

WEKO online-buchungsplattformen-2015-10-19 vom 19. Oktober 2015

WEKO, 2015-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_online-buchungsplattformen-2015-10-19

FR: WEKO online-buchungsplattformen-2015-10-19 du 19 octobre 2015

IT: WEKO online-buchungsplattformen-2015-10-19 del 19 ottobre 2015

Erwägungen

E. 37

JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, Pub- ligroupe SA et al./WEKO, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 Publigroupe SA und Mit- beteiligte/WEKO.

E. 38

Auch Expedia hat dieses Argument im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag vorgebracht.

E. 39

Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010 S. 1 ff. (Vertikalleitli- nien), Rz 12 ff.

E. 40

Vgl. RPW 2013/4, 481 f. Rz 32., Costa Kreuzfahrten.

E. 41

Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung verti- kaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

E. 42

Vgl. zum Ganzen: RPW 2013/4, 481 f. Rz 33 ff., Costa Kreuzfahrten.

E. 43

Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezem- ber 2007, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008 (AEUV).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 26

verneint, weil die Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind.⁴⁴ Denn bereits die Tätigkeit der Online-Buchungsplattformen zeichnet sich gerade durch hohe marktspezifische Investitio- nen aus, beispielsweise durch Investitionen bezüglich der Promotion der eigenen Plattform und der entsprechenden Vertriebsinfrastruktur (Homepage, Reservationssysteme, IT- Infrastruktur etc.). Auch sind die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln, welche von den Online-Buchungsplattformen gegenüber den Hotels durchgesetzt werden, gerade nicht mit dem einem Handelsvertreterverhältnis inhärenten Primat des Auftraggebers vereinbar. Damit sind die Verhaltensweisen der

Online-Buchungsplattformen vorliegend regulär am Kartellgesetz zu messen. 100. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften verhält, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte⁴⁵ stehen hier offenkundig nicht zu Beurteilung. Fest steht, dass all diese Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1 bis KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist.⁴⁶ C.1.2. Sachlicher Geltungsbereich 101. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). 102. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet. 103. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar⁴⁷. Ob es sich bei Booking.com alleine oder den drei Parteien gemeinsam um marktbeherrschende Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.⁴⁸

E. 44

Vgl. insbesondere Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 8, HRS.

E. 45

Etwas ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

E. 46

RPW 2004/2, 419 Rz 56, Swisscom ADSL, siehe dazu nachfolgend Rz 106 ff.

E. 47

Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BB1 1995 I 468, 547 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

E. 48

Vgl. Rz 412.

C.1.3. Örtlicher Geltungsbereich 104. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist dieses Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.⁴⁹ 105. Die vorliegend zu prüfenden Vertragsklauseln werden von den Parteien mit Hotels in der Schweiz vereinbart und haben damit Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz. Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar. C.2. Materielle Verfügungsadressatinnen C.2.1. Allgemeines 106. Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist oder wenn, wie hier, die Frage nach dem Vorliegen eines Konzerns offen gelassen wurde,⁵⁰ stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. sind. Ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen kann ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein. Verfügungsadressaten können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind. Zu unterscheiden ist dabei in grundsätzlicher Hinsicht zwischen materiellen und formellen Verfügungsadressaten. 107. Als materielle Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.⁵¹ Sie haben ohne weitere Parteistellung in einem Verfahren.⁵² Als formelle Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.⁵³ Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG⁵⁴ zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.⁵⁵ Auch solchen Dritten kommt, obwohl – wie gesagt – die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.⁵⁶ Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fliessenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle

E. 49

BBl 1995 I 468, 535.

E. 50

(v) Singlehoming versus Multihoming 197. Falls mehrere Plattformen im selben Markt tätig sind, können sich Angehörige der durch diese Plattformen verbundenen Nachfragergruppen entscheiden, ob sie nur eine einzige dieser Plattformen („Singlehoming“) oder mehrere Plattformen („Multihoming“) verwenden. Die Möglichkeit des Multihomings hat wiederum Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstruktur, beispielsweise bezüglich der Preisstruktur, in zweiseitigen Märkten.¹⁷⁸ 198. Vorliegend ist Multihoming sowohl seitens Hotels, als auch seitens Endkunden grundsätzlich möglich. So beinhalten die Partnerverträge der Parteien keinerlei Exklusivitätsklauseln und auch den Endkunden ist es durchaus möglich,

verschiedene Plattformen zu nutzen. 199. Allerdings existiert eine Reihe von Einschränkungen, welche ein umfassendes Multihoming limitieren. Aus Sicht von Hotels ist die Bewirtschaftung von mehreren Online-Buchungsplattformen mit einem steigenden administrativen Aufwand verbunden. Während die Bewirtschaftung von nur einer Online-Buchungsplattform über das Extranet machbar ist, kann die Bewirtschaftung von mehreren indirekten Kanälen den Kauf von spezialisierten Software-Lösungen wie Channel Managern oder zentralen Reservationssystemen (CRS) notwendig machen. Gerade der Anschluss an eine Online-Buchungsplattform mit einem geringen Buchungsvolumen könnte sich unter diesen Umständen nicht lohnen. 200. Seitens der Endkunden ist festzuhalten, dass der Erwerb einer Hoteldienstleistung (im Gegensatz zu beispielsweise Kreditkartentransaktionen) eine relativ seltene Transaktion ist, womit diese möglicherweise eher zur Verwendung der immer gleichen Plattform tendieren. Auch können Online-Buchungsplattformen Singlehoming in einem gewissen Ausmass fördern, beispielsweise durch Kundenbindungsprogramme.

Abbildung 3: Online-Buchungsplattformen als zweiseitiger Markt

178 EVANS (Fn 162). Singlehoming Multihoming Singlehoming Multihoming Indirekte Netzwerkeffekte Direkte Transaktion

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 51

(vi) Zusammenfassung 201. Zusammengefasst weist die Tätigkeit von Online-Buchungsplattformen folgende spezifische Charakteristika auf: ■ Nachfragergruppen: Online-Buchungsplattformen vermitteln zwischen zwei Nachfragergruppen, nämlich Endkunden und Hotels. ■ Indirekte Netzwerkeffekte: Es bestehen starke indirekte Netzwerkeffekte. So ist eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver, je mehr Hotels auf dieser vertreten sind. Umgekehrt wollen Hotels mit einer Plattform eine möglichst hohe Anzahl potenzieller Endkunden ansprechen. ■ Preisstruktur: Den Endkunden entstehen keine (direkten) Kosten für die Nutzung der Online-Buchungsplattformen. Sämtliche direkten Kosten werden im Falle einer erfolgreichen Vermittlung von den Hotels getragen. ■ Transaktion: Als Resultat der Vermittlung durch die Online-Buchungsplattformen kommt eine direkte Transaktion zwischen den Nachfragergruppen zustande, nämlich der Verkauf einer Hoteldienstleistung durch Hotels an Endkunden. ■ Multihoming: Multihoming ist für beide Nachfragergruppen grundsätzlich möglich. 202. Damit handelt es sich vorliegend um einen zweiseitigen Markt. Dieses Ergebnis wird auch durch diesbezügliche Aussagen von HRS gestützt. Und auch das Bundeskartellamt geht von dieser Einschätzung aus. 179 C.4.5.1.4. Alternativen zu Online-Buchungsplattformen 203. Neben Online-Buchungsplattformen existiert eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen, über welche Hotels ihre Dienstleistungen an Endkunden verkaufen können. Zunächst können diese danach unterschieden werden, ob die Buchung im direkten Kontakt zwischen Endkunde und Hotel erfolgt (direkter Vertrieb), oder ob bei der Buchung ein Intermediär beteiligt ist (indirekter Vertrieb). 204. Tabelle 1 enthält eine Übersicht über die von Hotels verwendeten Vertriebskanäle. Weiter wird ersichtlich, in welchem Umfang über die verschiedenen Vertriebskanäle Hotelübernachtungen in der Schweiz gebucht werden. Insgesamt werden rund zwei Drittel der Übernachtungen direkt bei Hotels gebucht, was grossmehrheitlich über traditionelle Kommunikationsmittel (Telefon, Fax und Brief) sowie durch Walk-In-Kunden geschieht. Einen ähnlichen Anteil an direkt gebuchten Übernachtungen generieren Buchungen via E-Mail sowie mittels Kontaktformular auf der hoteleigenen Homepage, bei welchen die Endkunden keine

sofortige Buchungsbestätigung erhalten. Vergleichsweise gering ist der Anteil der Übernachtungen, welche in Echtzeit (d.h. mit Prüfung der Verfügbarkeit und sofortiger Bestätigung) auf der eigenen Webseite von Hotels gebucht werden können.

