Deutschland hat das Bundeskartellamt dreißig Einzelgespräche mit Vertretern von neun Einzelhotels, sechs verschiedenen Hotelketten und fünf verschiedenen Hotelkooperationen sowie Vertretern der Landesverbände Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg und Sachsen geführt, vgl. dazu näher Blatt 1 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>79</sup> Vgl. dazu BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS.

<sup>80</sup> Blatt 4083 ff. d.A.

<sup>81</sup> Blatt 5251 ff. d.A.

Beteiligten angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalls darüber hinausgehend einen Entwurf des hier vorliegenden Beschlusses zur Verfügung gestellt; Booking und die Beigeladenen haben diesen Beschlussentwurf jeweils mit Schreiben vom 30. Oktober 2015 erhalten. Zugleich ist allen Beteiligten zunächst eine Frist zur Stellungnahme bis zum 20. November 2015 gesetzt worden.<sup>82</sup> Hiergegen hat sich Booking mit Schreiben vom 5. November 2015 mit dem Antrag gewandt, die Frist bis zum 23. Dezember 2015 zu verlängern.<sup>83</sup> Mit Schreiben vom 11. November 2015 hat das Bundeskartellamt die Frist zur Stellungnahme zunächst bis zum 30. November 2015 verlängert.<sup>84</sup> Innerhalb dieses zeitlichen Rahmens hat Booking mit Schreiben vom 30. November 2015 auf ca. 300 Seiten (über 100-seitige Stellungnahme plus weitere Anlagen einschließlich zwei „empirischer Untersuchungen“ zum Preissetzungsverhalten von Hotels und einer weiteren Stellungnahme zu ökonomischen Bewertungen des Bundeskartellamtes) zum übersandten Beschlussentwurf Stellung genommen,<sup>85</sup> hat in diesem Zuge aber erneut Fristverlängerung bis zum 23. Dezember 2015 beantragt, um „weitere ökonomische Analysen/Studien“ vorlegen zu können, allerdings ohne deren Gegenstand und ihr Verhältnis zu den umfangreichen, bereits vorgelegten Analysen und Studien zu bezeichnen. Zugleich hat Booking das Bundeskartellamt ersucht, das Verfahren vorübergehend auszusetzen und seine Entscheidung nochmals zu überdenken.<sup>86</sup> Das Bundeskartellamt hat Booking daraufhin mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 mitgeteilt,<sup>87</sup> nicht vor dem 18. Dezember 2015 um 12:00 Uhr über den vorliegenden Fall zu entscheiden und anheimgestellt, weitere Unterlagen bis zu diesem Zeitpunkt einzureichen, wenn sie bei der Entscheidungsfindung noch Berücksichtigung finden sollen. Zudem hat das Bundeskartellamt am 16. Dezember 2015 Booking auf ihren Antrag hin zum dritten Mal im Laufe dieses Verfahrens rechtliches Gehör auch in Form eines Gesprächs in Bonn gewährt; im Rahmen dieses Termins hat Booking ergänzend vorgetragen.<sup>88</sup> Die letzte eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 18. Dezember 2015 ließ Booking verstreichen,

---

<sup>82</sup> Blatt 4296 ff. d.A.

<sup>83</sup> Blatt 4554 ff. d.A.

<sup>84</sup> Blatt 4571 ff. d.A.

<sup>85</sup> Blatt 4600 ff. d.A.

<sup>86</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015 (Blatt 4605 ff. d.A.), Rz. 1.1.

<sup>87</sup> Blatt 4831 ff. d.A.

<sup>88</sup> Protokoll Blatt 5276 ff. d.A.

ohne sich nochmals schriftsätzlich oder mit „weiteren ökonomischen Analysen/Studien“ zu äußern.

- (68) Das Bundeskartellamt hat die Europäische Kommission gemäß Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003 über die Einleitung des Verfahrens unterrichtet und ihr gemäß Art. 11 Abs. 4 VO 1 /2003 den beabsichtigten Erlass dieser Entscheidung mitgeteilt.<sup>89</sup> Ergänzend wurde die Kommission regelmäßig über den Fortgang des Verfahrens und über den Inhalt dieses Beschlusses in Kenntnis gesetzt.

## **II. Verfahren gegen Expedia beim Bundeskartellamt**

- (69) Das Bundeskartellamt hat auf der Grundlage einer – inhaltsgleichen – Beschwerde des Hotelverbandes Deutschland vom Oktober 2013 gegen Expedia<sup>90</sup> ein Verfahren zwecks Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der ihr verwendeten Bestpreisklausel eingeleitet und dies Expedia mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 mitgeteilt.<sup>91</sup> Expedia hat mit Schreiben vom 28. März 2014 zu der Beschwerde Stellung genommen. Der Hotelverband sowie die Hotelportale HRS und Booking sind beigeladen.

## **III. Verfahren in anderen Ländern**

- (70) Am 15. bzw. 21. April 2015 haben die Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Italien und Schweden die Verpflichtungszusagen von Booking zu den engen Bestpreisklauseln mit förmlichen Entscheidungen für verbindlich erklärt.<sup>92</sup> Auf der Grundlage dieser Entscheidungen verwendet Booking in diesen Ländern – ebenso wie in allen anderen Ländern des EWR – seit dem 1. Juli 2015 neue AGB, die die Bestpreisklausel in der engeren Fassung enthalten.

---

<sup>89</sup> Die Europäische Kommission hat bestätigt, dass sie das Unterrichtungsschreiben des Bundeskartellamtes am 30. März 2015 erhalten hat. Die Konsultation nach Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003 fand am 29. April 2003 statt.

<sup>90</sup> Das Beschwerdeschreiben des Hotelverbandes Deutschland gegen die Bestpreisklauseln von Expedia ist textlich identisch mit dem gegen die Bestpreisklausel von Booking gerichteten Beschwerdeschreiben. Das gegen die Bestpreisklausel der Expedia gerichtete Verfahren der Beschlussabteilung wird unter dem Aktenzeichen B9-120/13 geführt.

<sup>91</sup> Schreiben vom 19. Dez. 2013 (Blatt 382 d.A. B9-120/13).

<sup>92</sup> Annahmeentscheidung der schwedischen Wettbewerbsbehörde vom 15. April 2015 (im schwedischen Originaltext, Blatt 2948 ff. d.A., und in englischsprachiger Übersetzung, Blatt 3067 ff. d.A.), Annahmeentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde vom 21. April 2015 (im französischen Originaltext, Blatt 2868 ff. d.A. und in englischer Übersetzung Blatt 2991 d.A.) und Annahmeentscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde vom 21. April 2015 (Blatt 2967 ff. d.A. und in englischer Übersetzung, Blatt 3087 ff. d.A.).

- (71) Das französische Parlament hat am 9. Juli 2015 das sogenannte Loi Macron angenommen.<sup>93</sup> Danach sind Paritätsklauseln beim Vertrieb von Hotelzimmern vollständig – also auch in der enger gefassten Form – verboten.<sup>94</sup> Bereits am 7. Mai 2015 hatte das Handelsgericht in Paris die von Expedia gegenüber einigen französischen Hotels angewandten Bestpreisklauseln untersagt.<sup>95</sup>
- (72) In Italien hat der italienische Hotelverband Federalberghi die Aufhebung der Verpflichtungszusagenentscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde beantragt. Eine gerichtliche Entscheidung darüber liegt noch nicht vor. Das italienische Abgeordnetenhaus – allerdings noch nicht der italienische Senat – hat am 6. Oktober 2015 ein gesetzliches Verbot von Meistbegünstigungsklauseln beschlossen, die es einem Hotel verbieten, dem Kunden selbst bessere Bedingungen anzubieten als Dritte.<sup>96</sup>
- (73) In Großbritannien hat das Competition Appeal Tribunal die Entscheidung der britischen Wettbewerbsbehörde über die Annahme von Verpflichtungszusagen der Booking und der Expedia zu einer eingeschränkten Anwendung von Bestpreisklauseln aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben und an die Wettbewerbsbehörde zurückverwiesen.<sup>97</sup> Die britische Wettbewerbsbehörde hat zwischenzeitlich entschieden, das Verfahren einzustellen; sie hat sich jedoch gleichzeitig entschieden, die Verwendung von Bestpreisklauseln weiterhin im Markt zu beobachten.<sup>98</sup>
- (74) Eine Reihe weiterer Wettbewerbsbehörden in Europa, wie insbesondere die Wettbewerbsbehörden in Belgien, Österreich, der Schweiz, Tschechien, Ungarn, Polen und Norwegen und auch Behörden und Gerichte in den USA, Kanada und Australien sind mit der

---

<sup>93</sup> Siehe [www.gouvernement.fr/action/leprojet-de-loi-pour-la-croissance-l-activite-et-l-egalite-des-chances-economique](http://www.gouvernement.fr/action/leprojet-de-loi-pour-la-croissance-l-activite-et-l-egalite-des-chances-economique) vom 13. Juli 2015.

<sup>94</sup> Den Hotelportalen ist danach verboten, Hotelzimmer zu einem niedrigeren Preis anzubieten als zu demjenigen Preis, den das Hotel verlangt.

<sup>95</sup> Tribunal de Commerce de Paris, Affaire 2013072241, jugement prononcé le 07/05/2015, 13eme Chambre, N0 RG: J2015000040. Rechtsgrundlage ist Artikel L.442-6 I 2 des Code de Commerce.

<sup>96</sup> Diese parlamentarische Entscheidung erfolgte bei nur 4 Gegenstimmen mit über 400 Ja-Stimmen, siehe [www.federalberghi.it/comunicati/communicati.aspx?IDEL=236#.VhYZFmPDVGM](http://www.federalberghi.it/comunicati/communicati.aspx?IDEL=236#.VhYZFmPDVGM) („italienisches Loi Macron“).

<sup>97</sup> Competition Appeal Tribunal, Judgement [2014] CAT 16 Skyscanner v CMA, <http://www.catribunal.org.uk/238-8651/Judgement.html>.

<sup>98</sup> [www.mlex.com](http://www.mlex.com) „UK regulator closes probe into IHG, Expedia and Booking.com“, Statement der CMA vom 16. September 2015.

Frage der Vereinbarkeit von Bestpreisklauseln mit dem dort jeweils geltenden Wettbewerbsrecht weiterhin befasst.<sup>99</sup>

## **D. Rechtliche Würdigung**

- (75) Booking verstößt durch die mit ihren Hotelpartnern vereinbarten Bestpreisklauseln – auch betreffend das von Booking betriebene „Preferred Partner“-Programm – zu Hotelpreisen, Zimmerverfügbarkeit sowie Buchungs- und Stornierungskonditionen in ihrer seit dem 1. Juli 2015 geltenden Fassung gegen § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie zugleich gegen §§ 19, 20 GWB.
- (76) Booking hat – entgegen ihrem Vortrag – auch nach der Umstellung auf enge Bestpreisklauseln in hinreichendem Maße Gelegenheit zur Stellungnahme und damit rechtliches Gehör erhalten (hierzu unter I.). Verfahrensgegenstand sind vorliegend die von Booking verwendeten Bestpreisklauseln – auch betreffend das von Booking betriebene „Preferred Partner“-Programm – in ihrer seit dem 1. Juli 2015 geltenden Fassung (hierzu Abschnitt II.). Die Amtsermittlungspflichten wurden gewahrt, der Sachverhalt ist hinreichend aufgeklärt (hierzu Abschnitt III.). Auf dem sachlich relevanten Hotelportalmarkt (hierzu Abschnitt IV.), der in räumlicher Hinsicht deutschlandweit abzugrenzen ist (hierzu Abschnitt V.) bewirken diese Klauseln eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV (hierzu Abschnitt VI.). Eine Freistellung vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach der Vertikal-GVO kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht (hierzu Abschnitt VII.). Auch die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV sind nicht erfüllt (siehe hierzu Abschnitt VIII.). Durch die Anwendung der Bestpreisklauseln verstößt Booking zugleich auch gegen das Verbot der unbilligen Behinderung abhängiger Unternehmen im Sinne von §§ 19, 20 GWB (hierzu Abschnitt IX.).

## **I. Gewährung rechtlichen Gehörs und faires Verfahren**

- (77) Der Vortrag von Booking, ihr sei durch die Verfahrensführung – insbesondere die Fristensetzung – seitens des Bundeskartellamtes das rechtliche Gehör abgeschnitten worden (hierzu unter 1.), ist unzutreffend. Booking hat vor der Umstellung der Bestpreis-

---

<sup>99</sup> Ihre Verfahren eingestellt haben die Wettbewerbsbehörden in Dänemark (Ende August 2015) und Irland (Oktober 2015); Booking weist auf den Verfahrensstand in Österreich und Dänemark (Schreiben der Booking vom 4. August 2015, Blatt 3982 ff.), in Großbritannien und Griechenland (Schreiben der Booking vom 25. September 2015, Blatt 4140 ff. d.A.) sowie in den Niederlanden hin (Schreiben der Booking vom 12. Oktober 2015, Blatt 4255 ff. d.A.), S. 3.



klauseln zum 1. Juli 2015 ca. anderthalb Jahre lang und nach dieser Umstellung ein weiteres halbes Jahr lang nicht nur in angemessener Weise Gelegenheit zur Stellungnahme zu den vom Bundeskartellamt geäußerten wettbewerblichen Bedenken erhalten, sondern diese Gelegenheit auch ausgiebig genutzt (hierzu unter 2.).

### 1. Vortrag von Booking

- (78) Booking trägt zunächst vor, die vom Bundeskartellamt eingeräumte Frist zur Stellungnahme auf den am 30. Oktober 2015 übersandten Beschlussentwurf sei „deutlich zu kurz“ bemessen und erschwere ihr rechtliches Gehör „faktisch erheblich“.<sup>100</sup> Das Bundeskartellamt habe seine Auffassung zur wettbewerblichen Würdigung der engen Bestpreisklauseln erstmalig in diesem Beschlussentwurf genauer dargelegt. Eine Frist von „nur einem Monat“ zur Stellungnahme sei unverhältnismäßig kurz und schließe die rechtzeitige Fertigstellung der von Booking beauftragten weiteren ökonomischen Analysen/Studien aus.<sup>101</sup>
- (79) Weiter trägt Booking vor, das Bundeskartellamt habe das Verfahren nicht fair und unparteiisch geführt.<sup>102</sup> Unter Hinweis auf die Charta der Menschenrechte der Europäischen Union und auf die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>103</sup> führt Booking aus, das Bundeskartellamt habe den Eindruck erweckt, bereits vor Abschluss der erforderlichen Ermittlungen eine vorgefertigte Meinung gehabt zu haben; es sei daher nicht unparteiisch gewesen.<sup>104</sup> Daher habe das Bundeskartellamt auch keine faire und ausgeglichene Untersuchung des Sachverhalts durchgeführt.<sup>105</sup> So seien Gespräche und Beweise hauptsächlich mit und vom Beschwerdeführer gehalten bzw. erlangt worden, während sich das Bundeskartellamt geweigert habe, mit Booking zu sprechen; auch habe das Bundeskartellamt nicht alle relevanten Informationen von Booking angefordert.<sup>106</sup> Zudem seien den von Booking eingereichten Beweisen nicht die eigentlich angemessene Gewichtung und Aufmerksamkeit beigemessen worden.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> Schriftsatz Booking vom 30.11.2015 (Blatt 4600 ff. d.A.), S. 2; sowie Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015 (Blatt 4605 ff. d.A.), Rz. 5.25 ff.

<sup>101</sup> Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 2.

<sup>102</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.1 ff.

<sup>103</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.3 ff.

<sup>104</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.8 ff.

<sup>105</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.14 ff.

<sup>106</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.15 ff.

<sup>107</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.23 ff.

## 2. Würdigung durch das Bundeskartellamt

- (80) Das Recht Bookings auf rechtliches Gehör aus § 56 Abs. 1 GWB i.V.m. § 28 VwVfG wurde gewahrt (hierzu unter a.); zudem ist die von Booking an der Verfahrensführung angebrachte Kritik nicht berechtigt (hierzu unter b.).

### a) Gewährung rechtlichen Gehörs

- (81) Bookings Anspruch auf rechtliches Gehör aus § 56 Abs. 1 GWB i.V.m. § 28 VwVfG wurde gewahrt. Booking hat vor der Umstellung der Bestpreisklauseln zum 1. Juli 2015 ca. anderthalb Jahre lang und nach dieser Umstellung ca. ein weiteres halbes Jahr lang nicht nur in angemessener Weise Gelegenheit zur Stellungnahme zu den vom Bundeskartellamt geäußerten wettbewerblichen Bedenken erhalten, sondern diese Gelegenheit auch ausgiebig genutzt. Die Übersendung von über 30 Schriftsätzen bzw. Stellungnahmen an das Bundeskartellamt, deren Umfang sich auf ca. 400 Seiten summiert, sowie zusätzlich hierzu von über 50 Anlagen, die teilweise umfangreiche Stellungnahmen wie ökonomische Gutachten oder rechtliche Einschätzungen enthalten, deren Umfang sich insgesamt nochmals auf über 800 Seiten beläuft, im Rahmen eines über zweijährigen Verwaltungsverfahrens widerlegt die Behauptung von Booking, nicht in angemessenem Umfang Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten zu haben. Zusätzlich haben auf Bitte von Booking dreimal, nämlich am 8. Mai 2014, am 5. Juni 2014 sowie am 16. Dezember 2015 persönliche Anhörungen von Booking und ihren Verfahrensbevollmächtigten in den Räumen des Bundeskartellamtes stattgefunden.
- (82) Der vorliegende Beschluss kommt für Booking auch nicht überraschend; bereits mit seinem Abmahnschreiben vom 30. März 2015 hat das Bundeskartellamt Booking unter anderem mitgeteilt, dass es die von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen im Sinne einer Umstellung auf enge Bestpreisklauseln als nicht ausreichend ablehnt.<sup>108</sup> Die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes in Bezug auf enge Bestpreisklauseln kennt Booking – anders als nunmehr vorgetragen – also nicht erst seit Kenntnisnahme des Beschlussentwurfs vom 30. Oktober 2015, sondern bereits seit der ersten Abmahnung vom 30. März 2015, das heißt bereits seit über acht Monaten.
- (83) Zudem hat das Bundeskartellamt Booking mit der Übersendung eines Beschlussentwurfes anstelle eines reinen Anhörungsschreibens in einem über das Übliche hinausgehen-

---

<sup>108</sup> Blatt 2578 ff. d.A. Betroffen waren die zu diesem Zeitpunkt geltenden AGB vom 14. August 2014.

den Umfangs darüber informiert, mit welcher Begründung der bereits zuvor angekündigte Beschluss voraussichtlich versehen würde, um damit jeden Zweifel an einer fairen Behandlung von Booking auszuräumen. Die ursprünglich bis zum 20. November 2015 gesetzte Frist zur Stellungnahme wurde zunächst auf Antrag bis zum 30. November 2015 verlängert. Am 30. November 2015 hat Booking zunächst mit einer ca. 300-seitigen Stellungnahme (einschließlich Anlagen) auf den Beschlussentwurf reagiert. Anlässlich ihres Antrags auf eine weitere Fristverlängerung bis zum 23. Dezember 2015 wurde Booking dann nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 18. Dezember 2015 eingeräumt.

- (84) Maßgeblich für die Entscheidung des Bundeskartellamtes, die von Booking geforderte Stellungnahmefrist bis zum 23. Dezember 2015 um wenige Tage zu verkürzen und über den vorliegenden Fall noch im Dezember 2015 zu entscheiden, waren folgende Erwägungen:
- (85) Über zwei Jahre lang – während des gesamten Kartellverwaltungsverfahrens – bestand für Booking Gelegenheit zur Stellungnahme, unter anderem auch im Hinblick auf das Anhörungsschreiben des Bundeskartellamtes vom 30. März 2015 anlässlich der damals von Booking angekündigten, aber vom Bundeskartellamt wegen der bestehenden wettbewerblichen Bedenken als unzureichend abgelehnten Klauselumstellung auf enge Bestpreisklauseln.
- (86) Booking schöpfte die Gelegenheit zur Stellungnahme auch umfänglich aus, nicht nur durch zahlreiche Schriftsätze bzw. Stellungnahmen mitsamt Anlagen vor und nach der Umstellung von den weiten auf die engen Bestpreisklauseln zum 1. Juli 2015, sondern auch mündlich in mehreren persönlichen Anhörungen.
- (87) Der relevante Sachverhalt hat sich durch die Klauselumstellung zum 1. Juli 2015 im Vergleich zum Zeitpunkt des Abmahnschreibens vom 30. März 2015 nicht fundamental verändert.<sup>109</sup> Auch älteren Stellungnahmen von Booking zu den weiten Bestpreisklauseln beziehen sich in der Sache weitgehend auch auf die „Teilmenge“ der engen Bestpreisklauseln.
- (88) Neu im Verfahren seit dem Abmahnschreiben vom 30. März 2015 war im Wesentlichen eine im Rahmen der Amtsermittlung vorgenommene nicht-repräsentative Befragung von Hotelunternehmen anlässlich der Klauselumstellung zum 1. Juli 2015. Die Ergebnisse dieser Befragung wurden Booking mit Schreiben des Bundeskartellamtes vom 9. Juli

---

<sup>109</sup> Siehe hierzu im Einzelnen unten Rn. 106 ff.

2015 zur Kenntnis gegeben (Teil-Akteneinsicht). Booking hat hierzu unter anderem mit Schreiben vom 24. Juli 2015 ausführlich Stellung genommen.

- (89) Auch die in dem am 30. Oktober 2015 übersandten Beschlussentwurf enthaltene kartellrechtliche Bewertung des Bundeskartellamtes enthält im Vergleich zum Abmahn-schreiben vom 30. März 2015 nur wenige wesentliche Neuerungen. Erstens kamen die im übersandten Beschlussentwurf aufgeführten kartellrechtlichen Bedenken weitgehend schon viel früher, nämlich in der – vom OLG Düsseldorf am 9. Januar 2014 bestätigten – Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 20. Dezember 2013 im Parallelfall „HRS Bestpreisklauseln“ zum Ausdruck. Zweitens weiß Booking spätestens seit März 2015, dass die angebotenen Verpflichtungszusagen die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes nicht beseitigen konnten; zudem wurde das Kartellverwaltungsverfahren auch angesichts der Umstellung auf enge Bestpreisklauseln nach dem 1. Juli 2015 fortgeführt.
- (90) Maßgeblich war aber auch das Bestreben, angesichts der bereits langen Verfahrensdauer dem Beschleunigungsgrundsatz (§ 10 VwVfG) dadurch Rechnung zu tragen, dass die verfahrensabschließende Entscheidung nicht noch durch den Jahreswechsel verzögert wird.
- (91) Schließlich war zu berücksichtigen, dass eine Verfahrensbeschleunigung auch im Interesse der Beigeladenen HRS geboten war. Erst eine Untersagungsverfügung gegen Booking konnte insoweit einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, ein „level playing field“ zwischen diesen Wettbewerbern wiederherzustellen, auf welchem HRS nicht de facto durch die Befolgung des inzwischen bestandskräftigen Beschlusses des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2013 benachteiligt wird, während Booking – trotz der den HRS-Beschluss bestätigenden Entscheidung des OLG Düsseldorf – nicht einmal bereit war, im Außenverhältnis einstweilen auf die Durchsetzung der verfahrensgegenständlichen Bestpreisklauseln zu verzichten.<sup>110</sup>
- (92) Es bestand daher Handlungsbedarf. In Abwägung dieser Belange erschien die im Verhältnis zur gesamten Verfahrensdauer geringfügige Verkürzung der von Booking geforderten letzten Stellungnahmefrist um wenige Tage hinnehmbar.

---

<sup>110</sup> Siehe hierzu im Einzelnen oben Rn. 58.

## **b) Faires und unparteiisches Verfahren**

- (93) Das Bundeskartellamt hat das vorliegende Verfahren entgegen Bookings Auffassung auch fair und unparteiisch geführt; rechtsstaatliche Grundsätze wurden nicht verletzt.
- (94) Auf die Vermutung von Booking, das Bundeskartellamt habe bereits vor Abschluss der erforderlichen Ermittlungen eine vorgefertigte Meinung gehabt und sei daher nicht unparteiisch gewesen, ist zu entgegnen, dass die Beschlussabteilung spätestens mit ihrem Abmahnschreiben vom 30. März 2015 ihre wettbewerblichen Bedenken geäußert und damit eine klare Position bezogen hat. Gerade im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs ist die Äußerung einer solchen vorläufigen wettbewerblichen Einschätzung erforderlich, andernfalls könnte sich ein potentieller Adressat nicht auf einen ihm drohenden Beschluss einstellen und entsprechende Argumente vorbringen, um die wettbewerblichen Bedenken der Kartellbehörde vielleicht doch noch auszuräumen.
- (95) Auch hat das Bundeskartellamt im Rahmen des zweijährigen Verfahrens eine faire und ausgeglichene Untersuchung des Sachverhalts durchgeführt. Unter anderem wurden alle relevanten Aspekte des umfangreichen Vortrags von Booking zur Kenntnis genommen und berücksichtigt. Booking hatte im Rahmen der im Kartellverwaltungsverfahren bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten auch ausreichend Gelegenheit, ihr vorliegende und über die Ermittlungen des Bundeskartellamtes hinausgehende, ihr relevant erscheinende Informationen – zum Beispiel das den eingereichten Studien zugrundeliegende Datenmaterial – beizubringen, etwa in der Reaktion auf das Abmahnschreiben vom 30. März 2015. Soweit Booking dies unterlassen hat, stellt dies kein Defizit in Bezug auf die Ermittlungen des Bundeskartellamtes dar, die auf eine Verletzung des Grundsatzes der Unvoreingenommenheit schließen ließen. Denn das Bundeskartellamt erhebt im Kartellverwaltungsverfahren lediglich die Beweise, die zur Entscheidungsfindung erforderlich sind (§ 57 Abs. 1 GWB)<sup>111</sup>, während die Beteiligten hinsichtlich der in ihrer Sphäre liegenden Informationen gewisse Mitwirkungspflichten treffen können, aus deren Verletzung auch für den Beteiligten nachteilige Schlüsse gezogen werden können, ohne dass dies die Prinzipien eines fairen Verfahrens in Frage stellen würde.<sup>112</sup>
- (96) Der Umstand, dass das Bundeskartellamt zu einem bestimmten Zeitpunkt – wie hier am 30. März 2015 – wettbewerbliche Bedenken im Rahmen einer Abmahnung äußert, hat indes nicht die Konsequenz, dass es danach keine weiteren Ermittlungen – wie vorliegend

---

<sup>111</sup> Näher hierzu unten Rn.118 ff.

<sup>112</sup> Vgl. BGH, 14.07.2015, KVR 77/13 – Wasserpreise Calw II.

etwa die Befragung von Hotelunternehmen am 10. Juni 2015 – mehr anstellen dürfte. Im Gegenteil ist das Bundeskartellamt bis zum Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens gehalten, seine wettbewerblichen Bedenken fortlaufend einer kritischen Würdigung zu unterziehen und sie entsprechend zu hinterfragen, und zwar – wo geboten oder opportun – auch durch entsprechende weitergehende Ermittlungen. Die vorgenommene Hotelbefragung war hier deswegen angemessen, weil sich durch die von Booking angekündigte Klauselumstellung zum 1. Juli 2015 Änderungen am relevanten Sachverhalt ergeben konnten und weil das Bundeskartellamt die Einschätzung hiervon betroffener Hotelunternehmen zur Kenntnis nehmen wollte. Daraus lässt sich aber – anders als Booking nunmehr suggerieren möchte – nicht der umgekehrte Schluss ziehen, das Bundeskartellamt sei bei der Durchführung dieser ergänzenden Ermittlungen oder bei seiner späteren Entscheidungsfindung voreingenommen und parteiisch gewesen.

- (97) Auch der Umstand, dass das Bundeskartellamt im Ergebnis zu der hier vorliegenden Untersagung gekommen ist und den relevanten Sachverhalt damit anders bewertet als Booking, lässt nicht den Schluss zu, den von Booking eingereichten Beweisen sei „nicht die angemessene Gewichtung und Aufmerksamkeit beigemessen“ worden. Die vorliegende Beweiswürdigung und kartellrechtliche Bewertung des Sachverhalts durch das Bundeskartellamt mögen nicht denjenigen von Booking entsprechen, ein Verfahrensfehler wegen Verletzung des Grundsatzes der Unvoreingenommenheit ergibt sich daraus jedoch nicht.

## **II. Verfahrensgegenstand und Teilerledigung**

- (98) Entgegen der von Booking vertretenen Auffassung (hierzu unter 1.) sind Verfahrensgegenstand vorliegend die mit den Hotelpartnern von Booking vereinbarten Bestpreisklauseln – auch betreffend das von Booking betriebene „Preferred Partner“-Programm – in ihrer seit dem 1. Juli 2015 geltenden Fassung; das vorliegende Verfahren war weder als solches einzustellen noch war es erneut einzuleiten; es hat sich auch nicht als Ganzes erledigt; den bestehenden Amtsermittlungspflichten wurde genügt (hierzu unter 2.).

### **1. Vortrag von Booking**

- (99) Zum Verfahrensgegenstand trägt Booking zunächst vor, dass das „Preferred Partner“-Programm von dem Bundeskartellamt ursprünglich nicht zum Verfahrensgegenstand gemacht worden sei; schon deswegen dürfe sich eine Abstellungsverfügung des Bundeskar-

tellantes hierauf nicht erstrecken.<sup>113</sup> Beziehe das Bundeskartellamt das von Booking betriebene „Preferred Partner“-Programm gleichwohl in seine Abstellungsverfügung ein, verstoße dies gegen den Gleichheitsgrundsatz.<sup>114</sup> Denn in seinem HRS-Beschluss<sup>115</sup> habe das Bundeskartellamt das Top Quality-Siegel von HRS ausdrücklich nicht zum Gegenstand der Abstellungsverfügung gemacht; eine „asymmetrische Erweiterung“ des Verfahrensgegenstandes gegen Booking sei nicht gerechtfertigt, weil auf diese Weise wesentlich Gleiches ungleich behandelt werde.<sup>116</sup>

- (100) Weiter trägt Booking vor, dass eine Abstellungsverfügung im vorliegenden Fall auch grundsätzlich ausscheide. Denn weil die französische, die schwedische und die italienische Wettbewerbsbehörde entsprechende Verpflichtungszusagen von Booking angenommen hätten, habe Booking die eigenen AGB zum 1. Juli 2015 inhaltlich umgestellt und EU-weit an die abgegebenen Verpflichtungszusagen angepasst (enge Bestpreisklauseln).<sup>117</sup> Wollte das Bundeskartellamt die zum 1. Juli 2015 angepassten AGB nun untersagen, so hätte es auch das bisherige Verfahren im Ganzen einstellen und ein neues Verfahren gegen diese angepassten AGB einleiten müssen.<sup>118</sup> Da das Bundeskartellamt indes kein neues Verfahren eingeleitet habe, seien Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ausschließlich die Bestpreisklauseln alten Zuschnitts, und diese hätten sich zwischenzeitlich durch die besagte Umstellung zum 1. Juli 2015 in der Sache vollumfänglich erledigt.<sup>119</sup> Die Einleitung eines neuen Verfahrens sei auch deshalb zwingend geboten gewesen, weil das Bundeskartellamt nur im Rahmen eines neu eingeleiteten Verfahrens insbesondere die mit den engen Bestpreisklauseln verbundenen Effizienzgewinne angemessen hätte würdigen können.<sup>120</sup>

---

<sup>113</sup> Schriftsatz Booking vom 09.09.2014 (Blatt 1696 ff. d.A.), S. 2 ff.

<sup>114</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung (Blatt 3131ff. d.A.), Rz. 24.

<sup>115</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 47.

<sup>116</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung, Rz. 26.

<sup>117</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen (Blatt 2781 ff. d.A.), Rz. 21 ff.

<sup>118</sup> Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 4 f.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 53 f.

<sup>119</sup> Schriftsatz Booking vom 14.07.2015 (Blatt 3909 ff. d.A.), S. 3 f.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 42.

<sup>120</sup> Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 5 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 43.

- (101) Im Übrigen entfalte weder die HRS-Entscheidung des Bundeskartellamtes<sup>121</sup> noch die sie bestätigende Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>122</sup> eine präjudizielle Wirkung im Hinblick auf das hier vorliegende Verfahren. Denn der Verfahrensgegenstand stelle vorliegend mit den seit dem 1. Juli 2015 geltenden engen Bestpreisklauseln insoweit kein „Minus“ im Vergleich zur vorherigen Fassung der Bestpreisklauseln oder zum Verfahrensgegenstand des HRS-Verfahrens dar, sondern ein „Aliud“.<sup>123</sup> Bookings enge Bestpreisklauseln seien weder mit dem Gegenstand des HRS-Verfahrens noch mit den von Booking zuvor verwendeten weiten Bestpreisklauseln vergleichbar;<sup>124</sup> der Lebenssachverhalt habe sich grundlegend geändert.<sup>125</sup>

## **2. Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (102) Entgegen der von Booking vertretenen Auffassung sind die Bestpreisklauseln in dem von Booking betriebenen „Preferred Partner“-Programm Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, ohne dass dies einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellen würde (hierzu unter a.); auch hat die Anpassung der Bestpreisklauseln durch Booking zum 1. Juli 2015 nicht dazu geführt, dass das Bundeskartellamt das laufende Verfahren hätte einstellen und ein neues Ermittlungsverfahren hätte einleiten müssen (hierzu unter b.). Aus dieser Anpassung folgt allein, dass sich der Verfahrensgegenstand im Sinne eines „Minus“ reduziert hat; das vorliegende Verfahren hat sich daher auch nicht erledigt (hierzu unter c.).

### **a) Einbezug des „Preferred Partner“-Programms in die Entscheidung**

- (103) Das vorliegende Verfahren erstreckt sich in der Sache unter anderem auch auf das „Preferred Partner“-Programm von Booking; die Ausübung des Aufgreifermessens des Bundeskartellamtes in diese Richtung ist nicht nur rechtmäßig, sondern der Verfahrensgegenstand wurde in seinem Umfang gegenüber Booking auch schon frühzeitig klargestellt.

---

<sup>121</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS.

<sup>122</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS.

<sup>123</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 187 ff.; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.83 ff.

<sup>124</sup> Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 7; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 187 ff.

<sup>125</sup> Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 2 ff.



- (104) Das Bundeskartellamt hat im laufenden Verfahren mehrmals deutlich gemacht, dass die Bestpreisklauseln in dem von Booking betriebenen „Preferred Partner“-Programm Verfahrensgegenstand sind. Schon im Schreiben<sup>126</sup> des Bundeskartellamtes vom 18. Februar 2014 werden Booking im Rahmen der Amtsermittlung Fragen zum „Preferred Partner“-Programm gestellt; auch im Schreiben<sup>127</sup> des Bundeskartellamtes vom 2. Juli 2014 an Booking heißt es, dass das Bundeskartellamt sich mit der Anwendung und Durchsetzung der fraglichen Bestpreisklauseln „in all ihren Ausprägungen“ beschäftige. Konsequenter Weise ist auch im Anhörungsschreiben des Bundeskartellamtes vom 30. März 2015<sup>128</sup> ausführlich von den Bestpreisklauseln im „Preferred Partner“-Programm von Booking unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten die Rede.
- (105) Dass das Bundeskartellamt unter anderem die Bestpreisklauseln im „Preferred Partner“-Programm zum Verfahrensgegenstand gemacht hat, sprengt nicht den Rahmen des ihr zustehenden Aufgreifermessens; insbesondere liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor. Es trifft zwar zu, dass das Bundeskartellamt in seinem HRS-Beschluss<sup>129</sup> das Top Quality-Siegel von HRS – das gewisse Parallelen zum „Preferred Partner“-Programm von Booking aufweist, allerdings zum Zeitpunkt des HRS-Beschlusses über eine deutlich geringere wirtschaftliche Bedeutung verfügte – ausdrücklich nicht zum Gegenstand der Abstellungsverfügung gemacht hat. Im Übrigen hat das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang stets betont, weiterhin genau zu beobachten, ob sich die Verwendung des Top Quality-Siegels durch HRS im Ergebnis ähnlich wie die in den AGB und in Individualverträgen der HRS enthaltenen Bestpreisklauseln auf den Markt auswirkt, um dann gegebenenfalls auch hiergegen noch einzuschreiten.<sup>130</sup> Solche Auswirkungen waren zwar bislang – anders als beim wirtschaftlich wesentlich bedeutsameren „Preferred Partner“-Programm von Booking<sup>131</sup> – nicht festzustellen, sind aber für die Zukunft keineswegs ausgeschlossen. Hingegen kann insoweit nicht von einer ungerechtfertigten „asymmetrischen Erweiterung des Verfahrensgegenstandes“ zulasten von Booking die Rede sein. Vielmehr gilt insoweit der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass es keinen Anspruch auf

---

<sup>126</sup> Schreiben BKartA an Booking vom 18.02.2014, S. 6.

<sup>127</sup> Schreiben BKartA an Booking vom 02.07.2014, S. 1.

<sup>128</sup> Schreiben BKartA an Booking vom 30.03.2015 (Blatt 2587 ff. d.A.), Rz. 2, 5, 12, 13, 38

<sup>129</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 46 f.