179 Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 81, HRS. Typische andere Beispiele für zweiseitige Märkte finden sich in den Bereichen Zahlungsverkehr (z.B. Kredit- und Debit-Karten), Medien (z.B. Zeitungen, Zeitschriften, TV) und Computer (Betriebssysteme, Spiel-Konsolen).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 52

Tabelle 1: Vertriebskanäle bei Hotels in der Schweiz (Anteil an Übernachtungen)

Vertriebskanal 2008 2013 Direkter Vertrieb

- Telefon / Fax / Brief 29 % 23 % - Walk-In 8 % 6 % - Kontaktformular auf Webseite (kein Verfügbarkeits-Check) 9 % 6 % - E-Mail 26 % 21 % - Echtzeitbuchungen auf Webseite (mit Verfügbarkeits-Check) 4 % 7 % Online-Buchungsplattformen 6 % 19 % Tour Operator / Reisebüros 7 % 5 % Wholesaler k.A. 3 % Globale Distributionssysteme (GDS) 2 % 3 % Tourismusorganisationen 5 % 3 % Event- und Kongressorganisatoren 2 % 2 % Hotelketten- und Kooperationen mit zentralen Reservationssystemen (CRS) 1 % 1 % Social Media Kanäle k.A. 0 % Andere Vertriebskanäle 1 % 1 %

205. Daneben nehmen Hotels in der Schweiz die Dienste von verschiedenen Reise-Intermediären in Anspruch. Von diesen indirekten Vertriebskanälen machen Buchungen über Online-Buchungsplattformen den grössten Anteil aus. Des Weiteren erfolgt der indirekte Vertrieb, wenn auch in jeweils deutlich geringerem Umfang, über Reiseveranstalter / Reisebüros und Wholesaler¹⁸², über Globale Distributionssysteme (GDS)¹⁸³, wie auch über eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen¹⁸⁴ (wie Tourismusorganisationen, Event- und Kongressorganisatoren). 206. Über die Zeit betrachtet konnte zwischen den Jahren 2008 und 2013 ein massives Wachstum des Anteils der Online-Buchungsplattformen beobachtet werden. Zumal die Anzahl Logiernächte bei Hotels in der Schweiz in diesem Zeitraum sogar leicht gesunken ist, kann festgehalten werden, dass dieses Wachstum der Online-Buchungsplattformen insbesondere zu Lasten des direkten Vertriebs erfolgte.¹⁸⁵ Allerdings hat auch die Bedeutung von anderen Vertriebskanälen wie Tourismusorganisationen oder Tour Operators (Reiseveranstalter) / Reisebüros während dieses Zeitraums abgenommen.

180 Vgl. ROLAND SCHEGG/THOMAS ALLEMANN, Schweizer Hotellerie und Internet 2008, Online Vertrieb gewinnt an Dynamik, Resultate einer online Umfrage bei Mitgliedern von hotellerieuisse, HES-SO, 2009, 18

<https://www.hotellerieuisse.ch/files/pdf7/Schweizer_Hotellerie_und_Internet_20081.pdf> (27. 1.2015). 181 Vgl. ROLAND SCHEGG, 2014 European Hotel

Distribution Study, The Rise of Online Intermediaries, Special focus Switzerland, HES-SO, 2014, 24 <<https://www.hotellerieuisse.ch/files/pdf7/>

2014_European_Hotel_Distribution_Study_SUMMARY_Switzerland_Focus1.pdf>

(27.1.2015). 182 Vgl. Rz 221 ff. 183 Vgl. Rz 216 ff. 184 Vgl. Rz 228 ff.. 185 Gemäss dem Bundesamt für Statistik waren im Jahr 2008 37'333'769 Logiernächte und im Jahr 2013 35'623'883 Logiernächte zu verzeichnen. Siehe Bundesamt für Statistik (BFS), Hotels und Kurbetriebe, Angebot und Nachfrage im Überblick

<<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/10/03/blank/key/01/01.html>> (27.1.2015).

207. Die Parteien bringen vor, dass neben Online-Buchungsplattformen auch sämtliche anderen der genannten Vertriebskanäle sowie zusätzlich auch Werbedienstleister (Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen und Internet-Suchmaschinen) zum sachlich relevanten Markt zu zählen seien. Nachfolgend ist deshalb zu klären, ob diese aus Sicht der Hotels als mögliche Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden können.

(i) Direkter Vertrieb 208. Der direkte Vertrieb umfasst sämtliche Buchungsmöglichkeiten, bei welchen der Endkunde seine Buchung direkt, d.h. ohne einen Intermediär, bei einem Hotel vornimmt. Die Buchungen können dabei einerseits durch traditionelle Kommunikationskanäle (d.h. per Telefon, Brief oder Fax) oder auf elektronischem Weg erfolgen (d.h. per E-Mail, über ein elektronisches Buchungsformular oder als Echtzeit-Buchung auf der hoteleigenen Homepage). Schliesslich gibt es auch Endkunden, welche ein Hotel ohne vorgängige Reservation aufsuchen, sogenannte Walk-In-Kunden.

209. Wie auch von Online-Buchungsplattformen werden durch den direkten Vertrieb sämtliche Arten von Endkunden angesprochen. Im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen bietet der direkte Vertrieb lediglich die Möglichkeit der Buchung einer Hoteldienstleistung, ohne dass die Suche nach einer Vielzahl von Hotels und folglich auch keine unmittelbaren Vergleiche zwischen Hotels möglich sind. Ein Resultat dieser Einschränkung ist insbesondere, dass im direkten Vertrieb keine indirekten Netzwerkeffekte bestehen können. In beschränktem Ausmass können entsprechende Netzwerkeffekte bei Hotels bestehen, welche Teil einer internationalen Hotelkette sind (wie beispielsweise Hilton, Sheraton etc.) sowie bei Hotelaffiliationen (beispielsweise The Leading Hotels of the World, Design Hotels). Die derart entstehenden Netzwerkeffekte sind allerdings angesichts der geringen Bedeutung von Ketten-Hotels in der Schweiz kaum relevant.¹⁸⁶ 210. Analog zu den fehlenden indirekten Netzwerkeffekten fehlen dem direkten Vertrieb auch gewisse Skaleneffekte: So ist eine umfassende internationale Präsenz für ein einzelnes Hotel kaum zu bewerkstelligen, wie auch eine Bündelung von Marketingaktivitäten kaum machbar ist. Ebenso erlaubt der direkte Vertrieb kein Multihoming, wohingegen Online-Buchungsplattform Buchungen bei verschiedenen voneinander unabhängigen Hotels aus einer Hand ermöglichen. 211. Der direkte Vertrieb wird im Allgemeinen als der für Hotels kostengünstigste Vertriebskanal betrachtet, insbesondere auch im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen. Wenn der direkte Vertrieb ein vollständiges Substitut für Online-Buchungsplattformen wäre und letztere entsprechend keinen tatsächlichen Mehrwert gegenüber den Hotels generieren würden, würde infolgedessen keine Nachfrage nach Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen (oder auch anderen kostenpflichtigen Vertriebskanälen) bestehen. Vielmehr geht aus der Umfrage hervor, dass Online-Buchungsplattformen stets komplementär zum direkten Vertrieb eingesetzt werden. So hat keines der befragten Hotels zu Gunsten von Online-Buchungsplattformen ganz auf den direkten Vertrieb verzichtet. Die Komplementarität der Online-Buchungsplattformen und des direkten Vertriebs ist auch aufgrund der Tatsache, dass gewisse Hotels gänzlich auf erstere verzichten,¹⁸⁷ nicht in Frage zu stellen. So ist es bei praktisch