<sup>130</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 47.

<sup>131</sup> Booking selbst wirbt damit, dass rund 70% ihrer Buchungen an Preferred Partner gehen (Schreiben der Booking vom 7. April 2014 an ein deutsches Hotels, Blatt 1515 d.A.) sowie E-Mail des Hotelverbandes Deutschland vom 17. Juli 2014 (Blatt 1507 ff. d.A.).

„Gleichbehandlung im Unrecht“ gibt. Wer mit anderen Worten einen Kartellrechtsverstoß begeht, kann sich zu dessen materieller Rechtfertigung oder mit dem Ziel der Anfechtung eines hierzu eingeleiteten Verfahrens nicht darauf berufen, dass ähnliche Verstöße bei seinen Wettbewerbern nicht auch verfolgt worden sind oder werden, solange es sich nicht um ein willkürliches Verhalten der Kartellbehörde oder um eine zweckwidrige Differenzierung handelt.<sup>132</sup> Vorliegend hat die gegenüber dem Top Quality-Siegel von HRS deutlich größere wirtschaftliche Bedeutung des „Preferred Partner“-Programms von Booking das Bundeskartellamt dazu bewogen, auch insoweit ein Verfahren einzuleiten. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsverzerrung zu Lasten von HRS durch den früheren Abschluss des HRS-Verfahrens jede Ungleichbehandlung von Booking durch einen – unterstellt – erweiterten Verfahrensgegenstand mehr als kompensieren würde.

**b) Keine Notwendigkeit, ein neues Verfahren einzuleiten; Teilerledigung**

- (106) Vorliegend ergab sich keine Notwendigkeit für das Bundeskartellamt, das laufende Verfahren einzustellen und ein neues (Ermittlungs-)Verfahren einzuleiten, und zwar weder aus dem Umstand, dass in den letzten Monaten Verpflichtungszusagen von Booking in Frankreich, Schweden und Italien angenommen worden sind (hierzu unter aa.), noch aus dem Umstand, dass Booking die Bestpreisklauseln zum 1. Juli 2015 inhaltlich umgestellt hat; hieraus ergibt sich lediglich eine Teilerledigung, die zur Teileinstellung des Verfahrens und zu dessen Fortsetzung im Übrigen führt (hierzu unter bb.).

**aa) Annahme von Verpflichtungszusagen in Frankreich, Schweden und Italien**

- (107) Die Entscheidungen der französischen, schwedischen und italienischen oder auch anderer Wettbewerbsbehörden sind für das vorliegende Verfahren weder formal noch materiell bindend.
- (108) Zum Einen kann die Annahme von Verpflichtungszusagen von Booking in Frankreich, Schweden und Italien schon unter dem Gesichtspunkt der extraterritorialen Zuständigkeitserstreckung keine Bindungswirkung für den hier betroffenen deutschen Hotelportalmarkt entfalten. Zwar sind alle nationalen Wettbewerbsbehörden innerhalb der Europäischen Union – von nationalen Vorschriften abgesehen – an dieselben Vorschriften des europäischen Kartellrechts gebunden. Gleichwohl kann die Entscheidung einer anderen

---

<sup>132</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 15. Auflage, München, 2014, § 40 VwVfG, Rz. 24 ff. m.w.N.; Knack/Henneke, Kommentar zum VwVfG, 10. Auflage, Köln, 2014, § 40 VwVfG, Rz. 62 m.w.N.

nationalen Wettbewerbsbehörde, Verpflichtungszusagen anzunehmen oder ein Kartellverfahren einzustellen, das Bundeskartellamt nicht binden. Eine solche Bindungswirkung ist weder formal vorgesehen noch wäre sie in der vorliegenden Konstellation sachgerecht, denn Gegenstand der jeweiligen Entscheidungen sind räumlich verschiedene nationale Märkte.

- (109) Zum Anderen bedeutet die Annahme von Verpflichtungszusagen durch die Wettbewerbsbehörden etwa in Frankreich, Schweden und Italien keineswegs, dass hiermit eine Freistellungswirkung oder ähnliches in Bezug auf die fraglichen Bestpreisklauseln verbunden wäre, und zwar weder betreffend die französischen, schwedischen und italienischen Hotelportalmärkte, noch mit Blick auf den deutschen oder andere Hotelportalmärkte in Europa. Vielmehr bedeutet die Annahme von Verpflichtungszusagen in diesen drei Ländern lediglich, dass die dortigen Wettbewerbsbehörden erklären, im Rahmen ihres Ermessens keinen Gebrauch von ihren Abstellungsbefugnissen machen zu wollen, weil ihre nach vorläufiger Bewertung des Sachverhalts bestehenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken durch die angebotenen Verpflichtungszusagen aus ihrer Sicht hinreichend ausgeräumt werden. Eine abschließende Sachverhaltsermittlung und eine abschließende wettbewerbsrechtliche Beurteilung finden in solchen Fällen – anders als im Rahmen des hier vorliegenden Verfahrens – gerade nicht statt. Denn eine Entscheidung über Verpflichtungszusagen enthält keine verbindliche Aussage über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des die Entscheidung auslösenden Verhaltens, hier also die Verwendung der Bestpreisklauseln.<sup>133</sup> Das Bundeskartellamt bewegt sich daher in völliger Übereinstimmung mit den entsprechenden Regeln in der Verordnung 1/2003, wenn es selbst eine Untersagungsentscheidung erlässt.<sup>134</sup>
- (110) In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Anzahl der nationalen Wettbewerbsbehörden innerhalb der EU, die sich zur Annahme der von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen entschlossen haben, überschaubar ist. In einigen europäischen Ländern werden die von Booking verwendeten Bestpreisklauseln derzeit geprüft, andere haben ihre Verfahren eingestellt.<sup>135</sup>
- (111) Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Verpflichtungszusagenentscheidungen in Frankreich und Italien keineswegs den jeweiligen Schlusspunkt der Auseinandersetzung

---

<sup>133</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 188.

<sup>134</sup> VO 1/2003, Erwägungsgrund 13.

<sup>135</sup> Siehe oben Rn. 70 ff.

darstellten. So ist in Italien eine Beschwerde des italienischen Hotelverbandes gegen die Verpflichtungszusagenentscheidung bei Gericht anhängig und das italienische Abgeordnetenhaus hat im Oktober 2015 ein gesetzliches Verbot von Meistbegünstigungsklauseln, die es einem Hotelunternehmen verbieten, dem Kunden selbst bessere Bedingungen anzubieten als Dritten, auf den Weg gebracht.<sup>136</sup> In Frankreich hat zunächst das Tribunal de Commerce de Paris in einem Zivilrechtsstreit die Bestpreisklauseln von Expedia für unzulässig erklärt, wenn auch nicht aus kartellrechtlichen Gründen. Darüber hinaus hat mittlerweile der französische Gesetzgeber die von den Hotelportalen verwendeten Bestpreisklauseln generell verboten (Loi Macron).<sup>137</sup> In materieller Hinsicht ist die Verpflichtungszusagenentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde durch dieses Gesetz somit zumindest teilweise obsolet geworden.

#### **bb)Umstellung der Bestpreisklauseln durch Booking zum 1. Juli 2015**

- (112) Der Umstand, dass Booking die von ihr verwendeten Klauseln – einschließlich der Bestpreisklauseln – zum 1. Juli 2015 inhaltlich mit dem erklärten Ziel umgestellt hat, sie EU-weit an die abgegebenen Verpflichtungszusagen anpassen zu wollen („enge Bestpreisklauseln“), bedeutet – anders als Booking meint – nicht, dass das Bundeskartellamt das bereits laufende Kartellverwaltungsverfahren hätte einstellen oder gar ein Neues hätte einleiten müssen.
- (113) Dabei kann dahinstehen, ob Booking ihr erklärtes Ziel, nämlich die in Frankreich, Schweden und Italien abgegebenen Verpflichtungszusagen detailgenau in die zum 1. Juli 2015 EU-weit angepassten AGB zu übernehmen, überhaupt erreicht hat; die Beigeladene zu 3. hat hieran zuletzt öffentlich Zweifel geäußert.<sup>138</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass die von dem Bundeskartellamt aufgegriffenen Wettbewerbsbeschränkungen sich durch diese Umstellung seitens Booking nur in geringem Umfang erledigt haben; dies ergibt sich aus dem insoweit maßgeblichen Vergleich des durch die Bestpreisklauseln geschaffenen Zustandes vor dem 1. Juli 2015 einerseits mit dem Zustand ab diesem Datum andererseits.

---

<sup>136</sup> Siehe oben Rn. 72.

<sup>137</sup> Das sog. Loi Macron wurde am 10 Juli 2015 parlamentarisch angenommen (<http://www.gouvernement.fr/action/le-projet-de-loi-pour-la-croissance-l-activite-et-l-egalite-des-chances-economique>, 13. Juli 2015).

<sup>138</sup> Pressemitteilung des Hotelverbandes Deutschland e.V. vom 29. Juni 2015 ([www.hotellerie.de/de/verpflichtende-ratenparitaetsklausel-birgt-erhebliche-risiken-vorsicht-bei-den-neuen-agbs-von-booking.com](http://www.hotellerie.de/de/verpflichtende-ratenparitaetsklausel-birgt-erhebliche-risiken-vorsicht-bei-den-neuen-agbs-von-booking.com)).

- (114) Eine Teilerledigung des ursprünglichen Verfahrensstoffs ist demnach (nur) insoweit eingetreten, als dass die seit dem 1. Juli 2015 geltenden Bestpreisklauseln nunmehr vorsehen, dass Booking es den Hotels nicht mehr verbietet,
- über andere Hotelbuchungsportale vorteilhaftere Preise und Buchungsbedingungen für Endkunden anzubieten,
  - über offline-Vertriebskanäle vorteilhaftere Preise und Buchungsbedingungen für Endkunden anzubieten, solange diese nicht online veröffentlicht oder beworben werden,
  - auf anderen Vertriebskanälen eine höhere Zimmer-Verfügbarkeit anzubieten als bei Booking; allerdings fordert Booking nunmehr eine Mindestverfügbarkeit der jeweiligen Hotelzimmer auf ihrem Portal.
- (115) Verboten bleiben aber sämtliche vorteilhaftere Angebote auf online-Vertriebskanälen, sei es auf der hoteleigenen Website, deren Bedeutung nach den vorliegenden neuesten Ermittlungsergebnissen nunmehr zunimmt, sei es beim Vertrieb der Hotelzimmer etwa über Metasuchmaschinen oder über andere existierende oder potentielle, noch zu entwickelnde online-Kanäle. In Bezug auf diese Aspekte hat sich das vorliegende Verfahren somit auch nicht erledigt, sondern durfte im Rahmen des Ermessens des Bundeskartellamtes fortgeführt werden. Auch im Rahmen des fortgeführten Verfahrens kann das Bundeskartellamt ohne Weiteres die wettbewerblichen Wirkungen der Umstellung der AGB von Booking zum 1. Juli 2015 – unter anderem die von Booking deklarierten Effizienzgewinne (hierzu unten) – angemessen würdigen. Nur insoweit die besagte Teilerledigung eingetreten ist, ist das Verfahren hingegen einzustellen.<sup>139</sup>

**c) Aktueller Verfahrensgegenstand ist ein „Minus“, kein „Aliud“**

- (116) Hieraus ergibt sich auch unmittelbar, dass der nicht erledigte Verfahrensstoff im Verhältnis zum (teil-)erledigten Verfahrensstoff kein „Aliud“, sondern ein „Minus“ darstellt. Der relevante Lebenssachverhalt hat sich nicht so grundlegend geändert, dass dies eine vollumfängliche Erledigung des ursprünglich eingeleiteten Kartellverwaltungsverfahrens bedeutet hätte, sondern er hat sich lediglich in dem beschriebenen Ausmaß reduziert. Denn die zum Gegenstand des vorliegenden Beschlusses gemachten Bestpreisklauseln entfalteten ihre Wirkung bereits vor der Umstellung der AGB durch Booking zum 1. Juli 2015; vor diesem Zeitpunkt traten lediglich weitere Wettbewerbsbeschränkungen

---

<sup>139</sup> Vgl. Ziffer 5.) des Tenors dieses Beschlusses.

hinzu; allein diese haben sich nunmehr durch die Umstellung zum 1. Juli 2015 erledigt. Die wettbewerbswidrige „Restmenge“ bleibt als verfahrensrelevantes „Minus“ auch über diesen Zeitpunkt hinaus bis zuletzt stehen und wird erst mit dem vorliegenden Beschluss abgestellt.

- (117) Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Nicht-Förmlichkeit des Verwaltungsverfahrens nach § 10 VwVfG dazu führt, dass nicht jede Änderung der Sachlage durch Einstellung des laufenden und Eröffnung eines neuen Verfahrens zu berücksichtigen ist. Der damit verbundene Aufwand (u.a. Wiederholung aller Beiladungsverfahren) widerspräche den Vorgaben des § 10 VwVfG. Wesentlich für die Rechte der vom Verfahren Betroffenen ist, dass ihnen zu demjenigen Verfahrensgegenstand ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wird, den die das Verfahren abschließende Verfügung der Kartellbehörde adressiert. Dass dies hier in ausreichendem Maße geschehen ist, wurde bereits dargelegt.

### **III. Amtsermittlungspflichten wurden erfüllt**

- (118) Entgegen dem Vortrag von Booking (hierzu unter 1.) wurden die bestehenden Amtsermittlungspflichten vorliegend erfüllt (hierzu unter 2.).

#### **1. Vortrag von Booking**

- (119) Booking trägt vor, eine Abstellungsverfügung gegen die aktuellen engen Bestpreisklauseln ohne weitreichende neue Ermittlungen scheidet im Ergebnis als verfahrens- und ermessensfehlerhaft aus.<sup>140</sup>
- (120) Allein im Rahmen eines neu eingeleiteten Verfahrens und im Rahmen ergänzender Ermittlungen<sup>141</sup> hätte das Bundeskartellamt insbesondere die mit den engen Bestpreisklauseln verbundenen Effizienzgewinne angemessen würdigen können.<sup>142</sup> Ohne genaue Untersuchung der umgestellten Bestpreisklauseln im Rahmen eines neu einzuleitenden Ermittlungsverfahrens<sup>143</sup> würde das Bundeskartellamt durch den Erlass einer Abstellungsverfügung die ihm auferlegte Untersuchungs- und Amtsermittlungspflicht aus §§ 54

---

<sup>140</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 45 ff.

<sup>141</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 44.

<sup>142</sup> Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 5 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 43.

<sup>143</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 53 f.

Abs. 1 GWB, 24 VwVfG verletzen.<sup>144</sup> Ohnehin stütze sich das Bundeskartellamt in seiner Beurteilung ausschließlich auf Angaben des Hotelverbandes und nehme diese regelmäßig ungeprüft hin, obwohl der Hotelverband nicht einmal als allgemeiner Interessenvertreter der deutschen Hotelunternehmen anzusehen sei, sondern vielmehr als Vertreter von Partikularinteressen.<sup>145</sup> Zudem würde das Bundeskartellamt durch den Erlass einer Abstellungsverfügung das ihm gemäß § 32 Abs. 1 GWB eingeräumte Ermessen rechtsfehlerhaft ausüben, weil es den Sachverhalt entgegen rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze nicht ordnungsgemäß aufgeklärt habe.<sup>146</sup>

(121) Dies zeige sich auch daran, dass einige nationale Wettbewerbsbehörden angekündigt hätten, die tatsächlichen Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln zu einem Zeitpunkt frühestens 12 Monate nach deren Inkrafttreten, also frühestens Mitte des Jahres 2016 zu überprüfen. Ein solches Abwarten verbunden mit einer späteren Evaluation anhand einer empirischen Untersuchung sei auch im vorliegenden Verfahren sinnvoll und vor einer Abstellungsverfügung in jedem Fall geboten.<sup>147</sup> Aus Sicht von Booking<sup>148</sup> solle das Bundeskartellamt daher ab Sommer 2016 vor allem folgende Aspekte mit der gebotenen Sorgfalt empirisch untersuchen:

- das Ausmaß an Preisdifferenzierungen zwischen Hotelportalen;
- das Ausmaß, in dem Hotels günstigere Preise auf Hotelportalen als auf der eigenen Website anbieten;
- die Veränderungen der Provisionsraten seit der Einführung der engen Bestpreisklauseln;
- den Einsatz von Kundenbindungsprogrammen.

(122) Booking regt daher an, diese tatsächlichen Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln ab Sommer 2016 zusammen mit den anderen nationalen Wettbewerbsbehörden zu untersuchen und eine Entscheidung über die wettbewerbsrechtliche Bewertung erst danach zu

---

<sup>144</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung, Rz. 2; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 46 ff.

<sup>145</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung, Rz. 30 ff.

<sup>146</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 50 ff.

<sup>147</sup> Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 2 f.; zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 25.

<sup>148</sup> Zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 26 sowie Protokoll vom 17. Dezember 2015 hierzu unter Ziffer 3 (Seite 4).

treffen.<sup>149</sup> Um ein „level playing field“ in Bezug auf HRS zu schaffen, könne das Bundeskartellamt – unter zumindest vorläufigem Verzicht auf eine Abstellungsverfügung gegen Booking – einfach seinen inzwischen bestandskräftigen Beschluss in Sachen HRS aufheben und auch HRS die Verwendung enger Bestpreisklauseln erlauben.<sup>150</sup>

## 2. Würdigung durch das Bundeskartellamt

- (123) Der Einwand von Booking, eine Abstellungsverfügung gegen die aktuellen Bestpreisklauseln ohne neue Ermittlungen sei verfahrens- und ermessensfehlerhaft, geht fehl. Denn derartige weitere Ermittlungen in Bezug auf die zum 1. Juli 2015 umgestellten Bestpreisklauseln sind – soweit sie erforderlich waren oder wenigstens als opportun erschienen – zwischenzeitlich im Rahmen der Amtsermittlung nach § 57 Abs. 1 GWB i.V.m. § 24 VwVfG angestellt worden.
- (124) Im Rahmen der Amtsermittlung steht dem Bundeskartellamt im Hinblick auf die Art und den Umfang der vorzunehmenden Ermittlungen nach § 57 Abs. 1 GWB i.V.m. § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG ein Aufklärungsermessen zu.<sup>151</sup> Aus § 24 Abs. 1 S. 2 VwVfG folgt, dass die Kartellbehörde Art und Umfang der Ermittlungen bestimmen darf und an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist; sie muss allerdings gemäß § 24 Abs. 2 VwVfG grundsätzlich alle ihr bekannten und für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände berücksichtigen.<sup>152</sup> Der Rahmen wird abgesteckt durch die rechtliche Beurteilung, die die Behörde dem Fall zugrundelegt; die Grenzen für die Ausübung des Aufklärungsermessens bestimmen sich somit aus dem materiellen Recht.<sup>153</sup> In diesem Rahmen hat die Kartellbehörde nach §§ 57 ff. GWB diejenigen Erkenntnismöglichkeiten heranzuziehen, die sich ihr vernünftigerweise bieten. Art und Umfang der Sachverhaltsermittlung bestimmen sich nach den Erfordernissen des Einzelfalles, wobei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist.<sup>154</sup> Dem betroffenen Unternehmen obliegen hinsichtlich der Beschaffung der für die kartellrechtliche Prü-

---

<sup>149</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 5.31 ff.

<sup>150</sup> Zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Protokoll vom 17. Dezember 2015 hierzu unter Ziffer 3 (Seite 4).

<sup>151</sup> Siehe Schneider in Langen/Bunte, Kommentar zum Kartellrecht, 12. Auflage, Köln, 2014, § 57 GWB, Rz. 13 m.w.N.

<sup>152</sup> OLG Düsseldorf, 05.11.2014, VI-3 Kart 63/13 (V) – Biogas, Rz. 74 m.w.N.

<sup>153</sup> OLG Düsseldorf, 05.11.2014, VI-3 Kart 63/13 (V) – Biogas, Rz. 74 mit Verweis auf BVerwG, 26.08.1998, 11 VR 4/98 – Bahnstrecke Uelzen-Stendal; Schneider in Langen/Bunte, a.a.O., § 57 GWB, Rn. 1, Rn. 12 f.

<sup>154</sup> BVerwG, 05.05.2015, 9 C 12/14.



fung erforderlichen Angaben Mitwirkungspflichten nach § 26 Abs. 2 VwVfG. Das Unternehmen hat der Kartellbehörde die Daten aus seinem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbaren Wege beschaffen kann.<sup>155</sup>

- (125) Vor diesem Hintergrund legt das Bundeskartellamt seiner Entscheidung zunächst die Ermittlungsergebnisse aus dem HRS-Verfahren zugrunde, soweit diese auf die vorliegende Fallkonstellation übertragbar sind. Insoweit handelt es sich um behördenkundige Tatsachen, die zudem veröffentlicht und damit allgemein bekannt gemacht worden sind.<sup>156</sup>
- (126) Zudem hat das Bundeskartellamt vorliegend umfangreiches weiteres Material und Einlassungen zum relevanten Sachverhalt berücksichtigt – etwa Artikel in der einschlägigen Fachpresse, die nach Abschluss des HRS-Verfahrens erschienenen Branchenstudien „Hotelmarkt Deutschland“, die unter anderem von Booking selbst beigebrachten gutachterlichen Äußerungen, die schriftlichen und mündlichen Einlassungen von Booking und von den anderen Verfahrensbeteiligten sowie die einschlägigen Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden.
- (127) Ergänzend hat das Bundeskartellamt im Juni 2015 im Rahmen der Amtsermittlung bei einer Vielzahl von Vertretern aus der deutschen Hotellerie durch persönliche Befragung deren Einschätzung der wettbewerblichen Auswirkungen der kurz danach zum 1. Juli 2015 umgestellten Bestpreisklauseln ermittelt. Auch diese Ermittlungsergebnisse sind entsprechend dokumentiert.<sup>157</sup> Bei der Gestaltung und Durchführung der Befragung sowie auch im Rahmen der Auswertung hat das Bundeskartellamt den Umstand berücksichtigt, dass die befragten Hotelunternehmen Verbandsmitglieder der Beigeladenen zu 3.) sind und eigene unternehmerische Interessen vertreten. Hierdurch werden die Ergebnisse dieser Befragung im Hinblick auf die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der aktuellen engen Bestpreisklauseln indes nicht unbrauchbar, wie Booking meint, sondern sie sind lediglich – wie alle anderen interessengeleiteten Aktenbestandteile auch – mit der gebotenen Zurückhaltung zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen.
- (128) Eine Notwendigkeit, frühestens Mitte des Jahres 2016 die tatsächlichen Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln anhand einer empirischen Untersuchung zu prüfen, besteht ent-

---

<sup>155</sup> BGH, 14.07.2015, KVR 77/13 – Wasserpreise Calw II; BGH, 15.05.2012, KVR 51/11 – Wasserpreise Calw, Rz. 17 ff.; BGH, 22.07.1999, KVR 12/98 – Flugpreisspaltung.

<sup>156</sup> Im HRS-Beschluss des Bundeskartellamtes vom 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, siehe insbesondere Rz. 58; die Ergebnisse der Befragungen sind Gegenstand der dortigen rechtlichen Würdigung.

<sup>157</sup> Vgl. Blatt 3 ff. der Akte „Fragebogen Hotels 2015“.

gegen der von Booking vertretenen Auffassung<sup>158</sup> nicht. Vielmehr ist eine Entscheidung dieses Falls angesichts der vorliegenden Ermittlungsergebnisse aus den oben skizzierten Gründen bereits jetzt opportun, ohne dass dies die bestehenden Amtsermittlungspflichten verletzen würde.

#### **IV. Sachlich relevanter Markt**

- (129) In sachlicher Hinsicht ist mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf von einem Angebotsmarkt für die Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale (Hotelportalmarkt) auszugehen (hierzu unter 1.); die hiergegen vorgebrachten Argumente von Booking (hierzu unter 2.) überzeugen nicht, so dass es bei der bisher von dem Bundeskartellamt vorgenommenen und vom OLG Düsseldorf bestätigten sachlichen Marktabgrenzung bleibt (hierzu unter 3.)

##### **1. Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

- (130) In seinem HRS-Beschluss hat das OLG Düsseldorf<sup>159</sup> die von dem Bundeskartellamt<sup>160</sup> im Rahmen des HRS-Verfahrens vorgenommene sachliche Marktabgrenzung als zutreffend bestätigt. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf betreffen die von den Hotelportalen verwendeten Bestpreisklauseln in sachlicher Hinsicht den Angebotsmarkt für die Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale (Hotelportalmarkt), auf dem sich die Hotelportale als Anbieter und die Hotelunternehmen als Nachfrager gegenüberstehen. Nicht zum Markt gehören hingegen die eigene Buchungswebsite des Hotels, spezialisierte Portale, Online-Reisebüros, Portale der Reiseveranstalter und Metasuchmaschinen. Insoweit ist auch nicht zwischen Firmenkunden und Privatkunden zu differenzieren.<sup>161</sup>

##### **2. Vortrag von Booking**

- (131) Booking trägt zur sachlichen Marktabgrenzung vor, dass schon die bloße Existenz von Bestpreisklauseln für einen weiteren Produktmarkt – im Sinne eines einheitlichen Buchungsmarktes<sup>162</sup> – spreche, als das OLG Düsseldorf und das Bundeskartellamt ihn bislang angenommen hätten. Denn Hotels seien an einer ineffizienten und mit einem erhöh-

---

<sup>158</sup> Siehe oben Rn. 122.

<sup>159</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 26 und 31.

<sup>160</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 69 ff.

<sup>161</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 28, 74 ff.

<sup>162</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014 (Blatt 709 ff. d.A.), Rz. 87 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2014 (Blatt 960 ff. d.A.), Rz. 30 ff.

ten Verwaltungsaufwand verbundenen Preisdifferenzierung über unterschiedliche Vertriebskanäle nicht interessiert; sie betrachteten alle zur Verfügung stehenden Vertriebskanäle ohne Differenzierung als gleichartig.<sup>163</sup>

- (132) Nicht das von den Hotelportalen angebotene spezielle Bündel von „Suchen, Vergleichen und Buchen“ – als Paket von Hauptleistung und Nebenleistungen – definiere den sachlich relevanten Markt, sondern dieser sei als einheitlicher, alle Vertriebskanäle umfassender Buchungsmarkt zu begreifen. So verkenne das Bundeskartellamt die bestehenden Parallelen zum Flugbuchungsmarkt, wo sich Portalvertrieb und Direktvertrieb im Wettbewerb gegenüberstünden; der Direktvertrieb der Hotels zähle daher vorliegend ebenfalls zum sachlich relevanten Markt.<sup>164</sup> Der Umstand, dass HRS im Jahr 2012 Preiserhöhungen und Konditionenverschärfungen habe durchsetzen können, stütze hingegen nicht die engere sachliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes.<sup>165</sup> Für einen weiten einheitlichen Buchungsmarkt spreche zudem das relativ niedrige Verhältnis zwischen Seitenbesuchern und tatsächlich getätigten Buchungen („Conversion Rate“) von Booking, die deutlich unter [20]% liege.<sup>166</sup> Auch habe das Bundeskartellamt die Angebotsumstellungsflexibilität anderer Anbieter in diesem als einheitlich verstandenen Buchungsmarkt – insbesondere bestimmter Metasuchmaschinen oder von Anbietern wie „Google Hotel Finder“<sup>167</sup> – nicht hinreichend berücksichtigt; deren Angebote seien in Wirklichkeit Teil des sachlich relevanten Marktes.<sup>168</sup> Gerade Metasuchmaschinen bewirkten einen erhöhten Wettbewerbsdruck („institutional restraint“) auf die Hotelportale.<sup>169</sup>
- (133) Zudem sei dem Bundeskartellamt der handwerkliche Fehler unterlaufen, Buchungen über selbständige Anwendungen („Apps“), über Vertriebspartner – wie etwa kooperierende Fluggesellschaften<sup>170</sup> – und über Meta-Suchmaschinen<sup>171</sup> nicht in den sachlich relevanten

---

<sup>163</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 88 ff.

<sup>164</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 105 ff.

<sup>165</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 96 ff.

<sup>166</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2014, Rz. 31 ff.; Schriftsatz Booking vom 11.06.2014, Rz. 22 ff.

<sup>167</sup> Der Google Hotel Finder ist inzwischen in die regulären Suchergebnisseiten der Metasuchmaschine Google integriert, siehe dazu Branchenstudie Hotelmarkt Deutschland 2015, S. 253 ff.

<sup>168</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 91 ff.

<sup>169</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 94 f.

<sup>170</sup> Schriftsatz Booking vom 11.06.2014 (Blatt 1132 ff. d.A.), Rz. 4 ff., 8 ff.

<sup>171</sup> Schriftsatz Booking vom 11.06.2014, Rz. 16 ff., 19 ff.

Markt und damit auch nicht in die Marktanteilsberechnung einzubeziehen.<sup>172</sup> Bei der Umsatzerhebung sei auch nicht hinreichend zwischen Umsätzen im relevanten Markt und Umsätzen außerhalb dieses Marktes differenziert worden.<sup>173</sup> Die vom Bundeskartellamt ermittelte Datengrundlage sei insgesamt intransparent, verzerrt und nicht valide.<sup>174</sup> Die Marktanteile von Booking seien im Ergebnis jedenfalls überbewertet und lägen unter 30%.<sup>175</sup>

- (134) Schließlich argumentiere das Bundeskartellamt widersprüchlich, wenn es einerseits von einem engeren Angebotsmarkt für die online erbrachten Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale (Hotelportalmarkt) ausgehe, andererseits aber im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung der Unerlässlichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV denkbare alternative Geschäftsmodelle (Servicegebühren, Cost-per-click etc.) erwähne.<sup>176</sup>

### **3. Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (135) Der Vortrag von Booking zur sachlichen Marktabgrenzung kann unter Zugrundelegung des Bedarfsmarktkonzepts – wonach dem relevanten (Angebots-)Markt alle Produkte zuzurechnen sind, die nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind<sup>177</sup> – nicht überzeugen; es bleibt daher bei der bisher von dem Bundeskartellamt<sup>178</sup> vorgenommenen und vom OLG Düsseldorf<sup>179</sup> im Rahmen des HRS-Verfahrens bestätigten sachlichen Marktabgrenzung. Der sachlich relevante Markt beschränkt sich auf den Hotelportalmarkt und erstreckt sich nicht auf einen weiter verstandenen einheitlichen Buchungsmarkt (hierzu unter a.); auch sind dem Bundeskartellamt bei der Umsatzerhebung keine handwerklichen Fehler unterlaufen (hierzu unter b.); schließlich besteht auch kein innerer Widerspruch zwischen der sachlichen

---

<sup>172</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 116 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2014, Rz. 12 ff.

<sup>173</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2014, Rz. 7 ff.

<sup>174</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 121 f.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2014, Rz. 4 ff., 17 ff.

<sup>175</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 116 ff.

<sup>176</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 114 f.

<sup>177</sup> BGHZ 170, 299 Rn. 4 – National Geographic II; BGHZ 178, 285 Rn. 15 – E.ON/Stadtwerke Eschwege; BGHZ 189, 94 Rn. 12 – MAN-Vertragswerkstatt.

<sup>178</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 69 ff.

<sup>179</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 26 ff.

Marktabgrenzung und den Ergebnissen der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen (hierzu unter c.).

**a) Kein weiter, einheitlicher Buchungsmarkt**

- (136) Anders als Booking meint, ist sachlich nicht von einem weiten und einheitlichen Buchungsmarkt auszugehen, sondern vielmehr davon, dass das Bündel von „Suchen, Vergleichen und Buchen“ den sachlich relevanten Markt im Sinne eines Pakets von Hauptleistung und Nebenleistungen der Hotelportale definiert (hierzu unter aa.); die sachlich relevante Vermittlungsleistung im Sinne einer Hauptleistung wird wesentlich durch Netzwerkeffekte beeinflusst (hierzu unter bb.); andere Vertriebswege außerhalb des Hotelportalmarktes gehören hingegen nicht zum sachlich relevanten Markt (hierzu unter cc.). Im Übrigen sind die Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Schweden und Italien in ihren Verpflichtungszusagenentscheidungen bei der Marktabgrenzung zu demselben Ergebnis gelangt wie das Bundeskartellamt (hierzu unter dd.)

**aa) Bündel von „Suchen, Vergleichen und Buchen“ als sachlich relevantes Paket von Hauptleistung und Nebenleistungen der Hotelportale**

- (137) Mit dem OLG Düsseldorf<sup>180</sup> ist davon auszugehen, dass die von den Hotels nachgefragte Dienstleistung auf die Vermittlung von Hotelzimmerbuchungen gerichtet ist. Das Auffindbar-Machen im Internet und das Vergleichbar-machen mit anderen Hotels ist eine Nebenleistung der Hotelportale zu dieser Vermittlungsdienstleistung. Den Hotelkunden bieten Hotelportale somit die Funktionen „Suchen, Vergleichen und Buchen“ in einem für sie komfortablen Dienstleistungspaket an.<sup>181</sup> Denn der Erfolg bei der Vermittlung von Hotelbuchungen – so das OLG Düsseldorf<sup>182</sup> – hängt maßgeblich auch davon ab, dem Hotelkunden eine attraktive, informative und benutzerfreundliche Internetseite zur Verfügung zu stellen. Diese Zusatzleistungen für den Hotelkunden sind im Wettbewerb der Hotelportale untereinander von erheblicher Bedeutung, denn sie beeinflussen den Nutzerzugriff („Traffic“) auf die Internetseite und damit letztlich den wirtschaftlichen Erfolg des Portals durch die erfolgreiche Vermittlung von Hotelzimmerbuchungen. Dabei werden dem Hotelunternehmen die Werbe- und Vergleichsleistung des Portals nicht kostenlos zur Verfügung gestellt, sondern mit dem Vermittlungsentgelt abgegolten.

---

<sup>180</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 35 ff.

<sup>181</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 73 ff.

<sup>182</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 37.

- (138) Die von Booking angeführte relativ niedrige Konvertierungsrate (Verhältnis zwischen Seitenbesuchern und tatsächlich getätigten Buchungen) lässt sich dem nicht entgegenhalten, denn sie ergibt sich aus der Natur des Verhaltens eines durchschnittlichen buchungswilligen Endverbrauchers bei der Nutzung von Portalangeboten, der das Internet häufig gerade zu (Preis-)Vergleichszwecken nutzt. Aus dem Umstand, dass ein gewisser Anteil von potenziellen Hotelkunden seine Buchungen letztlich auf einem anderen Weg als über Booking tätigt, lässt sich nicht schlussfolgern, Booking gehöre insoweit als bloße Suchmaschine zum selben sachlichen Markt, zu dem auch Metasuchmaschinen gehören. Dies würde im Übrigen auch der Selbstdarstellung von Booking widersprechen, in der sie selbst die Besonderheiten des Angebots von Hotelportalen gegenüber anderen Online-Angeboten betont.<sup>183</sup>
- (139) Gerade der von Booking angeführte Umstand, dass HRS im Jahr 2012 Preiserhöhungen und Konditionsverschärfungen hat durchsetzen können, stützt die engere sachliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf, denn augenscheinlich fehlten den betroffenen Hotels diejenigen Ausweichmöglichkeiten, die sie bei einem weiteren sachlichen Marktverständnis – wie Booking es unterstellt – gehabt hätten.

#### **bb) Indirekte Netzwerkeffekte**

- (140) Weiter ist mit dem OLG Düsseldorf<sup>184</sup> davon auszugehen, dass das Such- und Buchungsverhalten der Hotelkunden in Bezug auf die sachliche Marktabgrenzung insoweit von Bedeutung ist, als die funktionelle Austauschbarkeit der Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale aus Sicht der Hotelunternehmen durch Netzwerkeffekte<sup>185</sup> beeinflusst wird.
- (141) Jede unternehmerische Tätigkeit ist jedenfalls dann, wenn sie entgeltlich erfolgt, einem Markt zuzuordnen. Soweit eine Leistung – so wie hier – nach der einen Seite (gegenüber den Hotels) entgeltlich, nach der anderen Seite (gegenüber den Hotelkunden) unentgelt-

---

<sup>183</sup> Vgl. dazu insbesondere die von Booking in Auftrag gegebene Studie von RBB Economics vom 11. September 2014 „Die Rolle von Hotelbuchungsportalen bei der Verminderung von Suchkosten und der Stärkung des Wettbewerbs zwischen Hotels“ (Blatt 1893 ff. d.A.), die Booking-Studie ebenfalls vom 11. September 2014 „Effizienzgewinne, die aufgrund der vorgeschlagenen engen MFN-Klauseln im EWR entstehen“ (Blatt 1820 ff.) und die von Booking präsentierten Ergebnisse der GfK-Marktbefragung: „Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel Verbraucher- und Unterkunftsbefragungen“ vom 19. Dezember 2014 (Blatt 1908 ff. d.A.).

<sup>184</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 43.