¹⁸⁶ Vgl. Rz 346 ff. ¹⁸⁷ Im Rahmen der Hotelumfrage waren dies insbesondere kleine Betriebe, welche teilweise über eine spezielle Gästestruktur verfügen (wie beispielsweise Berggasthäuser, Hotels mit hauptsächlich Dauermietern etc.).

sämtlichen Produkten der Fall, dass nicht alle aufgrund ihrer Eigenschaften als Endkunden in Frage kommenden Personen oder Unternehmen ein entsprechendes Produkt auch erwerben. 212. In seiner bisherigen Praxis im Reisebereich hat sich die WEKO regelmässig gegen einen Einbezug von Endkunden, welche Reisedienstleistungen ohne den Einbezug eines Reisebüros selbst buchen, zu den jeweils sachlich relevanten Märkten ausgesprochen.¹⁸⁸ Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen von Expedia zurückzuweisen, dass im Fall „Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich“¹⁸⁹ der sachlich relevante Markt sowohl den Eigenvertrieb als auch den Fremdvertrieb von Tickets umfasste¹⁹⁰ und daher auch vorliegend der direkte Vertrieb zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei. Abgesehen von der Tatsache, dass der genannte Fall ein gänzlich anderes Produkt zum Inhalt hatte, sind beim Erwerb eines Tickets die Möglichkeit eines Vergleichs der Eigenschaften verschiedener Veranstaltungen wohl nur untergeordnet, weshalb beim Vertrieb von Tickets indirekte Netzwerkeffekte nur eine untergeordnete Rolle spielen. 213. Es gibt eine Vielzahl weiterer Gründe, weshalb Hotels mit ihrem direkten Vertrieb nicht als Konkurrenten der Parteien (und somit als Bestandteil des sachlich relevanten Marktes) zu betrachten sind: Auch aus Sicht der Endkunden bietet der direkte Vertrieb von Hotels nur in der Minderheit der Fälle eine mit Online-Buchungsplattformen vergleichbare Funktionalität, zumal nur ein kleiner Anteil der direkten Buchungen in Echtzeit über die Webseite der Hotels erfolgt respektive erfolgen kann.¹⁹¹ Selbst bei der Möglichkeit von Echtzeitbuchungen über die Webseite eines Hotels verzichtet der Endkunde dabei auf die Vorteile der Suche, des Vergleichs sowie der Buchung aus einer Hand. Weiter sind Hotels auf einer anderen Marktstufe als Online-Buchungsplattformen tätig, da sie nicht in erster Linie als Vermittler sondern als Produzenten von Reisedienstleistungen tätig sind. Schliesslich ist auch nicht davon auszugehen, dass tausende voneinander unabhängige Hotels als effektive Konkurrenten gegenüber den Parteien auftreten können. 214. Wie auch aus der bisherigen Praxis der WEKO im Reisebereich hervorgeht, können direkte Buchungen allerdings durchaus eine gewisse disziplinierende Wirkung auf Intermediäre haben.¹⁹² Inwiefern Hotels eine disziplinierende Wirkung auf Online-Buchungsplattformen ausüben, wird sodann im Rahmen der Diskussion der Stellung der Marktgegenseite näher betrachtet.¹⁹³ 215. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sich der direkte Vertrieb sowohl bezüglich seiner Eigenschaften wie auch bezüglich der entstehenden Kosten von den Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen klar unterscheidet und deshalb kein (perfektes) Substitut für diese darstellt. Vielmehr verhalten sich, insbesondere aus Sicht der Hotels, die Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen komplementär zum direkten Vertrieb.

188 Vgl. RPW 2000/3, 399 ff., TUI/Kuoni; RPW 2004/1, 129 ff., Hogg Robinson/Kuoni Business Travel; RPW 2005/1, 41 ff., Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines; RPW 2006/4, 693 ff., Hotelplan/Travelhouse. 189 RPW 2012/1, 74 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 190 RPW 2012/1, 104 f., Rz 167 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 191 Vgl. Tabelle 1. 192 Vgl. RPW 2000/3, 402, Rz 19, TUI/Kuoni. 193 Vgl. Rz 345 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 55

(ii) Globale Distributionssysteme 216. Bei Globalen Distributionssystemen (global distribution systems, GDS) handelt es sich um Informatiksysteme, welche Reisebüros den Zugriff auf Informationen bezüglich Reisedienstleistungen (insbesondere Flüge,

Mietwagen und Hotels) ermöglichen sowie die Buchung der entsprechenden Reisedienstleistungen erlauben. GDS wurden ursprünglich in der Airline- Branche entwickelt, um computerbasierte Flug-Reservierungen durch Reisebüros zu ermöglichen. Ihre Funktionalität wurde im Verlauf der Zeit auf weitere Reisedienstleistungen, wie Automieten oder (wie vorliegend näher betrachtet) Hotelbuchungen ausgeweitet. Weltweit tätige Anbieter von GDS sind Amadeus, Travelport sowie Sabre. 217. Ein direkter Zugriff auf GDS durch Endkunden ist praktisch ausgeschlossen. Der Zugriff auf GDS erfolgt insbesondere durch stationäre Reisebüros, welche sich hauptsächlich an Privatkunden richten, oder Unternehmensreisebüros. Rein dadurch ergibt sich eine im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen beschränkte Reichweite, welche zusätzlich auch noch komplementär zu derjenigen von Online-Buchungsplattformen ist. Eine solche Anbindung ist somit auch nur für diejenigen Hotels attraktiv, welche über solche Reisebüros überhaupt gebucht werden. Im Rahmen der getätigten Hotelumfrage waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten sowie Wintersportdestinationen. 218. Auch bezüglich GDS lässt sich festhalten, dass diese bei den vom Sekretariat befragten Hotels nur zusätzlich zum direkten Vertrieb und zum Vertrieb über Online-Buchungsplattformen zum Einsatz kommen. Gesamthaft ist in der Schweiz der Vertrieb über GDS sowohl bezüglich des generierten Buchungsvolumens als auch bezüglich des Anteils an Hotels, welche diesen Vertriebskanal nutzen, nur von untergeordneter Bedeutung. 219. Die WEKO hat noch keine bestehende Praxis bezüglich GDS. Die EU-Kommission hat sich dahingegen in einer Reihe von Zusammenschlussverfahren mit solchen auseinandergesetzt.¹⁹⁴ In all diesen Verfahren ging die EU-Kommission davon aus, dass GDS als eigene sachlich relevante Märkte zu betrachten sind. So beispielsweise im Verfahren COMP/M.4523 Travelport/Worldspan.¹⁹⁵ Dies nachdem insbesondere auch explizit geprüft wurde, ob nicht der Vertrieb von Anbietern von Reisedienstleistungen (darunter auch Hotels) auf deren eigenen Homepages (von der EU-Kommission als „Supplier.coms“ bezeichnet) ein mögliches Substitut für einen Vertrieb über ein GDS darstellt, was schlussendlich verneint wurde.¹⁹⁶ 220. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch GDS nicht als Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden können und somit nicht dem vorliegend sachlich relevanten Markt angerechnet werden können. (iii) Reiseveranstalter und Wholesaler 221. Reiseveranstalter sind ebenfalls im Bereich des Vertriebs von Hoteldienstleistungen tätig. Typischerweise erfolgt der Vertrieb über Reiseveranstalter¹⁹⁷ über ein Merchant-Modell¹⁹⁸, wobei das Hotel Kontingente zu einem Nettopreis an den Reiseveranstalter verkauft. Vielfach