<sup>185</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 81.

lich erbracht wird, ist sie laut der Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>186</sup> im HRS-Verfahren allerdings nur mit der entgeltlichen Seite Teil eines Marktes. Das Bundeskartellamt lässt diese Frage – wie schon im HRS-Beschluss<sup>187</sup> – im vorliegenden Fall ausdrücklich offen.<sup>188</sup>

- (142) In diesem Zusammenhang erkennt auch das OLG Düsseldorf<sup>189</sup> an, dass die unentgeltliche Seite das Marktgeschehen zumindest für entsprechende, entgeltlich vertriebene Leistungen oder Produkte beeinflussen kann, insbesondere bei Tätigkeiten in Verbindung mit dem Internet. Gerade bei solchen Märkten steigt der Nutzen, den eine Gruppe von Verwendern (hier: Hotelunternehmen) aus einem bestimmten Gut oder einer bestimmten Dienstleistung zieht, oftmals in Abhängigkeit davon, wie viele Nutzer einer anderen Gruppe (hier: Hotelkunden) dieses Gut oder diese Dienstleistung nachfragen (indirekte Netzwerkeffekt). Dies kann die Beurteilung der funktionellen Austauschbarkeit mit einem Konkurrenzprodukt, welches möglicherweise vergleichbare Eigenschaften hat, aber einen deutlich kleineren Abnehmerkreis aufweist, beeinflussen. Das Fehlen ausreichend starker indirekter Netzwerkeffekte kann die Attraktivität des Konkurrenzprodukts so herabmindern, dass es für den Kunden keine vergleichbare Alternative darstellt.<sup>190</sup>

### **cc) Andere Vertriebswege gehören nicht zum sachlich relevanten Markt**

- (143) Schließlich ist mit dem OLG Düsseldorf davon auszugehen, dass eigene Buchungswebsites der Hotels<sup>191</sup>, Metasuchmaschinen (wie Holidaycheck, TripAdvisor, Kayak, Trivago oder Check 24)<sup>192</sup>, spezialisierte Internetportale<sup>193</sup>, Online-Reisebüros<sup>194</sup> und Portale von Reiseveranstaltern<sup>195</sup> nicht in den relevanten Markt einzubeziehen sind.

---

<sup>186</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 43.

<sup>187</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 73 ff.

<sup>188</sup> In jüngeren Fällen hat das Bundeskartellamt vergleichbare Plattformen für die Vermittlung im Immobilienbereich als Transaktionsplattformen bezeichnet (siehe Bundeskartellamt – unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) – Fallbericht B6-39/15 Freigabe des Zusammenschlusses von Online Immobilienplattformen, 25. Juni 2015) und dabei die Unentgeltlichkeit einer Marktseite eher als eine differenzierende Bepreisungsstrategie der Plattformen angesehen, die zu einer Internalisierung der indirekten Netzwerkeffekte dient und zu einer starken Rabattierung bis hin zu einem Preis von Null für eine der Nutzergruppen führt.

<sup>189</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 43.

<sup>190</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 43 m.w.N.

<sup>191</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 52 ff.; BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 88 ff.

<sup>192</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 56 ff.; BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 97 ff.

- (144) Ob insoweit zwischen dem Onlinevertrieb (Internet) und dem Offlinevertrieb (Telefon, E-Mails, Vertrieb über stationäre Reisebüros und Tourismusorganisationen etc.) von Hoteldienstleistungen zu unterscheiden ist<sup>196</sup> oder nicht<sup>197</sup>, kann im Ergebnis dahinstehen. Mangels Relevanz kann auch die von Booking angeführte Parallele zum Flugbuchungsmarkt, wo sich laut Booking Portalvertrieb und Direktvertrieb im Wettbewerb gegenüberstehen, nicht überzeugen.<sup>198</sup>
- (145) Die von Booking angeführte Angebotsumstellungsflexibilität unter anderem von Metasuchmaschinen oder von Anbietern wie „Google Hotel Finder“ rechtfertigt keine abweichende Bewertung. Sie ließe – wenn man sie als wahr unterstellt – lediglich den Schluss zu, dass derartige Anbieter mehr oder weniger leicht in den sachlich relevanten Markt einsteigen könnten. Derzeit bieten nur die Hotelunternehmen selbst und die Hotelportale dem Endkunden die Möglichkeit, die Buchung eines Hotelzimmers vorzunehmen; alle anderen Kanäle wie Metasuchmaschinen oder „Google Hotel Finder“ stellen hingegen keine eigene Buchungsmöglichkeit zur Verfügung, sondern leiten den suchenden Endkunden lediglich auf die Buchungsangebote der Hotelunternehmen oder – derzeit vor allem – der Hotelportale weiter. Auch dass – wie Booking meint – gerade Metasuchmaschinen einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Hotelportale ausüben, bedeutet nicht, dass sie dem vorliegend sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind. Denn ein gewisser Wettbewerbsdruck kann auch von Anbietern auf sachlich lediglich benachbarten oder verwandten Märkten ausgehen, gerade wenn die im sachlich betroffenen Markt verlangten Provisionen im Verhältnis zu anderen Vertriebskanälen und auch im Verhältnis zu den

---

<sup>193</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 71 f.; BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 91 f.

<sup>194</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 71 f.; BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 93.

<sup>195</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 71 f.; BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 94 ff.

<sup>196</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 74 ff.

<sup>197</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 47 ff.

<sup>198</sup> Booking bezieht sich hier auf eine Fusionsentscheidung der Europäischen Kommission (COMP M.6163), in der ein aus Endkundensicht einheitlicher Markt für Flugbuchungen über Onlineportale und Websites der Fluglinien abgegrenzt wurde. Im hiesigen Verfahren geht es aber vornehmlich um die Sichtweise der Hotels und deren Nachfrage nach Vermittlungsleistungen für den Vertrieb. Auch aus der Endkundensicht sind Onlinebuchungen für Flüge einerseits und für Hotelzimmer andererseits angesichts der Unterschiede etwa in der Auffindbarkeit der jeweiligen Websites nicht gleichartig.



Kosten der hoteleigenen Websites relativ hoch sind, wie es vorliegend auf dem Hotelportalmarkt offenbar der Fall ist. Solche Gegebenheiten erhöhen den Druck auf die Nachfrager, sich möglicherweise auch nach gänzlich andersartigen Alternativen umzusehen oder sie unter Inkaufnahme des Wegfalls für sie äußerst relevanter (Neben-)Leistungen parallel in Anspruch zu nehmen. Soweit von diesen Angeboten Wettbewerbsdruck ausgeht, ist dies im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen (Substitutionswettbewerb).

#### **dd) Bestätigung der sachlichen Marktabgrenzung in Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden**

- (146) In ihren jeweiligen Verpflichtungszusagenentscheidungen nehmen die Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Schweden und Italien eine sachliche Marktabgrenzung vor, die zu demselben Ergebnis gelangt wie diejenige des Bundeskartellamtes; hierdurch wird die Sichtweise des Bundeskartellamtes nochmals untermauert.
- (147) Die französische Wettbewerbsbehörde beschreibt die Sonderstellung der Hotelportale im (online-)Vertriebsmix der Hotels im Hinblick auf die Dienstleistungen der Portale für die Hotels (hohe Visibilität, Netzwerkeffekt)<sup>199</sup> und für die Endkunden („Suchen, Vergleichen und Buchen“<sup>200</sup>). Davon abgegrenzt sieht die französische Wettbewerbsbehörde das Hotelangebot u.a. der Reiseveranstalter, die Hotelzimmer nicht vermitteln, sondern Kontingente kaufen und verkaufen<sup>201</sup> und die Vermittlungsleistungen der Metasuchmaschinen, deren Kunden in erster Linie die Hotelportale selbst sind und die für die Anzahl der auf die Hotelportale getätigten clicks bezahlt werden.<sup>202</sup> Die italienische Wettbewerbsbehörde beschreibt darüber hinaus<sup>203</sup> die Unterschiede zwischen dem offline- und dem online-Vertrieb und nennt hier insbesondere die mit der deutlich zunehmenden Nutzung des Internet verbundene erhebliche Zunahme der online-Buchungen zu Lasten der offline-Buchungen, die wesentlich höhere Reichweite im online-Vertrieb und die unterschiedliche

---

<sup>199</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde vom 21. April 2015 (Blatt 2991 ff. d.A.), Rz. 35 und 37.

<sup>200</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde, Rz. 34 und 43.

<sup>201</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde, Rz. 34 und 43.

<sup>202</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde, Rz. 44 ff.

<sup>203</sup> Die Verpflichtungszusagenentscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde vom 21. April 2015 (Blatt 3087 ff. d.A.), Rz. 10 beschreibt die besonderen Vertriebsleistungen der Hotelportale ebenfalls durch das Produktbündel „Suchen, Vergleichen und Buchen“.

Höhe der Provisionen.<sup>204</sup> Die schwedische Wettbewerbsbehörde beschreibt ebenso die Sonderstellung der Hotelportale im Vertriebsmix der Hotels<sup>205</sup> und grenzt sie von den ho-teleigenen Websites und den Metasuchmaschinen ab, letzteres auch unter dem Ge-sichtspunkt, dass über Metasuchmaschinen i.d.R. wiederum nur eine Buchung auf dem verbundenen Hotelportal jedoch keine Direktbuchung möglich ist.<sup>206</sup>

#### **b) Keine handwerklichen Fehler bei der Umsatzerhebung**

- (148) Die Rüge von Booking, dem Bundeskartellamt sei der handwerkliche Fehler unterlaufen, Buchungen über selbstständige Anwendungen („Apps“), über Vertriebspartner – wie etwa kooperierende Fluggesellschaften – und über Meta-Suchmaschinen nicht in den sachlich relevanten Markt und damit auch nicht in die Marktanteilsberechnung einbezogen zu ha-ben, ist unbegründet. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob Hotelbuchungen über die auf externen Websites eingebettete Verlinkung mit Booking im Rahmen von Partnerprogrammen (etwa mit kooperierenden Fluggesellschaften) so sehr dem Pau-schalreisegeschäft ähneln, dass sie – wie Booking meint – nicht zum vorliegend relevan-ten Markt zu zählen sind. Denn auch bei einer Berücksichtigung dieser Umsätze würde der Marktanteil von Booking deutlich über der Schwelle des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO in Höhe von 30% liegen. Im Übrigen spricht gegen eine Einbeziehung dieser Umsätze schon, dass Booking selbst – ebenso wie die Wettbewerber – die durch Buchungen ver-linkter Hotelzimmerangebote erzielten Provisionseinnahmen in vollem Umfang zu ihren Gesamtprovisionseinnahmen zählt.
- (149) Das Bundeskartellamt hat die Buchungen präzise und zutreffend abgefragt<sup>207</sup> und insoweit den Vorgaben der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf<sup>208</sup> genügt. Dass Booking oder andere befragte Hotelportale insoweit falsche Angaben gemacht haben könnten, ist nicht erkennbar. Auch ist – anders als Booking meint – bei der Umsatzerhebung des Bun-

---

<sup>204</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde Rz. 9.

<sup>205</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der schwedischen Wettbewerbsbehörde vom 15. April 2015, (Blatt 3067 ff. d.A.), Rz. 11.

<sup>206</sup> Verpflichtungszusagenentscheidung der schwedischen Wettbewerbsbehörde Rz. 9 f.

<sup>207</sup> Vgl. hierzu Blatt 23 ff. der Akte „Fragebogen Wettbewerber 2014“.

<sup>208</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 140 ff.

deskartellamtes hinreichend zwischen Umsätzen im relevanten Markt und Umsätzen außerhalb dieses Marktes differenziert worden.<sup>209</sup>

- (150) Im Ergebnis ist die von dem Bundeskartellamt auf Grundlage der dargelegten sachlichen Marktabgrenzung ermittelte Datengrundlage entgegen dem Vortrag von Booking transparent, zutreffend und valide. Die Marktanteile von Booking sind nicht überbewertet und liegen deutlich über 50% mit seit Jahren steigender Tendenz<sup>210</sup>, was an anderer Stelle in diesem Beschluss<sup>211</sup> noch näher dargelegt wird.

### **c) Kein Widerspruch der sachlichen Marktabgrenzung im Verhältnis zur Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen**

- (151) Schließlich argumentiert das Bundeskartellamt auch nicht widersprüchlich, wenn es einerseits von einem engeren Angebotsmarkt für die online erbrachten Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale (Hotelportalmarkt) ausgeht, andererseits aber im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung der Unerlässlichkeit nach Art. 103 Abs. 3 AEUV (siehe unten) denkbare alternative Geschäftsmodelle erwähnt. Denn das Aufzeigen von Alternativen im Rahmen der Prüfung der Unerlässlichkeit ist nicht identisch mit der Prüfung der sachlichen Marktabgrenzung. Selbst wenn alternative Entgeltmodelle eingeführt würden, bliebe es grundsätzlich – möglicherweise in einem veränderten Umfang – bei der Nachfrage der Hotelunternehmen nach Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale und dem Angebot dieser Dienstleistungen gegenüber den Hotelunternehmen, diese würden nur anders entgolten; an der sachlichen Marktabgrenzung würde dies also grundsätzlich nichts ändern.

## **V. Räumlich relevanter Markt**

- (152) In räumlicher Hinsicht ist mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (hierzu unter 1.) entgegen den Ausführungen von Booking (hierzu unter 2.) von einem nationalen Markt für die Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale für Hotelunternehmen auszugehen.

---

<sup>209</sup> Vgl. hierzu insbesondere Abschnitt C des Fragebogens Wettbewerber (Akte „Fragebogen Wettbewerber“ Blatt 25 ff. d.A.; vgl. auch die ergänzenden Klarstellungen des Bundeskartellamtes vom 9. Dezember 2015 im Fall „HRS Bestpreisklauseln“, Kopie in der Booking-Verfahrensakte Blatt 4176, 4182 ff. d.A.

<sup>210</sup> Vgl. hierzu Blatt 1 f. der Akte „Fragebogen Wettbewerber 2014“.

<sup>211</sup> Siehe unten Rn. 243.

### **1. Feststellungen des OLG Düsseldorf**

- (153) Das OLG Düsseldorf<sup>212</sup> hat festgestellt, dass der sachlich relevante Hotelportalmarkt national abzugrenzen ist und sich mithin im vorliegenden Zusammenhang auf Deutschland beschränkt.

### **2. Vortrag von Booking**

- (154) Booking<sup>213</sup> trägt hingegen vor, der Hotelportalmarkt sei im Hinblick auf die europaweit einheitlichen Vertragsbedingungen, die Präsenz des Portals in allen wesentlichen EU-Mitgliedstaaten und ihre in erheblichem Maße aus anderen EU-Mitgliedstaaten kommende Endkundennachfrage für in Deutschland gelegene Hotels mindestens europaweit abzugrenzen.

### **3. Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (155) Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes im vorliegenden Fall haben die nationale Reichweite des hier sachlich relevanten Hotelportalmarktes bestätigt.
- (156) Hierfür sprechen die wirtschaftlichen Schwerpunkte der in Deutschland tätigen Hotelportale, ihre Gebietspräsenz, die inhaltliche Ausrichtung des Portalangebots, die Ausrichtung ihrer Werbung und die Marktentwicklung dieser Portale sowie die räumlichen Ausweichmöglichkeiten der Hotelunternehmen und der Hotelkunden und schließlich das tatsächliche Verhalten und die Verbrauchergewohnheiten.<sup>214</sup> So hat das Bundeskartellamt bereits festgestellt,<sup>215</sup> dass auch Booking in Deutschland zwecks Betreuung der Hotels und Kunden vor Ort in der jeweiligen Landessprache und mit Rücksicht auf regionale Besonderheiten mit mehreren Geschäftsstellen und mehreren hundert Mitarbeitern vertreten ist. Die von Booking angeführten einheitlichen Vertragsbedingungen und ihre grenzübergreifende Präsenz im Internet sind typische Merkmale für Internetportale, welche indes die für die Marktabgrenzung maßgebliche Nachfragersicht nicht determinieren können. Ebenso spricht der Umstand, dass die buchenden Endkunden auch aus dem Ausland kommen, nicht gegen einen deutschlandweiten Markt für die Vermittlungsleistung für in Deutschland gelegene Hotels.

---

<sup>212</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 78 f.

<sup>213</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 218 f.

<sup>214</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 78 f.

<sup>215</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 121 ff., 123, 130, 133.

- (157) Hinzu kommt, dass Hotelportale in den verschiedenen europäischen Staaten nach wie vor eine sehr unterschiedliche Marktbedeutung haben. So ist ihr jeweiliger Marktanteil weiterhin unterschiedlich hoch.<sup>216</sup> Booking beispielsweise hat mit über 70% die höchsten Marktanteile in Griechenland, Norwegen und Belgien, hingegen deutlich niedrigere Marktanteile von knapp über 40% etwa in Ungarn. Noch deutlicher fallen die Unterschiede bei HRS und Expedia aus; so liegen die Marktanteile von Expedia etwa in Italien bei 15% und in Finnland bei nur 2,5%. HRS hat Marktanteile in Deutschland von deutlich über 30% bis zu Marktanteilen von unter 3% etwa in Finnland und Griechenland.
- (158) Auch die französische, italienische und schwedische Wettbewerbsbehörde haben in ihren Verpflichtungszusagenentscheidungen den Hotelportalmarkt jeweils als nationalen Markt betrachtet und bestätigen damit die Bewertung durch das Bundeskartellamt. Aus Sicht der französischen Wettbewerbsbehörde ist hier vor allen Dingen die Betreuung der französischen Hotels vor Ort von Bedeutung sowie die Ausrichtung der insoweit befassten Hotelportale auf die zum großen Teil ausländischen Kunden der französischen Hotels.<sup>217</sup> Die italienische Wettbewerbsbehörde weist auf die landesspezifische inhaltliche Ausrichtung der Booking- und Expedia-Portale in Italien hin und darauf, dass die AGBs dieser Portale in Italien auf landesspezifische Standardprovisionen Bezug nehmen.<sup>218</sup> Die schwedische Wettbewerbsbehörde beschreibt schließlich diejenigen Hotelportale, die die Nachfrage der im schwedischen Hotelmarkt agierenden Hotelunternehmen nach einer online-Vermittlung ihrer Hotelzimmer in Schweden befriedigen.<sup>219</sup>

## **VI. Beschränkungen des Wettbewerbs gemäß § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV**

- (159) Die von Booking seit dem 1. Juli 2015 verwendeten – engen – Bestpreisklauseln stellen Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1

---

<sup>216</sup> Vgl. European Hotel Distribution Study 2014: The Rise of Online Intermediaries (<http://etourism-monitor.ch/node/129>), zuletzt veröffentlicht in Swiss Hotel Distribution Study: Are OTAs winning the customer race? von Februar 2015, Prof. Roland Schegg, Institute of Tourism, HES-SO Valais, Seite 17 ([https://www.hoteleriesuisse.ch/files/pdf8/2015\\_Swiss\\_Hotel\\_Distribution\\_Study.pdf](https://www.hoteleriesuisse.ch/files/pdf8/2015_Swiss_Hotel_Distribution_Study.pdf)).

<sup>217</sup> Vgl. Verpflichtungszusagenentscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde vom 21. April 2015, Rz. 101.

<sup>218</sup> Vgl. Verpflichtungszusagenentscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde vom 21. April 2015, Rz.12.

<sup>219</sup> Vgl. Verpflichtungszusagenentscheidung der schwedischen Wettbewerbsbehörde vom 15. April 2015, Rz. 8 und 12.

AEUV dar (hierzu unter 1.); die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist erfüllt (hierzu unter 2.). Die Bestpreisklauseln bewirken Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Hotelportalmarkt sowie auf dem Markt für Hotelzimmer (hierzu unter 3.). Diese Wettbewerbsbeschränkungen sind auch spürbar (hierzu unter 4.).

### **1. Enge Bestpreisklauseln als Vereinbarungen zwischen Unternehmen**

- (160) Bei den von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln handelt es sich um Vereinbarungen i. S. d. § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Um Vereinbarungen in diesem Sinne handelt es sich auch bei solchen Willensäußerungen, bei denen einem Unternehmen Spielräume zur einseitigen Gestaltung eines Vertragsverhältnisses – etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – zustehen, die für ein anderes Unternehmen bindend ist.<sup>220</sup> Unter den Begriff der Vereinbarung im Verbotstatbestand des § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen auch Klauseln, bei denen sich ein Unternehmen rechtlich verpflichtet, dem Vertragspartner in bestimmten Konstellationen – etwa in Relation zum Eigenvertrieb – die jeweils günstigsten von ihm eingeräumten Preise oder Konditionen zu gewähren. Liegt eine Vielzahl inhaltsgleicher Verträge vor, ist nicht jeder einzelne Vertrag, sondern das gesamte Vertragssystem zu betrachten (Bündeltheorie).<sup>221</sup>
- (161) Die von Booking innerhalb und außerhalb des von ihr betriebenen Preferred Partner Programms verwendeten engen Bestpreisklauseln stellen derartige Vereinbarungen dar, weil sie Booking in die Lage versetzen, von den Hotelunternehmen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen, das auf der Grundlage der von Booking verwendeten Vertragsbedingungen von den Vertragspartnern als bindend angesehen werden muss. Betroffen ist hier eine Vielzahl inhaltsgleicher Klauseln, die Booking mit ihren Hotelpartnern vereinbart hat. Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung sind daher alle Bestpreisvereinbarungen, die derzeit zwischen Booking und ihren Hotelpartnern bestehen.

### **2. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels**

- (162) Die Verwendung der fraglichen Bestpreisklauseln durch Booking erfüllt neben dem Verbotstatbestand des § 1 GWB auch denjenigen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, weil die in

---

<sup>220</sup> Siehe etwa BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 139 f. m.w.N.

<sup>221</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 140 m.w.N.

Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.<sup>222</sup>

- (163) Denn die Bestpreisklauseln von Booking berühren den Wettbewerb von Booking mit ihren im Inland und im europäischen Ausland tätigen Wettbewerbern. Die Anbieter auf dem Hotelportalmarkt sind in der Regel in mehreren europäischen Ländern tätig. Sie unterhalten Vertragsbeziehungen zu Hotels, die in aller Regel um in- und ausländische Hotelkunden konkurrieren, die Übernachtungsmöglichkeiten an einem bestimmten Ort suchen. Booking selbst, aber auch die zwei anderen großen Hotelportalanbieter in Deutschland (HRS und Expedia) haben auf dem Hotelportalmarkt einzeln und zusammen erhebliche Marktpositionen. Nicht zuletzt angesichts der Marktstellung von Booking hat die Bestpreisklausel von Booking eine erhebliche Auswirkung auf die Marktzutrittschancen von in- und ausländischen Anbietern.

### **3. Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen**

- (164) Die von Booking seit dem 1. Juli 2015 verwendeten – engen – Bestpreisklauseln bewirken Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV auf dem Hotelportalmarkt (hierzu unter a.) sowie auf dem Markt für Hotelzimmer (hierzu unter b.); diese wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklauseln werden durch die Verwendung von Bestpreisklauseln seitens anderer Hotelportale noch verstärkt (hierzu unter c.).

#### **a) Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Hotelportalmarkt**

- (165) Zwar hat sich durch die oben skizzierte Umstellung der Booking-AGB zum 1. Juli 2015 der Umfang der von den Hotels geforderten Paritäten auf enge Bestpreisklauseln reduziert,<sup>223</sup> für die Bereiche der online-Buchungen über andere Hotelportale sowie der offline-Buchungen (an der Hotelrezeption, via Telefon/E-Mail oder über ein Reisebüro etc.) wird keine Preis- und Konditionen-Parität mehr gefordert, so dass die Hotels seitdem über diese Vertriebskanäle günstigere Bedingungen anbieten dürfen. Allerdings bewirken die verbleibenden engen Bestpreisklauseln, die insbesondere die hoteleigenen Websites und ähnliche Vertriebskanäle für Hotelzimmer betreffen, unter Zugrundelegung der vom Oberlandesgericht Düsseldorf im HRS-Fall angelegten allgemeinen Maßstäbe (hierzu unter

---

<sup>222</sup> Vgl. bereits zum Verfahren gegen HRS OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 158 sowie BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 142 f.

<sup>223</sup> Siehe hierzu oben Rn. 106 ff.

aa.) entgegen den Ausführungen von Booking (hierzu unter bb.) nach Auffassung des Bundeskartellamtes Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Hotelportalmarkt (hierzu unter cc.).

#### **aa) Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

- (166) In seinem HRS-Beschluss hat das OLG Düsseldorf die von dem Bundeskartellamt im Rahmen des HRS-Verfahrens vorgenommene<sup>224</sup> Einstufung der dort verfahrensgegenständlichen – weiten – Bestpreisklauseln als „bewirkte“ Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Hotelportalmarkt nach § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV bestätigt.<sup>225</sup>
- (167) Im Einzelnen hat das Oberlandesgericht zu den seinerzeit von HRS verwendeten Bestpreisklauseln festgestellt, dass diese den Preis- bzw. Provisionswettbewerb zwischen den Hotelportalen um die Hotelunternehmen, die ihre Vermittlungsleistungen nachfragen, einschränken,<sup>226</sup> weil sie den Hotelportalen den wirtschaftlichen Anreiz nehmen, den Hotelunternehmen niedrigere Vermittlungsprovisionen anzubieten, um im Gegenzug die Möglichkeit zu erhalten, die Hotelzimmer über ihr Portal zu günstigeren Preisen und Konditionen anbieten zu können.<sup>227</sup> Zudem führen nach Auffassung des Oberlandesgerichts die dort behandelten weiten Bestpreisklauseln zu Marktabschottungseffekten, weil sie den Markteintritt neuer Hotelportale erschweren.<sup>228</sup> Schließlich konnte das Oberlandesgericht Düsseldorf nicht feststellen, dass von den nicht auf dem relevanten Markt tätigen Meta-suchmaschinen und Hotelvergleichsportalen ein solcher Substitutionswettbewerbsdruck auf die Hotelportale ausgeht, dass die negativen Wirkungen der – weiten – Bestpreisklauseln auf den Provisionswettbewerb zwischen den Hotelportalen hierdurch entfallen würden.<sup>229</sup>
- (168) Dezierte Feststellungen zu engen Bestpreisklauseln, wie sie seit Juli 2015 von Booking verwendet werden, konnte das Oberlandesgericht Düsseldorf angesichts des seinerzeitigen Verfahrensgegenstandes im HRS-Fall naturgemäß nicht treffen. Allerdings hat das Oberlandesgericht<sup>230</sup> in seiner Entscheidung allgemein auf den in derartigen Konstellatio-

---

<sup>224</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 137 ff., 155 ff.

<sup>225</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 80 ff.

<sup>226</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 94 ff.

<sup>227</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 99 ff.

<sup>228</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 109 ff.

<sup>229</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 121 ff.

<sup>230</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 86 m.w.N.



nen anzuwendenden Prüfmaßstab hingewiesen. Demnach kommt es für die Frage der Wettbewerbsbeschränkung auf die im Einzelfall zu erwartenden (gegenwärtigen oder potentiellen) wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen an, wenn sich ein wettbewerbsbeschränkender Zweck der Vereinbarung nicht ermitteln lässt. Das fragliche Verhalten muss den Wettbewerb in einem solchen Ausmaß beeinträchtigen können, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und 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. Hierbei spielen die Marktstellung der Beteiligten und der Wettbewerber sowie die existierenden Marktzutrittsschranken und die Marktentwicklung eine Rolle, unter anderem etwa, ob es zu Marktabschottungseffekten kommt oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit kommen wird.

#### **bb)Vortrag von Booking**

- (169) Nach Auffassung von Booking beschränkt die nunmehr geltende enge Fassung der Bestpreisklauseln den Wettbewerb zwischen den Hotelportalen nicht (mehr). Da die Preis- und Konditionenparität nunmehr nur noch für die hoteleigenen Websites gelte, könne der Wettbewerb zwischen den Hotelportalen hierdurch schon dem Grunde nach nicht eingeschränkt werden.<sup>231</sup> Denn Hotelportale und Hotelunternehmen wären auf unterschiedlichen Märkten aktiv und stünden nicht miteinander im Wettbewerb.<sup>232</sup>
- (170) Weiter führt Booking an, dass die engen Bestpreisklauseln es den Hotelunternehmen – im Gegensatz zur vorherigen, weiten Fassung der Bestpreisklauseln – gerade ermöglichten, ihre Zimmerpreise und Buchungskonditionen zwischen den Buchungsportalen zu differenzieren. So ergebe sich aus einer im Auftrag von Booking durchgeführten ökonomischen Modellierung<sup>233</sup>, dass „in einer Welt mit engen Paritätsklauseln Hotelunternehmen

---

<sup>231</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.2 ff.

<sup>232</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 114.

<sup>233</sup> RBB Economics Gutachten „Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiter Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland“ vom 18. Mai 2015 (Blatt 3158 ff. d.A.).

*einen erheblichen Anreiz hätten, ihre Zimmerpreise auf denjenigen Hotelportalen zu senken, die im Gegenzug dazu bereit sind, ihre Provisionen zu reduzieren“.*<sup>234</sup>

- (171) Die vom Bundeskartellamt zwischenzeitlich vorgebrachte Kritik<sup>235</sup> an dieser Modellierung überzeuge nicht; im Einzelnen komme man unter anderem zu folgenden Ergebnissen:
- Die Modellierung – so Booking – gehe davon aus, dass das relevante kontrafaktische Szenario ein solches ganz ohne Paritätsklauseln und nicht etwa eines mit weiten Bestpreisklauseln sei.<sup>236</sup>
  - Die statische Art der Modellierung entkräfte nicht die gefundenen Ergebnisse.<sup>237</sup> Sie berücksichtige zwar möglicherweise nicht alle Faktoren, die für eine Vorhersage wettbewerblicher Marktergebnisse relevant seien, sei aber gleichwohl dazu geeignet, Aussagen zu den Anreizen von Hotels zur Preissetzung im Online-Direktvertrieb und auf den Hotelportalen zu treffen.<sup>238</sup>
  - In einer Situation ganz ohne Bestpreisklauseln sei es für ein Hotelunternehmen profitabel, den Zimmerpreis auf jedem einzelnen Hotelportal<sup>239</sup> bzw. auf allen drei großen Portalen gleichzeitig<sup>240</sup> zu erhöhen, während es den Zimmerpreis auf der eigenen Website unverändert lasse. Am vorteilhaftesten sei dabei eine Erhöhung in der Weise, dass effektiv keine Buchung mehr über das jeweilige Hotelportal bzw. über die drei großen Hotelportale zusammen, sondern nur noch über die hoteleigene Website erfolge.
- (172) Die Schlussfolgerungen aus dieser ökonomischen Modellierung stellten – so Booking – auch keine rein theoretischen Überlegungen dar. Denn aus einer weiteren, im Auftrag von

---

<sup>234</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.9 mit Verweis auf das RBB-Gutachten vom 18. Mai 2015; vgl. auch Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 104.

<sup>235</sup> Siehe Vermerk des Referats Ökonomische Grundsatzfragen des Bundeskartellamtes vom 6. Juli 2015, S. 1 ff. (Blatt 3936 ff. d.A.).

<sup>236</sup> Vgl. Stellungnahme von RBB Economics vom 30.11.2015, Anlage QE 70 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 6 ff.

<sup>237</sup> Vgl. Stellungnahme von RBB Economics vom 30.11.2015, Anlage QE 70 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 4 ff.

<sup>238</sup> Vgl. Stellungnahme von RBB Economics vom 30.11.2015, Anlage QE 70 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 2 f., 4 f.

<sup>239</sup> Vgl. Stellungnahme von RBB Economics vom 30.11.2015, Anlage QE 70 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 11.

<sup>240</sup> Vgl. Stellungnahme von RBB Economics vom 30.11.2015, Anlage QE 70 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 12.

Booking durchgeführten empirischen Untersuchung lasse sich der Schluss ziehen, dass der Großteil der Hotelunternehmen in Deutschland neuerdings auch in der Praxis auf verschiedenen Hotelportalen unterschiedliche Preise ansetze.<sup>241</sup> Hierzu habe man Daten über die Preisdifferenzierung bei von Metasuchmaschinen (TripAdvisor und Kayak) erfassten Buchungsplattformen ausgewertet. Die erhobenen Daten über die Nichteinhaltung der Parität anhand einer Stichprobe von 4.000 deutschen Hotels zeigten auf,

- dass [70-90]% der Hotels in einem Zeitraum von acht Wochen mindestens einmal einen Zimmerpreis auf einem anderen Hotelportal angegeben hätten, der 5% unter demjenigen von Booking gelegen habe, und
- dass [15-35]% der Hotels in diesem Zeitraum mindestens während der Hälfte der Zeit Zimmerpreise auf anderen Buchungsplattformen angegeben hätten, die 5% unter denen von Booking gelegen hätten.<sup>242</sup>

(173) Im Rahmen einer weiteren Stichprobe – so Booking – habe man zudem festgestellt, dass Hotelunternehmen in der Praxis auf den hoteleigenen Internetseiten teilweise sogar höhere Preise festsetzen als auf Hotelportalen.<sup>243</sup> Man verfüge insoweit zwar über keine quantitativen Daten, die Stichprobe erstreckte sich aber immerhin auf 27 Einzelfälle. Eine Analyse der bestehenden Anreize demonstrierte, dass es häufig im wirtschaftlichen Interesse eines Hotelunternehmens liege und daher auch wirtschaftlich vernünftig sei, auf der eigenen Hotelwebsite teurer zu sein als auf den Hotelportalen, insbesondere dann, wenn diese im Gegenzug ihre Provisionen reduzierten.<sup>244</sup>

(174) In diesem Zusammenhang führt Booking weiter aus:

- Der Anteil der Buchungen über die hoteleigene Website sei gerade bei kleineren Hotels ohnehin schon so gering, dass insoweit zwar eine Kannibalisierung eintrete, wenn die Zimmerpreise auf der hoteleigenen Website teurer seien als auf den Hotelportalen, dieser Kannibalisierungseffekt sei aber zu vernachlässigen, weil der Anteil der online-Direktbuchungen im gesamten Vertriebsmix der Hotels mit ca.

---

<sup>241</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.17 ff.; die Datenbasis und die Vorgehensweise dieser Stichprobe wurden auf Nachfrage des Bundeskartellamtes näher erläutert mit E-Mail von Booking vom 17.12.2015 (Blatt 5409 ff. d.A.).

<sup>242</sup> Vgl. Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.17 ff. sowie Anlage QE 66 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 1 ff.

<sup>243</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.26 ff.

<sup>244</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.29 ff. mit Verweis auf das RBB-Gutachten vom 18. Mai 2015, S. 5.

8% insbesondere gegenüber dem offline-Vertrieb (annähernd ca. 70%) sehr gering sei.<sup>245</sup>

- Zwar sei der Anteil der online-Direktbuchungen bei großen Hotels oder Hotelketten größer, „*wahrscheinlich*“ würden viele dieser Buchungen aber von Stammkunden vorgenommen, die eh nicht bei einem Hotelportal buchen würden, selbst wenn der Zimmerpreis dort günstiger sei.<sup>246</sup> In dieser Hinsicht trete dann auch keine Kannibalisierung ein.
- Die durch enge Bestpreisklauseln verbleibenden Wettbewerbsbeschränkungen würden jedenfalls durch die nunmehr im offline-Vertrieb bestehende Möglichkeit zur Preis- und Konditionendifferenzierung kompensiert; sollte etwa ein Hotelportal seine Provisionen senken, könnte ein Hotelunternehmen darauf auch mit einem günstigeren Zimmerpreis im eigenen offline-Vertrieb reagieren.<sup>247</sup> Den Hotelunternehmen stehe es zudem frei, sich vor einer Kannibalisierung im online-Bereich durch die Einführung geschlossener Nutzergruppen – verbunden mit günstigen Preisen und Rabatten – zu schützen.<sup>248</sup>
- Direktbuchungen auf der hoteleigenen Website seien zudem oftmals teurer bzw. nur geringfügig günstiger als Buchungen über Hotelportale.<sup>249</sup>
- Schließlich könnten die Vorteile des Angebots von günstigeren Zimmerpreisen auf einem Hotelportal im Gegenzug zu niedrigeren Provisionen erheblich sein.<sup>250</sup>

(175) Weiter führt Booking an, dass das Risiko einer Marktverschließung durch die engen Bestpreisklauseln gegenüber neuen Anbietern nun nicht (mehr) bestehe, weil diese mit Hotelunternehmen im Gegenzug zu niedrigeren Zimmerpreisen auch niedrigere Provisi-

---

<sup>245</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.40 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 122.

<sup>246</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.45 ff.

<sup>247</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 106; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.51 ff.

<sup>248</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.51 ff.

<sup>249</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.55 ff.

<sup>250</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.63 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 94 ff., 105.

onssätze verhandeln und damit Hotelkunden zur Buchung über ihr Portalangebot veranlassen könnten.<sup>251</sup>

- (176) Im Übrigen könnten die diesem Befund widersprechenden Ergebnisse der Hotelbefragung durch das Bundeskartellamt am 10. Juni 2015 nicht als Grundlage für eine abweichende Einschätzung des Bundeskartellamtes herangezogen werden. Die Interviews des Bundeskartellamtes seien im Hinblick auf die Zahl der befragten Unterkünfte, die Art der Unterkünfte und ihrer Klassifizierung nicht annähernd repräsentativ ausgewählt, die Fragen ließen die Voreingenommenheit der Interviewer gegen Booking erkennen und die Ergebnisse der Umfrage seien Folge der Stimmungsmache des Hotelverbandes und der negativen Grundstimmung während des Hotelkongresses.<sup>252</sup>
- (177) Schließlich – so Booking – sei zu betonen, dass weder die von ihr verwendeten Klauseln zur Mindestverfügbarkeit<sup>253</sup> noch diejenigen zur sog. „Bestpreisgarantie“ gegenüber den Kunden<sup>254</sup> die (angebliche) Wettbewerbsbeschränkung verstärkten.

### **cc) Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (178) Angesichts des – richtigerweise – anzulegenden Prüfungsmaßstabes für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung, hierzu unter (1), hat das Bundeskartellamt den vorliegenden Sachverhalt mit hinreichender Breite und Tiefe ermittelt und ist dabei zu verwertbaren Ermittlungsergebnisse gekommen, hierzu unter (2); demnach haben die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln in mehrfacher Hinsicht wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den deutschen Hotelportalmarkt, hierzu unter (3).

### **(1) Prüfungsmaßstab für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung**

- (179) Anders als Booking zunächst vorgetragen hat,<sup>255</sup> sind die verfahrensgegenständlichen engen Bestpreisklauseln im Hinblick auf ihre wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht allein mit den bis Juli 2015 geltenden weiten Bestpreisklauseln – also dem status

---

<sup>251</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 101; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.72 ff.

<sup>252</sup> Schriftsatz Booking vom 24.07.2015, Rz. 10 ff.

<sup>253</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.88 ff.

<sup>254</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.91 ff.

<sup>255</sup> Vgl. RBB-Gutachten "Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiter Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland" vom 18.05.2015; hierzu Vermerk des Bundeskartellamtes (Referat G3) vom 06.07.2015` (Blatt 3936 ff. d.A.).

quo ante – zu vergleichen. Wäre dies der Fall, so würde jede schlichte Reduzierung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens seitens des Normadressaten ausreichen, um die Wettbewerbsbeschränkung entfallen zu lassen, und würde damit zur Unmöglichkeit seiner kartellbehördlichen Untersagung führen. Richtiger Maßstab für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung ist vielmehr allein die Wettbewerbssituation, wie sie ohne eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bestehen würde.<sup>256</sup> Dem scheint Booking inzwischen zu folgen; zuletzt hat sie ausgeführt, dass das relevante kontrafaktische Szenario ein solches ganz ohne Bestpreisklauseln und nicht etwa eines mit weiten Bestpreisklauseln sei.<sup>257</sup>

- (180) Auch sind die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklausel nicht im Sinne einer Kompensation mit etwaigen Vorteilen für die Hotelunternehmen im Vergleich zum status quo ante – in dem noch die weiten Bestpreisklauseln galten – zu bilanzieren. Für eine derartige Bilanzierung von wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer von § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV dem Grunde nach erfassten Vereinbarung oder Klausel ist im Rahmen der Prüfung des Verbotstatbestandes des § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV kein Raum. Hingegen können wettbewerbsfördernde Aspekte – wo sachlich zutreffend – bei der Würdigung des Vortrags zu den Freistellungs Voraussetzungen eine Rolle spielen.
- (181) Im Hinblick auf die Frage einer „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkung im Verbotstatbestand kommt es – wie bereits skizziert<sup>258</sup> – auf die im Einzelfall zu erwartenden (gegenwärtigen oder potentiellen) wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des fraglichen Verhaltens an. Um die erforderliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs feststellen zu können, sind die Auswirkungen der Vereinbarung auf die bestehenden wirtschaftlichen, rechtlichen und tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse umfassend zu untersuchen, ohne dass es dabei eine Rolle spielen würde, dass – wie hier mit den früheren weiten Bestpreisklauseln – zuvor möglicherweise noch schwerer wiegende Wettbewerbsbeschränkungen bestanden haben.

---

<sup>256</sup> Vgl. etwa Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU, 5. Auflage, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rz. 145 m.w.N.

<sup>257</sup> Vgl. Stellungnahme von RBB Economics vom 30.11.2015, Anlage QE 70 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, S. 6 ff.

<sup>258</sup> Siehe oben Rn. 166 sowie OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 86 m.w.N.

- (182) Es mag daher zutreffen, dass die seit Juli 2015 geltenden engen Bestpreisklauseln weniger wettbewerbsbeschränkend sind als die bis dahin geltenden weiten Bestpreisklauseln, insbesondere weil die neuen Bestpreisklauseln nach ihrem Wortlaut im eigenen offline-Vertrieb der Hotelunternehmen deren Preissetzungsfreiheit nicht mehr beschränken. Entscheidend für die Erfüllung des Verbotstatbestandes ist indes allein die Frage, ob die verbleibenden Beschränkungen, insbesondere die Beibehaltung der Preisparität für die hoteleigenen Websites und für andere direkte online-Maßnahmen der Hotelunternehmen im Verhältnis zu Booking – unter Berücksichtigung der Aufhebung der Preisparität mit Blick auf andere Hotelportale – in Verbindung mit der neu eingeführten Mindestverfügbarkeit von Zimmern, die die bisherige Verfügbarkeitsparität abgelöst hat, im Vergleich zu einer Situation ganz ohne derartige Klauseln eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstellen oder nicht.

## **(2) Reichweite der Ermittlungen und Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse**

- (183) Anders als Booking meint, hat das Bundeskartellamt den vorliegenden Sachverhalt im Hinblick auf den skizzierten Maßstab zur Prüfung des Vorwurfs eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mit hinreichender Breite und Tiefe ermittelt; die diesbezüglichen Ermittlungsergebnisse sind ohne Weiteres verwertbar; die hiergegen gerichteten Einwände von Booking – insbesondere betreffend die Hotelbefragung durch das Bundeskartellamt vom 10. Juni 2015 – gehen fehl.
- (184) Zum Einen legt das Bundeskartellamt seiner Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung auf dem Hotelportalmarkt die Ermittlungsergebnisse aus dem HRS-Verfahren<sup>259</sup> zugrunde, soweit diese auf die vorliegende Fallkonstellation übertragbar sind. Insoweit handelt es sich um behördenkundige Tatsachen, die in ihrem wesentlichen Kern veröffentlicht und damit allgemein bekannt gemacht worden sind. Anders als Booking suggeriert, müssen derartige behördenkundige Tatsachen im Rahmen eines parallelen oder sich anschließenden Kartellverwaltungsverfahrens nicht erneut ermittelt werden.<sup>260</sup> So hatte das Bundeskartellamt unter anderem bereits umfassende – und nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf<sup>261</sup> in Bezug auf das HRS-Verfahren hinlängliche – Ermittlungen zur Marktstruktur angestellt und die Ergebnisse dieser Ermittlungen entsprechend analysiert; so haben sich nicht nur diverse Unternehmen der Reise- und Touris-

---

<sup>259</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 53 ff.

<sup>260</sup> Vgl. zum Ganzen Schneider in Langen/Bunte, a.a.O., § 57 GWB, Rz. 3 f. m.w.N.

<sup>261</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 93.

musbranche schriftsätzlich geäußert und auf diese Weise zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen, sondern es wurde etwa im Jahr 2011 eine Befragung von großen, mittleren und kleinen Hotelunternehmen sowie von Unternehmen durchgeführt, die über das Internet maßgeblich Hotelzimmer in Deutschland vermitteln; im Juni 2012 folgte eine weitere Befragung zu Marktdaten von Hotel- und Reiseportalen; darüber hinaus hatte das Bundeskartellamt schon damals die aus der jährlich erscheinenden Branchenstudie „Hotelmarkt Deutschland“ folgenden Erkenntnisse berücksichtigt.<sup>262</sup>

- (185) Zum Anderen hat das Bundeskartellamt im Rahmen des hier vorliegenden Verfahrens die aus den Branchenstudien „Hotelmarkt Deutschland 2014“ sowie „Hotelmarkt Deutschland 2015“ folgenden Erkenntnisse berücksichtigt. Booking selbst und auch die anderen Verfahrensbeteiligten haben sich zudem in zahlreichen Schriftsätzen unter anderem zu Sachverhaltsfragen geäußert; diese Äußerungen hat das Bundeskartellamt zur Kenntnis genommen und berücksichtigt. Booking hatte zudem Gelegenheit, sich zu den Stellungnahmen und Einschätzungen der anderen Verfahrensbeteiligten zu äußern. Die von Booking in diesem Rahmen eingereichten Studien und Gutachten<sup>263</sup> beschäftigen sich ebenfalls mit Fragen der Wettbewerbsbeschränkung und mit den ihnen zugrundeliegenden Aspekten des relevanten Sachverhalts.
- (186) Ergänzend stützt sich das Bundeskartellamt im Hinblick auf die Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklauseln auf die Ergebnisse der Hotelbefragung vom 10. Juni 2015. Es wurde bereits darauf hingewiesen<sup>264</sup>, dass dem Bundeskartellamt im Hinblick auf Art und Umfang der vorzunehmenden Ermittlungen nach § 57 GWB i.V.m. § 24 Abs. 1 VwVfG ein Aufklärungsermessen zusteht,<sup>265</sup> in dessen Rahmen sie gemäß § 57 GWB i.V.m. § 24 Abs. 2 VwVfG alle aus ihrer Sicht für die Beurteilung bedeutsamen, und somit auch die für die Beteiligten günstigen Umstände berücksichtigen muss. Eine gesonderte Befassung mit den beabsichtigten Änderungen der Booking-AGB ab dem 1. Juli 2015 war aus Sicht des Bundeskartellamtes erforderlich, um ihre wettbewerbslichen Auswirkungen aus Sicht der betroffenen Marktgegenseite genauer erfassen zu können. Das Bundeskartellamt hat die von Booking angegriffene Hotelbefragung daher breit und ergebnisoffen angelegt. Bedeutsam war insoweit unter anderem,

---

<sup>262</sup> Vgl. zum Ganzen BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 53 ff.

<sup>263</sup> Vgl. oben Rz. 56 ff.

<sup>264</sup> Vgl. oben Rz. 118 ff.

<sup>265</sup> Siehe Schneider in Langen/Bunte, a.a.O., § 57 GWB, Rz. 13 m.w.N.



nicht nur die Auffassung des beigeladenen Hotelverbandes zur Frage der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der neu gefassten Bestpreisklauseln zu hören, sondern auch die Auffassung betroffener Hotelunternehmen selbst. Den Anspruch der Repräsentativität dieser Befragung hat das Bundeskartellamt dabei nicht erhoben; die Repräsentativität einer Befragung im statistischen Sinne ist auch nicht Voraussetzung für die Verwertbarkeit der aus einer Befragung gewonnenen Erkenntnisse im Kartellverwaltungsverfahren. Vielmehr gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung<sup>266</sup>, nach dem im Einzelfall auch subjektive Einschätzungen oder Wahrnehmungen befragter Marktteilnehmer einen relevanten Baustein der amtlichen Tatsachenfeststellungen darstellen können, wenn sie einen entsprechenden wettbewerblichen Bezug aufweisen.

- (187) Im Übrigen hat das Bundeskartellamt – anders als Booking unterstellt – bei der Gestaltung und Durchführung der Befragung sowie auch im Rahmen der Auswertung den Umstand berücksichtigt, dass die befragten Hotelunternehmen Verbandsmitglieder der Beigeladenen zu 3.) sind und eigene unternehmerische Interessen vertreten. Hierdurch werden die Ergebnisse dieser Befragung im Hinblick auf die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der aktuellen engen Bestpreisklauseln indes nicht unbrauchbar, wie Booking meint, sondern sie sind lediglich mit der gebotenen Zurückhaltung zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen.

### **(3) Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Einzelnen**

- (188) Die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln haben wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV auf den Hotelportalmarkt.
- (189) Zwar darf ein Hotelunternehmen nunmehr nach Maßgabe der engen Bestpreisklauseln auf einem anderen Hotelportal niedrigere (End-)Preise einstellen als auf dem Portal von Booking; dies könnte aus Sicht eines Hotelunternehmens unter Umständen profitabel sein, wenn das andere Hotelportal ihm beispielsweise niedrigere Provisionen als Booking in Rechnung stellen würde und diese Strategie im Einzelfall oder bei dauerhafter Anwendung nicht zu einem Gewinnrückgang des Hotels führen würde. Zugleich verbieten es die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln dem Hotelunternehmen jedoch nach wie vor,<sup>267</sup> einen – im Vergleich mit dem bei Booking gesetzten – niedrigeren Hotelzim-

---

<sup>266</sup> Vgl. Schneider in Langen/Bunte, a.a.O., § 57 GWB, Rz. 14 ff.

<sup>267</sup> Vgl. Ziffer 2.2.1 der Booking-AGB.

merpreis auf seiner eigenen Website oder im Rahmen anderer Formen der online-Vermarktung einzustellen.

- (190) Im praktischen Ergebnis – auf das es für die Würdigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines Verhaltens ankommt – hat dies zunächst zwei Konsequenzen: Erstens kann ein Hotelunternehmen den Preis für die von ihm erbrachte Leistung weiterhin nicht frei nach selbst gewählten Kriterien setzen. Dies stellt einen Eingriff in die Preissetzungshoheit der Hotelunternehmen dar, der sich zugleich auch als Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Hotelzimmer auswirkt; solange die Hotelunternehmen den Preis auf ihrer eigenen Website nicht frei setzen können, werden die Preissetzungsspielräume der Hotelportale nicht vom Direktvertrieb kontrolliert. Zweitens müsste ein Hotelunternehmen es für den Fall, dass es auf einem anderen Hotelportal einen günstigeren Preis setzen wollte als bei Booking, hinnehmen, dass es im online-Vertrieb außerhalb der Hotelportale – etwa über die hoteleigene Website – aufgrund der insoweit nach wie vor eingreifenden Paritätsforderung von Booking teurer sein müsste als auf diesem anderen, günstigeren Hotelportal.
- (191) Vor diesem Hintergrund laufen die formal zugunsten der Hotelunternehmen gewährten „Freiheiten“ der seit Juli 2015 geltenden engen Bestpreisklauseln zur Preisdifferenzierung bei verschiedenen Hotelportalen in der Praxis weitgehend leer. Im Gegenteil werden die Anreize der Hotelunternehmen zur Preisdifferenzierung beim Vertrieb über verschiedene Hotelportale durch die engen Bestpreisklauseln weiterhin beschränkt, hierzu unter (a). Mangels Anreiz zur Preisdifferenzierung beim Vertrieb über verschiedene Hotelportale reduzieren die engen Bestpreisklauseln damit auch die Anreize für die Portalanbieter, den bei ihnen gelisteten Hotelunternehmen im Wettbewerb miteinander bessere Preise und Konditionen anzubieten, hierzu unter (b). Verstärkt werden die hiermit verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Effekte durch die von Booking verwendeten Klauseln zur Mindestverfügbarkeit und zur Bestpreisgarantie, hierzu unter (c). Schließlich entfalten die engen Bestpreisklauseln gegenüber potentiellen Newcomern marktabschottende Effekte, hierzu unter (d).

**(a) Beschränkung der Anreize für die Hotelunternehmen zur Preisdifferenzierung bei verschiedenen Hotelportalen**

- (192) Die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln beschränken den Wettbewerb zwischen den Hotelportalen zunächst deshalb, weil sie – verglichen mit einer Situation ohne Bestpreisklauseln – in ihren praktischen Auswirkungen die Anreize für die Hotelun-

ternehmen zu einer Preisdifferenzierung beim Vertrieb ihrer Zimmer über verschiedene Hotelportale erheblich reduzieren.

- (193) Zwar bestehen derartige Preisdifferenzierungsspielräume zugunsten der Hotelunternehmen seit Einführung der engen Bestpreisklauseln rein formal. Wollte ein Hotelunternehmen diesen Spielraum indes in der Praxis nutzen und auf einem anderen Hotelportal einen günstigeren Preis setzen als bei Booking, so dürfte es im eigenen online-Vertrieb – also insbesondere über die hoteleigene Website, aber auch über sonstige online-Vertriebskanäle – gemäß den engen Bestpreisklauseln nicht günstiger sein als bei Booking. Damit wäre der Zimmerpreis auf den hoteleigenen online-Vertriebskanälen mindestens so teuer wie bei Booking und damit zwingend teurer als auf dem Hotelportal, auf dem der günstigere Preis gesetzt werden würde.
- (194) Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass die Hotelunternehmen in der Praxis von der Möglichkeit eines differenzierenden Preissetzungsverhaltens jedenfalls weniger Gebrauch machen werden, als es ohne enge Bestpreisklauseln der Fall wäre. Denn den meisten Hotelunternehmen dürfte bewusst sein, dass der Vertrieb über die hoteleigene Website aus Sicht der Hotelkunden wegen der – im Vergleich mit dem günstigeren Hotelportal – höheren Zimmerpreise in dieser Konstellation höchst unattraktiv würde. Dabei nimmt die Zahl der Hotels, die versuchen, den eigenen online-Vertrieb zu stärken, zu.<sup>268</sup> Wie die Hotelbefragung vom 10. Juni 2015 gezeigt hat, gibt es bereits einzelne Hotelunternehmen, die den überwiegenden Teil ihrer Buchungen über die eigene Website erzielen.<sup>269</sup> Gerade preissensible Hotelkunden werden ihr Zimmer jedoch im Zweifel immer über das für sie preisgünstigere Portal, nicht aber über eine im Vergleich teurere hoteleigene Website buchen; denn wie das Oberlandesgericht Düsseldorf festgestellt hat, wird der Kunde, der sich für ein bestimmtes Hotel, eine bestimmte Zimmerkategorie und eine Reisezeit entschieden hat, dieses im Allgemeinen dort buchen, wo ihm der niedrigste Zimmerpreis

---

<sup>268</sup> Laut den Ergebnissen einer Online-Umfrage, die der Hotelverband Deutschland gemeinsam mit seinen europäischen Partnernverbänden im Jahr 2014 durchgeführt hat und bei der in Deutschland 1.193 Einzel- und Kettenhotels befragt wurden, besaßen zum Jahresende 2013 95% der teilnehmenden Hotels in Deutschland eine eigene Website und 54% % der Hotels eine Echtzeitbuchungsmöglichkeit auf ihrer Website; Echtzeitbuchungsmöglichkeiten hatten in dem betrachteten Zeitraum 2011 bis 2013 gegenüber Buchungen über Reservierungsformulare deutlich zugenommen (s. Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland 2015“, S. 240 und 273).

<sup>269</sup> Sowohl die Vertreter der DEHOGA NRW und DEHOGA Sachsen schätzten, dass die von ihnen vertretenen Hotels jeweils etwa die Hälfte ihrer online-Buchungen über ihre jeweiligen hoteleigenen Websites erhalten; Themenhotels (etwa mit besonderem Design oder auf eine besondere, enge Zielgruppe ausgerichtet), gaben an, dass sie auf ihren jeweiligen hoteleigenen Websites sogar bis zu 60% ihrer online-Buchungen erhalten., vgl. Blatt 19 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

bzw. die günstigsten Preis-, Buchungs- und Stornierungskonditionen geboten werden.<sup>270</sup> Somit wäre zu erwarten, dass der online-Buchungsverkehr, der ansonsten über die hoteleigenen Websites läuft, bei einem differenzierenden Preissetzungsverhalten in einem relevanten Umfang auf dem dann günstigeren Hotelportal stattfinden würde.

- (195) Eine Schwächung des hoteleigenen online-Vertriebs würde indes den wirtschaftlichen Interessen des Hotelunternehmens grundsätzlich zuwiderlaufen mit der Folge, dass dieses den erwähnten Preisdifferenzierungsspielraum weniger nutzen würde als ohne die Existenz enger Bestpreisklauseln. Ein Hotelunternehmen hat vielmehr regelmäßig ein Interesse daran, den hoteleigenen online-Vertrieb im Rahmen des bestehenden Vertriebsmix zu erhalten oder sogar zu stärken; dies ergibt sich aus einer Vielzahl an Gründen. So stellt sich der Vertrieb über die hoteleigenen Websites und ähnliche online-Vertriebskanäle angesichts der damit verbundenen Kostenstruktur aus Sicht der Hotels als wesentlich günstiger – es fallen jedenfalls keine Provisionen an – und im Übrigen auch als leicht beherrschbar dar; es können etwa Änderungen bei den Zimmerpreisen und Konditionen auf der hoteleigenen Website als Reaktion auf eine etwaige besonders starke oder auch schwache Nachfrage besonders schnell und effizient in Eigenregie umgesetzt werden.<sup>271</sup> Die Bedeutung der hoteleigenen online-Vertriebskanäle hat – gemessen an den Buchungszahlen – in den letzten Jahren zwar zugenommen, bewegt sich jedoch angesichts der weiterhin geltenden Bestpreisklauseln und der damit einhergehenden mangelnden Möglichkeit zur Preisdifferenzierung unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung immer noch auf einem niedrigen Niveau. Das Verhältnis von Übernachtungen, die über hoteleigene Websites gebucht werden, zu Übernachtungen, die über Hotelplattformen gebucht werden, liegt derzeit im Schnitt bei 30 zu 70,<sup>272</sup> wobei sich im Wesentlichen drei Anbieter den Anteil, der über Hotelportale vermittelt wird, teilen. Mithin hat der hoteleigene online-Vertrieb bei einer Durchschnittsbetrachtung im Vertriebsmix eines Hotels eine ebenso hohe Bedeutung wie der Vertrieb über eines der drei großen Hotelportale. Die hoteleigenen online-Vertriebskanäle stellen somit ein zunehmend bedeutsames Standbein im Vertriebsmix der Hotelunternehmen dar. Ein Hotelunternehmen, das dieses

---

<sup>270</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 104.

<sup>271</sup> Vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 133.

<sup>272</sup> Vgl. Branchenbericht „Hotelmarkt Deutschland 2015“, S. 241: Der Anteil der Übernachtungsbuchungen über hoteleigene Echtzeitbuchungswebsites ist von 5,9% im Jahr 2011 auf 8,1 % im Jahr 2013 gestiegen. Betrachtet man allein die Onlinebuchungen, stehen sich hoteleigene Websites (8,1%) und Hotelportale (20,9%) in einem Verhältnis von etwa 30 zu 70 gegenüber.

Standbein nutzt, wird dieses nicht aufgeben, nur um damit Preisdifferenzierungsspielräume allein auf Hotelportalen zu nutzen.

- (196) Dieser Befund wird im Übrigen durch die vorliegenden Ermittlungsergebnisse gestützt. Aus der Hotelbefragung am 10. Juni 2015 hat sich auch ergeben, dass die Hotelunternehmen sich darauf konzentrieren, die Vertriebsvolumina über die hoteleigenen online-Kanäle möglichst weiter auszubauen.<sup>273</sup> In diesem Zusammenhang spielt neben den oben erwähnten Gesichtspunkten auch eine Rolle, dass den Hotelunternehmen über eigene (online-)Vertriebskanäle die Pflege ihrer Kundenbeziehungen erleichtert wird; zudem sind einige der von bestimmten Hotelunternehmen bevorzugten Vermarktungsformate, wie etwa Zimmergrundpreise mit individuellen Zusatzleistungen oder Paketangebote, nicht portalkompatibel. Viele der befragten Hotelunternehmen wollen ihren Internetvertrieb nach ihrer eigenen Vertriebsstrategie und ausgerichtet an den Bedürfnissen des spezifischen Hotels und seiner hauptsächlichsten Kunden (Geschäftskunden, Urlaubsreisende, Themenhotels, Wellness-Orientierung usw.) weiterentwickeln.
- (197) Die zunehmende strategische Bedeutung der hoteleigenen online-Vertriebskanäle geht auch deutlich aus den Einlassungen des beigeladenen Hotelverbandes hervor.<sup>274</sup> Die Erhaltung bzw. Stärkung dieser Vertriebskanäle entspricht angesichts der relativ hohen Provisionen, die Hotelportale wie Booking in Rechnung stellen, aus Sicht der Hotelunternehmen auch der kaufmännischen Vernunft. Somit erscheint es als plausibel, dass viele deutsche Hotelunternehmen nunmehr mit Nachdruck versuchen, sich im online-Vertrieb nicht mehr allein oder weitgehend auf die Hotelportale zu stützen, sondern ihre eigenen online-Vertriebskanäle zu stärken, auch wenn sie den Hotelportalen angesichts der derzeitigen Marktgegebenheiten eine unverzichtbare Rolle im Vertriebsmix zubilligen.
- (198) Die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln stellen die Hotelunternehmen vor die Wahl, entweder ein vergleichsweise günstiges Portal mit niedrigeren Zimmerpreisen zu unterstützen, damit aber im Vermittlungsmodell „gefangen“ zu bleiben (weil die Nachfrage sich auf dieses günstige Portal konzentrieren wird) oder aber den Ausbau der Buchungen über die eigene Website zu forcieren, ohne hierfür aber preisliche Anreize setzen zu können. Diese Beschränkungen führen zu einer Wettbewerbssituation, die nachteilig von der Situation ohne Verwendung der engen Bestpreisklauseln abweicht. Denn ohne diese Klausel würde die Wahl des Vertriebskanals (eigene Website oder Buchungsportal)

---

<sup>273</sup> Vgl. Ergebnis der Hotelumfrage, Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>274</sup> Stellungnahme des Hotelverbandes vom 31.08.2015 (Blatt 4083 ff. d.A.), S. 8 ff.

bzw. die Preissetzung bei den verschiedenen Vertriebskanälen danach erfolgen, welcher Kanal aus Sicht der Hotelunternehmen wirtschaftlich vorteilhaft wäre; zudem würde Wettbewerbsdruck auf die von den Hotelportalen verlangten Provisionen ausgeübt.

- (199) Somit ist es auch nicht nachvollziehbar, warum – wie Booking meint – der hoteleigene online-Vertrieb für die Hotelunternehmen angeblich eine nur geringe, zu vernachlässigende Bedeutung haben soll; würde dies zutreffen, hätte Booking die Bestpreisklauseln ganz streichen können, statt sie zum 1. Juli 2015 auf enge Bestpreisklauseln zu reduzieren.
- (200) Im Ergebnis führen die durch die engen Bestpreisklauseln in Gang gesetzten Mechanismen somit dazu, dass eine Preisdifferenzierung der Hotelunternehmen in Bezug auf den Vertrieb über verschiedene Hotelportale nicht in einem für die Marktverhältnisse relevanten Ausmaß stattfindet bzw. stattfinden wird. Booking selbst hat diesen Befund übrigens durch ihre Reaktion auf das generelle gesetzliche Verbot von Bestpreisklauseln in Frankreich indirekt bestätigt, indem sie einen durch den dortigen Fall der Bestpreisklauseln *verschärften* Preiswettbewerb angekündigt hat.<sup>275</sup>
- (201) Vor diesem Hintergrund kann weder der Vortrag Bookings überzeugen, die Hotelunternehmen hätten unter Fortgeltung der engen Bestpreisklauseln erhebliche Anreize, ihre Zimmerpreise auf denjenigen Hotelportalen zu senken, die im Gegenzug dazu ihre Provisionen reduzierten, hierzu unter (aa), noch ist es nach den vorliegenden Erkenntnissen zutreffend, dass der Großteil der Hotelunternehmen in Deutschland – wie Booking meint – in der Praxis auf verschiedenen Hotelportalen unterschiedliche Preise ansetzt, hierzu unter (bb). Im Ergebnis kann auch dahinstehen, ob es in der Praxis einzelne Hotelunternehmen gibt, die auf den hoteleigenen Websites höhere Preise festsetzen als auf Hotelportalen, hierzu unter (cc).

**(aa) Vorgeblich theoretisch belegbare Anreize zur Senkung der Hotelzimmerpreise auf Hotelportalen im Gegenzug zu Provisionsreduktionen**

- (202) Der auf eine ökonomische Modellierung<sup>276</sup> gestützte Vortrag von Booking, dass Hotelunternehmen in einer Welt mit engen Paritätsklauseln einen erheblichen Anreiz hät-

---

<sup>275</sup> Vgl. <http://www.tendancehotellerie.fr/articles-brevs/communique-de-presse/4947-article/booking-com-predit-une-guerre-des-prix-exacerbee-avec-la-fin-de-la-parite-tarifaire>: "Communiqué : Booking.com prédit une "guerre des prix exacerbée" avec la fin de la parité tarifaire".

<sup>276</sup> RBB Economics Gutachten „Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiter Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland“ vom 18. Mai 2015 (Blatt 3158 ff. d.A.).

ten, ihre Zimmerpreise auf denjenigen Hotelportalen zu senken, die im Gegenzug dazu bereit sind, ihre Provisionen zu reduzieren, vermag nicht zu überzeugen.<sup>277</sup> Dies liegt einerseits an methodischen Gesichtspunkten zu dieser Studie; die von Booking herangezogene Modellierung bildet nicht die wesentlichen Aspekte des betroffenen Marktes ab, so dass aus ihr kaum zutreffende Schlussfolgerungen zu ziehen sind. Zudem widersprechen die von Booking aus dem Modell gezogenen Schlussfolgerungen der vorliegenden Evidenz.

- (203) Die wesentlichen Aspekte des betroffenen Marktes werden in der Modellierung vor allem deswegen nicht abgebildet, weil immer nur isoliert die Anreize für ein Hotel und jeweils ein Hotelportal betrachtet werden; die Reaktionen der anderen Hotelportale auf eine isolierte Preissenkung und die Möglichkeit weiterer Reaktionen des Hotels, anderer Hotels und ggf. wiederum der Hotelportale hierauf werden nicht berücksichtigt.<sup>278</sup> Damit wird die Abbildung jeder wettbewerblichen Interaktion zwischen den betrachteten Akteuren weiterhin ausgeschlossen. In der Realität des hier betrachteten Marktes ist aber davon auszugehen, dass sich die Hotelportale gegenseitig beobachten und auf wettbewerbliche Vorstöße eines einzelnen Portals reagieren können und werden; zwischen ihnen besteht somit eine Reaktionsverbundenheit.<sup>279</sup>
- (204) Weiterhin sprechen nicht nur die vorliegenden Ermittlungsergebnisse, sondern auch die ökonomische Rationalität dafür, dass es in der Realität zumindest nicht regelmäßig zu solchen isolierten Preissenkungen kommen würde. So haben die vom Bundeskartellamt befragten Hotels wiederholt vorgetragen, dass sie die Preise auf ihrer eigenen Website nicht dauerhaft auf einem der Hotelportale unterbieten würden. Sie begründen das mit

---

<sup>277</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.9 mit Verweis auf das RBB-Gutachten vom 18. Mai 2015; vgl. auch Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 104.

<sup>278</sup> Einen weiteren Mangel der Modellierung von RBB Economics stellt die fehlende Berücksichtigung von Kosten auf Seiten der Hotelportale dar. Für die Preissetzung relevant sind dabei die Grenzkosten, d.h. diejenigen Kosten, die mit einer zusätzlichen Buchung hinzukommen. Im Modell sind einerseits die Provisionen der Portale – in Höhe von 14,4% in der Ausgangskonstellation für alle Portale – enthalten, die als Kosten vom Hotel zu tragen sind und die dessen Gewinn schmälern. Ebenso werden für das Hotel Grenzkosten für den eigenen Online-Direktvertrieb in Höhe von 5% des Umsatzes angesetzt, die ebenfalls dessen Gewinn reduzieren. Dagegen fallen für die Vermittlung von Buchungen im Modell keinerlei Grenzkosten bei den Portalen an. Das stellt eine Inkonsistenz dar und dürfte die Ergebnisse insofern verzerren, als die Anreize der Portale, ihre Provisionen im Gegenzug zu Preissenkungen des Hotels zu senken, im Modellrahmen von RBB Economics überzeichnet werden.

<sup>279</sup> Hotelportale nutzen die durch Metasuchmaschinen geschaffene Markttransparenz (siehe auch Anlage QE 66 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015). Außerdem überwachen und steuern sie das Preissetzungsverhalten ihrer Hotelpartner (siehe oben Rn. 22.ff).

Reputationseffekten gegenüber ihren Kunden und den geringeren Kosten der eigenen Website als Vertriebskanal.<sup>280</sup> Im Übrigen würde eine solche isolierte Preissenkung regelmäßig nicht nur an der mangelnden Bereitschaft des Hotels scheitern, sondern es würden auch die jeweils anderen Hotelportale eine solche isolierte Preissenkung auf einem anderen Portal regelmäßig nicht ohne Reaktion hinnehmen.

(205) Soweit Booking aus diesem Modell heraus zu der Schlussfolgerung kommt, ohne Bestpreisklauseln könnten die Hotels einen Anreiz haben, die Preise auf den Hotelportalen zu erhöhen und auf ihrer eigenen Website auf dem bisherigen Niveau zu belassen, werden die Unzulänglichkeiten eines Modells mit nur *einem* Hotel und mehreren nicht reagierenden Hotelportalen besonders offenkundig:

- Würde das Hotel seine Preise auf einem Portal oder auf allen Portalen so stark anheben, dass keine Buchungen mehr über diese(s) Portal(e) erfolgen, würden diese Portale einen Anreiz haben, ihre Provision unter die Grenzkosten für den hoteleigenen Vertrieb zu legen, um überhaupt Einnahmen zu erzielen. Schon innerhalb des Modells gäbe es damit eine Reaktionsmöglichkeit der Portale.
- Da das Hotel aber im Wettbewerb mit anderen Hotels steht und gleichzeitig davon ausgehen muss, nicht alle Portalkunden auf die eigene Website leiten zu können,<sup>281</sup> wird es ein solches Verhalten schon deswegen kaum wählen, weil es dann den Portalkunden an ein Wettbewerberhotel verlieren dürfte. In diesem realistischeren Szenario sind damit einer Preiserhöhung des Hotels glaubhafte Grenzen gesetzt.

**(bb) Vorgeblich verbreitete Praxis der Preisdifferenzierung auf verschiedenen Hotelportalen**

(206) Auch ist der Sachvortrag Bookings nicht nachvollziehbar, dass der Großteil der Hotelunternehmen in Deutschland die engen Bestpreisklauseln in der Praxis dazu nutze, tatsächlich auf verschiedenen Hotelportalen unterschiedliche Preise zu setzen.

(207) Für eine solche Behauptung fehlt es zunächst an der Tatsachengrundlage. Insbesondere bestehen Zweifel an der Datenbasis, aus der Booking ihre Behauptung ableitet. So han-

---

<sup>280</sup> Vgl. Ergebnis der Hotelbefragung, vgl. dazu näher Blatt 1 ff. der Akte "Fragebogen Hotels Juni 2015".

<sup>281</sup> Nicht ohne Grund ist der hoteleigene Vertrieb nicht Teil des Hotelportalmarktes; siehe oben Rn. 135 ff.



delt es sich um eine unklare Mischung der von zwei Metasuchmaschinen (TripAdvisor<sup>282</sup> und Kayak<sup>283</sup>) gelieferten Daten, zu denen Booking jeweils Sonderbeziehungen hat, ohne das Booking dies offenlegen und näher erläutern würde. Weiter wird nicht dargelegt, nach welchen Kriterien die ca. 4.000 Hotels eigentlich von Booking ausgesucht wurden. Auch ist nicht erkennbar, wie im Rahmen der Untersuchung sichergestellt wurde, dass tatsächlich Preise für gleichartige Leistungen miteinander verglichen wurden; denn Zusatzleistungen (WLAN, Frühstück, Stornierungsoptionen etc.) oder Zusatzkosten (etwa Steuern) werden bei Metasuchmaschinen häufig nicht oder nicht korrekt ausgewiesen. Zudem wurde augenscheinlich nicht der Umstand berücksichtigt, dass die Hotelportale teilweise – wie es das Bundeskartellamt etwa im Fall von Expedia beobachtet – Provisionssplitting<sup>284</sup> betreiben, um auf diese Weise bei den Endkunden attraktiver zu werden. Unterschiedliche Preise auf den Hotelportalen rühren in diesen Fällen nicht von einer differenzierten Preissetzungsstrategie der Hotelunternehmen her, sondern vielmehr von den Werbemaßnahmen der Hotelportale auf eigene Kosten. Die Praxis des Provisionssplittings ist zwar kartellrechtlich ohne Weiteres zulässig, verzerrt im Rahmen der von Booking angestellten empirischen Untersuchung aber das Bild. Schließlich fehlt in der von Booking vorgelegten empirischen Untersuchung gänzlich der Vergleich des Zustandes vor dem 1. Juli 2015 (Geltung der weiten Bestpreisklauseln) und danach (Umstellung auf enge Bestpreisklauseln).<sup>285</sup> Möglicherweise entsprechen die von Booking angeführten Beobachtungen somit einer Praxis, die gerade nicht ursächlich auf die Geltung der engen Bestpreisklauseln zurückgeführt werden kann.

- (208) Abgesehen davon könnten die von Booking gezogenen Schlussfolgerungen die Feststellungen des Bundeskartellamtes im Übrigen nur widerlegen, wenn dazu die entsprechend gleichartigen Preise auf der hoteleigenen Website betrachtet worden wären.

---

<sup>282</sup> Bei Tripadvisor dürften für Booking besondere Konditionen gelten; so hat Booking sich nach den Angaben der Beigeladenen zu 3. bei dem Geschäftsmodell – Direktbuchung bei Tripadvisor – jedenfalls in den USA Exklusivität ausbedungen; in Deutschland ist Booking auf dem Direktanbindungstool nach diesen Informationen praktisch noch nicht vertreten. Vgl. Stellungnahme der Beigeladenen zu 3 vom 14. Dezember 2015 (Blatt 5251 ff. d.A.), S. 5.