194 Siehe KOMM, ABl. 2001 C 127/07, Hilton/Accor/Forte Travel Services/JV; KOMM, ABl. 2001 C 321/09, Cendant/Galileo; KOMM, ABl. 2002 C 135/07, Amadeus/GGL/JV; KOMM, ABl. 2007 L 314, Travelport/Worldspan; sowie KOMM, ABl. 2007 C 263/01, Amadeus/Sabre/JV. 195 KOMM, ABl. 2007 L 314, 12, Rz 58 f., Travelport/Worldspan. 196 KOMM, ABl. 2007 L 314, 9-13, Rz 39-57, Travelport/Worldspan. 197 Welche wiederum entweder direkt (über die eigene Homepage oder per Telefon) oder über eigene oder unabhängige stationäre Reisebüros an deren Endkunden gelangen. 198 Vgl. oben, Rz 17.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 56

erfolgt der Vertrieb durch Reiseveranstalter an Endkunden im Rahmen eines Pakets, welches beispielsweise aus Transport, Transferleistungen und Unterkunft besteht. Nur in einem beschränkten Ausmass verkaufen Reiseveranstalter Nur-Hotel-Dienstleistungen.

Beispiele für in der Schweiz tätige Reiseveranstalter sind Kuoni, TUI und Hotelplan. 222. Auf einer anderen Marktstufe, aber mit einem ähnlichen Geschäftsmodell wie Reiseveranstalter, operieren sogenannte Wholesaler, welche ebenfalls mit einem Merchant-Modell operieren und Zimmerkontingente zu einem Nettopreis erwerben. Die so erworbenen Kontingente werden anschliessend nicht direkt den Endkunden zugänglich gemacht, sondern wiederum an andere Intermediäre im Reisebereich verkauft. 199 Beispiele für gegenüber Hotels in der Schweiz tätige Wholesaler sind Gulliver GTA (welche dem Kuoni-Konzern angehört) und Hotelbeds (welche dem TUI-Konzern angehört). 223. Aus Sicht der Hotels ist es beim Vertrieb über Reiseveranstalter oder Wholesaler von Vorteil, dass diese Kontingente aufkaufen und somit das Inventarrisiko senken. Gemessen am Preisabschlag, welcher Reisebüros sowie Wholesaler typischerweise auf die den Endkunden zugänglichen Raten gewährt werden muss, sind jedoch die Kosten dieses Vertriebsweges deutlich höher als beim Vertrieb über Online-Buchungsplattformen. 224. Wie auch der Vertrieb über Globale Distributionssysteme (GDS) ist der Vertrieb über Reiseveranstalter und Wholesaler nur für gewisse Hotels attraktiv. Im Rahmen der Hotelumfrage des Sekretariats waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten und Wintersportdestinationen. Wiederum werden diese Vertriebskanäle nicht anstatt, sondern ergänzend zum direkten Vertrieb sowie dem Vertrieb über Online-Buchungsplattformen eingesetzt. 225. Auch aus Endkundensicht sind Reiseveranstalter sowie Wholesaler nicht mit Online-Buchungsplattformen vergleichbar. So sind gerade Wholesaler auf einer Marktstufe tätig, zu welcher Endkunden keinen Zugriff haben. Bei Angeboten von Reiseveranstaltern ergeben sich hingegen bezüglich des Produkts respektive der Zielgruppen teilweise erhebliche Einschränkungen. So sind Hotelübernachtungen, wie bereits erwähnt, meist nur innerhalb eines umfassenden Pakets erhältlich. Ebenso ist der Erwerb von Hoteldienstleistungen über einen Reiseveranstalter vielfach mit der Erhebung von Buchungsgebühren verbunden. Schliesslich richten sich die Angebote von Reiseveranstaltern oftmals an spezifische Zielgruppen oder die Reiseveranstalter sind hauptsächlich gegenüber Endkunden eines bestimmten Landes tätig, so dass nur ein beschränkter Anteil potenzieller Endkunden überhaupt Zugriff auf die entsprechenden Angebote hat. Im Rahmen der Hotelumfrage genannte Beispiele hierfür sind der in der Tschechischen Republik ansässige Reiseveranstalter Medok oder das japanische Unternehmen JTB. 226. Schliesslich betont auch Booking.com selbst, dass sich ihre Tätigkeit in verschiedenster Weise von derjenigen eines Reiseveranstalters unterscheidet und Booking.com deshalb auch nicht als solcher betrachtet werden soll. 200 Auch Kuoni hält fest, dass ihre Tätigkeit als Reiseveranstalter, wie auch die Tätigkeit als Wholesaler im Rahmen der Kuoni-Tochter GTA, nicht

199 So bezieht beispielsweise [...] ihre Hotelzimmer über Wholesaler und unterhält dementsprechend keine direkten Verträge mit Hotels. 200 Als Begründung hierfür wurden durch Booking.com unter anderem folgende Elemente angeführt: - Als Dienstleistung bieten Sie ausschliesslich Online-Reservierungen von Hotels an und keine Reise- und Transportdienstleistungen, Pakete, Reiseleiter, Ausflüge, Kongresse, organisierte Reisen, Verpflegung oder andere (touristische) Dienstleistungen. - Booking.com legt die Endkundenpreise nicht selber fest und erhebt bei den Endkunden keine Gebühr für die Verwendung seiner Dienstleistung und auch keine Buchungsgebühren.