<sup>283</sup> Kayak ist ein Tochterunternehmen von Booking und die zum Vergleich herangezogenen „hotels only-Preise“ stammen aus paketierten Reisen; dort sind die Zimmer nach den Angaben der Beigeladenen zu 3. daher in der Regel preiswerter. Vgl. Stellungnahme der Beigeladenen zu 3 vom 14. Dezember 2015, S. 5.

<sup>284</sup> Beim Provisionssplitting teilt das Hotelportal seine Provision mit dem Endkunden, was im Ergebnis zu einem niedrigeren Hotelpreis für den Endkunden führt.

<sup>285</sup> Für einen echten Vergleich von Marktergebnissen wäre sogar ein Vergleich mit der Situation vor dem HRS-Beschluss des Bundeskartellamtes erforderlich.

Booking legt all dies nicht dar, die vorgelegte Untersuchung ist demnach methodisch mangelhaft und führt zu unbrauchbaren Ergebnissen.

- (209) Gleichwohl geht auch das Bundeskartellamt davon aus, dass einige Hotelunternehmen in Deutschland mittlerweile ab und zu Preisdifferenzierungen auf den drei großen Hotelportalen vornehmen. Allein hieraus lässt sich indes gerade nicht – wie Booking meint – der Schluss ziehen, dass dies auf den „Großteil“ der in Deutschland tätigen Hotelunternehmen zutreffen würde. Dennoch nimmt Booking im Zuge ihrer diesbezüglichen Behauptungen die Repräsentativität der eigenen Untersuchungsergebnisse für sich in Anspruch und blendet dabei die aufgezeigten methodischen Mängel aus.
- (210) Soweit es tatsächlich zu Preisdifferenzierungen von Hotelunternehmen beim Vertrieb über verschiedene Hotelportale kommt, dürfte dies im Übrigen maßgeblich darauf zurückzuführen sein, dass sich nicht mehr alle Hotels in Deutschland an die fortbestehenden Bestpreisklauseln der Hotelportale gebunden fühlen und daher auch auf der eigenen Website selbstbestimmte Preise nennen. Hierfür sind drei Faktoren maßgeblich. Erstens dürfte sich insoweit die inzwischen (nach Bestätigung durch das OLG Düsseldorf) bestandskräftige Entscheidung des Bundeskartellamtes in Sachen HRS auswirken, in welcher die von HRS verwendeten Bestpreisklauseln verboten wurden; seitdem darf HRS als derzeit zweitgrößtes Hotelportal in Deutschland kein entsprechendes Verhalten von den Hotelunternehmen mehr verlangen. Zweitens dürfte das Verhalten Bookings in dem mit dem vorliegenden Beschluss beendeten Verwaltungsverfahren des Bundeskartellamtes insoweit eine Rolle spielen; Booking hatte – wenigstens gegenüber dem Bundeskartellamt – einen Durchsetzungsverzicht in Bezug auf die Bestpreisklauseln erklärt; das tatsächliche Verhalten von Booking am Markt – also das Unterlassen der Durchsetzung dieser Klauseln – dürfte manche Hotelunternehmen ermutigt haben, eine Preisdifferenzierung auf den Hotelportalen in Einzelfällen zu probieren. Drittens gibt es eine gewisse mit der Fortsetzung des Verfahrens gegen Booking verbundene Erwartungshaltung im Markt, dass das Bundeskartellamt auch die von Booking verwendeten Bestpreisklauseln untersagen werde. Dies haben die Ermittlungen des Bundeskartellamtes im Rahmen der Hotelbefragung vom 10. Juni 2015 auch ergeben.<sup>286</sup> Im Ergebnis steigen – wie bereits aufgezeigt wurde – erst durch die freie Preissetzung auf den hoteleigenen online-Kanälen die Anreize für die Hotelunternehmen, ihre Preise auf den Hotelportalen zu differenzieren, weil ein Hotel nur durch freie Preissetzung die Kannibalisierung der hoteleigenen online-Kanäle abwehren

---

<sup>286</sup> Vgl. Ergebnis der Hotelbefragung, Blatt 1 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

kann. Insgesamt wird sich in einem Regime der fortgesetzten Bestpreisklauseln aber nur eine geringere Zahl von Hotelunternehmen die Freiheit nehmen, die entsprechenden Verpflichtungen nicht immer einzuhalten.

**(cc) Vorgeblich verbreitete Praxis der Setzung höherer Preise auf hoteleigenen Websites**

- (211) Dass es – wie Booking vorträgt – derzeit auch einzelne Hotelunternehmen geben mag, die in der Praxis auf der eigenen Website – aus welchen betriebswirtschaftlichen Gründen auch immer – höhere Preise setzen als auf Hotelportalen, steht dem obigen Befund nicht entgegen. Denn nach allgemeiner Lebenserfahrung ist zu erwarten, dass es angesichts der Vielzahl von Hotelunternehmen in Deutschland im Hinblick auf eine rationale unternehmerische Preissetzungsstrategie auch Ausreißer gibt.
- (212) Die entsprechenden Behauptungen von Booking können daher im Ergebnis dahinstehen. Gleichwohl sei angemerkt, dass es auch bei der Ableitung der diesbezüglichen Tatsachenbehauptungen von Booking zu erheblichen methodischen Mängeln gekommen ist.<sup>287</sup> Einige der Hotelunternehmen werden doppelt berücksichtigt. Zudem wurden die untersuchten Fälle offensichtlich willkürlich ausgesucht. Auch können die Ergebnisse der Sache nach nicht überraschen; so kommt es in der Praxis gerade kleinerer und mittlerer Hotelbetriebe bekanntlich immer wieder vor, dass eine Preisreduzierung bei einem bestimmten Zimmerangebot auf einem Hotelportal – etwa am Abend – nicht immer sofort auf die hoteleigene Website übertragen wird oder übertragen werden kann. Nicht alle kleinen und mittleren Betriebe pflegen ihre Websites kontinuierlich; viele Hotelbetriebe können kein geschultes Personal eigens für das Channelmanagement abstellen; zudem kann es auch bei insoweit geschultem Personal immer wieder zu Irrtümern oder Übertragungsfehlern kommen. Bezeichnend ist, dass in Bookings Untersuchung gerade die größeren Hotelketten ausgeblendet wurden. Booking hätte bei den größeren Hotelketten mit gut funktionierendem Channelmanagement wohl feststellen müssen, dass diese auf ihren eigenen Websites praktisch nie teurer sind als auf den Hotelportalen. Zudem sind auch im Rahmen dieser Untersuchung nicht gleichartige Leistungen miteinander verglichen worden (Zimmer mit oder ohne Frühstück, WLAN etc.).

---

<sup>287</sup> Vgl. auch Stellungnahme der Beigeladenen zu 3 vom 14. Dezember 2015, S. 2 ff.

**(b) Beschränkung der Anreize für die Hotelportale zum Angebot günstigerer Provisionen oder Konditionen**

- (213) Die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln beschränken den Wettbewerb auf dem Hotelportalmarkt auch dadurch, dass sie – wiederum verglichen mit einer Situation ohne Bestpreisklauseln – die Anreize für die Hotelportale reduzieren, die von ihren Hotelpartnern verlangten Provisionen zu senken oder diesen bessere Konditionen anzubieten.
- (214) Die Intensität des Preis- und Konditionenwettbewerbs zwischen den Hotelportalen war in den letzten Jahren trotz der erheblichen Steigerung des (wertmäßigen) Volumens des Hotelportalmarktes nur sehr schwach ausgeprägt.<sup>288</sup> Wettbewerb zwischen den Hotelportalen kommt insbesondere als Wettbewerb um Provisionen für die Vermittlungsdienstleistung in Betracht; daneben spielen unter anderem die Attraktivität und Bedienungsfreundlichkeit des Portals und die damit zusammenhängende Kundenerreichbarkeit und Konvertierungsraten (Buchungsraten) eine wettbewerbsrelevante Rolle.<sup>289</sup> Die relativ hohen Standardprovisionen der in Deutschland bedeutenden Hotelportale – im Fall von Booking [10 bis 15]% des Zimmerpreises<sup>290</sup> – sind in den letzten Jahren indes gleich geblieben oder im Wege der Provisionsspreizung – im Fall von Booking auf bis zu [30 bis 50]% des Zimmerpreises im Einzelfall<sup>291</sup> – sogar gestiegen; das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die langfristige Unbeweglichkeit der Höhe der Provisionssätze als Beleg für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der geprüften Bestpreisklauseln gewertet.<sup>292</sup> Die seinerzeit von HRS verwendeten (weiten) Bestpreisklauseln nahmen somit den Anreiz, den Hotelunternehmen niedrigere Vermittlungsprovisionen anzubieten, um im Gegenzug die Möglichkeit zu erhalten, die Hotelzimmer über ihr Portal zu günstigeren Preisen und Konditionen anbieten zu können.<sup>293</sup>
- (215) Dieser Befund ändert sich auch angesichts der Reduzierung der weiten Bestpreisklauseln auf enge Bestpreisklauseln durch Booking zum 1. Juli 2015 nicht grundlegend. Wie oben aufgezeigt<sup>294</sup> werden die Hotelunternehmen die ihnen nunmehr in Bezug auf verschiede-

---

<sup>288</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 94 ff., 107.

<sup>289</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 103.

<sup>290</sup> Vgl. Blatt 13 der Akte „Fragebogen Wettbewerber 2014“.

<sup>291</sup> E-Mail des Hotelverbandes Deutschland vom 28. September 2015, Blatt 4164 ff. d.A.

<sup>292</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 107.

<sup>293</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 100.

<sup>294</sup> Siehe oben Rn. 192 ff.

ne Hotelportale formal eingeräumten Preisdifferenzierungsspielräume nicht in einem Ausmaß nutzen, dass eine relevante Bewegung im Markt erwachsen würde, die die Hotelportale zu einem effektiven Wettbewerb um ihre Provisionshöhen veranlassen könnte. Denn wie die oben skizzierte Erfahrung der letzten Jahre zeigt, besteht ohne ein derartiges Preisdifferenzierungsverhalten der Hotelunternehmen unter den gegenwärtigen Umständen auch für die Hotelportale kaum ein ernsthafter Anreiz, Provisionssenkungen in Erwägung zu ziehen. Dies wäre mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anders, wenn zumindest die drei in Deutschland maßgeblichen Hotelportale keine (weiten oder engen) Bestpreisklauseln mehr verwenden würden.

- (216) Die sich hieraus ergebende Beschränkung der Anreize für die Hotelportale, den Hotelunternehmen günstigere Provisionen oder Konditionen anzubieten, hat im Übrigen einen verstärkenden (Rückkopplungs-)Effekt auf die oben unter (a) beschriebenen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der engen Bestpreisklauseln; mit anderen Worten reduziert mangelnder Preis- bzw. Konditionenwettbewerb unter den Hotelportalen noch einmal die aufgrund der engen Bestpreisklauseln ohnehin schon geringen Anreize für die Hotelunternehmen zur Preisdifferenzierung beim Vertrieb ihrer Zimmer über eben diese Hotelportale.

**(c) Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkungen durch Klauseln zur Mindestverfügbarkeit und Bestpreisgarantie**

- (217) Flankiert und verstärkt werden die aufgezeigten wettbewerbsbeschränkenden Mechanismen, die sich aus den engen Bestpreisklauseln ergeben, durch die ergänzenden Klauseln über die Mindestverfügbarkeit und durch die dem Endkunden gegenüber ausgesprochene Bestpreisgarantie.
- (218) Nach den ebenfalls zum 1. Juli 2015 neu gefassten Klauseln zur Mindestverfügbarkeit ist das Hotel zwar – anders als unter den weiten Bestpreisklauseln – nicht mehr verpflichtet, sämtliche verfügbaren Zimmer, die auf anderen Vertriebswegen veräußert werden, auch bei Booking einzustellen. Nach den seit dem 1. Juli 2015 eingeführten Klauseln zum Mindestkontingent kann Booking jedoch von ihren Hotelpartnern die Zurverfügungstellung einer Mindestanzahl an Zimmern zu Buchungszwecken verlangen<sup>295</sup> oder sie zumindest anhalten, ihr *jederzeit* Verfügbarkeit zu gewähren.<sup>296</sup> Dies gilt erst Recht für die „Preferred

---

<sup>295</sup> Vgl. Ziffer 2.2.2 der Booking-AGB.

<sup>296</sup> Vgl. Ziffer 2.2.5 der Booking-AGB.

Partner“,<sup>297</sup> die Booking *jederzeit* (je nach Verfügbarkeit) ein bestimmtes Kontingent für alle Zimmer und Zimmerkategorien bereitstellen müssen. Diese Klauseln verpflichten das Hotelunternehmen mithin, *jederzeit* jeweils mindestens ein Zimmer aus jeder Zimmerkategorie über Booking verfügbar zu machen. Dies führt im Ergebnis wiederum dazu, dass die engen Bestpreisklauseln jederzeit und für Zimmer aller Kategorien ihre Wirkung entfalten. Ohne diese seit dem 1. Juli 2015 neue Verfügbarkeitsklausel könnten die Hotels wenigstens zeitlich begrenzt ihren online-Vertrieb ohne Beachtung der engen Bestpreisklauseln von Booking gestalten. Daher verstärken die Regeln zur Mindestverfügbarkeit die Wirkungen der engen Bestpreisklausel.

- (219) Dies gilt auch für die von Booking abgegebene Bestpreisgarantie gegenüber dem Endkunden. Mit dieser auf ihrer Website<sup>298</sup> erbrachten Garantie erklärt Booking, im Falle eines im Internet aufgefundenen günstigeren und noch buchbaren Preises für ein gleichartiges Zimmer desselben Hotels die Differenz zwischen dem Preis bei Booking und dem günstigeren Preis auszugleichen. Zunächst spricht aus kartellrechtlicher Sicht nichts dagegen, dass Booking einen Teil der für die Buchung eines Zimmers erzielten Provision mit den Endkunden teilt (Provisionssplitting).<sup>299</sup> Allerdings erhöht die öffentliche Ankündigung von Booking, das derzeit in Deutschland das mit Abstand bedeutsamste Hotelportal darstellt, jeglichen günstigeren online-Preis auszugleichen, wiederum das Risiko für ein günstigeres Wettbewerberportal, das seine Provision in Erwartung günstigerer Zimmerpreise gesenkt hat, letztlich keine Erträge zu erwirtschaften. Die von Booking ausgesprochene Bestpreisgarantie verstärkt daher in der hier vorliegenden Konstellation die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklauseln, weil sie damit den Anreiz zu einem solchen wettbewerbsorientierten Verhalten noch einmal zusätzlich senkt.

#### **(d) Marktabschottende Effekte**

- (220) Die engen Bestpreisklauseln führen auch zu Marktabschottungseffekten, denn sie erschweren den Markteintritt neuer Hotelportale.

---

<sup>297</sup> Die Bedeutung des Preferred-Partner Programms hebt Booking selbst hervor, indem sie damit wirbt, dass 70% ihrer Portal-Buchungen bei ihren Preferred Partner vorgenommen werden (siehe E-Mail des Hotelverbandes Deutschland vom 17. Juli 2014, Blatt 1507 ff. d.A.)

<sup>298</sup> Vgl. [http://www.booking.com/general.de.html?aid=397599;label=gog235jc-index-de-XX-XX-unspec-de-com-L%3Ade-O%3Aunk-B%3Aunk-N%3AXX-S%3Abo-U%3Ac;sid=4542270eb8ba04c12698ad1cf46ec26f;dcid=4;tmpl=doc/rate\\_quarantee;openinfo=1](http://www.booking.com/general.de.html?aid=397599;label=gog235jc-index-de-XX-XX-unspec-de-com-L%3Ade-O%3Aunk-B%3Aunk-N%3AXX-S%3Abo-U%3Ac;sid=4542270eb8ba04c12698ad1cf46ec26f;dcid=4;tmpl=doc/rate_quarantee;openinfo=1)

<sup>299</sup> EuGH, 01.10.1987, Rs. 311/85 – Vlaamse Reisbureaus; OLG München, 27.01.2005, Az 29 W 1400/04.

- (221) Ein erfolgreicher Markteintritt eines neuen Hotelportals hängt einerseits davon ab, dass es ihm gelingt, in hinreichendem Umfang Hotelunternehmen anzusprechen, die sich auf ihm präsentieren lassen wollen. Andererseits hängt er aber – auch nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf<sup>300</sup> – davon ab, dass es dem neuen Hotelportal durch die Attraktivität seines Angebots gelingt, eine ausreichende Anzahl von Endkunden auf seine Website zu leiten und zur Buchung von Hotelzimmern zu bewegen. Neben der Bekanntheit der Marke und der Benutzerfreundlichkeit der Internetseite ist – wie bereits ausgeführt – für eine erfolgreiche Vermittlung von Hotelbuchungen von entscheidender Bedeutung, zu welchem Preis das Portal dem Endkunden die Hotelzimmer anbieten kann. Hat der Newcomer aber keine hinreichenden Möglichkeiten, die Zimmer zu günstigeren Preisen anzubieten als die bereits am Markt etablierten und bei den Endkunden bekannten Hotelportale, ist die Gewinnung von Marktanteilen zu Lasten seiner Wettbewerber und damit ein erfolgreicher Markteintritt deutlich erschwert.
- (222) Da die Hotelunternehmen, die den engen Bestpreisklauseln von Booking unterworfen sind, wie aufgezeigt<sup>301</sup> die ihnen formal zugestandenen Preisdifferenzierungsspielräume in der Praxis kaum nutzen werden, können indes auch potentielle Newcomer hiervon – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt profitieren. Selbst wenn einige Hotelunternehmen die ihnen gewährten Preisdifferenzierungsmöglichkeiten nutzen sollten, würde dies aus den dargelegten Gründen mit großer Wahrscheinlichkeit im Gesamtangebot eines solchen Newcomers eine punktuelle Ausnahmeerscheinung bleiben. Wenn aber die meisten dort eingestellten Angebote preislich gerade nicht günstiger sind als auf den etablierten Portalen, hat es der Newcomer angesichts seiner geringen Reichweite schwer, potentielle Kunden erfolgreich anzusprechen. Verstärkt wird dieser Effekt noch durch das Bestpreisversprechen<sup>302</sup> der etablierten Hotelportale im Verhältnis zu ihren Kunden. Die Chancen auf einen erfolgreichen Markteintritt sind daher entsprechend gering, die Marktzutrittsschranken bleiben hoch. Mithin tritt durch die Reduzierung der weiten Bestpreisklauseln auf enge Bestpreisklauseln insoweit keine wesentliche Verbesserung in der Praxis ein.
- (223) De facto sind seit Jahren – schon auf Grund der bislang geltenden weiten Bestpreisklauseln – keine ernsthaften Newcomer im Hotelportalmarkt aufgetreten. Ob und inwieweit die

---

<sup>300</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 110.

<sup>301</sup> Siehe oben Rn. 192 ff.

<sup>302</sup> Siehe oben Rn. 217 ff.

in den USA begonnene Möglichkeit der Direktbuchung von Hotelzimmern insbesondere über Google oder TripAdvisor<sup>303</sup> auf Europa und Deutschland übergreifen wird, bleibt abzuwarten; insoweit kann daher dahinstehen, ob derartige Angebote überhaupt zum hier relevanten Markt zu zählen wären. Zudem gibt es derzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass Newcomer beabsichtigen, in absehbarer Zukunft in den Hotelportalmarkt einzutreten. Dagegen spricht auch die in den letzten Jahren zu beobachtende zunehmende Konzentration im Hotelportalmarkt, die zu steigenden Marktanteilen der großen Anbieter – und dabei insbesondere von Booking – bei gleichzeitig abnehmenden Marktanteilen der kleineren Anbieter und der Übernahme einzelner kleinerer Anbieter, wie etwa Ebookers durch Expedia und Hotels Now durch HRS, geführt hat. Der von Booking genannte neue Marktteilnehmer<sup>304</sup> JustBook hat nach wie vor sehr geringe Marktanteile<sup>305</sup> und ist Anfang 2014 von Secret Escapes (Portal für geschlossene Nutzergruppen) übernommen worden;<sup>306</sup> kürzlich hat wiederum Google die Mehrheit an Secret Escapes erworben.<sup>307</sup> Soweit Booking auf Marktneuerungen in Form der über mobile Endgeräte möglichen Vermittlung stark rabattierter Last-Minute-Angebote von Hotelzimmern hinweist<sup>308</sup>, handelt es sich hierbei um ein Nischenprodukt.<sup>309</sup>

#### **b) Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt für Hotelzimmer**

- (224) Die engen Bestpreisklauseln bewirken unter Zugrundelegung der vom Oberlandesgericht Düsseldorf im HRS-Fall angelegten allgemeinen Maßstäbe (hierzu unter aa.) entgegen den Ausführungen von Booking (hierzu unter bb.) nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt für Hotelzimmer (hierzu unter cc.).

---

<sup>303</sup> Vgl. [www.fvw.de/hotelfinder-direkt-bei-google-buchen/393/145474/11178](http://www.fvw.de/hotelfinder-direkt-bei-google-buchen/393/145474/11178)

<sup>304</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 164.

<sup>305</sup> Siehe unten Rn. 243.

<sup>306</sup> Vgl. <http://www.gruenderszene.de/allgemein/justbook-stefan-menden-startup-helden?ref=gs111> ; JustBook vermittelt weiterhin Hotelzimmer über ihre App.

<sup>307</sup> Vgl. <http://www.morgenpost.de/berlin-aktuell/startups/article205510267/Google-investiert-in-Luxusreisen-Startup-Secret-Escapes.html>

<sup>308</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 165.

<sup>309</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 114.



### **aa) Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

- (225) In seinem HRS-Beschluss hat das OLG Düsseldorf<sup>310</sup> die Auffassung des Bundeskartellamtes<sup>311</sup> bestätigt, dass die dort verfahrensgegenständlichen – weiten – Bestpreisklauseln nicht nur Beschränkungen des Wettbewerbs auf dem Hotelportalmarkt bewirkten, sondern zugleich auch als Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Hotelzimmer nach § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen waren.
- (226) Das Oberlandesgericht stellte zur Begründung vor allem darauf ab, dass ein durch die Bestpreisklauseln gebundenes Hotelunternehmen keine niedrigeren oder günstigeren Zimmerpreise im Eigenvertrieb mehr anbieten durfte als über das die Bestpreisklauseln verwendende Hotelportal.<sup>312</sup> Dem Hotelkunden wurde durch die Bestpreisklausel die Möglichkeit genommen, auf anderen Vertriebskanälen einen günstigeren Zimmerpreis für dasselbe Hotelzimmer zu erhalten; hierdurch wurde das Wettbewerbsverhältnis zwischen den unterschiedlichen Vertriebswegen (Eigenvertrieb des Hotels durch Direktbuchungsmöglichkeit und Fremdvertrieb durch Vermittlung der Hotelzimmerbuchung über Portale) eingeschränkt.<sup>313</sup>

### **bb) Vortrag von Booking**

- (227) Nach Auffassung von Booking<sup>314</sup> wird der Preiswettbewerb zwischen den Hotelunternehmen durch die engen Bestpreisklauseln nicht beeinträchtigt, denn die Hotelbetreiber seien nicht daran gehindert, ihre Zimmerpreise selbst festzulegen. Nicht jede vertragliche Handlungsbeschränkung bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung.<sup>315</sup> Preiswettbewerb zwischen den Hotelunternehmen finde im Wesentlichen ohnehin nicht über die hoteleigenen Websites statt,<sup>316</sup> sondern vielmehr auf den Hotelportalen.<sup>317</sup> Im offline-Bereich bestehe im Übrigen Preisgestaltungsfreiheit; dies gelte nunmehr für alle offline-Vertriebswege, wie an der Hotelrezeption, bei Kontaktaufnahme mit dem Hotel via Telefon/E-Mail oder über ein Reisebüro. Die Hotelunternehmen dürften zudem anderen genauer definierten Kun-

---

<sup>310</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 124 ff.

<sup>311</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 164 ff.

<sup>312</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 125.

<sup>313</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 131.

<sup>314</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 174 f.

<sup>315</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.99 ff.

<sup>316</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.114 ff.

<sup>317</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.125 ff.

dengruppen bilateral Sonderpreise anbieten.<sup>318</sup> Auch bestünden Ausnahmen vom Anwendungsbereich der engen Bestpreisklauseln in Bezug auf geschlossene Benutzergruppen (mit jeweils passwortgeschütztem Nutzerkonto und Zugriff auf Sonderangebote und Rabatte).<sup>319</sup> All dies verstärkte letztlich sogar den Wettbewerb zwischen den Hotelunternehmen.<sup>320</sup>

- (228) Angesichts dessen scheidet eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Hotelunternehmen um die besten Preise für gleichartige Zimmer aus. Die Hotelbetreiber seien vielmehr in der Lage, effektiv Provisionserhöhungen seitens der Hotelportale entgegenzuwirken, indem sie jederzeit den Vertrieb über einzelne Buchungsportale einstellen könnten, und Hotelkunden könnten jederzeit leicht zwischen den verschiedenen online-Vertriebskanälen wechseln.<sup>321</sup> Jedenfalls würden etwaige wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der engen Bestpreisklauseln durch die neuen Freiheiten der Hotels im Bereich des offline-Vertriebs kompensiert,<sup>322</sup> so dass im Ergebnis nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen sei. Ohne die engen Bestpreisklauseln bestünden ggf. sogar Anreize für die Hotelunternehmen, die Preise auf den Hotelportalen zu erhöhen.<sup>323</sup>

### **cc) Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (229) Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich des allgemeinen Prüfungsmaßstabs für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung und hinsichtlich der Reichweite der Ermittlungen und Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse nach oben<sup>324</sup> verwiesen.
- (230) Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln ergibt sich auch daraus, dass diese Klauseln geeignet sind, die Preissetzungsfreiheit der betroffenen Hotelunternehmen auf denjenigen Vertriebskanälen unmittelbar einzuschränken, auf denen sie den Klauseln zufolge ihre Zimmer nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen als auf dem Hotelportal von Booking anbieten dürfen,

---

<sup>318</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 106.

<sup>319</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 182 ff.; Schriftsatz Booking vom 22.05.2014 (Blatt 1617 ff. d.A.), Rz. 9 ff.; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.133 ff.

<sup>320</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 1.9 ff. sowie 2.101 ff.

<sup>321</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 168 ff.

<sup>322</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 106.

<sup>323</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.107 ff.

<sup>324</sup> Siehe oben Rn. 179 ff.

also vor allem auf den hoteleigenen Websites, aber auch auf anderen online-Vertriebskanälen. Zwar darf das Hotelunternehmen den Zimmerpreis auf dem Portal von Booking weiterhin selbst bestimmen, ihm werden aber wichtige Preisdifferenzierungsmöglichkeiten genommen.

- (231) Dies bewirkt eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Hotelunternehmen um die besten Preise für gleichartige Zimmer, denn das durch die engen Bestpreisklauseln gebundene Hotel darf im online-Eigenvertrieb selbst keine günstigeren Zimmerpreise anbieten als über das Booking-Portal. Wie bereits ausgeführt<sup>325</sup> führt dies dazu, dass die Anreize für die Hotels zur Preisdifferenzierung zwischen Hotelportalen ebenso gering sind wie die Anreize der Hotelportale, niedrigere Vermittlungsprovisionen anzubieten. Die Bestpreisklauseln von Booking schalten den Wettbewerbsparameter Preis zwischen den Hotelportalen und dem online-Direktvertrieb der Hotels somit weitgehend aus. Im Ergebnis bleiben mögliche Preissenkungen zu Gunsten des Endkunden aus, ebenso Preisvorstöße in Form von günstigeren Preisen, z.B. für bestimmte Tage oder Zeiträume.<sup>326</sup>
- (232) Auf diese Weise ist auch der Wettbewerb der Hotels um den Absatz verschiedener Hotelzimmer betroffen. Denn sobald nach Wegfall der (engen) Bestpreisklauseln Anreize für die Hotelunternehmen bestehen, etwa im online-Eigenvertrieb günstigere Zimmerpreise anzubieten als über die Hotelportale, kommt dies auch dem Preiswettbewerb zwischen den Hotelunternehmen in Bezug auf den Absatz ihrer Zimmer an den Endkunden zugute. Solange die engen Bestpreisklauseln hingegen Anwendung finden, bleibt dieser zusätzliche Impuls für den Preiswettbewerb zwischen den Hotelunternehmen aus.
- (233) Anders als Booking meint, sind viele deutsche Hotelunternehmen auch an einer Preisdifferenzierung über die unterschiedlichen Vertriebskanäle interessiert; eine solche Preisdifferenzierung wird von den Hotels nicht per se als ineffizient oder als mit einem zu hohen Verwaltungsaufwand verbunden eingestuft. Dies ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Lebenserfahrung und aus Einlassungen der Beigeladenen zu 3.), sondern unzweideutig auch aus der Befragung von Hotelunternehmen im Juni 2015.<sup>327</sup>
- (234) Im Rahmen dieser Befragung hat die deutliche Mehrheit der Hotels bekundet, großen Wert auf ihre Preissetzungshoheit zu legen, die sie als unternehmerisches Pendant für das von ihnen allein – und nicht etwa von einem Hotelportal wie Booking – getragene Ri-

---

<sup>325</sup> Siehe oben Rz. 192 ff.

<sup>326</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 125 ff.

<sup>327</sup> Vgl. Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

siko der Nicht- oder Unterauslastung ihrer Hotelbetriebe ansehen. Diese Preissetzungshoheit sehen die befragten Hotelbetriebe in ihrer großen Mehrheit sowohl durch die von Booking vor dem 1. Juli 2015 verwendeten weiten Bestpreisklauseln als auch durch die seitdem umgestellten engen Bestpreisklauseln in einer sachlich nicht gerechtfertigten Art und Weise beschnitten. Die Hotelbetriebe bestehen auf ihrer Freiheit, die jeweiligen Preise für die von ihnen auf eigenes unternehmerisches Risiko angebotenen Hotelzimmer in den unterschiedlichen Vertriebskanälen selbst bestimmen und auch entsprechend differenzieren zu dürfen, ohne hieran durch die von Booking oder anderen Hotelportalen verwendeten Bestpreisklauseln mehr oder weniger breitflächig gehindert zu werden. Das plausible Interesse an Preisdifferenzierung auf Seiten der Hotels dürfte im Übrigen weiter steigen, wenn die Anzahl der Buchungen über Hotelportale im Verhältnis zu den Buchungen über andere Vertriebswege weiter zunehmen sollte und zugleich die Provisionshöhe auf dem bisherigen hohen Niveau verbleiben oder gar noch weiter steigen sollte. Durch Preisdifferenzierung kann das Hotel Anreize setzen, damit Endkunden sich einem günstigeren Vertriebskanal zuwenden.

- (235) Auch die von Booking angeführte Ausnahme vom Anwendungsbereich der engen Bestpreisklauseln in Bezug auf geschlossene Benutzergruppen vermag deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen nicht zu relativieren. Denn die Hotelunternehmen dürfen<sup>328</sup> die in ihrer geschlossenen Nutzergruppe angebotenen Zimmerpreise nicht online vermarkten. Auf diese Weise beschneidet Booking die Preistransparenz im Internet und schränkt den insoweit zumindest theoretisch möglichen Preiswettbewerb gleich wieder ein. Die von dem Bundeskartellamt befragten kleinen und mittleren Hotels haben zudem betont, dass geschlossene Nutzergruppen wegen des damit verbundenen Aufwandes wirtschaftlich für sie praktisch ohne Interesse seien.<sup>329</sup> Kleine und mittlere Hotels gehören in Deutschland jedoch zu der mit Abstand größten Gruppe der Hotelunternehmen und sind für den Hotelmarkt in Deutschland marktprägend.
- (236) Im Übrigen lassen sich – anders als Booking suggerieren möchte – bestehende Wettbewerbsbeschränkungen (hier durch die engen Bestpreisklauseln) nicht dadurch „kompensieren“, dass an anderer Stelle mehr oder weniger freiwillig von zusätzlichen, früher praktizierten Wettbewerbsbeschränkungen (in Form des zwischenzeitlich abgestellten Teils der weiten Bestpreisklauseln) abgesehen wird. Dies stellt keine Kompensation

---

<sup>328</sup> Vgl. Ziffer 2.2.1, zweiter Absatz der Booking-AGB.

<sup>329</sup> Vgl. Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer Neutralisierung, sondern lediglich eine Reduzierung des Umfangs der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung dar. Allein die vorliegende Untersagung der Verwendung der (engen) Bestpreisklauseln führt dazu, dass die nach wie vor bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen abgestellt und den Hotelunternehmen die ihnen zustehenden vollständigen Preisdifferenzierungsspielräume erstmalig eröffnet werden. Da sie in Zukunft auf ihren eigenen online-Vertriebskanälen nicht mehr genauso hohe Preise setzen müssen wie auf dem Hotelportal von Booking, kann sich eine Preisdifferenzierungsstrategie dieser Hotelunternehmen, die sich beispielsweise bezogen auf das jeweilige Portal an Umsatzzahlen oder an Provisionshöhen orientieren könnte, erstmalig lohnen. Dies wird – zumindest potentiell – auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb der Hotelportale mittels Steigerung der Anreize zur Gewährung günstigerer Provisionen und Konditionen haben.

**c) Verstärkung der aufgezeigten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen durch Anwendung von Bestpreisklauseln seitens anderer Hotelportale**

- (237) Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der engen Bestpreisklauseln von Booking auf den Wettbewerb zwischen den Hotelportalen sowie auf den Wettbewerb zwischen den Hotelunternehmen (Markt für Hotelzimmer) wird durch die Verwendung von Bestpreisklauseln seitens anderer Hotelportale verstärkt.
- (238) Insoweit ist allerdings in tatsächlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass HRS aufgrund der bestandskräftigen Verfügung des Bundeskartellamtes an der Verwendung seiner alten Bestpreisklauseln zwischenzeitlich gehindert ist. Von den nur bis zum Erlass dieser Untersagungsentscheidung (Dezember 2013) von HRS verwendeten Bestpreisklauseln kann daher heute keine Verstärkung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der engen Bestpreisklauseln von Booking mehr ausgehen. In rechtlicher Hinsicht wäre in dieser Hinsicht allerdings einzuwenden, dass ein Marktteilnehmer wie Booking von der Durchsetzung normkonformen Verhaltens gegen einen Wettbewerber wie HRS profitieren würde, und zwar indem das insoweit entstandene Ungleichgewicht am Markt zulasten von HRS perpetuiert würde, das insbesondere durch die mangelnde Bereitschaft der übrigen Hotelportale zur Beachtung und Übertragung der Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf im HRS-Verfahren auf die eigenen Vertragsklauseln – im Sinne einer Entfernung der Bestpreisklauseln ohne weitere behördliche Maßnahmen aus ihren Verträgen – verursacht wurde.
- (239) Indes kann diese Rechtsfrage aus zwei Gründen dahinstehen. Erstens wendet zumindest Expedia als eines der drei in Deutschland bedeutsamsten Hotelportale weiterhin – nun-

mehr ebenfalls enge – Bestpreisklauseln an. Zwar hat Expedia ihre – weite Bestpreisklauseln beinhaltenden – AGB nicht verändert; Expedia hat jedoch gegenüber ihren Hotelpartnern auf die Durchsetzung der weiten Bestpreisklauseln verzichtet; dieser Verzicht ist laut Expedia seit dem 1. August 2015 wirksam.<sup>330</sup> Auf diese Weise wendet Expedia nunmehr de facto enge Bestpreisklauseln an, die ihrem Gehalt nach denjenigen von Booking entsprechen; diese von Expedia verwendeten Bestpreisklauseln verstärken durch ihren kumulativen Effekt die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der hier verfahrensgegenständlichen engen Bestpreisklauseln von Booking; zwar sind die Marktanteile von Expedia deutlich geringer als diejenigen von Booking; der Kumulationseffekt ist gleichwohl spürbar und damit im vorliegenden Zusammenhang relevant. Zweitens kann durch die Untersagung von Bestpreisklauseln anderer Hotelportale lediglich deren verstärkender Effekt auf die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der verfahrensgegenständlichen Bestpreisklauseln entfallen. Bei den festgestellten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, die den Verbotstatbestand schon für sich genommen erfüllen, bleibt es dann gleichwohl, auch wenn sie insoweit eben nicht mehr verstärkt werden.

- (240) Darüber hinaus fällt ins Gewicht, dass schon dann spürbare wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Hotelportalmarkt festzustellen wären, wenn auch nur eines der etablierten Hotelportale Bestpreisklauseln verwendet. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass deutsche Hotelunternehmen vielfach gleichzeitig auf mehreren etablierten Hotelportalen gelistet sind. In diesem Zusammenhang hat auch Booking anerkannt, dass etwa bei fortgesetzter Anwendung von weiten Bestpreisklauseln durch nur eines der großen Hotelportale die – in einem hypothetischen Szenario – von den übrigen Hotelportalen verwendeten engen Bestpreisklauseln „weniger positive“ Auswirkungen in wettbewerblicher Hinsicht herbeiführen würden,<sup>331</sup> dass also mit anderen Worten die wettbewerbsbeschränkende Wirkung dann schwerer wiegen würde.

#### **4. Spürbarkeit**

- (241) Die aufgezeigten Wettbewerbsbeschränkungen sind auch spürbar.
- (242) Das ungeschriebene Tatbestandmerkmal der Spürbarkeit ist dann nicht erfüllt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung das Marktgeschehen wegen der schwachen Stellung der Be-

---

<sup>330</sup> Expedia hat dem Bundeskartellamt ihren Verzicht mit Schreiben vom 4. August 2015 mitgeteilt und die entsprechende Verzichtserklärung (Muster) beigefügt (Blatt 4003 ff. d.A.).

<sup>331</sup> RBB Economics Gutachten „Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiter Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland“ vom 18. Mai 2015, S. 11 ff.

teiligten 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, die anhand der Stellung und der Bedeutung der beteiligten Unternehmen auf dem Markt durchgeführt wird. Relevanz kommt dabei in erster Linie den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen zu.<sup>332</sup> Überdies ist insoweit auch die Kommissionspraxis und die von der Kommission erlassene Bagatellbekanntmachung<sup>333</sup> von Bedeutung, wonach die Spürbarkeitsschwelle bei einem Marktanteil zumindest eines Beteiligten auf den betroffenen Märkten bei 15 % liegt.<sup>334</sup>

(243) Nach diesen Maßstäben sind die von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln nicht bloß als geringfügig oder unbedeutend einzustufen, sondern sie stellen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar. Hierfür sprechen allein schon die starke Marktstellung und der hohe Marktanteil von Booking. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes verteilten sich die Marktanteile für das Jahr 2013 wie folgt:<sup>335</sup>

Booking	50-55 %
HRS	30-35 %
Expedia	10-15 %
Lastminute	0-5 %
Ehotel	0-5 %
Unister	0-5 %
Ebookers	0-5 %
Übrige	ca. 5 %.

(244) Angesichts des seit Jahren wachsenden Marktanteils von Booking sind derzeit keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Marktanteil von Booking im vergangenen Jahr 2014 (deutlich) gesunken sein könnte. Vielmehr hat die Entwicklung der vergangenen Jahre gezeigt, dass Booking erheblich stärker als die Wettbewerber von den wachsenden

---

<sup>332</sup> BGH WuW/E DE-R 115 – Carpartner; BGH WuW/E DE-R 289, 295 – Lottospielgemeinschaft; OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 139 m.w.N.

<sup>333</sup> ABlatt 2001 C 368/13.

<sup>334</sup> Ziff. 7 b. S. 1 der Bagatellbekanntmachung.

<sup>335</sup> Vgl. Schriftsatz des Bundeskartellamtes B9-66/10-B vom 9. Dezember 2014, in Kopie übernommen in die Akte, Blatt 4176 ff., 4182, bestätigt durch OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 141 ff.

Erträgen auf dem Hotelportalmarkt profitieren konnte. Es gibt daher eher Anhaltspunkte dafür, dass der Marktanteil von Booking sogar weiter gestiegen ist.

## **VII. Keine Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO**

- (245) Die von Booking verwendeten Bestpreisklauseln sind nicht gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO<sup>336</sup> vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB freigestellt.
- (246) Es ist bereits fraglich, ob die Vertikal-GVO auf die Tätigkeiten von Hotelportalen in der vorliegenden Konstellation überhaupt Anwendung findet; dies hat das OLG Düsseldorf ausdrücklich in Frage gestellt (hierzu unter 1.); wäre die Vertikal-GVO vorliegend gleichwohl dem Grunde nach anwendbar, wie Booking meint (hierzu unter 2.), dann könnte Booking sich indes schon angesichts ihrer hohen Marktanteile auf deren privilegierende Wirkung gerade nicht berufen (hierzu unter 3.).

### **1. Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

- (247) Das OLG Düsseldorf<sup>337</sup> hat ausdrücklich in Frage gestellt, ob von Hotelportalen verwendete Bestpreisklauseln der vorliegenden Art überhaupt als Vereinbarungen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO einzustufen sind und damit in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO fallen.
- (248) Eine vertikale Vereinbarung liegt demnach vor, wenn diese zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, geschlossen wird und die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen. Zwar erbringt das Hotelportal Vermittlungsleistungen gegenüber den Hotelunternehmen als Abnehmer dieser Leistungen, so dass beide auf einer anderen Ebene der Vertriebskette tätig sind und insoweit ein Vertikalverhältnis zwischen ihnen besteht. Jedoch regeln die Bestpreisklauseln weder die Bedingungen für den Bezug der Vermittlungsdienstleistungen noch für den Weiterverkauf dieser Dienstleistung durch die Hotelunternehmen. Vielmehr wirkt sich die Bestpreisklausel primär zu Lasten der Hotelunternehmer beim Absatz von Hotelzimmern aus. Auf diesem Absatzmarkt

---

<sup>336</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal GVO).

<sup>337</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 164.



stehen die als Vermittler tätigen Hotelportale jedoch – so das OLG Düsseldorf<sup>338</sup> – in keiner vertikalen Beziehung zu den Hotels. Letztlich konnte das OLG Düsseldorf diese Frage im entschiedenen Fall (HRS) jedoch offenlassen.<sup>339</sup>

## 2. Vortrag von Booking

- (249) Booking trägt zur Frage der Gruppenfreistellung der verwendeten Bestpreisklauseln gemäß der Vertikal-GVO vor, dass diese dem Grunde nach in der vorliegenden Konstellation zugunsten von Booking anwendbar sei<sup>340</sup> und dass Booking – bei sachlich richtiger Marktabgrenzung nach eigener Lesart (siehe oben) – lediglich über einen Marktanteil von unter 30% verfüge<sup>341</sup>.
- (250) Zudem stellten die von Booking verwendeten Bestpreisklauseln keine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO dar<sup>342</sup>; es bleibe daher bei der Privilegierung des fraglichen Verhaltens durch die Vertikal-GVO. Den sich hieraus ergebenden Rechtsvorteil zugunsten von Booking habe das Bundeskartellamt vorliegend nicht entzogen; hätte es dies beabsichtigt, wäre es hierfür jedoch schon gar nicht zuständig gewesen, sondern vorliegend wäre allein die Kommission hierzu befugt gewesen<sup>343</sup>.

## 3. Würdigung durch das Bundeskartellamt

- (251) Aus Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO ergibt sich keine Freistellung des fraglichen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens zugunsten von Booking. Denn selbst wenn die Vertikal-GVO in der vorliegenden Konstellation dem Grunde nach anwendbar wäre, käme eine Freistellung schon angesichts der hohen Marktanteile von Booking nicht in Betracht.
- (252) Eine Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die Marktanteile von Booking auch im Jahr 2014 (deutlich) über 30% gelegen haben und die von ihr verwendeten Bestpreisklauseln schon deswegen keine Privilegierung durch die Gruppenfreistellung genießen können. Denn nach Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO gilt die Freistellung im Sinne des Art. 2 Vertikal-GVO nur, wenn der Anteil des Anbieters an dem re-

---

<sup>338</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 165 f. m.w.N.

<sup>339</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 166.

<sup>340</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 187 ff.; offen gelassen allerdings im späteren Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 130.

<sup>341</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 187 ff.

<sup>342</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 207 ff.

<sup>343</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 217 ff.

levanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf der er die Vertragswaren oder Dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % betragen<sup>344</sup>. Nach Art. 3 i.V.m. Art. 7 Vertikal-GVO ist der Marktanteil anhand der Angaben für das jeweils vorangegangene Kalenderjahr, hier also für das Jahr 2014, zu berechnen. Die genannten Voraussetzungen sind vorliegend jedoch erkennbar nicht erfüllt, auch wenn für 2014 noch keine genauen Zahlen vorliegen; denn der nach Erträgen ermittelte Marktanteil von Booking auf dem Hotelportalmarkt betrug schon im Jahr 2013 deutlich über 50 % mit steigender Tendenz und liegt somit jedenfalls oberhalb der Schwelle von 30 %; dies wird auch von Booking – unter Zugrundelegung der vom Bundeskartellamt vorgenommenen Marktabgrenzung – nicht ernsthaft bestritten.

- (253) Es kommt daher auch nicht auf die von Booking verneinte Frage<sup>345</sup> an, ob es sich bei den fraglichen Bestpreisklauseln um nicht freistellungsfähige Kernbeschränkungen i.S.d. Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO handelt oder nicht; diese Frage lässt das Bundeskartellamt wie schon im Rahmen des HRS-Verfahrens<sup>346</sup> weiterhin offen.

#### **VIII. Keine Einzelfreistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV**

- (254) Auch die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV sind vorliegend nicht erfüllt. Für eine Einzelfreistellung nach diesen Vorschriften müssen zwei positive und zwei negative Voraussetzungen erfüllt sein: Zum einen muss in positiver Hinsicht a) ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden und b) eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn garantiert sein; zum anderen müssen – in negativer Hinsicht – c) die auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen unerlässlich sein und es darf d) für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden.
- (255) Bei der Anwendung des richtigen Prüfungsmaßstabes – dem Vergleich zu einem Hotelzimmervertrieb über Hotelportale ohne Bestpreisklauseln – führen die Bestpreisklauseln von Booking nicht zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und leisten auch keinen Betrag zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fort-

---

<sup>344</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 168.

<sup>345</sup> Schriftsatz Booking vom 29. April 2014, S. 58 ff.

<sup>346</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 181 ff.

schritts (hierzu unter 1.). Auch lassen sich vorliegend weder eine angemessene Verbraucherbeteiligung feststellen (hierzu unter 2.) noch die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (hierzu unter 3.). Ob die vierte Freistellungsvoraussetzung – keine Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs – erfüllt ist, kann letztlich dahinstehen (hierzu unter 4.).

## **1. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung**

### **a) Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

- (256) Zu den von HRS verwendeten (weiten) Bestpreisklauseln hat das Oberlandesgericht Düsseldorf<sup>347</sup> festgestellt, dass deren Freistellung schon an der ersten Voraussetzung nach § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV scheitert.
- (257) Das Oberlandesgericht führt hierzu aus, dass § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV über das Merkmal der Verbesserung der Warenverteilung hinaus fordert, dass die Vereinbarung zu deutlichen Effizienzvorteilen führt. Erforderlich sind echte, nachvollziehbare und objektive Vorteile, die aufgrund der Vereinbarung prognostiziert werden können. Ob sich Vorteile ergeben, ist durch Vergleich mit dem Zustand zu beurteilen, der ohne die betreffende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bestand oder bestehen würde. Dabei müssen die Vorteile, die sich aus der Absprache ergeben, größer sein als die sich aus ihr ergebenden Nachteile, um einen Vorteil im Sinne von § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellen zu können. Die Darlegungs- und materielle Beweislast für die Effizienzgewinne liegt gemäß Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 bei den Unternehmen, die sich auf die Freistellung berufen.<sup>348</sup> Zu den übrigen Einzelfreistellungsvoraussetzungen hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner HRS-Entscheidung nicht geäußert.

### **b) Vortrag von Booking**

- (258) Booking trägt vor, dass eine Vielzahl von Effizienzgewinnen – verbraucherseitig<sup>349</sup> und hotelseitig<sup>350</sup> – auf den seit dem 1. Juli 2015 geltenden engen Bestpreisklauseln beruhen und verweist insoweit auch auf die von ihr vorgelegten Studien<sup>351</sup>, die unter anderem die

---

<sup>347</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 173 ff.

<sup>348</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 173.

<sup>349</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.8 ff.

<sup>350</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.26 ff.

<sup>351</sup> Siehe hierzu Booking.com: "Effizienzgewinne, die aufgrund der vorgeschlagenen engen MFN-Klauseln im EWR entstehen" vom 11.09.2014 mit Anhang 1 „Antwort auf die Analyse des Bun-

allgemeinen Vorteile der Hotelportale gegenüber anderen Vertriebskanälen herausarbeiten sollen.<sup>352</sup> So sei die Werbung durch Booking für Hotelunternehmen effizienter, berge ein geringeres Risiko und sei kosteneffektiver als eigene Online-Werbung.<sup>353</sup> Das Bundeskartellamt würdige hingegen das Trittbrettfahrerproblem nicht angemessen<sup>354</sup>. Ohne enge Bestpreisklauseln sei zu befürchten, dass die Konvertierungsraten auf den Hotelportalen sinken würden und dass es so zu Umsatzeinbußen bei Booking komme. Stattdessen werde es ohne die engen Bestpreisklauseln zu mehr Buchungen auf den hoteleigenen Websites kommen, weil dann die Hotelzimmer dort wahrscheinlich günstiger angeboten würden.<sup>355</sup> Zugleich werde aber das allgemeine Preisniveau für Hotelzimmer bei Wegfall der engen Bestpreisklauseln steigen.<sup>356</sup> Jedenfalls werde der Wegfall der engen Bestpreisklauseln zu einer Qualitätsminderung auf den Hotelportalen führen, deren Werbeeffizienz untergraben<sup>357</sup> und der Suchaufwand für die Hotelkunden würde sich dadurch letztlich erhöhen.<sup>358</sup>

### **c) Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (259) Eine Einzelfreistellung der von Booking verwendeten engen Bestpreisklauseln scheidet schon an der ersten Voraussetzung von § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV.
- (260) Die für eine Einzelfreistellung im Hinblick auf die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung zu fordernden Effizienzvorteile sind nicht erkennbar, jedenfalls ist es Booking im Rahmen des Kartellverwaltungsverfahrens nicht gelungen, die für eine Einzelfreistel-

---

deskartellamtes von Artikel 101 Abs. 3“; sowie Booking.com: „Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel – Verbraucher- und Unterkunftsbefragung“ vom 19.12.2014.

<sup>352</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 134 f.

<sup>353</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.28 ff.

<sup>354</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 220 ff.; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.45 ff.

<sup>355</sup> Zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 22.

<sup>356</sup> Zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 14 ff.

<sup>357</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.58 ff.; zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 22.

<sup>358</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 142 ff.; zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 21.

lung zu fordernden Effizienzvorteile in einem hinreichenden Maße zu belegen. So stellen die angeführten allgemeinen Vorteile, die Hotelportale den Hotelunternehmen bringen, keine Effizienzgewinne dar, die gerade aus den engen Bestpreisklauseln im Sinne von § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV resultieren (hierzu unter aa.); auch wird nicht hinreichend belegt, dass die Untersagung der engen Bestpreisklauseln zu einem relevanten Umsatzrückgang bei Booking führen würde (hierzu unter bb.), oder inwieweit sich aus dieser Überlegung überhaupt ein relevanter Effizienzgewinn – in Form der Vermeidung des vorgeblichen Trittbrettfahrerproblems (hierzu unter cc.) oder durch eine Verringerung des Suchaufwandes für den Endkunden (hierzu unter dd.) – ergeben soll.

**aa) Allgemeine Vorteile, die Hotelportale den Hotelunternehmen bringen, sind keine Effizienzgewinne aus den engen Bestpreisklauseln**

- (261) Es steht vorliegend nicht in Frage, dass Hotelportale den Hotelunternehmen in der Praxis gewisse Vorteile bringen; hierzu sind – auch nach dem Vortrag von Booking<sup>359</sup> – etwa die Bündelung der Werbung oder eine höhere Konvertierungsrate als auf den hoteleigenen Websites zu zählen.<sup>360</sup> Die Attraktivität ihres Portals – für Hotelunternehmen und Endkunden – hat Booking in einer umfassenden Studie dargelegt; sie nennt hier unter anderem die Generierung von Traffic, die Bündelung der Nachfrage, die für Hotels höhere Auslastung, den besseren Zugang der Hotelunternehmen insbesondere zu ausländischen Kunden, die Skaleneffekte bei der Technologie und im Kundenservice, die Verminderung der Suchkosten für die Endkunden und die transparente Preisgestaltung.<sup>361</sup>
- (262) Diese besonderen Merkmale von Hotelportalen werden auch von den durch das Bundeskartellamt befragten Hotelunternehmen anerkannt; diese schätzen die Hotelportale dem Grunde nach durchaus wert und halten deren Inanspruchnahme für den Vertrieb ihrer Hotelzimmer zumindest unter den derzeitigen Marktgegebenheiten im jeweiligen Vertriebsmix ganz überwiegend für zwingend erforderlich.<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 138 ff.

<sup>360</sup> Vgl. GfK „Verbraucher- und Hotelumfrage, Ein Methodikbericht erstellt für Booking.com“, Oktober 2014 (Blatt 1948 ff. d.A.). Die Ergebnisse der Umfrage wurden von Booking in einer von ihr erstellten Zusammenfassung unter dem Titel „Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel Verbraucher- und Unterkunftsbefragungen“ vom 19. Dezember 2014 dargelegt (Blatt 1908 ff. d.A.).

<sup>361</sup> Vgl. Booking.com-Studie „Effizienzgewinne, die aufgrund der vorgeschlagenen engen MFN-Klauseln im EWR entstehen“ vom 11. September 2014 (Blatt 1820, 1825 ff. d. A.).

<sup>362</sup> Vgl. Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

- (263) Zu den von Booking in diesem Zusammenhang angeführten Werbeeinflüssen ist anzumerken, dass diese von den betroffenen Hotelunternehmen zum Teil als „aufgedrängte Bereicherung“ empfunden werden, die in vielen Fällen nicht einmal zugunsten des Hotelunternehmens funktioniert. So betreibt Booking in vielen Fällen bei typischen Suchbegriffen, die von buchungswilligen Kunden auf Suchmaschinen wie Google eingegeben werden, das sog. „name grabbing“. Dabei werden bestimmte Suchbegriffe wie etwa „Hotel München“ oder bestimmte konkrete Hotelnamen kombiniert mit der entsprechenden Ortsangabe von Booking – aber auch von anderen Hotelportalen – bei Google zu erstaunlich hohen Preisen<sup>363</sup> in der Form „gekauft“, dass als einer der ersten Suchtreffer der Link zur Website des meistzahlenden Hotelportals in der Liste erscheint, nicht hingegen der Link zur Website des eigentlich vom Suchenden gemeinten Hotelunternehmens oder ein Link zu einer anderen „neutralen“ Quelle oder Auflistung entsprechend gemeinter Hotels in einer bestimmten Stadt. Würde kein „name grabbing“ betrieben, so würde die generische Suchfunktion – etwa von Google – häufig zu einem Treffer zum Link der entsprechenden hoteleigenen Website wesentlich weiter oben in der Ergebnisliste führen. An welcher Stelle dann wiederum das jeweilige Hotel in der Trefferliste auf dem Hotelportal erscheint, ist im Einzelfall äußerst heterogen ausgestaltet und hängt vom einschlägigen Ranking des jeweiligen Hotelportals ab; zum Teil gehen einzelne Hotels hier auf den letzten Listenplätzen in der Wahrnehmung der buchungswilligen Kunden regelrecht unter. Somit lässt sich feststellen, dass online-Werbung betreibende Hotelportale wie Booking bei nüchterner Betrachtung Eigenwerbung, nicht aber Werbung betreiben, von der alle gelisteten Hotelunternehmen gleichermaßen einen unmittelbaren Vorteil hätten.
- (264) Maßgeblich für die im vorliegenden Zusammenhang zu klärende Frage der Effizienzgewinne nach § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV sind indes nicht die Vorteile von Hotelportalen als solche im Sinne eines Vertriebskanals, sondern vielmehr diejenigen Vorteile, die sich unmittelbar aus der verfahrensgegenständlichen engen Bestpreisklausel ergeben; denn im vorliegenden Zusammenhang ergeben sich die fraglichen Wettbewerbsbeschränkungen und damit der relevante Verfahrensgegenstand allein aus den verwendeten engen Bestpreisklauseln, nicht hingegen aus der Existenz oder den sonstigen Eigenarten des Hotelportals von Booking.

---

<sup>363</sup> Vgl. im Einzelnen die Ausführungen in Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.26 ff., insbesondere Rz. 3.37 ff.

- (265) Im Übrigen behauptet auch Booking selbst nicht, dass die mit der Existenz und den allgemeinen Eigenarten des Hotelportals verbundenen Vorteile für die Hotelunternehmen ohne die engen Bestpreisklauseln verloren gehen würden, etwa weil Booking den Markt dann zwangsläufig verlassen müsste.

**bb) Kein hinreichender Beleg eines relevanten Umsatzrückgangs durch Streichung der engen Bestpreisklauseln**

- (266) Booking gelingt auch kein hinreichender Beleg dafür, dass eine Streichung der engen Bestpreisklauseln zu einem so relevanten Umsatzrückgang führen würde, dass sich daraus im Umkehrschluss ein Vorteil der engen Bestpreisklauseln im Sinne eines Effizienzgewinns ergeben würde. Insoweit beruft Booking sich lediglich pauschal darauf, dass es ohne die engen Bestpreisklauseln vermutlich zu Umsatzeinbußen kommen würde, ohne dass dies genauer dargelegt oder der Höhe nach plausibel eingeschätzt würde; es wird auch nicht näher dargelegt, inwieweit das derzeitige Geschäftsmodell möglicherweise mittelfristig modifiziert werden müsste.<sup>364</sup> Schließlich legt Booking nicht nachvollziehbar dar, inwieweit das Ausbleiben eines etwaigen Umsatzrückgangs oder gar der Umstellung des derzeitigen Geschäftsmodells einen Effizienzvorteil im Sinne des § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellen würde.
- (267) Zwar mag eine Preisdifferenzierung durch Hotelunternehmen in dem Sinne, dass die Zimmerpreise auf den hoteleigenen Websites oder auf ähnlichen Kanälen nach Streichung der engen Bestpreisklauseln billiger werden als auf dem Hotelportal von Booking, im Ergebnis zu gewissen Umsatzrückgängen bei Booking führen.<sup>365</sup> Allerdings hat Booking nichts Belastbares dazu vorgetragen, welchen Umfang dieser etwaige Umsatzrückgang annehmen könnte und inwiefern dies im Hinblick auf die im vorliegenden Zusammenhang entscheidende Effizienzprüfung überhaupt relevant sein soll. Die von Booking für den Zeitraum Februar 2012 durchgeführte Konvertierungsratenanalyse<sup>366</sup> beschränkt sich auf den Vergleich von Konvertierungsraten von Hotelunternehmen, die auf den Hotelportalen in diesem Zeitraum Bestpreisklauseln in höherem und geringerem

---

<sup>364</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 177. Vergleichbar hat sich der Hotelverband Deutschland bereits im Jahr 2012 geäußert (<http://blog.freizeitplan.net/tag/billboardeffekt>).

<sup>365</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 206.

<sup>366</sup> Anhang 3 zum Schriftsatz Booking vom 03. Februar 2015 „Untersuchungen von Booking.com hinsichtlich der Auswirkungen eines Verstoßes von Hotels gegen die Paritätsklausel auf (Booking.coms) Konversionsraten“ (Blatt 1900 ff. d.A.).

Ausmaß einhielten. Hierbei wurde unterstellt, dass die Konvertierungsrate ausschließlich durch Bestpreisklauseln beeinflusst wird.<sup>367</sup> Im HRS-Verfahren hatte sich gezeigt, dass die Konvertierungsraten auch durch andere Einflussfaktoren wesentlich bestimmt werden können, wie etwa die Attraktivität der Reiseziele und die Hotelkategorien.<sup>368</sup> In der Booking-Analyse wurden aber diese anderen relevanten Faktoren nicht berücksichtigt; sie ist daher im Ergebnis nur bedingt aussagekräftig. Ist aber schon das Ausmaß eines Umsatzrückgangs nicht deutlich, kann das Ausbleiben eines solchen Umsatzrückgangs nur schwerlich mögliche Effizienzgewinne belegen.

### **cc) Kein hinreichender Beleg für Effizienzgewinne durch Vermeidung des Trittbrettfahrens**

- (268) Auch trägt Booking nicht überzeugend zu möglichen Effizienzgewinnen durch die Vermeidung des Trittbrettfahrens vor. Kern des Trittfahrerproblems ist nach der Logik des Vortrags von Booking die vorgebliche Gefahr, dass sich Unterschiede in den Hotelzimmerpreisen möglicherweise negativ auf die Anreize der Hotelportale auswirken könnten, Investitionen vorzunehmen, die sich wiederum positiv auf deren Angebotsqualität auswirken und somit den Qualitätswettbewerb zwischen den Hotelportalen intensivieren könnten. Eine solche negative Anreizwirkung würde sich nach dieser Logik dann ergeben, wenn sich Investitionen in die Qualität des Portals deshalb nur unzureichend amortisieren könnten, weil auf Grund der niedrigeren Zimmerpreise auf gleichen oder anderen Vertriebswegen<sup>369</sup> den höheren Investitionen keine ausreichend hohen Buchungszahlen und mithin Provisionseinnahmen gegenüberstehen würden.<sup>370</sup>
- (269) Indes ist das Trittbrettfahrerproblem im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich nur eingeschränkt berücksichtigungsfähig.<sup>371</sup> Denn die Ausführungen von Booking zum Ausmaß des Trittbrettfahrens können nicht überzeugen, hierzu unter (1); auch wird die angebliche Minderung des Anreizes nicht hinreichend belegt, in die Qualität des Hotelportals zu

---

<sup>367</sup> Vgl. Konvertierungsratenanalyse, a.a.O., S. 1.

<sup>368</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 210.

<sup>369</sup> Da der Endkunde auf diversen Wegen zu einer Hotelzimmerbuchung gelangen kann, kann das Trittbrettfahrerproblem vertriebskanalübergreifend auftreten; davon zu unterscheiden ist die in einem konkreten Fall vorgenommene sachliche Marktabgrenzung, die die verschiedenen Vertriebskanäle ggf. gesondert betrachtet.

<sup>370</sup> Nach Rz. 107 der Vertikal-Leitlinien besteht ein „Trittbrettfahrerproblem“, wenn ein Händler von den Verkaufsanstrengungen eines anderen Händlers profitiert.

<sup>371</sup> Grundlegend und ausführlich BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 199 ff.



investieren, wenn die engen Bestpreisklauseln wegfallen, hierzu unter (2). Schließlich liefert Booking keinen hinreichenden Beleg dafür, dass die engen Bestpreisklauseln ein Trittbrettfahren verhindern und dadurch die Werbeinvestitionen von Booking schützen, hierzu unter (3).

### **(1) Kein hinreichender Beleg für relevantes Trittbrettfahren**

- (270) Booking belegt nicht hinreichend, dass es im vorliegenden Zusammenhang überhaupt zu einem relevanten Trittbrettfahrerproblem kommt. Trittbrettfahren läge hier vor, wenn Hotelunternehmen durch ihre Präsenz auf einem Hotelportal dadurch profitieren würden, dass sie dort vom Endkunden überhaupt erst aufgefunden werden könnten und dann direkte Buchungen über die hoteleigene Website erhielten.<sup>372</sup> In diesem Zusammenhang macht Booking unter Verweis auf die von ihr in Auftrag gegebene GFK-Studie<sup>373</sup> geltend, dass [40-60%] der befragten Booking-Kunden in Deutschland direkt auf der hoteleigenen Website gebucht hätten, wenn dort ein Rabatt von 5% angeboten worden wäre.<sup>374</sup> Indes kann dies im Hinblick auf die hier fraglichen Effizienzen nicht überzeugen.
- (271) Zum Einen wird nicht dargelegt, dass diese Hotelkunden die Informationsdienstleistungen des Hotelportals zuvor überhaupt in Anspruch genommen hätten. Befragt wurden Kunden, die bereits auf der Booking-Portalseite gebucht hatten. Die Frage lautete, ob diese Kunden *stattdessen* auf der hoteleigenen Website gebucht hätten, wenn dort ein Rabatt von 5% angeboten worden wäre.<sup>375</sup> Die Antwort der Kunden gibt mithin keinen Aufschluss darüber, ob diese sich zunächst auf dem Hotelportal – und nicht auf einer anderen Website – informiert und dann auf die hoteleigene Website gewechselt und dort gebucht hätten. Gerade das Internet bietet dem Hotelkunden auf dem Weg zu einer Zimmerbuchung jedoch zahlreiche und über einen click jeweils leicht erreichbare unterschiedliche Informationsquellen (wie beispielsweise die verschiedenen Metasuchmaschinen und Hotelver-

---

<sup>372</sup> Wenn Buchungen über die hoteleigene Website in einem direkten Verhältnis zur Präsenz in Buchungsportalen stehen, wird dies auch als sogenannter Billboard Effekt erfasst. Hierzu gibt es eine Studie von Chris Anderson aus dem Jahr 2009: „The Billboard Effect: Online Travel Agent Impact on Non-OTA Reservation Volume (<http://scholarship.sha.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=chrpubs>). Seitdem ist Inhalt und Ausmaß dieses Effekts umstritten: Does the Expedia billboard effect still exist for hotels? (<http://www.tnooz.com/article/billboard-effect-hotel-exists/>). Im Hinblick auf den deutschen Markt siehe dazu die Ausführungen in BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 204.

<sup>373</sup> GFK: :Verbraucher- und Hotelumfrage. Ein Methodikbericht erstellt für Booking.com, Oktober 2014 (Blatt 1948 ff. d.A.)

<sup>374</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 88 ff.

<sup>375</sup> GFK-Methodikbericht, a.a.O., Frage A 9 (Blatt 1948 ff., 1961 d.A.)

gleichsportale) und zwingt ihn nicht auf einen vorgeschriebenen eindimensionalen Informationsweg. Da jeder click auf Booking nicht nur die Sichtbarkeit der auf dem Portal aufgeführten Hotels, sondern auch die Besucherzahlen auf dem Portal (und damit die Reichweite) erhöht, kommt dies auch Booking zu Gute. Es liegt in der Hand des Portals, seine Attraktivität für den Kunden – etwa in Form von besonders einfach zu handhabenden Bedienungstools oder durch andere Maßnahmen – so zu verbessern, dass der Kunde dort auch bucht.

- (272) Zum Anderen zielen gerade die engen Bestpreisklauseln auf unterschiedliche Vertriebskanäle, die selbst nach Ansicht von Booking<sup>376</sup> wegen ihrer unterschiedlichen Charakteristika tendenziell für jeweils andere Kundengruppen attraktiv sind. Während Hotelportale dem Kunden das komfortable Produktbündel „Suchen, Vergleichen und Buchen“ anbieten, sind hoteleigene Websites jedenfalls derzeit tendenziell auf Kunden ausgerichtet, die sich gezielt über die Angebote eines bestimmten Hotels orientieren wollen, etwa weil sie Stammkunden sind oder weil sie sich für spezielle – möglicherweise portalinkompatible – Angebote des Hotels interessieren.<sup>377</sup> Dass es gerade bei solchen Kunden durchaus zu Umsatzverschiebungen kommen kann, wenn die hoteleigenen Websites in Zukunft günstiger sind, liegt in der Natur der Sache. Viele Kunden, die typischerweise Hotelportale nutzen, haben indes keine Kenntnis von etwaigen günstigeren Online-Angeboten auf den hoteleigenen Websites oder ähnlichen online-Vertriebskanälen oder sie haben keine Zeit, solche Angebote aus dem Internet herauszufiltern. Die Attraktivität von Hotelportalen, die sich aus der bereits aufgezeigten Vielzahl an Vorteilen ergibt, wird daher aus Sicht vieler buchungswilliger Kunden nicht entscheidend geschmälert, wenn die engen Bestpreisklauseln untersagt werden und Hotelzimmer in der Folge über andere online-Kanäle günstiger angeboten werden dürfen.

## **(2) Kein hinreichender Beleg für geminderten Anreiz, in die Qualität des Portals zu investieren**

- (273) Selbst wenn Booking jedoch durch die Beseitigung der engen Bestpreisklausel gewisse Umsatzeinbußen erleiden sollte, ist nicht hinreichend belegt, dass damit der Anreiz für

---

<sup>376</sup> Vgl. die von Booking vorgelegte RBB Economics Studie „Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiter Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland“ vom 18. Mai 2015 (Blatt 3158 ff. d.A.), S. 5.

<sup>377</sup> Vgl. Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“. Dem widerspricht im Ergebnis auch Booking nicht: Booking.com, Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel Verbraucher- und Unterkunftsbefragungen vom 19. Dezember 2014 (Blatt 1908 ff.), S. 9 ff.

Investitionen in die Qualität des Portals abnehmen und dadurch der Suchaufwand des Kunden erhöht würde. Das Gegenteil ist der Fall; gerade wenn die Anzahl der Buchungen auf dem Portal bei Wegfall der engen Bestpreisklauseln sinken sollte, bestände ein Anreiz, in die Attraktivität des Portals durch Weiterentwicklung des Portals zu investieren.<sup>378</sup>

- (274) Booking selbst – unter Hinweis auf die von ihr beauftragten Umfragen und ökonomischen Analysen<sup>379</sup> – sowie die von dem Bundeskartellamt befragten Hotelunternehmen<sup>380</sup> betonen, dass Hotelportale im Vertriebsmix der Hotelunternehmen eine für diese und auch für die Endkunden besondere Stellung einnehmen, die unabhängig vom Ausbau anderer Vertriebslinien aufgrund ihres erheblichen Beitrags zur Auslastung der Hotels bestehen bleiben werde. Je höher die Qualität eines Hotelportals ist (z.B. durch die leichte Auffindbarkeit eines vom Endkunden nach bestimmten Kriterien gesuchten Hotels), umso größer ist seine Kundenreichweite und damit die Chance, dass Buchungen erfolgreich abgeschlossen werden können. Zieht ein Hotelportal viele Kunden an, profitieren umgekehrt auch die dort gelisteten Hotels. Je mehr Nutzer ein Hotelportal somit auf beiden Seiten anzieht, umso attraktiver wird es wiederum für neue Nutzer (Netzwerkeffekt). Booking hat daher auch ohne enge Bestpreisklauseln einen erheblichen Anreiz, in die Qualität ihres Portals zu investieren; dass dieser mit Streichung der engen Bestpreisklauseln entfiere oder erheblich gemindert würde, hat Booking jedenfalls nicht hinreichend dargelegt.

### **(3) Kein hinreichender Beleg für negative Auswirkungen von etwaigem Trittbrettfahren auf die Werbeinvestitionen**

- (275) Die Gefahr der Verringerung von Anreizen für Investitionen in die Angebotsqualität besteht insbesondere dann, wenn die jeweiligen Investitionen eines Hotelportals vertragspezifisch und so langfristig sind, dass sie nicht kurzfristig amortisiert werden können.<sup>381</sup> Darüber hinaus kann sich ein Trittbrettfahrerproblem auch negativ auf den allgemeinen Anreiz der Hotels auswirken, nicht-vertragspezifische Investitionen zur Verbesserung der

---

<sup>378</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 181; BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 205 ff.

<sup>379</sup> Vgl. etwa Booking.com, Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klausel Verbraucher- und Unterkunftsbefragungen vom 19. Dezember 2014 (Blatt 1908 ff. d.A.), S.7 ff., Booking.com, Die enge MFN-Klausel wird nicht dieselbe Wirkung haben wie die weite MFN-Klausel vom 3. März 2015 (Blatt 2231 ff. d.A.), S.12 ff.

<sup>380</sup> Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

<sup>381</sup> Vgl. Rz. 107 Buchst. d) Vertikal-Leitlinien.

Angebotsqualität vorzunehmen (z.B. Investitionen in die Bekanntheit des Portals).<sup>382</sup> Bei diesen Investitionen stellt sich die Frage, inwieweit sie unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt schützenswert sein können. Im vorliegenden Fall ist maßgeblich, inwieweit die von Booking vorgenommenen Werbeinvestitionen unter Berücksichtigung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ihrer Bestpreisklauseln gleichwohl eine wettbewerbsfördernde Wirkung entfalten. Dies hat Booking indes nicht hinreichend belegt.

- (276) Schon in dem zwischenzeitlich bestandskräftigen HRS-Beschluss hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass die vertragsspezifischen Investitionen<sup>383</sup> des betroffenen Hotelportals, d.h. die Investitionen, die nur auf Grund des Vertragsverhältnisses mit einem bestimmten Hotelunternehmen entstehen und nicht für den Vertrieb von Übernachtungsleistungen anderer Hotelunternehmen eingesetzt werden können, wie etwa Investitionen in Fotos und Textbearbeitung, verhältnismäßig gering sind.<sup>384</sup> Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dies bei Booking anders ist. Soweit man ein relevantes Trittbrettfahrerproblem überhaupt anerkennen wollte (hierzu oben), wären dessen Auswirkungen insofern mithin ebenfalls gering. Booking selbst hat weder zu ihren vertragsspezifischen Kosten noch zu einer etwaigen negativen Auswirkung von Trittbrettfahren auf ihre vertragspezifischen Kosten vorgetragen.
- (277) Booking weist jedoch darauf hin, dass ihre allgemeinen Werbeinvestitionen, etwa in Form des Kaufs von Werbeflächen, der Bezahlung für ein hohes Ranking auf Google oder anderen Metasuchmaschinen oder im Wege von pay-per-click-Zahlungen („PPC“) an die Metasuchmaschinen extrem hoch seien.<sup>385</sup> So gibt sie an, dass allein ihre pay-per-click-Ausgaben für Google und andere Metasuchmaschinen in Deutschland zwischen [30 und 60]% ihres deutschen Provisionsumsatzes aus Buchungen ausmachen, die aus PPC-Werbung für Google und andere Metasuchmaschinen resultieren.<sup>386</sup>
- (278) Soweit Booking hingegen derartige allgemeine, nicht-vertragsspezifische Investitionen tätigt, dienen diese insbesondere der Imageverbesserung und dem Bekanntheitsgrad des

---

<sup>382</sup> Vgl. Rz. 107 Buchst. a) Vertikal-Leitlinien.