vergleichbar seien mit den Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen wie Booking.com, HRS sowie Expedia. 227. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Hotels Reiseveranstalter sowie Wholesaler nicht als vollwertige Alternativen zu Online-Buchungsplattformen in Frage kommen und somit nicht dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt anzurechnen sind. (iv) Weitere Vertriebskanäle 228. Neben den vorgehend genannten Vertriebskanälen, welche einen überwiegenden Anteil der in der Schweiz getätigten Buchungen generieren, gibt es eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen, welche quantitativ nur von untergeordneter Bedeutung sind und schon allein deshalb nicht über das Potenzial verfügen, als Substitut für Online-Buchungsplattformen zu dienen. Hinzu kommt bei diesen Nischenkanälen auch, dass diese vielfach nur einen sehr beschränkten Fokus bezüglich der Zielgruppen sowie der Art und Anzahl der über sie buchbaren Hotels verfügen. 229. Darunter fallen Buchungen durch Organisatoren von Konferenzen und Events, Social-Media-Kanäle und Tourismusorganisationen. Letztere bieten üblicherweise, neben der Kern-tätigkeit der Informationsvermittlung und Vermarktung der entsprechenden Reisedestinationen auch teilweise die Vermittlung von Hotelzimmern an. Zu solchen Tourismusorganisationen zählen lokale Organisationen (z.B. Arosa Tourismus), regionale Organisationen (z.B. Graubünden Tourismus) oder nationale Organisationen (Schweiz Tourismus, welche u.a. auch myswitzerland.com betreibt). Zusätzlich zum geringen Buchungsvolumen dieser Vertriebskanäle kommt die Tendenz, dass diese teilweise die Buchungsmöglichkeiten bezüglich Hotels an Online-Buchungsplattformen auslagern und somit ohnehin nicht mit diesen in Konkurrenz treten können.²⁰¹ So wird man beispielsweise von der Homepage von Lausanne Tourismus²⁰² zur Hotellsuche über einen Affiliate-Link²⁰³ auf eine entsprechende Seite von Booking.com weitergeleitet. Auch arbeiten beispielsweise die Tourismusorganisation St. Moritz-Engadin sowie myswitzerland.com mit STC zusammen. 230. Daneben existiert eine Reihe von Anbietern von Softwarelösungen, welche den Vertrieb von Hoteldienstleistungen erleichtern sollen. Diese stellen zwar selbst keinen Vertriebskanal im eigentlichen Sinn dar, ermöglichen aber die technische Umsetzung von Buchungsmöglichkeiten gegenüber Endkunden: So können Tourismusorganisationen, welche nicht mit einer Online-Buchungsplattform zusammenarbeiten, Preise und Verfügbarkeiten von Hotels in ihrer Destination über sogenannte Destinationsmanagement-Systeme (DMS) verwalten sowie Buchungen darüber abwickeln. In der Schweiz bedeutsame DMS sind insbesondere TOMAS und Feratel Deskline. Hotels selbst können ihre Preise und Verfügbarkeiten auf verschiedenen Vertriebskanälen über zentrale Reservationssysteme (CRS) sowie Channel Manager verwalten, welche ihnen beispielsweise auch die Einbindung einer direkten Buchungsmöglichkeit auf der eigenen Webseite ermöglichen. In der Schweiz sind insbesondere Reconline sowie GHIX wichtige Anbieter von zentralen Reservationssystemen (CRS) für individuelle Hotels, während Hotelketten teilweise über eigene entsprechende Lösungen verfügen.

- Booking.com ist nicht Wiederverkäuferin der Hotelzimmer und operiert nicht als Händler oder Wholesaler. 201 Vgl. Ausführungen zum Intra-brand-Wettbewerb, Rz 316 ff. 202 <<http://www.lausanne-tourisme.ch>> (22.1.2015). 203 <<http://www.booking.com/city/ch/lausanne.de.html?aid=33082de>> (22.1.2015).

231. Weitere Nischenkanäle umfassen Anbieter von sogenannten Deal-Angeboten (wie Groupon oder DeinDeal), Auktionsplattformen (wie eBay oder Ricardo.ch), Package-Anbieter (im Rahmen der Hotelumfrage wurde beispielsweise Weekend4Two genannt), Anbieter von spezifischen Arten von Hotels (wie beispielsweise Bergfex, welche sich auf Ferienhotels in Bergregionen spezialisiert hat) sowie Opaque Booking-Anbieter (wie Priceline.com, konzern- mässig verbunden mit Booking.com und Hotwire, welches zu Expedia, Inc. gehört). (v) Werbedienstleister 232. Es gibt eine Reihe von Unternehmen, welche Endkunden Informationen zu Hotels zur Verfügung stellen, um diese dann über werbefinanzierte Links auf die jeweiligen Vertriebska- näle weiterzuleiten. Dies sind insbesondere Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen. Die Parteien bringen bezüglich derartiger Unternehmen vor, dass diese als Konkurrenten von ihnen zu betrachten seien und daher dem sachlich relevanten Markt anzurechnen seien. 233. Im Zusammenhang mit Werbedienstleistern ist darauf hinzuweisen, dass Ausgaben für derartige Dienstleistungen einen erheblichen Anteil an den Kosten der Parteien ausmachen, worauf im Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen²⁰⁴ näher eingegangen wird. 1. Bewertungsportale 234. Bewertungsportale ermöglichen es Endkunden, individuelle Erfahrungsberichte, bei- spielsweise über vergangene Hotel-Aufenthalte, zu verfassen und stellen solche Erfahrungs- berichte den anderen Nutzern des Bewertungsportals zur Verfügung. Somit bieten Bewertung- sportale den Endkunden die Möglichkeit, nach Hotels zu suchen und diese aufgrund der bisher verfassten Erfahrungsberichte zu vergleichen. Beispiele für solche Bewertungsportale sind Tri- padvisor, Zoover sowie HolidayCheck. 235. Bewertungsportale erbringen ihre Dienstleistung gegenüber den Endkunden kostenlos, bieten aber keine eigenen Buchungsmöglichkeiten an. Vielmehr werden die Endkunden zur Buchung eines konkreten Angebots über einen werbefinanzierten Link an ein entsprechendes Unternehmen, beispielsweise eine Online-Buchungsplattform, weitergeleitet. Hierfür bezahlt dieses eine sogenannte Pay-per-Click-Gebühr, d.h. es wird ein Betrag entrichtet, wenn ein Endkunde über einen entsprechenden Link auf die Homepage beispielsweise einer Online- Buchungsplattform gelangt. Die Pay-per-Click-Gebühr ist unabhängig davon geschuldet, ob diese Weiterleitung letztlich in einer Buchung resultiert oder nicht. 2. Meta-Suchmaschinen 236. Bei Meta-Suchmaschinen handelt es sich um Webseiten, welche sich darauf speziali- siert haben, Preise für bestimmte Reise-Dienstleistungen bei verschiedenen Anbietern zu ag- gregieren und somit Preisvergleiche zwischen verschiedenen Anbietern zu ermöglichen. Bei- spiele für Meta-Suchmaschinen sind HotelsCombined, Skyscanner sowie der Google Hotel Finder, welcher in die Suchfunktionalität von Google integriert ist. Gewisse Meta-Suchmaschi- nen gehören zu den Konzernen der Parteien der vorliegenden Untersuchung: So gehört die Meta-Suchmaschine Kayak (wie Booking.com) zu Priceline.com, Inc. und Trivago wurde im Jahr 2013 von Expedia, Inc. übernommen.

204 Vgl. Rz 365 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 59

237. Das Geschäftsmodell von Meta-Suchmaschinen ist weitgehend vergleichbar mit demje- nigen von Bewertungsportalen. So erfolgt die Buchung durch den Endkunden direkt bei einem durch die Meta-Suchmaschine angezeigten Anbieter, welcher der Meta-Suchmaschine für die erfolgte Weiterleitung eine Pay-per-Click-Gebühr bezahlt. 3. Internet-Suchmaschinen 238. Endkunden können nicht nur durch spezialisierte Angebote wie Bewertungsportale und Meta-Suchmaschinen, sondern auch über

Internet-Suchmaschinen wie Google oder Bing auf die Angebote von Online-Buchungsplattformen aufmerksam werden. 239. Auch die Dienstleistungen von Internet-Suchmaschinen sind aus Sicht der Endkunden kostenlos. Wenn man als Endkunde nach Hotels in einer bestimmten Ortschaft sucht, beispielsweise durch die Eingabe von „Hotels in Genf“ in der Suchmaske, erscheint typischerweise eine Liste mit organischen Suchresultaten. Die organischen Suchresultate umfassen eine Liste mit Links, bei welchen die Internet-Suchmaschine versucht, die aus Sicht des Endkunden relevantesten Resultate zuerst aufzulisten. Wenn ein Endkunde über einen solchen organischen Link auf eine Homepage gelangt, ist dies für deren Betreiber kostenlos. Online-Buchungsplattformen und andere Anbieter (wie auch die Hotels selbst) können versuchen, die Informationen auf der eigenen Homepage derart zu optimieren, dass diese aus Sicht der Internet-Maschine relevanter wird. Ein solches Verhalten wird als „Search Engine Optimisation“ bezeichnet. 240. Internet-Suchmaschinen generieren ihre Einnahmen durch den Verkauf von bezahlten Suchresultaten. So besteht bei Google²⁰⁵ die Möglichkeit, sogenannte Google AdWords über einen Versteigerungsmechanismus erwerben, so dass bei der Eingabe von bestimmten Suchbegriffen (wie beispielsweise „Hotels in Genf“) ein entsprechender Link auf die eigene Homepage (beispielsweise eine Online-Buchungsplattform) erscheint. Wenn ein Internet-Nutzer auf einen solchen werbefinanzierten Link klickt, wird er auf die Online-Buchungsplattform geleitet, wofür Google eine Pay-per-Click-Gebühr erhält. Zusätzlich können lokale Suchresultate erscheinen, welche eine organische Liste von lokalen Anbietern (beispielsweise Hotels in der Stadt Genf) enthält, welche aber einen Link zu einer Buchungsmöglichkeit eines Werbepartners enthalten, welcher ebenfalls über eine Pay-per-Click-Gebühr abgegolten wird. 241. Der Einsatz von Google AdWords kann äusserst flexibel gestaltet werden. So müssen keine längerfristigen Verträge abgeschlossen werden. Vielmehr ist die Beteiligung an Auktionen für bestimmte Google AdWords jederzeit möglich und kann auch kurzfristig eingestellt werden. Daneben kann eine Vielzahl von anderen zu berücksichtigenden Parametern frei bestimmt werden wie beispielsweise die Tageszeit der Suche oder die Region, in welcher Suche getätigt wird. 4. Beurteilung 242. Wie aus den vorhergehenden Erläuterungen hervorgeht, sind Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen allesamt als Werbedienstleister, insbesondere gegenüber den Online-Buchungsplattformen, tätig. Hotels erhalten jedoch keine unmittelbaren Buchungen über diese Werbedienstleister. Endkunden können zwar bei diesen Werbedienstleistern nach Hotels suchen und sich (in unterschiedlichem Ausmass) über diese

205 Bei Bing, der Internet-Suchmaschine von Microsoft, heisst das entsprechende Produkt Bing Ads.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 60

informieren, für eine effektive Buchung müssen sie aber dennoch einen der bestehenden Vertriebskanäle des so gewählten Hotels nutzen. 243. Allein schon mangels Buchungsmöglichkeiten kann eine Substitution von Online-Buchungsplattformen durch Werbedienstleister ausgeschlossen werden. Vielmehr sind solche Werbedienstleistungen als reine Vorleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen zu betrachten: Die Werbedienstleistungen werden von Online-Buchungsplattformen eingekauft, um ihre Dienstleistungen zu vermarkten. Eine Zurechnung von Internet-Suchmaschinen zum selben sachlich relevanten Markt wie Online-Buchungsplattformen würde zum widersprüchlichen Resultat führen, dass die

eigenen Werbeausgaben einer Online-Buchungsplattform bei einem Werbedienstleister gleichzeitig als Umsätze der derart definierten „Konkurrenz“ betrachtet werden müssten. Dies wäre insbesondere für diejenigen Meta-Suchmaschinen unsachgemäss, welche demselben Konzern wie die Parteien angehören.²⁰⁶ 244. Auch das Bundeskartellamt hält bezüglich Meta-Suchmaschinen²⁰⁷ fest, dass diese nicht zum selben sachlichen Markt wie Online-Buchungsplattformen gehören. Begründet wird dies mit der Feststellung, dass für Hotelunternehmen Metasuchmaschinen insbesondere deshalb nicht austauschbar sind, weil sie nicht die gesamte Vertriebsleistung erbringen, welche ein Hotelier von einer Online-Buchungsplattform erwartet.²⁰⁸ Vielmehr kommt das Bundeskartellamt aufgrund von Erfahrungen bei Fusionskontrollen sowie aufgrund von Aussagen der Online-Buchungsplattformen zum Schluss, dass Metasuchmaschinen auf einer anderen Marktstufe tätig sind als die Online-Buchungsplattformen.²⁰⁹ 245. Schliesslich verweist das Bundeskartellamt auch auf die Erwägungen zu Meta-Suchmaschinen der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer Beurteilung von Globalen Distributionssystemen (GDS).²¹⁰ Die Europäische Kommission hielt fest, dass Meta-Suchmaschinen mangels eigener Buchungs-Funktionalität nicht demselben sachlich relevanten Markt wie GDS anzurechnen seien. So würden Meta-Suchmaschinen in erster Linie als Kanalisierungsinstrument dienen, welches den Verbraucher auf den Reiseleistungsanbieter mit den günstigsten Tarifen verweist.²¹¹ 246. Schliesslich weist auch Booking.com in seiner Stellungnahme zum Antrag darauf hin, dass derzeit nur die wenigsten Hotels direkte Verträge mit Meta-Suchmaschinen hätten: So hätten im März 2015 von [...] auf der zum Priceline-Konzern gehörenden Meta-Suchmaschine Kayak gelisteten Hotels in Europa lediglich [...] direkte Verträge mit Kayak. 247. Zusammenfassend können Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen nicht als Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden, dies insbesondere aufgrund der fehlenden eigenen Buchungsmöglichkeiten. Hingegen bieten diese Werbedienstleister Möglichkeit, den Zugang von Endkunden zu verschiedenen Vertriebskanälen in einem gewissen Ausmass zu beeinflussen.

206 Vgl. Rz 236. 207 Wobei sich das Bundeskartellamt unter diesem Begriff auch mit Bewertungsportalen auseinandersetzt. Vgl. hierzu Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 98, HRS. 208 Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 99, HRS. 209 Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 100, HRS. 210 Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 102, HRS. 211 KOMM, ABl. 2007 L 314, Travelport/Worldspan.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 61

(vi) Einzelne Online-Buchungsplattformen als separate sachlich relevante Märkte? 248. Wie vorhergehend erläutert, verfügen die Parteien teilweise über gewisse Verhaltensspielräume gegenüber ihren Partner-Hotels, wie die Möglichkeit, Kommissionen in einem gewissen Umfang zu erhöhen, wobei die Kommissionen bei Konkurrenten teilweise tiefer sind: So erhöhte HRS die Kommission in der gesamten Schweiz, [...]. Hingegen verlangt STC (als nach den Parteien nächstgrössere Online-Buchungsplattform) einen konstant deutlich tieferen Kommissionssatz verlangt. Ebenso weist Expedia bezüglich Verfügbarkeitsparitäten die weitreichendsten Klauseln auf und auch HRS konnte seine Paritätsklauseln ausweiten. Dahingegen hat STC erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt entsprechende, aber deutlich weniger weitgehende Klauseln eingeführt. 249. Die

Möglichkeit einzelner Marktteilnehmer, Preise zu erhöhen oder Konditionen zu verschlechtern, kann, zumindest isoliert betrachtet, nicht als Indiz für das Vorhandensein von separaten sachlich relevanten Märkten betrachtet werden. Vielmehr können in der Realität auch innerhalb eines sachlich relevanten Marktes Unterschiede zwischen verschiedenen Anbietern bezüglich Preisen und Konditionen beobachtet werden. 250. Hierzu ist auf die Untersuchung „ETA Preiserhöhung“ hinzuweisen, deren Hintergrund die geplante Erhöhung der Preise für mechanische Uhrwerke per 1. Januar 2009 um bis zu 12 % bei gleichzeitiger Streichung des vorher gewährten Skonto von 3 % bei einer Barzahlung innerhalb von 10 Tagen war.²¹² Dennoch wurde bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, entsprechend der vorherigen Praxis der WEKO, an einem Markt für mechanische Swiss Made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen festgehalten²¹³, in welchem die ETA als marktbeherrschend betrachtet wurde.²¹⁴ 251. Auch bei Kreditkarten besteht eine Marktstruktur, in welcher Mastercard / Visa den Nischenanbietern wie Diners Club in vielerlei Hinsicht klar überlegen sind (sei es bezüglich Umsätze oder bezüglich Anzahl Partner-Händler). Dennoch wurde bei diesen Fällen tendenziell von einem Gesamtmarkt für Kreditkarten ausgegangen, wenn auch festgehalten wurde, dass die disziplinierende Wirkung der Nischenanbieter wohl nur äusserst gering ist. 252. Vor dem Hintergrund der vorhergehend erläuterten Praxis der WEKO ist es auch vorliegend nicht sachgerecht, enge sachlich relevante Märkte bestehend aus den einzelnen grossen Online-Buchungsplattformen, d.h. Booking.com, Expedia und HRS abzugrenzen. Allerdings finden die genannten Elemente Eingang bei der Beurteilung der Marktstellung der Parteien, insbesondere bei der Frage einer allfälligen (kollektiven) Marktbeherrschung derselben.²¹⁵