<sup>383</sup> Nach Rz. 107 d) der Vertikal-Leitlinien ist die Gefahr einer unzureichenden Amortisierung von Investitionen u.a. nur dann konkret und erheblich, wenn die Investition außerhalb eines Vertragsverhältnisses nicht anderweitig genutzt werden kann.

<sup>384</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 199 ff.

<sup>385</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 139.

<sup>386</sup> Booking.com – Effizienzgewinne, die aufgrund der vorgeschlagenen engen MFN-Klauseln im EWR entstehen vom 11. September 2014 (Blatt 1820 ff.), S. 12.

Hotelportals als solchem und gehen Booking nicht durch etwaiges Trittbrettfahren verloren.<sup>387</sup> Gerade weil die Hotelunternehmen – nach eigenen Angaben von Booking – von der Bündelung der Werbemaßnahmen durch Booking profitieren, stellen sie ihr Angebot auf das Portal von Booking ein und vergrößern so auch den durch Booking erreichbaren Netzwerkeffekt. Der Wert des Netzwerkeffekts für Booking wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Hotels – bislang – praktisch keine finanzielle Gegenleistung für die Einstellung in das Booking-System zu erbringen brauchen.

- (279) Hinzu kommt, dass nicht jegliche allgemeine (online-) Werbeinvestition von Booking den Hotelunternehmen zu Gute kommt. Vielmehr betreibt Booking mit erheblichem finanziellen Aufwand, der sich letztlich aus den Provisionseinnahmen speist, das sogenannte „name grabbing“ auf Google, das durch Zwischenschaltung des dafür zahlenden Hotelportals ein Auffinden der jeweiligen hoteleigenen Website und damit das dortige direkte Buchen erschwert. Die Annahme von Booking, wonach „name grabbing“ jedenfalls gerade den kleinen und mittleren Hotels, die nicht über ein ausreichendes Werbebudget verfügen, von Vorteil sei,<sup>388</sup> führt in die Irre. Booking zahlt gerade deshalb (so hohe) Beträge an Google, um sich vor jeden anderen, also auch vor dasjenige Hotelunternehmen zu positionieren, das ohne „name grabbing“ bei Google aufgrund des allgemeinen Suchalgorithmus weiter oben in der Suchliste stehen könnte. Auf diese Weise wird dem Hotelunternehmen sein direkter Zugang zum Endkunden erschwert; dies reduziert die Chance des Hotels, eigene Reichweite zu erzielen, und erhöht damit die Abhängigkeit von den Hotelportalen sowie die Bereitschaft, höhere Provisionszahlungen im Fall von Buchungen hinzunehmen, um auf diese Weise die Reichweite wieder zu erhöhen.<sup>389</sup> Auf diese Weise erhöhen die von Booking vorgenommenen Werbeinvestitionen die von den Hotelunternehmen zu zahlenden Provisionen und haben zu Lasten der Endkunden eine preistreibende Wirkung auf die Hotelzimmerpreise.

**dd)Verringerung von Suchkosten für Hotelkunden bei durch Bestpreisklauseln angeglichenen Zimmerpreisen kann kein Effizienzvorteil sein**

- (280) Schließlich können sich vorliegend auch nicht aus dem Umstand Effizienzvorteile im Sinne von § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV ergeben, dass es für die buchungswilligen

---

<sup>387</sup> Vgl. in Bezug auf HRS: OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 204.

<sup>388</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 168 ff.

<sup>389</sup> Siehe [www.so-geht-hotel-heute.com/2015/02/offener-Brief-an-peter-verhoeven-booking.com](http://www.so-geht-hotel-heute.com/2015/02/offener-Brief-an-peter-verhoeven-booking.com) (12. Juni 2015).

Hotelkunden – wie Booking<sup>390</sup> sinngemäß meint – besonders bequem ist, angesichts der aufgrund der engen Bestpreisklauseln angeglichenen Zimmerpreise nicht mühsam nach dem günstigsten Zimmerpreis suchen zu müssen.

- (281) Würde man dieses Argument auf die Spitze treiben, so böten die weitreichendsten Preisabsprachen zugleich Effizienzvorteile, die für eine Freistellung sprechen könnten, weil bei absolut gleichgeschalteten Preisen für den Endkunden jeglicher Mühsal des Preisvergleichs entfiel; dies hieße mit anderen Worten, die Kernaussage des Wettbewerbsverstoßes zum Effizienzvorteil zu erheben. Selbst wenn man in der durch die engen Bestpreisklauseln verursachten Preisangleichung – jedenfalls betreffend den eigenen online-Vertrieb der Hotelunternehmen – einen relevanten Effizienzvorteil erkennen wollte, würde dieser nicht ausreichen, um die aufgezeigten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen dieser Klauseln aufzuwiegen. Anders als Booking suggeriert, wünschen sich viele Endkunden Konditionen- und Preisunterschiede und fühlen sich durch die Möglichkeiten und Vorzüge des Vergleichens von wettbewerblichen Preisen und Konditionen und des Auffindens der für sie günstigsten Buchungsoptionen weder benachteiligt noch überfordert.<sup>391</sup>

## **2. Angemessene Verbraucherbeteiligung**

### **a) Vortrag von Booking**

- (282) Nach dem Vortrag von Booking werden die Verbraucher an den durch die engen Bestpreisklauseln verursachten Effizienzgewinnen auch angemessen beteiligt.<sup>392</sup> Die durch die engen Bestpreisklauseln erhöhte Markttransparenz führe zu niedrigeren Zimmerpreisen für die Hotelkunden und verringere deren Suchkosten.<sup>393</sup> Bei einem Wegfall der engen Bestpreisklauseln würden Werbeinvestitionen für Booking weitgehend wir-

---

<sup>390</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 148 ff.

<sup>391</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 184.

<sup>392</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 161 ff.; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.62 ff.

<sup>393</sup> Zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 19.

kungslos. Die Hotelunternehmen müssten dann als Folge selbst in erheblichem Umfang in Werbung investieren, was die Zimmerpreise in die Höhe treiben würde.<sup>394</sup>

### **b) Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (283) Wollte die erste Freistellungsvoraussetzung (Effizienzvorteile der engen Bestpreisklauseln) entgegen obiger Ausführungen als hinreichend belegt betrachten, so wäre indes vorliegend auch keine angemessene Beteiligung der Verbraucher im Sinne von § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV festzustellen, jedenfalls hat Booking eine solche nicht hinreichend belegt.
- (284) Denn zum Einen sind die Bestpreisklauseln ihrer Natur nach nicht geeignet, den bereits vorhandenen Qualitätswettbewerb zwischen den Hotelportalen weiter zu verstärken und auf diese Weise die Qualität des Portalangebots zum Nutzen der Hotelkunden wesentlich zu erhöhen. Zum Anderen erhöhen die engen Bestpreisklauseln weder die Markttransparenz noch verringern sie den Suchaufwand für die Hotelkunden.<sup>395</sup> Entgegen der Auffassung von Booking spricht nichts dafür, dass Hotelportale ohne Bestpreisklauseln mangels ausreichenden Umsatzes nicht mehr profitabel operieren könnten und dann allein – die insoweit weniger komfortablen – Metasuchmaschinen für Markttransparenz sorgen müssten.<sup>396</sup> Die Marktentwicklung der letzten Jahre spricht vielmehr deutlich dagegen.
- (285) Schließlich belegt Booking auch nicht hinreichend, dass ihre Werbeinvestitionen ohne enge Bestpreisklauseln angeblich weitgehend wirkungslos bleiben. Soweit Hotelunternehmen nach einem Wegfall der engen Bestpreisklauseln in geringerem Maße bereit sein sollten, hohe Provisionen an Hotelportale zu zahlen, und stattdessen vorzugsweise Investitionen in ihre eigene Webpräsenz tätigen, könnte dies auch die hohen Werbeausgaben der Hotelportale begrenzen und ihren Mitteleinsatz auf effiziente Kosten zurückführen.

## **3. Unerlässlichkeit**

### **a) Vortrag von Booking**

- (286) Booking führt zur Begründung der Unerlässlichkeit der engeren Fassung der Bestpreisklausel an, dass die – vorgeblichen – Effizienzgewinne ohne die Bestpreisklausel durch

---

<sup>394</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 170 ff.; zuletzt vorgetragen im persönlichen Gespräch am 16. Dezember 2015, vgl. Booking-Präsentation im Anhang zum Protokoll, Folie 20.

<sup>395</sup> Zu weiten Bestpreisklauseln vgl. BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 226 f.

<sup>396</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 164, 166.

Trittbrettfahren erheblich geschmälert würden<sup>397</sup>, insbesondere würde die von Booking geschaltete Werbung in keinem gesicherten Verhältnis zu den erzielbaren Erträgen stehen, die Endkunden müssten ohne die verbraucherfreundliche Oberfläche des Booking-Portals einen erhöhten Suchaufwand betreiben und ihr Geschäftsmodell würde mangels ausreichenden Umsatzes mittelfristig insgesamt in Frage gestellt. Der weitaus größte Teil der deutschen Hotels habe in der von Booking beauftragten GFK-Hotel- und Verbraucherumfrage erklärt, dass das Provisionsmodell für ihre Unterkunft gut funktioniere.<sup>398</sup> Ohne die Bestpreisklausel könnten die Hotelunternehmen wegen der reduzierten Preistransparenz zum Schaden der Verbraucher ihre Preise erhöhen; nur die engen Bestpreisklauseln könnten dies verhindern.

- (287) Zudem arbeite derzeit kein Hotelbuchungsportal mit einem alternativen Geschäftsmodell, und zwar auch HRS nicht; die Hinweise des Bundeskartellamtes auf alternative Geschäftsmodelle seien unrealistisch, weil sie entweder im Markt per se nicht akzeptiert würden oder weil sie anderen Wirtschaftsbereichen entnommen worden seien.<sup>399</sup> Zwar sei der Beschluss gegen HRS inzwischen bestandskräftig geworden und die Bestpreisklauseln dort verboten, HRS profitiere aber indirekt weiterhin davon, dass bei den anderen bedeutsamen Hotelportalen Booking und Expedia noch Bestpreisklauseln existierten.

#### **b) Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (288) Soweit man die ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen als erfüllt betrachten wollte, wären Bestpreisklauseln jedenfalls nicht unerlässlich im Sinne von § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV.
- (289) Voraussetzung für die Unerlässlichkeit im Sinne von § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV wäre, dass die Wettbewerbsbeschränkungen notwendig sind, um die – vorgeblichen – Effizienzgewinne zu erzielen. Wettbewerbsbeschränkungen können nur dann als unerlässlich betrachtet werden, wenn weniger restriktiv erscheinende Alternativen zu erheblichen Effizienzeinbußen führen würden. Dabei muss das Unternehmen, das sich auf die Freistellungsvoraussetzung berufen möchte, nachvollziehbar und plausibel erläutern und

---

<sup>397</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 171 ff.

<sup>398</sup> Booking bezieht sich hier auf die GFK-Hotel- und Unterkunftsfrage, wonach die große Mehrheit der befragten Unterkünfte ([70-90]%) sich einig gewesen seien, dass ein Provisionsmodell für sie gut funktioniere (Booking.com, Effizienzgewinne: Vorschlag für eine enge MFN-Klauseln Verbraucher- und Unterkunftsbefragungen vom 19. Dezember 2014 [Blatt 1908 ff. d.A.], S. 35).

<sup>399</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 3.66 ff.



belegen, warum realistisch erscheinende und weniger wettbewerbsbeschränkende Alternativen zu der Vereinbarung erheblich weniger effizient wären.<sup>400</sup> Indes gelingt Booking dies vorliegend nicht in hinreichendem Maße. Die Unerlässlichkeit ist weder hinreichend belegt durch den Umstand, dass die Hotelportale derzeit bei ihren Geschäftsmodellen verharren (hierzu unter aa.), noch dadurch, dass alle anderen denkbaren Geschäftsmodelle angeblich weniger effizient seien (hierzu unter bb.); vielmehr ist die Fortführung eines Provisionsmodells durch Booking auch nach der Untersagung der engen Bestpreisklauseln prinzipiell weiter möglich (hierzu unter cc.); im Übrigen wird sich ein wirklich effizientes Geschäftsmodell erst nach Beseitigung der vorhandenen Wettbewerbsbeschränkungen durch Bestpreisklauseln bei sämtlichen etablierten Hotelportalen herauskristallisieren (hierzu unter dd.).

**aa) Kein hinreichender Beleg für die Unerlässlichkeit des derzeitigen Geschäftsmodells**

- (290) Selbst wenn derzeit keines der etablierten Hotelportale an einer Alternative zu dem Provisionsmodell in seiner jetzigen Form arbeiten sollte, ist dies kein Beleg dafür, dass nur das derzeitige Modell wirtschaftlich und effizient sein kann. Vielmehr kann dies genauso gut darauf hindeuten, dass etablierte Hotelportale wie Booking sich dem Innovationsdruck fortdauernd entziehen wollen, indem sie ihre Vorsprünge im Markt über wettbewerbsbeschränkende Eingriffe in die Preissetzungshoheit alternativer Vertriebskanäle sichern.
- (291) Auch die von dem Bundeskartellamt befragten Hotels weisen darauf hin, dass es bei der Entwicklung der Hotelportale an Innovationskraft fehle.<sup>401</sup> Dagegen lässt sich nicht schlüssig anführen, dass sich – so Booking – ein großer Teil der von der GfK befragten Hotelunternehmen für ein Provisionsmodell der Hotelportale ausgesprochen habe. Denn die Hotelunternehmen wurden nicht gefragt, ob sie sich auch andere Geschäftsmodelle oder wenigstens eine Anpassung des Provisionsmodells an einen Vertrieb ohne Bestpreisklauseln vorstellen könnten. Soweit Booking die Situation von HRS nach der be-

---

<sup>400</sup> Vgl. Rz. 75 der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag [= Art. 101 Abs. 3 AEUV], (ABlatt 2004/C 101/97) Rz. 75 und BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 211 f. m.w.N.

<sup>401</sup> Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

standskräftigen Untersagung der HRS-Bestpreisklauseln anspricht, verkennt sie jedenfalls, dass HRS bereits erste Maßnahmen ergriffen hat, um sich darauf einzustellen.<sup>402</sup>

**bb)Kein hinreichender Beleg für die geringere Effizienz aller anderen Geschäftsmodelle**

- (292) Booking hat auch nicht hinreichend belegt, warum realistisch erscheinende und weniger wettbewerbsbeschränkende Alternativen zu einem Geschäftsmodell mit Bestpreisklauseln erheblich weniger effizient wären. Booking hat insoweit lediglich auf bereits in der Vergangenheit angeführte Überlegungen verwiesen, wonach angeblich weder cost-per-click-Zahlungen noch Servicegebühren für Hotels oder Serviceentgelte für Endkunden tragfähig seien<sup>403</sup> und weist nunmehr ergänzend darauf hin, dass das derzeitige Geschäftsmodell – mit engen Bestpreisklauseln – gut funktioniere. Zwar unterstreicht Booking, dass es nicht Aufgabe des Bundeskartellamtes sein könne, ein alternatives Geschäftsmodell für Booking zu entwickeln,<sup>404</sup> sie legt aber nicht überzeugend dar, dass Alternativmodelle erheblich weniger effizient wären als das bisher verwendete Entgeltmodell.
- (293) Dabei gibt es diverse alternative Geschäftsmodelle, die auch in der vorliegenden Konstellation als durchaus realistisch in Betracht kommen.<sup>405</sup> Maßgeblich ist insoweit nicht, ob diese Modelle – wie Booking andeutet – im relevanten Markt bereits tatsächlich praktiziert werden, sondern vielmehr, ob alternative Geschäftsmodelle zumindest „realistisch“ sind, etwa weil sie in ähnlich strukturierten Märkten praktiziert werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – der relevante Markt durch bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen gekennzeichnet und daher nicht auszuschließen ist, dass sich allein schon deshalb alternative Geschäftsmodelle nicht haben etablieren können.
- (294) So hat etwa die Beigeladene zu 3. gleich mehrere realistische Alternativen aufgezeigt.<sup>406</sup> Sie nennt in diesem Zusammenhang u.a. Listungsgebühren (wie etwa bei der Lieferantplattform [www.wer-liefert-was.de](http://www.wer-liefert-was.de)) und die Möglichkeit, den Gast an den Such- und Vergleichskosten zu beteiligen (Beispiel: Beherbergungsportal Airbnb). Auch andere in

---

<sup>402</sup> HRS weist nunmehr selbst darauf hin, dass die Qualität des Portals – wie z.B. die Ausrichtung auf bestimmte Zielgruppen und die Transparenz des Portals – der eigentliche Mehrwert eines Portals sei, nicht hingegen Bestpreisklauseln (Süddeutsche Zeitung vom 10.09.2015, S. 17).

<sup>403</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 234 ff.

<sup>404</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 181.

<sup>405</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 216 ff. m.w.N.

<sup>406</sup> Stellungnahme der Beigeladenen zu 3. vom 28. August 2015 (Blatt 4084 ff.), S. 18 f.

Deutschland aktive Transaktionsplattformen, etwa im Immobilienbereich, sind nicht transaktionsabhängig ausgestaltet; die größte Immobilienplattform „Immoscout“ verfolgt ein Mitgliedschaftsmodell, während „Immowelt“ und „Immonet“ werbeplatzbezogene Entgelte fordern.<sup>407</sup>

- (295) Booking hingegen lehnt Nutzungsgebühren für Endkunden oder cost-per-click-Bezahlungen bzw. Listungsgebühren der Hotelpartner pauschal und ohne nachvollziehbare Begründung ab, obwohl diese in erster Linie von deren Zahlungsbereitschaft abhängen würden. Die Zahlungsbereitschaft wiederum lässt sich nach allgemeiner Lebenserfahrung durch die jeweilige Höhe der geforderten Bezahlung beeinflussen. Booking könnte beispielsweise die Höhe einer Gebühr auch abhängig von dem Umfang der von ihr im Einzelfall tatsächlich erbrachten Leistungen differenzieren. Hingegen könnte beispielsweise ein Bezahlmodell in Form einer Kombination einer fixen Gebühr mit einer variablen Vergütung pro Buchung den Vorteil haben, dass die Zahlungs- und Risikobereitschaft eines jeden Hotelunternehmens individuell Berücksichtigung finden könnte.<sup>408</sup> Auch weitere Bezahlmodelle, wie etwa erfolgsabhängige Entgelte, sind denkbar.

### **cc) Fortführung des Provisionsmodells auch ohne enge Bestpreisklauseln nicht ausgeschlossen**

- (296) Andererseits ist auch vorstellbar, dass das derzeitige – laut Booking von den Hotelunternehmen favorisierte – Provisionsmodell ggf. in abgeänderter Form ohne Bestpreisklauseln fortgeführt werden kann. Hier kommen etwa Bezahlmodelle in Betracht, die zusätzlich zu den Provisionen als weitere Einnahmequelle Gebühren und Werbung vorsehen. Konkrete Praxisbeispiele aus dem Hotelzimmervertrieb im Internet zeigen, dass eine Finanzierung durchaus auf mehreren Beinen stehen kann; so stützt beispielsweise TripAdvisor seine Finanzierung auch auf Werbung, Business Listings (d.h. eine Zusatzpauschale für die Eintragung zusätzlicher Hotelkontaktdaten) und auf Buchungsprovisionen bei Direktanbindungen der Hotels.
- (297) Letztlich bleibt es Booking – soweit hierdurch nicht eine Untersagung der Bestpreisklausel umgangen wird - auch unbenommen, durch niedrigere Provisionen ökonomische Anreize zu setzen, welche die Hotelunternehmen veranlassen, ihr ein besseres Angebot – Einstellung günstigerer Zimmerpreise – zu machen. Durch ein solches Verhalten würde Booking

---

<sup>407</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht zur Freigabe des Zusammenschlusses von Online-Immobilienplattformen, 25. Juni 2015, [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>408</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 218.

selbst gute Voraussetzungen dafür schaffen, dass Endkunden, die sich auf ihrem Portal über Hotelzimmer informieren, dort auch buchen; das vorgebliche Trittbrettfahrerproblem würde auf diese Weise gar nicht erst entstehen, zumindest aber abgemildert. Im Übrigen bestätigt Booking selbst durch eine von ihr in Auftrag gegebene und dem Bundeskartellamt vorgelegte ökonomische Analyse, dass genau dieses – ins Auge springende – „alternative Geschäftsmodell“ möglich wäre.<sup>409</sup>

**dd) Erst das Wirken der Marktkräfte kann zu einem effizienten Geschäftsmodell führen**

- (298) Sollten Hotelkunden die Buchungsportale in Zukunft tatsächlich vermehrt nutzen, um sich lediglich eine Angebots- und Preisübersicht zu verschaffen, ohne dort auch Buchungen vorzunehmen, wären die Hotelportale gefordert, sich auf diese Marktsituation einzustellen und dem buchenden Kunden einen entsprechenden Mehrwert zu bieten.<sup>410</sup> Die für alle Beteiligten beste Lösung kann sich durch das Wirken der Marktkräfte letztlich erst dann einstellen, wenn die durch die (engen) Bestpreisklauseln entstandenen wettbewerblichen Beschränkungen zumindest betreffend die etablierten Hotelportale endgültig beseitigt sind.

**4. Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs**

**a) Vortrag von Booking**

- (299) Schließlich trägt Booking vor, dass die nunmehr begrenzte Reichweite der engen Bestpreisklauseln den Hotelpartnern noch Möglichkeiten belasse, auf einen ungerechtf-

---

<sup>409</sup> RBB Economics geht davon aus, dass bei Abschaffung der weiten Meistbegünstigungsklauseln Hotel und Hotelbuchungsportal in der Lage sein könnten, eine Einigung hinsichtlich der Senkung ihrer jeweiligen Zimmerpreise und Provisionen zu erzielen. Darüber hinaus seien auch deutlich niedrigere Provisionsraten für jedes Hotelbuchungsportal profitabel. Sowohl für Expedia als auch für Booking und HRS gelte, dass Senkungen der Provisionen unter [5-10]% unter der Voraussetzung profitabel wären, dass eine ausreichende Senkung des Zimmerpreises des Hotels erfolge (RBB Economics, Modellierung der Auswirkungen der Abschaffung weiter Paritätsklauseln auf den Wettbewerb um Provisionen zwischen Hotelbuchungsportalen in Deutschland vom 18. Mai 2015 [Blatt 3158 ff. d.A.], S. 9 f.).

<sup>410</sup> Vgl. auch OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 181.

tigten Anstieg der Buchungsprovisionen zu reagieren<sup>411</sup> und dass daher wirksamer Wettbewerb nicht ausgeschaltet werde.<sup>412</sup>

### **b) Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (300) In Anbetracht der vorliegend nicht erfüllten ersten, zweiten und dritten Freistellungsvoraussetzung kommt es auch auf Bookings Vortrag zur vierten Freistellungsvoraussetzung nicht an. Das Bundeskartellamt lässt die Frage der Wesentlichkeit der aufgezeigten Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV daher offen.
- (301) Die engen Bestpreisklauseln schränken – wie aufgezeigt – den Preiswettbewerb und auch den Qualitätswettbewerb zwischen den Hotelportalen sowie den Preiswettbewerb zwischen den Hotelunternehmen spürbar ein und schalten den seitens der eigenen online-Kanäle der Hotelunternehmen möglichen Wettbewerbsdruck auf Hotelportale weitgehend aus.<sup>413</sup> Angesichts der im Wege von Provisionsspreizungen teilweise sehr hohen Provisionen<sup>414</sup> zugunsten von Booking und der von Booking in Abrede gestellten<sup>415</sup> Parallelen zum Fall HRS gibt es deutliche Anzeichen, die für eine Ausschaltung von Wettbewerb sprechen. Unterstützt wird dies durch die starke Stellung der Hotelportale, die sich bereits im Fall HRS daran gezeigt hat, dass Hotels trotz Provisionserhöhung der HRS nicht auf andere Vertriebskanäle abgewandert sind.<sup>416</sup> Hinzu kommt die Abhängigkeit der Hotels gerade von der Marktführerin Booking, die ihre Marktstellung – unter dem Schutzmantel der zunächst weiten, später dann engen Bestpreisklauseln – in den letzten Jahren erheblich ausbauen konnte. Booking gelingt es nicht, hinreichend zu belegen, warum all diese Umstände nicht zu einer wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung führen sollen. Ob diese Gesamtumstände aber als Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 1 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV zu werten ist, kann aus Sicht des Bundeskar-

---

<sup>411</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 35 ff.; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 185.

<sup>412</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 185; Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 245.

<sup>413</sup> Siehe oben Rn. 164 ff. sowie BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 228 ff.

<sup>414</sup> Siehe dazu Blatt 12 f. der Akte „Fragebogen Wettbewerber 2014“. Die Standardprovisionen der größeren Hotelportale in Deutschland lagen 2013 bei etwa 15%. Der Hotelverband Deutschland schätzt, dass der durchschnittliche effektive Provisionssatz der Booking heutzutage 20-25% beträgt (Stellungnahme des Hotelverbandes Deutschland vom 28. August 2015, Blatt 4084 ff. d.A., S. 16).

<sup>415</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. s ff.

<sup>416</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 86.

tellantes angesichts obiger Ausführungen zu den ersten drei Einzelfreistellungsvoraussetzungen letztlich dahinstehen.

### **IX. Unbillige Behinderung gemäß § 20 Abs.1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB**

- (302) Zwar hat sich das OLG Düsseldorf (hierzu unter 1.) mit der Erfüllung von Behinderungstatbeständen durch die Verwendung von Bestpreisklauseln im HRS-Verfahren nicht beschäftigt bzw. diese Frage offengelassen, während Booking (hierzu unter 2.) deren Erfüllung in Abrede stellt. Im Ergebnis bewertet das Bundeskartellamt das Verhalten von Booking jedoch parallel zum Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV zugleich auch als unbillige Behinderung gemäß § 20 Abs.1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB (hierzu unter 3.).

#### **1. Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf**

- (303) Das OLG Düsseldorf<sup>417</sup> hat die von dem Bundeskartellamt<sup>418</sup> bejahte Frage, ob die Anwendung von Bestpreisklauseln der vorliegenden Art neben dem Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV zugleich auch einen Verstoß gegen § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB (Verbot unbilliger Behinderung) darstellt, ausdrücklich offen gelassen, weil es hierauf im seinerzeit entschiedenen Fall (HRS) nicht ankam.

#### **2. Vortrag von Booking**

- (304) Zum Vorwurf der unbilligen Behinderung trägt Booking vor, dass für eine Anwendung nationalen Rechts (§§ 19, 20 GWB) vorliegend kein Raum sei, weil Booking den Verbotsstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfülle bzw. weil das fragliche Verhalten jedenfalls nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sei.<sup>419</sup>
- (305) Zudem verfüge Booking weder über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 GWB<sup>420</sup> noch über relative Marktmacht im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB gegenüber kleinen und mittleren Hotels. Diese seien nicht von Booking abhängig<sup>421</sup> und könnten auf eine Vielzahl anderer Vermarktungskanäle ausweichen.<sup>422</sup> Im Übrigen sei ihr Verhalten

---

<sup>417</sup> OLG Düsseldorf, 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 193 m.w.N.

<sup>418</sup> BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 235 ff.

<sup>419</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 246.

<sup>420</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 186.

<sup>421</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 4.5 ff.

<sup>422</sup> Schriftsatz Booking vom 29.04.2014, Rz. 247 f.

– so Booking – auch nicht als behindernd oder unbillig im Sinne des § 19 GWB zu qualifizieren.<sup>423</sup>

### **3. Würdigung durch das Bundeskartellamt**

- (306) Booking hat durch die Anwendung der Bestpreisklauseln zugleich auch gegen die Verbote gemäß § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB – unbillige Behinderung der von Booking abhängigen kleinen und mittleren Hotelpartner (hierzu unter a.) verstoßen. Ob die Verwendung der engen Bestpreisklauseln durch Booking angesichts ihres hohen Marktanteils auf dem deutschen Hotelportalmarkt auch gegen die Verbote gemäß § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2, 5 GWB und Art. 102 AEUV – Marktmachtmissbrauch – verstößt, lässt das Bundeskartellamt offen (hierzu unter b.).

#### **a) Unbillige Behinderung der abhängigen Hotels**

- (307) Die Verwendung der engen Bestpreisklauseln durch Booking stellt eine unbillige Behinderung der ihnen unterworfenen kleinen und mittleren Hotelunternehmen i. S. d. § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB dar.

#### **aa) Anwendbarkeit der Vorschriften**

- (308) Weil Booking parallel auch den Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt und weil das fragliche Verhalten nicht freigestellt ist, finden die Tatbestände des nationalen Rechts (§§ 19, 20 GWB) – anders als Booking meint – vorliegend auch durchaus Anwendung, vgl. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003.

#### **bb) Abhängigkeit kleiner und mittlerer Hotelunternehmen**

- (309) Booking ist Normadressatin i. S. d. § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB, weil die kleinen und mittleren deutschen Hotels als Nachfrager von den von Booking angebotenen Dienstleistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Hotelportale auszuweichen und Booking nicht mehr als Vertriebskanal zu nutzen, nicht bestehen.<sup>424</sup>

---

<sup>423</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 186; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 4.9 ff.

<sup>424</sup> Vgl. zum Hotelportal HRS, das sogar über eine deutlich schwächere Marktstellung als Booking verfügt und verfügte, BKartA, 20. Dezember 2013, B9-66/10 – HRS, Rz. 236 ff.

- (310) Kleine und mittlere Hotelunternehmen, die nach wie vor den deutschen Hotelmarkt prägen,<sup>425</sup> sind in besonderer Weise auf die Vermarktung ihrer Zimmer durch Hotelportale angewiesen, weil sie bei potenziellen Hotelkunden weniger bekannt sind als die großen Hotelunternehmen und sich gegenüber den Hotelportalen und den großen Hotelunternehmen beim Ranking auf den Suchmaschinen nicht behaupten können.<sup>426</sup> Allein ein stark beworbenes Hotelportal wie Booking, dessen Name im Markt bekannt ist und das auch im Ranking bei Google an oberer Stelle steht, bietet diesen Hotelunternehmen einen direkten Zugang zu einer großen Anzahl potenzieller Hotelkunden.<sup>427</sup> Kleine und mittlere Hotelunternehmen vermarkten ihre Zimmer zwar regelmäßig über mehrere Hotelportale, jedoch nimmt Booking – neben HRS und Expedia – gerade angesichts kontinuierlich gesteigener Marktanteile weiterhin eine besondere Stellung im Hotelportalmarkt ein und ist für die Auslastung deutscher Hotels nicht verzichtbar. Während es in den letzten Jahren zu einer zunehmenden Konsolidierung der in Deutschland tätigen Buchungsportale gekommen ist, fallen Übernachtungen in Deutschland weiterhin zu annähernd zwei Dritteln in Hotelunternehmen an, die über weniger als 20 Zimmer verfügen.<sup>428</sup>
- (311) Die hierdurch begründete Abhängigkeit ist vor diesem Hintergrund auch einseitig; während derzeit kein typisches kleines oder mittleres deutsches Hotel im Hinblick auf seine Auslastungssituation auf den Vertrieb über Booking verzichten kann<sup>429</sup>, ist Booking

---

<sup>425</sup> In Deutschland bieten knapp über 60% aller klassischen Beherbergungsbetriebe und knapp über 45% aller Hotels und Hotels Garni weniger als 20 Zimmer an. Nur knapp über 8% der Hotels und Hotels Garni haben mehr als 100 Zimmer. Siehe Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland“ 2015, S. 42 unter Hinweis auf Erhebungen des Statistischen Bundesamtes.

<sup>426</sup> Die Branchenstudie des Hotelmarkt Deutschland 2014, S. 230 verweist hier auf die Studie der Xamine GmbH (2012). Danach ist ein tägliches Suchmaschinenmarketingbudget von ca. 15.000 € nötig, um in die TOP 10 der Werbetreibenden im Bereich Tourismus vorzudringen. Für HRS veranschlagt die Studie der Xamine GmbH ein tägliches Budget von ca. 30.000 € und für Booking ein tägliches Budget von über 40.000 € (s. Branchenstudie Hotelmarkt Deutschland 2013, S. 215); die genannten Beträge dürften nach Einschätzung der Branchenstudie Hotelmarkt Deutschland heute noch deutlich höher liegen (zuletzt Branchenstudie „Hotelmarkt Deutschland 2014“, S. 230).

<sup>427</sup> Laut einer Umfrage der Arbeitsgemeinschaft Online-Forschung e.V. (2014) wird mittlerweile fast jede dritte Hotelbuchung über Onlinekanäle generiert („Branchenstudie Hotelmarkt Deutschland 2015“, S. 237). Hierbei ist noch nicht berücksichtigt, dass der Erstkontakt zum Hotel oftmals über eine elektronische Buchung erfolgt und in der Folge telefonische und andere Buchungen nach sich zieht.

<sup>428</sup> Ausweislich der Übersicht im Branchenreport „Hotelmarkt Deutschland 2015“, S. 42 verfügten annähernd zwei Drittel der Beherbergungsbetriebe in Deutschland (Hotels, Hotels Garni, Gasthöfe und Pensionen) über weniger als 20 Zimmer.

<sup>429</sup> Vgl. Blatt 16 ff. der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“. Selbst unabhängig von der Größe des Hotels liegt die durchschnittliche Zimmerauslastung in den verschiedenen Städten in Deutschland bei nicht mehr als 70% (S. Branchenreport Hotelmarkt Deutschland 2015, S. 33).



umgekehrt nicht darauf angewiesen, dass einzelne Hotels ihre Dienstleistungen nutzen, und kann entsprechenden wirtschaftlichen Druck aufbauen sowie vergleichsweise hohe Buchungs-Provisionen durchsetzen. Für die Frage der Abhängigkeit der kleinen und mittleren Hotelunternehmen kommt es auch nicht darauf an, ob Booking das einzige Unternehmen im Markt ist, von dem eine Abhängigkeit besteht.<sup>430</sup> Gerade im deutschen Hotelportalmarkt, der maßgeblich durch drei große Hotelportale geprägt ist – Booking, HRS und Expedia – braucht sich die Abhängigkeit nicht auf ein Unternehmen zu beschränken, zumal die Hotels regelmäßig auf mehreren Portalen präsent sind, um verschiedene Zielgruppen zu erreichen und ihre Reichweite zu erhöhen. Booking ist dabei seit einigen Jahren mit kontinuierlich größer werdendem Abstand Marktführer.

### **cc) Unbillige Behinderung**

- (312) Booking hat ihre Marktposition auch dazu genutzt, die kleinen und mittleren deutschen Hotels unbillig i.S.V. § 20 Abs.1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB zu behindern. Eine unbillige Behinderung liegt vor, wenn die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens unmittelbar oder mittelbar nachteilig beeinflusst wird und wenn eine Abwägung der betroffenen Interessen – unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs ausgerichteten Zielsetzung des GWB – nicht zu einem Vorrang des Interesses an diesem Verhalten vor der wettbewerblichen Betätigungsfreiheit der betroffenen Unternehmen führt.
- (313) Für die betroffenen kleinen und mittleren Hotels steht das Interesse im Vordergrund, die verschiedenen bestehenden online-Vertriebskanäle für die Preis- und Konditionen-differenzierung zu nutzen. Dabei gewinnt der Vertrieb über die hoteleigene Website zunehmend an Bedeutung; er stellt einen für diese Hotels besonders kostengünstigen Vertriebskanal dar, der aus Sicht des Hotels zudem besonders leicht und schnell beherrschbar ist. Es bestehen daher unternehmerische Anreize, über diesen eigenen Vertriebskanal – etwa in Phasen hoher Auslastung – günstigere Angebote zu machen als über die parallel genutzten und aus Sicht des Hotelunternehmens teuren Hotelportale. Gerade über diesen eigenen Vertriebskanal dürfen die betroffenen Hotels aber laut der von Booking verwendeten Bestpreisklauseln keine günstigeren Angebote machen; dies nehmen viele betroffene Hotelunternehmen als einen massiven Eingriff in ihre Preissetzungshoheit und

---

<sup>430</sup> Vgl. etwa Bechtold, GWB, a.a.O., § 20 Rdr. 80.

ihre unternehmerischen Freiheiten wahr.<sup>431</sup> Zu den betroffenen Rechten und Interessen der Hotelunternehmen zählen insbesondere die Preissetzungshoheit des Hotelunternehmers, der das wirtschaftliche Verwertungsrisiko vollumfänglich selbst tragen muss, sowie seine unternehmerische Freiheit, die übrigen Konditionen für den Vertrieb seiner Produkte und Dienstleistungen grundsätzlich selbst bestimmen zu dürfen und sich nicht den diesbezüglichen Vorgaben eines (bloßen) Vermittlers unterwerfen zu müssen.