212 Vgl. RPW 2014/2, 396, Rz 1, ETA Preiserhöhung. 213 Vgl. RPW 2014/2, 398 ff., Rz 44–59, ETA Preiserhöhung. 214 Vgl. RPW 2014/2, 402, Rz 75, ETA Preiserhöhung. 215 Vgl. Rz 424 ff. Auch zurückzuweisen ist in diesem Zusammenhang das Vorbringen von Expedia, dass Hinweise darauf bestehen, wonach bei Preiserhöhungen seitens Expedia viele von deren Partner-Hotels auf Expedia verzichten würden und somit auf einen weiteren sachlich relevanten Markt zu schliessen ist. So ist es durchaus normal, dass bei mehreren in einem sachlich relevanten Markt tätigen Unternehmen, das [...] Unternehmen bei weiteren Preiserhöhungen mit grösseren Kundenverlusten rechnen muss, als ein [...] Unternehmen. Hingegen finden entsprechende Überlegungen ebenfalls Eingang in den Überlegungen zur Frage einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung der Parteien.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 62

(vii) Schlussfolgerungen 253. Aus den vorhergehenden Überlegungen geht hervor, dass der Vertrieb über Online-Buchungsplattformen nicht mit anderen einem Hotel zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen substituiert werden kann. Auch wurde aufgezeigt, dass Werbedienstleister keine Substitute für Online-Vertriebskanäle darstellen. Zusammenfassend umfasst damit der sachlich relevante Markt die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen. 254. Diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes deckt sich im Ergebnis mit der Einschätzung des Bundeskartellamtes, obwohl dieses einen alternativen Ansatz zur Marktabgrenzung gewählt hat. So macht das Bundeskartellamt in einem ersten Schritt eine Unterscheidung zwischen dem Hotelvertrieb über das Medium Internet (insbesondere Online-Buchungsplattformen, Echtzeitbuchungen über die Hotel-Homepage, Globale Distributionssysteme) und Off-line-Vertriebskanälen (insbesondere direkte Buchungen

über Telefon, E-Mail und Reservierungsformulare auf der Hotel-Homepage sowie Buchungen über Reisebüros / Reiseveranstalter). In einem zweiten Schritt erwägt das Bundeskartellamt, ob für Hotels (wie auch für Endkunden) innerhalb der Internet-Vertriebswege vollständige Substitute für Online-Buchungsplattformen vorhanden sind, was das Bundeskartellamt schliesslich verneint.²¹⁶ C.4.5.1.5. Räumlich relevanter Markt 255. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, analog). (i) Homogenität der Marktbedingungen 256. Die WEKO hat verschiedentlich die Homogenität der Marktbedingungen als Kriterium der geographischen Marktabgrenzung angewandt.²¹⁷ Insbesondere wurden auch regionale Unterschiede bezüglich Marktanteile als Indiz für entsprechende separate räumlich relevante Märkte betrachtet.²¹⁸ 257. So existiert mit STC eine Online-Buchungsplattform, welche ausschliesslich in der Schweiz von einer gewissen Relevanz ist. Auch existieren beispielsweise Online-Buchungsplattformen, welche fast ausschliesslich in Deutschland tätig sind, namentlich Unister und Just-book.²¹⁹ Selbst bei denjenigen Online-Buchungsplattformen, welche in verschiedensten Ländern tätig sind, ergeben sich teilweise deutliche Unterschiede bezüglich der Marktposition in den verschiedenen Ländern.²²⁰ Schliesslich bestehen auch gegenüber den Endkunden nationale Unterschiede bezüglich der Ausrichtung der verschiedenen Produkte der Parteien. So verfügt beispielsweise Expedia mit Expedia.de über eine hauptsächlich auf Endkunden aus Deutschland ausgerichtete Webseite. Bei Hotels.com sowie bei Venere.com werden für Endkunden aus der Schweiz hingegen Preise in Schweizer Franken angegeben sowie das Call-center unter einer Schweizer Telefonnummer verfügbar gemacht.

216 Vgl. zum Ganzen Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 65-107, HRS. 217 Vgl. RPW 1997/3, 369 Rz 26, Migros/Globus sowie RPW 2005/1, 118 Rz 61 f., Coca Cola. 218 Vgl. RPW 1998/2, 295 ff. Rz 80 ff., UBS/SBV. 219 Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 116 ff., HRS. 220 Vgl. SCHEGG (Fn 180).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 63

258. Während die genannten länderspezifischen Unterschiede für eine nationale Marktabgrenzung sprechen, existieren auch gewisse Anhaltspunkte für eine mögliche engere geographische Marktabgrenzung. So liesse beispielsweise die Tatsache, dass Booking.com [...], den Schluss zu, dass dort andere Marktverhältnisse herrschen als in der restlichen Schweiz. Auch ist in Städten die Bereitschaft bei Booking.com grösser, die mit der Teilnahme am „Preferred Partner“-Programm verbundenen Mehrkosten zu tragen, was ebenfalls für eine unterschiedliche Betrachtung von diesen Regionen spricht. Expedia wiederum [...]. Auch ist es denkbar, dass HRS im deutschsprachigen Teil der Schweiz stärker vertreten ist, da dieses Unternehmen ursprünglich aus Deutschland stammt und sich zunächst hauptsächlich an Hotels in deutschsprachigen Gebieten richtete. Allerdings würden sich, verglichen mit einer nationalen Marktabgrenzung, auch bei beispielsweise (sprach-)regionalen räumlich relevanten Märkten kaum entscheidende Unterschiede bezüglich der Marktteilnehmer sowie deren Marktposition ergeben. (ii) Kundennähe 259. Des Weiteren können eine für die Erbringung einer Dienstleistung notwendige Kundennähe sowie das Vorhandensein von nationalen Niederlassungen von Unternehmen als Hinweise für einen nationalen Markt betrachtet werden.²²¹ 260. So ist, wie auch von den Parteien wiederholt betont wurde, die Nähe insbesondere zu den Hotels wichtig, um die