- (314) Dabei kommt es – anders als Booking suggerieren möchte – auch für die Prüfung der unbilligen Behinderung nicht auf einen Vergleich zwischen den weiten und den engen Bestpreisklauseln an, sondern auf einen Vergleich zwischen den engen Bestpreisklauseln und einer Situation ohne Bestpreisklauseln. So mag die Möglichkeit der Preisdifferenzierung über die verschiedenen Hotelportale gegenüber dem Status quo ante – zu Beginn dieses Verfahrens – zwar einen Fortschritt darstellen. Aber auch die engen Bestpreisklauseln verursachen einen weitreichenden Eingriff in die genannten Rechte und Interessen der kleinen und mittleren Hotelunternehmen. Deren Interessen sind unter Berücksichtigung des auf die Wettbewerbsfreiheit ausgerichteten Gesetzesziels gegenüber dem Interesse von Booking, sich durch die Bestpreisklauseln weitgehend vom Wettbewerb abzuschotten und eigenes Buchungsvolumen zu sichern, vorrangig.

#### **b) Marktmissbrauch**

- (315) Ob Booking angesichts ihrer hohen Marktanteile durch die Verwendung der engen Bestpreisklauseln zusätzlich auch die besonderen Missbrauchstatbestände der Art. 102 UAbs. 2 lit. a. AEUV bzw. des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB bzw. die allgemeinen Missbrauchstatbestände des § 19 Abs. 1 GWB bzw. Art. 102 UAbs. 1 AEUV erfüllt, insbesondere ob sie insoweit Normadressatin ist, lässt das Bundeskartellamt offen.

### **E. Maßnahmen gemäß § 32 GWB**

- (316) Im Rahmen des ihr nach § 32 GWB zustehenden Ermessens stellt das Bundeskartellamt die oben dargelegten Zuwiderhandlungen fest und verpflichtet Booking, die festgestellten Zuwiderhandlungen abzustellen (hierzu unter I.) sowie entsprechende Abhilfemaßnahmen

---

<sup>431</sup> Dies ergibt sich deutlich aus der aktuellen Befragung der Hotelunternehmen durch das Bundeskartellamt. Gerade kleinere Einzelhotels sprechen hier von „Provisionsdiktat“, „Einschränkung der Preishoheit“, „Monopolisierung des Hotelbetriebs“, „hohes Maß an Knebelung“ und „Einschränkung der unternehmerischen Freiheiten“. Vergleichbar äußert sich die DEHOGA: „Problem sind hohe Provisionen und fehlende Möglichkeit, auf den Markt zu reagieren“ (s. insbesondere Blatt 16-18 der Akte „Fragebogen Hotels Juni 2015“.

vorzunehmen (hierzu unter II.). Eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB bleibt einer gesonderten Verfügung vorbehalten (hierzu unter III.). Im Übrigen ist das Verfahren im Hinblick auf die zwischenzeitlich erledigten Aspekte einzustellen (hierzu unter IV.).

## **I. Abstellung der Zuwiderhandlung nach § 32 Abs. 1 GWB**

- (317) Der Vortrag von Booking (hierzu unter 1.) zur angeblichen Ermessensfehlerhaftigkeit und Rechtswidrigkeit der vorliegenden Abstellungsverfügung kann nicht überzeugen (hierzu unter 2.)

### **1. Vortrag von Booking**

- (318) Zur Rechtmäßigkeit von Maßnahmen nach § 32 GWB trägt Booking zum Einen vor, dass diese angesichts des zwischenzeitlich geänderten Verfahrensgegenstandes ohne ein neu eingeleitetes Ermittlungsverfahren rechtlich per se unzulässig seien; die vorgebliche Zuwiderhandlung dauere nicht an, sondern habe sich durch die Umstellung der Klauseln zum 1. Juli 2015 erledigt.<sup>432</sup> Mangels berechtigten Interesses sei vorliegend nicht einmal eine vergangenheitsbezogene Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes zulässig.<sup>433</sup>
- (319) Zum Anderen trägt Booking vor, dass eine Abstellungsverfügung auch gegen die Kooperationspflichten des Bundeskartellamtes nach Art. 11 VO 1/2003 verstoße, wenn es ein Verhalten untersage, in Bezug auf das andere nationale Wettbewerbsbehörden in der EU – wie in Frankreich, Schweden und Italien – in Anwendung des materiellen Unionskartellrechts Verpflichtungszusagen angenommen hätten.<sup>434</sup> Nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand außerhalb Deutschlands habe die dänische Wettbewerbsbehörde ihr Verfahren zwischenzeitlich eingestellt,<sup>435</sup> die britische Wettbewerbsbehörde habe die engen Paritätsklauseln letztlich akzeptiert,<sup>436</sup> dies gelte gleichermaßen für die Niederlande und

---

<sup>432</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung, Rz. 45 ff.; Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 2 ff.

<sup>433</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung, Rz. 47 ff.; Schriftsatz Booking vom 14.07.2015, S. 3.

<sup>434</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 55 ff., 65 ff.; Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 2.75 ff. sowie Rz. 6.1 ff., 6.24 ff.

<sup>435</sup> Schriftsatz Booking vom 02.09.2015 (Blatt 4025 ff.), S. 1 ff. und vom 12.10.2015 (Blatt 4255 ff.), S. 3.

<sup>436</sup> Schriftsatz Booking vom 25. 09.2015 (Blatt 4152 ff.), S. 2 f. und vom 12.10.2015, S. 3. Die britische Wettbewerbsbehörde hat das Verfahren „aus Verfahrensgründen“ eingestellt ([www.mlex.com](http://www.mlex.com) „UK regulator closes probe into IHG, Expedia and Booking.com“, Statement der CMA vom 16. September 2015).

Irland,<sup>437</sup> die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde habe angekündigt, das Verfahren gegen Booking gegen Verpflichtungszusagen abschließen zu wollen<sup>438</sup> und in Griechenland habe man erst gar kein Verfahren eröffnet.<sup>439</sup> Eine Abstellungsverfügung stelle somit den gesamten Sinn und Zweck des ECN-Prozesses in Frage;<sup>440</sup> das sei mit Art. 11 VO 1/2003 unvereinbar.<sup>441</sup> Zugleich liege hierin ein Verstoß gegen die mitgliedstaatliche Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV.<sup>442</sup>

- (320) Im Übrigen weise der nationale deutsche Markt vorliegend keine Besonderheiten auf, die eine andersartige Handhabung des Falles als in Frankreich, Schweden oder Italien – wo Verpflichtungszusagen angenommen worden seien – rechtfertigen würde; jedenfalls habe das Bundeskartellamt derartige Besonderheiten nicht festgestellt.<sup>443</sup> In einem Fall wie dem Vorliegenden sei vor Erlass einer Abstellungsverfügung zumindest eine Stellungnahme der Kommission im Sinne des Art. 11 Abs. 5 VO 1/2003 einzuholen;<sup>444</sup> dies habe das Bundeskartellamt indes versäumt.
- (321) Zur ablehnenden Haltung des Bundeskartellamtes gegenüber den seinerzeit angebotenen Verpflichtungszusagen trägt Booking vor, dass die Nichtannahme dieser Zusagen ermessensfehlerhaft gewesen sei. Denn das Ermessen des Bundeskartellamtes sei vorliegend im Hinblick auf die Annahme der angebotenen Verpflichtungszusagen auf Null reduziert gewesen; schließlich seien die engen Bestpreisklauseln kartellrechtlich zulässig.<sup>445</sup>

## 2. Würdigung durch das Bundeskartellamt

- (322) Die vorliegende Verfügung nach § 32 Abs. 1 GWB ist zur Erreichung der Abstellung der vorgenannten Zuwiderhandlung geeignet, notwendig und angemessen und damit ermessensfehlerfrei (hierzu unter a.). Dem stehen weder der bisherige Verfahrensgang entgegen (hierzu unter b.) noch die im Rahmen des ECN bestehenden Kooperationspflichten

---

<sup>437</sup> Schriftsatz Booking vom 12.10.2015, S. 1 f. und S. 3.

<sup>438</sup> Schriftsatz Booking vom 04.08.2015 (Blatt 3992 ff.), S. 1 f. und vom 12.10.2015, S. 3.

<sup>439</sup> Siehe Übersicht über die Verfahrensstände außerhalb Deutschlands im Schriftsatz Booking vom 12.10.2015, S. 3.

<sup>440</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 58 ff.

<sup>441</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 65 ff.

<sup>442</sup> Anlage QE 65 zum Schriftsatz Booking vom 30.11.2015, Rz. 6.32 ff.

<sup>443</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 68 ff.

<sup>444</sup> Schriftsatz Booking vom 02.09.2015, S. 6; Schriftsatz Booking vom 04.08.2015, S. 4; Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Annahme von Verpflichtungszusagen, Rz. 57.

<sup>445</sup> Schriftsatz Booking vom 19.05.2015 zur Abmahnung, Rz. 50 ff.

(hierzu unter c.); das Bundeskartellamt war auch nicht zur Annahme der von Booking ursprünglich angebotenen Verpflichtungszusagen gezwungen (hierzu unter d.)

**a) Verhältnismäßigkeit der vorliegenden Abstellungsverfügung**

- (323) Die vorliegende Abstellungsverfügung des Bundeskartellamtes gemäß § 32 Abs. 1 GWB ist zur Erreichung ihres Zwecks verhältnismäßig, das heißt geeignet, notwendig und angemessen, und überschreitet daher nicht die Grenzen des dem Bundeskartellamt zustehenden Rechtsfolgenermessens. Nach § 32 Abs. 1 GWB kann das Bundeskartellamt Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV abzustellen. Entsprechend der europäischen Praxis<sup>446</sup> umfasst die Abstellungsverfügung sowohl die Feststellung als auch die Untersagung der Zuwiderhandlung.
- (324) Gegenstand der kartellrechtlichen Untersagung sind die derzeit von Booking verwendeten Bestpreisklauseln, die – wie oben dargestellt – gegen § 1 GWB sowie Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, weil sie den Wettbewerb zwischen dem Hotelportal Booking und anderen Hotelportalen sowie zwischen den Hotelpartnern von Booking und anderen Hotels einschränken. Die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot nach § 2 GWB sowie Art. 101 Abs. 3 AEUV liegen nicht vor. Zugleich verstoßen die Bestpreisklauseln gegen das Verbot der unbilligen Behinderung sowie gegen das Verbot der unbilligen Behinderung abhängiger Unternehmen gemäß § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB.
- (325) Booking ist derzeit Marktführerin und gehört zusammen mit HRS – hier erfolgten bereits die Feststellung und Untersagung der Zuwiderhandlungen durch das Bundeskartellamt – und Expedia zu den drei mit Abstand größten Unternehmen auf dem deutschen Hotelportalmarkt. Die Untersagung der Anwendung der Bestpreisklausel ist daher eine geeignete und notwendige Maßnahme, um die durch die Bestpreisklauseln verursachten Wettbewerbsbeschränkungen und parallel dazu das mit ihrer Anwendung verbundene unbillige Verhalten auf dem betroffenen Markt für Hotelportaldienstleistungen für in Deutschland gelegene Hotels zu beseitigen. Die Maßnahme ist auch im Hinblick darauf nach wie vor erforderlich, dass zwischenzeitlich einige Hotelunternehmen trotz der Bestpreisklauseln

---

<sup>446</sup> Vgl. dazu Bornkamm in Langen-Bunte, a.a.O. Rz. 21 ff. zu § 32 unter Hinweis auf EuGH, 2.3.1983 „GVL“ Slg. 1983, 483 Rn. 23.=WuW/E EWG/MUV 593, 594; zur Praxis des Bundeskartellamtes vgl. BKartA 13.1.2006 „E.ON Ruhrgas“ WuW/E DE-V 1147 und BKartA 13.12.2007 „Wirtschaftsprüferhaftpflicht“ WuW/E DE-V 1459.

dazu übergegangen sind, gelegentlich entsprechende Preisdifferenzierungen beim Zimmervertrieb vorzunehmen.<sup>447</sup> Der aufgezeigte Wettbewerbsverstoß hat sich dadurch nicht etwa erledigt; erst die endgültige und vollständige Beseitigung der verwendeten Bestpreisklauseln kann den Hotelunternehmen die insoweit erforderliche Rechtssicherheit verschaffen.

- (326) Die Feststellung und Untersagung der Zuwiderhandlung ist auch angemessen. Sie erlegt Booking keine unverhältnismäßige Belastung auf, weil sie sich auf die Einhaltung des geltenden Wettbewerbsrechts beschränkt. Erfasst sind die (engen) Bestpreisvereinbarungen zwischen Booking und ihren Hotelpartnern für deren in Deutschland gelegene Hotels in der ab dem 1. Juli 2015 gültigen Fassung. Die Abstellungsverfügung ist damit auch ausreichend bestimmt. Durch die Beschränkung der vorliegenden Verfügung auf Bestpreisklauseln im Vertragsverhältnis zwischen Booking und deutschen Hotels begrenzt das Bundeskartellamt die Reichweite der Verfügung auf seinen eigenen Zuständigkeitsbereich.

**b) Zulässigkeit einer Abstellungsverfügung im Hinblick auf den bisherigen Verfahrensgang**

- (327) Dem lässt sich auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, aufgrund des zum 1. Juli 2015 angeblich vollumfänglich geänderten und damit erledigten Verfahrensgegenstandes hätte ein neues Ermittlungsverfahren eingeleitet werden müssen und eine Abstellungsverfügung sei ohne eine solche Neueinleitung rechtlich per se unzulässig. Bereits oben<sup>448</sup> wurde dargelegt, dass lediglich eine Teilerledigung durch Reduzierung des Verfahrensgegenstandes eingetreten ist und dass das Verfahren im Übrigen nach wie vor anhängig ist und erst durch die hier vorliegende Abstellungsverfügung beendet wird. Ein Fehler bei der Ausübung des Rechtsfolgernermessens lässt sich daraus nicht konstruieren.

**c) Kein Verstoß gegen Kooperationspflichten im Rahmen des ECN**

- (328) Das Bundeskartellamt verstößt – anders als Booking meint – durch die Fassung der vorliegenden Abstellungsverfügung nicht gegen die Kooperationspflichten nach Art. 11 VO 1/2003. Der Umstand, dass andere europäische Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer territorialen Zuständigkeit Verpflichtungszusagen angenommen oder ihre einschlägigen Verfahren eingestellt haben, bindet das Bundeskartellamt nicht in seiner Beurteilung

---

<sup>447</sup> Siehe oben Rn. 209 ff.

<sup>448</sup> Vgl. oben Rn. 106 ff.

des vorliegenden Sachverhalts. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ein anderes Territorium und damit einen anderen Markt – nämlich den deutschen Hotelportalmarkt – betrifft. Vielmehr folgt dies schon daraus, dass Entscheidungen über Verpflichtungszusagen in anderen europäischen Mitgliedstaaten schon aus grundsätzlichen Erwägungen keine derartige Bindungswirkung entfalten können, denn sie binden allein die sie erlassende Wettbewerbsbehörde.

- (329) Auch werden durch die Fassung des vorliegenden Beschlusses – anders als Booking befürchtet – Sinn und Zweck des ECN nicht in Frage gestellt. Wie oben dargestellt hat sich das Bundeskartellamt mit der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten intensiv ausgetauscht und dabei die bestehenden Kooperationspflichten erfüllt. Dabei hat das Bundeskartellamt sich – wie die ganz überwiegende Zahl der anderen europäischen Wettbewerbsbehörden auch – allerdings nicht für eine Annahme der Verpflichtungszusagen ähnlich wie in Frankreich, Schweden und Italien entschieden.
- (330) Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass Art. 11 VO 1/2003 keine drittschützende Wirkung entfaltet, denn die allein dem öffentlichen Interesse dienende Vorschrift betrifft lediglich das Kooperationsverhältnis zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten untereinander, ohne besondere oder neuartige Ansprüche oder subjektive Rechtspositionen der Verfahrensbeteiligten im Hinblick auf deren Einhaltung zu begründen. Daher könnte Booking sich auf eine – angebliche – Verletzung dieser Verfahrensvorschrift des Art. 11 VO 1/2003 ohnehin selbst dann nicht berufen, wenn eine solche Verletzung vorläge; insoweit liegt mithin auch keine ermessensfehlerhafte Entscheidung vor. Gleiches – keine drittschützende Wirkung zugunsten von Booking – gilt für den von Booking bemühten vorgeblichen Verstoß des Bundeskartellamtes gegen die mitgliedstaatlichen Loyalitätspflichten aus Art. 4 Abs. 3 EUV, so dass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.
- (331) Schließlich kann Booking auch nicht dahin gefolgt werden, dass vorliegend vor Erlass einer Abstellungsverfügung zumindest eine Stellungnahme der Kommission im Sinne des Art. 11 Abs. 5 VO 1/2003 hätte eingeholt werden müssen und dass eine Abstellungsverfügung ohne eine solche Stellungnahme in der Rechtsfolge unzulässig – weil ermessensfehlerhaft – sei. Eine Pflicht, eine solche Stellungnahme in der vorliegenden Konstellation einzuholen, lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen. Ein Absehen von der Einholung einer solchen Stellungnahme kann daher auch keinen Ermessensfehler begründen. Auch wäre die Kommission gegenüber dem Bundeskartellamt nicht weisungsbefugt; dieses bildet sich vielmehr selbst, weisungsfrei und unabhängig seine Auffassung zum vorlie-

genden Sachverhalt und ist dabei – ähnlich wie ein Gericht – nur an Gesetz und Recht gebunden.

**d) Kein Zwang zur Annahme der ursprünglich von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen**

- (332) Unzutreffend sind schließlich Bookings Ausführungen, das Bundeskartellamt hätte die seinerzeit von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen annehmen müssen, weil sein Ermessen im Hinblick auf die Annahme der angebotenen Verpflichtungszusagen auf Null reduziert gewesen sei, und dass eine Abstellungsverfügung somit nunmehr unzulässig sei.
- (333) Bieten Unternehmen im Rahmen eines Verfahrens nach § 32 GWB an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die ihnen von der Kartellbehörde nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, so kann die Kartellbehörde im Rahmen ihres Ermessens für diese Unternehmen die Verpflichtungszusagen durch Verfügung gemäß § 32b Abs. 1 GWB für bindend erklären. Dies kommt vor allem in einem frühen Verfahrensstadium in Betracht.<sup>449</sup> Die Verfügung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich des § 32b Abs. 2 GWB von ihren Befugnissen nach § 32 GWB keinen Gebrauch machen wird und sie kann befristet werden. Im Rahmen der Verbindlicherklärung erfolgt keine Feststellung der fraglichen Zuwiderhandlung durch die Kartellbehörde.
- (334) Selbst wenn, was im vorliegenden Fall bereits nicht zutrifft, Verpflichtungszusagen angeboten werden, die objektiv geeignet sind, die Bedenken der Kartellbehörde auszuräumen, besteht keine Verpflichtung der Kartellbehörde, angebotene Verpflichtungszusagen auch anzunehmen. Denn eine Verfügung nach § 32b GWB stellt einen Kompromiss dar, zu dem keine Seite gezwungen werden kann.<sup>450</sup>
- (335) Für die von Booking vorgetragene Reduktion des Ermessens auf Null ist daher bereits im Ausgangspunkt kein Raum. Darüber hinaus zeigt die hier vorliegende Abstellungsverfügung, dass die von Booking seinerzeit angebotenen Verpflichtungszusagen in der Sache nicht weit genug gingen und damit gerade nicht geeignet waren, die bestehenden wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes auszuräumen. In einer solchen Situation kommt die Annahme von Verpflichtungszusagen durch eine Wettbewerbsbehörde schon mangels Tatbestandserfüllung des § 32b GWB nicht in Betracht; die Frage der Rechtsfol-

---

<sup>449</sup> Bornkamm in Langen/Bunte, a.a.O., § 32b GWB, Rdn. 5 m.w.N.

<sup>450</sup> Bornkamm in Langen/Bunte, a.a.O., § 32b GWB, Rdn. 16.



ge und damit der Ermessensausübung stellt sich dann insoweit gar nicht erst, eine Ermessenreduzierung auf Null ist in einer solchen Konstellation schlicht nicht denkbar.

## **II. Erforderliche weitere Abhilfemaßnahmen nach § 32 Abs. 2 GWB**

- (336) Darüber hinaus wird Booking aufgegeben, die mit ihren Hotelpartnern vereinbarten Bestpreisklauseln bis zum 31. Januar 2016 aus den Verträgen bzw. den diesen Verträgen zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entfernen, soweit sie deren in Deutschland gelegene Hotels betreffen. Diesem Gebot wird bei Individualverträgen auch durch fristgemäße Änderungskündigungen zum nächstmöglichen Zeitpunkt genügt, selbst wenn diese erst nach Fristablauf wirksam werden.
- (337) Gemäß § 32 Abs. 2 GWB kann die Kartellbehörde im Rahmen ihres Ermessens einem Unternehmen, das gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstößt, alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die für eine wirksame Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung erforderlich und im Hinblick auf den festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.<sup>451</sup>
- (338) Neben der bloßen Untersagung der Durchführung der bestehenden Bestpreisklauseln nach § 32 Abs. 1 GWB sind hier weitere Abhilfemaßnahmen nach § 32 Abs. 2 GWB zur wirksamen Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung erforderlich und im Hinblick auf den festgestellten Verstoß auch verhältnismäßig. Die hier vorgeschriebene Abhilfemaßnahme besteht darin, die vereinbarten (engen) Bestpreisklauseln auch – für die Vertragspartner sichtbar – aus den Verträgen betreffend Bookings Hotelportal bzw. aus den diesen Verträgen zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entfernen. Diese zusätzliche Abhilfemaßnahme ist zur Erreichung des gesetzlichen Ziels der Abstellung der Zuwiderhandlung geeignet und erforderlich. Nur auf die genannte Weise und nicht durch ein milderes, Booking weniger belastendes Mittel kann sichergestellt werden, dass im Text der bestehenden Verträge und der diesen zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Klauseln mehr enthalten sind, die – jenseits ihrer gemäß § 32 Abs. 1 GWB untersagten Durchführung – aufgrund ihrer bloßen Existenz bei einem nicht vollständig oder nicht aktuell informierten Vertragspartner den rechtlichen Anschein ihrer Geltung und Durchsetzbarkeit erwecken könnten. Es bedarf im Ergebnis einer eindeutig erkennbaren Streichung der Bestpreisklauseln aus den bestehenden Ver-

---

<sup>451</sup> Bornkamm in Langen/Bunte, a.a.O., § 32 GWB, Rdn. 12 f. m.w.N.

trägen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, um klare Verhältnisse und Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen,

- (339) Im Hinblick auf die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) dieser Abhilfemaßnahme nach § 32 Abs. 2 GWB berücksichtigt das Bundeskartellamt zwei weitere Gesichtspunkte:
- (340) Da die Umstellung einer Vielzahl von Verträgen einen gewissen Zeitraum in Anspruch nimmt, erscheint es geboten, Booking zur Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Entfernung der Bestpreisklauseln aus den Verträgen und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einem angemessenen Umfang Zeit zu lassen. Eine Widerspruchsfrist der Vertragspartner bei Änderungen der AGB durch Booking ist in den von Booking verwendeten AGB nicht vorgesehen. Bei der Bemessung des fraglichen Zeitraums ist deshalb – anders als im Fall HRS, wo eine entsprechende Widerspruchsfrist vertraglich vorgesehen war – im Ergebnis eine zeitliche Vorgabe bis zum 31. Januar 2016 verhältnismäßig. Auch die Umstellung von weiten auf enge Bestpreisklauseln gegenüber den Hotelunternehmen hat Booking im Sommer 2015 ohne Beachtung einer Widerspruchsfrist innerhalb weniger Tage durchgeführt. Während das Verbot der Durchführung der Bestpreisklauseln nach § 32 Abs. 1 GWB ab sofort gilt, wird Booking zu ihren Gunsten für Entfernung der Bestpreisklauseln aus dem Text der Individualverträge bzw. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Zeit bis zum 31. Januar 2016 gelassen.
- (341) Der Verpflichtung zur Entfernung der Bestpreisklauseln wird bei den betroffenen Individualverträgen auch durch fristgemäße Änderungskündigungen zum nächstmöglichen Zeitpunkt genügt, selbst wenn diese erst nach dem 31. Januar 2016 wirksam werden. Im Hinblick auf die bestehenden Individualverträge, die Bestpreisklauseln enthalten, ist zu berücksichtigen, dass Booking diese – anders als ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen – nicht ohne Weiteres durch einseitige Gestaltung zivilrechtlich wirksam (zumindest soweit ihr nicht im Einzelfall widersprochen wird) verändern kann, sondern dass es insoweit einer ausdrücklichen Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners zur Vertragsfortsetzung unter den veränderten Bedingungen bedarf. Diese Zustimmung kann Booking in vielen Fällen, möglicherweise aber nicht in allen Fällen, erlangen. Booking kann demzufolge eine vollständige rechtsgültige Anpassung der geschlossenen Individualverträge nicht allein gewährleisten und ist daher nur insoweit zu verpflichten, wie sie die erforderlichen zivilrechtlichen Befugnisse zur Vertragsanpassung selbst in der Hand hat.

- (342) Durch die Geltungsbeschränkung der aufgegebenen Abhilfemaßnahme (Streichung der fraglichen Bestpreisklauseln) auf diejenigen Fälle, die in Deutschland gelegene Hotels betreffen, begrenzt das Bundeskartellamt die Reichweite der Verfügung auf den festgestellten Verstoß.

### **III. Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB**

- (343) Die mit dem Anhörungsschreiben des Bundeskartellamtes vom 30. März 2015 gegenüber Booking angekündigte<sup>452</sup> Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 1 GWB bleibt für den Fall der Bestandskraft des hier vorliegenden Beschlusses einer gesonderten Verfügung des Bundeskartellamtes vorbehalten.

### **IV. Teileinstellung**

- (344) Die mit der Umstellung der AGB zum 1. Juli 2015 bereits abgestellten Teile der Zuwiderhandlung haben sich in der Sache erledigt; dies entspricht einer Teilerledigung des ursprünglichen Verfahrensstoffes (siehe oben). Insoweit ist das Verfahren daher aus Klarstellungsgründen einzustellen.

### **F. Sofortige Vollziehbarkeit**

- (345) Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise wiederherstellen.

### **G. Kosten**

- (346) Die Gebührenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde und der wirtschaftlichen Bedeutung des gegen die Beteiligte geführten Verfahrens. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den dargestellten Sachverhalt ergab eine Gebühr von [...] Euro (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB). Berücksichtigt hat die Beschlussabteilung hier insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens.
- (347) Schuldner dieser Gebühr ist nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GWB die Beteiligte. Die Gebühr ist mit der Zustellung dieses Beschlusses fällig und binnen eines Monats nach Zustellung zu überweisen auf das Konto:

---

<sup>452</sup> Schreiben der Beschlussabteilung vom 30. März 2015, Rz. 84 ff.

Bundeskasse Trier bei der  
Deutsche Bundesbank - Filiale Saarbrücken -  
BIC: MARKDEF 1590  
IBAN: DE 81 5900 0000 0059 0010 20

- (348) Als Verwendungszweck bitte ich folgendes Kassenzeichen anzugeben:  
810600326371
- (349) Bitte geben Sie als Verwendungszweck unbedingt das Kassenzeichen und das Datum des Beschlusses an; ansonsten kann die Zahlung nicht bearbeitet werden.
- (350) Sollte bis zum Ablauf eines Monats nach dem Tag der Zustellung keine oder keine vollständige Zahlung erfolgen, so können für jeden angefangenen Monat der Säumnis Säumniszuschläge von eins vom Hundert des rückständigen Betrages erhoben werden (§ 80 Abs. 8 GWB, § 1 Abs. 1 KartKostVO i.V.m. § 18 Abs. 1 VwKostG). Bei Überweisungen aus dem Ausland fallen im Allgemeinen Bankspesen an. In diesen Fällen ist sicherzustellen, dass dem Konto des Bundeskartellamts die volle Gebühr gutgeschrieben wird.

## H. Rechtsmittelbelehrung

- (351) Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde eröffnet. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.
- (352) Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.
- (353) Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.
- (354) Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

---

Silke Hossenfelder

---

Hans-Helmut Schneider

---

Dr. Christa Pfeil-Kammerer

Sie werden darauf hingewiesen, dass die Entscheidung – dem Tenor nach – im Bundesanzeiger (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 GWB) sowie – im Volltext – im Internet veröffentlicht wird. Sie werden daher gebeten, der Beschlussabteilung innerhalb von 7 Tagen nach Zustellung dieses Beschlusses ggf. schriftlich mitzuteilen, ob die Entscheidung Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor der Veröffentlichung zu löschen sind. Bitte begründen Sie, warum es sich bei den von Ihnen ggf. gewünschten Löschungen um Geschäftsgeheimnisse handelt. Sollte die zuständige Beschlussabteilung innerhalb von 7 Tagen keine Nachricht von Ihnen erhalten, geht das Bundeskartellamt davon aus, dass diese Entscheidung keine Geschäftsgeheimnisse enthält, und wird sie veröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

<b>A. Zusammenfassung</b> .....	<b>4</b>
<b>B. Sachverhalt</b> .....	<b>7</b>
I. Booking und andere Online-Vertriebskanäle .....	7
1. Bestpreisklauseln von Booking.....	10
a) Bestpreisklauseln bis Juni 2015 .....	10
b) Bestpreisklauseln ab dem 1. Juli 2015.....	13
2. Bestpreisklauseln anderer Hotelportale.....	16
II. Beschwerden der Hotellerie .....	17
1. HOTREC.....	17
2. IHG.....	18
3. Gespräche des Bundeskartellamtes mit Vertretern der deutschen Hotellerie .....	19
a) Vertriebskanäle der Hotels .....	21
b) Weite Bestpreisklauseln .....	21
c) Enge Bestpreisklauseln .....	22
d) Zukünftige Entwicklung des Hotelvertriebs .....	23
<b>C. Verfahren</b> .....	<b>24</b>
I. Verfahren gegen Booking beim Bundeskartellamt.....	24
II. Verfahren gegen Expedia beim Bundeskartellamt.....	30
III. Verfahren in anderen Ländern .....	30
<b>D. Rechtliche Würdigung</b> .....	<b>32</b>
I. Gewährung rechtlichen Gehörs und faires Verfahren.....	32
1. Vortrag von Booking .....	33
2. Würdigung durch das Bundeskartellamt.....	34
a) Gewährung rechtlichen Gehörs.....	34
b) Faires und unparteiisches Verfahren .....	37
II. Verfahrensgegenstand und Teilerledigung .....	38
1. Vortrag von Booking .....	38
2. Würdigung durch das Bundeskartellamt.....	40

a)	Einbezug des „Preferred Partner“-Programms in die Entscheidung .....	40
b)	Keine Notwendigkeit, ein neues Verfahren einzuleiten; Teilerledigung .....	42
aa)	Annahme von Verpflichtungszusagen in Frankreich, Schweden und Italien .....	42
bb)	Umstellung der Bestpreisklauseln durch Booking zum 1. Juli 2015 .....	44
c)	Aktueller Verfahrensgegenstand ist ein „Minus“, kein „Aliud“ .....	45
III.	Amtsermittlungspflichten wurden erfüllt .....	46
1.	Vortrag von Booking .....	46
2.	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	48
IV.	Sachlich relevanter Markt .....	50
1.	Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf .....	50
2.	Vortrag von Booking .....	50
3.	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	52
a)	Kein weiter, einheitlicher Buchungsmarkt .....	53
aa)	Bündel von „Suchen, Vergleichen und Buchen“ als sachlich relevantes Paket von Hauptleistung und Nebenleistungen der Hotelportale .....	53
bb)	Indirekte Netzwerkeffekte .....	54
cc)	Andere Vertriebswege gehören nicht zum sachlich relevanten Markt .....	55
dd)	Bestätigung der sachlichen Marktabgrenzung in Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden .....	57
b)	Keine handwerklichen Fehler bei der Umsatzerhebung .....	58
c)	Kein Widerspruch der sachlichen Marktabgrenzung im Verhältnis zur Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen .....	59
V.	Räumlich relevanter Markt .....	59
1.	Feststellungen des OLG Düsseldorf .....	60
2.	Vortrag von Booking .....	60
3.	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	60
VI.	Beschränkungen des Wettbewerbs gemäß § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	61
1.	Enge Bestpreisklauseln als Vereinbarungen zwischen Unternehmen .....	62
2.	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels .....	62
3.	Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen .....	63
a)	Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Hotelportalmarkt .....	63
aa)	Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf .....	64
bb)	Vortrag von Booking .....	65

cc)	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	69
(1)	Prüfungsmaßstab für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung.....	69
(2)	Reichweite der Ermittlungen und Verwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse...	71
(3)	Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Einzelnen.....	73
(a)	Beschränkung der Anreize für die Hotelunternehmen zur Preisdifferenzierung bei verschiedenen Hotelportalen .....	74
(b)	Beschränkung der Anreize für die Hotelportale zum Angebot günstigerer Provisionen oder Konditionen .....	84
(c)	Verstärkung der Wettbewerbsbeschränkungen durch Klauseln zur Mindestverfügbarkeit und Bestpreisgarantie.....	85
(d)	Marktabstottende Effekte .....	86
b)	Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt für Hotelzimmer .....	88
aa)	Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf.....	89
bb)	Vortrag von Booking .....	89
cc)	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	90
c)	Verstärkung der aufgezeigten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen durch Anwendung von Bestpreisklauseln seitens anderer Hotelportale .....	93
4.	Spürbarkeit.....	94
VII.	Keine Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO.....	96
1.	Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf .....	96
2.	Vortrag von Booking .....	97
3.	Würdigung durch das Bundeskartellamt.....	97
VIII.	Keine Einzelfreistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV .....	98
1.	Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung .....	99
a)	Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf.....	99
b)	Vortrag von Booking .....	99
c)	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	100
aa)	Allgemeine Vorteile, die Hotelportale den Hotelunternehmen bringen, sind keine Effizienzgewinne aus den engen Bestpreisklauseln .....	101
bb)	Kein hinreichender Beleg eines relevanten Umsatzrückgangs durch Streichung der engen Bestpreisklauseln .....	103
cc)	Kein hinreichender Beleg für Effizienzgewinne durch Vermeidung des Trittbrettfahrens .....	104
(1)	Kein hinreichender Beleg für relevantes Trittbrettfahren .....	105
(2)	Kein hinreichender Beleg für geminderten Anreiz, in die Qualität des Portals zu investieren .....	106



(3)	Kein hinreichender Beleg für negative Auswirkungen von etwaigem Trittbrettfahren auf die Werbeinvestitionen .....	107
dd)	Verringerung von Suchkosten für Hotelkunden bei durch Bestpreisklauseln angeglichenen Zimmerpreisen kann kein Effizienzvorteil sein .....	109
2.	Angemessene Verbraucherbeteiligung .....	110
a)	Vortrag von Booking .....	110
b)	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	111
3.	Unerlässlichkeit.....	111
a)	Vortrag von Booking .....	111
b)	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	112
aa)	Kein hinreichender Beleg für die Unerlässlichkeit des derzeitigen Geschäftsmodells .....	113
bb)	Kein hinreichender Beleg für die geringere Effizienz aller anderen Geschäftsmodelle.....	114
cc)	Fortführung des Provisionsmodells auch ohne enge Bestpreisklauseln nicht ausgeschlossen.....	115
dd)	Erst das Wirken der Marktkräfte kann zu einem effizienten Geschäftsmodell führen .....	116
4.	Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs .....	116
a)	Vortrag von Booking .....	116
b)	Würdigung durch das Bundeskartellamt .....	117
IX.	Unbillige Behinderung gemäß § 20 Abs.1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB.....	118
1.	Feststellungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf .....	118
2.	Vortrag von Booking .....	118
3.	Würdigung durch das Bundeskartellamt.....	119
a)	Unbillige Behinderung der abhängigen Hotels .....	119
aa)	Anwendbarkeit der Vorschriften .....	119
bb)	Abhängigkeit kleiner und mittlerer Hotelunternehmen .....	119
cc)	Unbillige Behinderung .....	121
b)	Marktmissbrauch .....	122
<b>E.</b>	<b>Maßnahmen gemäß § 32 GWB.....</b>	<b>122</b>
I.	Abstellung der Zuwiderhandlung nach § 32 Abs. 1 GWB .....	123
1.	Vortrag von Booking .....	123
2.	Würdigung durch das Bundeskartellamt.....	124
a)	Verhältnismäßigkeit der vorliegenden Abstellungsverfügung .....	125

b)	Zulässigkeit einer Abstellungsverfügung im Hinblick auf den bisherigen Verfahrensgang .....	126
c)	Kein Verstoß gegen Kooperationspflichten im Rahmen des ECN .....	126
d)	Kein Zwang zur Annahme der ursprünglich von Booking angebotenen Verpflichtungszusagen .....	128
II.	Erforderliche weitere Abhilfemaßnahmen nach § 32 Abs. 2 GWB.....	129
III.	Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB.....	131
IV.	Teileinstellung .....	131
<b>F.</b>	<b>Sofortige Vollziehbarkeit.....</b>	<b>131</b>
<b>G.</b>	<b>Kosten .....</b>	<b>131</b>
<b>H.</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung.....</b>	<b>133</b>