Akquisition sowie die Betreuung der Partner-Hotels sicherzustellen. Booking.com hält beispielsweise fest, dass Niederlassungen, wie Booking.com (Schweiz) AG, aus praktischen und logistischen Gründen (beispielsweise Zeitzone, Sprachbarrieren, Reisezeiten) verwendet werden. Zudem erbringen diese Niederlassungen gewisse Dienstleistungen gegenüber den Hotels, wie das Training und die Unterstützung von Hotels bei der Verwendung des Extranets sowie die Erbringung von Account Management-Dienstleistungen gegenüber Hotels. So verfügen denn auch sowohl Booking.com als auch Expedia über Niederlassungen in der Schweiz. Ebenso ist STC in der Schweiz domiziliert. Die Betreuung erfolgt über [...], welche für Hotels in der Schweiz respektive für einzelne Regionen in der Schweiz zuständig sind und diese teilweise auch persönlich betreuen und insbesondere den Partner-Hotels auch persönliche Besuche abstatten. Einzig HRS verfügt über keine Schweizer Niederlassung, [...]. (iii) Praxis der WEKO sowie ausländischer Behörden im Reisebereich 261. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bei Verfahren im Bereich des Reisevertriebs grossmehrheitlich den räumlich relevanten Markt national abgegrenzt, so beispielsweise bei der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens TUI/Kuoni.²²² Auch wurde in dieser Entscheidung festgehalten, dass eine Aufteilung der Schweiz in engere regionale Märkte sachlich nicht gerechtfertigt sei und dass die Wettbewerbsbedingungen in der Schweiz überall ungefähr gleich seien.²²³ Allerdings wurde darauf hingewiesen, dass aufgrund der steigenden Bedeutung des Internets zukünftig auch eine über die Schweiz hinausgehende Marktabgrenzung nicht auszuschliessen sei.²²⁴ In Hogg Robinson/Kuoni Business Travel²²⁵ wurde von einem

221 Vgl. RPW 2013/2, 185 Rz 214, Abrede im Speditionsbereich. 222 Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 27, TUI/Kuoni. 223 Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 25, TUI/Kuoni. 224 Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 29, TUI/Kuoni. 225 Vgl. RPW 2004/1, 129 ff., Hogg Robinson/Kuoni Business Travel.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 64

nationalen Markt ausgegangen, wobei die Möglichkeit aufgeworfen wurde, dass gegebenenfalls auch ein internationaler Markt für die Vermittlung von Geschäftsreisen vorliege.²²⁶ Letztlich wurde der räumlich relevante Markt aber offen gelassen.²²⁷ In Hotelplan/Travelhouse wurde der Markt wiederum national abgegrenzt.²²⁸ 262. Die Praxis der EU Kommission bezüglich der geographischen Marktabgrenzung beim Reisevertrieb entspricht weitgehend jener der WEKO.²²⁹ Bezüglich Globaler Distributionssysteme (GDS) ging die EU-Kommission ebenfalls von nationalen Märkten aus.²³⁰ 263. Das Bundeskartellamt grenzt in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2013 in Sachen HRS den Markt national ab.²³¹ (iv) Schlussfolgerungen 264. Zusammenfassend kann vorliegend von einem nationalen Markt für Online-Buchungsplattformen ausgegangen werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass selbst bei einer internationalen Marktabgrenzung nur die Auswirkungen in der Schweiz für die Beurteilung nach Schweizer Kartellrecht massgebend wären.²³² C.4.5.1.6. Fazit 265. Zusammenfassend liegt somit ein nationaler Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen vor. C.4.5.2. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs 266. Da vorliegend die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG mangels Abrede betreffend Mindest- oder Festpreise nicht greift und auch keine andere der in Art. 12 Abs. 2 VertBek genannten Abreden gegeben ist, kann nicht per se von einer qualitativ schwerwiegenden Abrede ausgegangen werden. Es ist daher nachfolgend aufzuzeigen, welche

Wettbewerbsparameter durch die vorliegenden Abreden betroffen sind und inwiefern sie beschränkt werden, um zu prüfen, ob die vorliegenden Abreden in qualitativer Hinsicht schwerwiegende oder bloss geringfügige Beeinträchtigungen darstellen.

226 Vgl. RPW 2004/1, 129 ff. Rz 21 f., Hogg Robinson/Kuoni Business Travel. 227 Vgl. RPW 2004/1, 129 ff. Rz 23, Hogg Robinson/Kuoni Business Travel. 228 Vgl. RPW 2006/4, 693 ff. Rz 23, Hotelplan/Travelhouse. 229 Vgl. KOMM, ABl. 2007 C 137/6, Rz 51, Tui/First Choice; KOMM, ABl. 2007 C 113/01, Rz 38, KarstadtQuelle/MyTravel; COMP/M.6163, Rz 29-32, AXA/Permira/Opodo/GO Voyages/eDreams. 230 KOMM, ABl. 2007 L 314, Travelport/Worldspan. 231 Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, HRS. Das Bundeskartellamt führt als Begründung insbesondere folgende Elemente an: - Das Vorhandensein von nationalen wirtschaftlichen Schwerpunkten der Anbieter von Online- Buchungsplattformen (vgl. Abschnitt 2.2.2 des Beschlusses), - Gebietspräsenz von Anbietern von Online-Buchungsplattformen (vgl. Abschnitt 2.2.3 des Beschlusses), - Ausrichtung des Portalangebots (vgl. Abschnitt 2.2.4 des Beschlusses), - Ausrichtung der Werbung (vgl. Abschnitt 2.2.5 des Beschlusses), - Marktentwicklung (vgl. Abschnitt 2.2.6 des Beschlusses). 232 Vgl. RPW 2013/2, 185 Rz 214, Abrede im Speditionsbereich.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 65

267. Nachfolgend wird zunächst auf die Frage eingegangen, inwiefern die vorliegende betrachteten Vertragsklauseln den Wettbewerb auf Stufe der Hotels beschränken. Anschliessend erfolgt die Analyse der Wettbewerbsbeschränkung anhand der verschiedenen Parameter auf Stufe der Online-Buchungsplattformen. Erste Anhaltspunkte für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen bilden die in Rz 134 ff. umschriebenen, durch die ökonomische Literatur identifizierten möglichen Effekte von Across-Platforms Parity Agreements. C.4.5.2.1. Exkurs: Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Hotels 268. Die in der ökonomischen Literatur behandelten erwarteten Effekte von Across-Platforms Parity Agreements beziehen sich allesamt auf den Wettbewerb zwischen den Plattformen.²³³ Aufgrund der Tatsache, dass die vorliegend untersuchten Paritätsklauseln zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen abgeschlossen werden, stellt sich jedoch trotzdem die Frage, ob diese eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Hotels zur Folge haben. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, ob hinsichtlich von Hoteldienstleistungen, welche von Endkunden von Hotels als Marktgegenseite nachgefragt werden, eine Wettbewerbsbeschränkung aufgrund von Paritätsklauseln denkbar ist. 269. Die Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten der Online-Buchungsplattformen betreffen den Vertrieb von Hoteldienstleistungen. Diese Dienstleistungen verfügen über eine Reihe von spezifischen Eigenschaften, welche auf die Art und Weise ihrer Distribution einen wesentlichen Einfluss haben.²³⁴ Angebotsseitig sind dabei folgende Elemente hervorzuheben: ■ Ein Hotel verfügt über eine fixe Kapazität an Zimmern, welche kurzfristig nicht angepasst werden kann. ■ Eine Hotelübernachtung stellt ein verderbliches Gut dar: Wenn ein Hotelzimmer in einer Nacht unverkauft bleibt, ist dieses Umsatzpotenzial unwiederbringlich verloren. ■ Bei Hotels sind die Fixkosten des Betriebs im Verhältnis zu den variablen Kosten vergleichsweise hoch. 270. Nachfrageseitig sind aus Sicht eines Hotels unter anderem folgende Eigenschaften zu berücksichtigen: ■ Hotels stehen typischerweise heterogenen Kunden mit unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft gegenüber. ■ Es bestehen Nachfrageschwankungen über die Zeit. 271. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht stellt sich einem Hotel die Herausforderung, dass es einerseits

eine möglichst hohe Auslastung erreichen, aber andererseits pro verkauftes Zimmer einen möglichst hohen Preis verlangen möchte. Um dies zu erreichen, stehen einem Hotel als hauptsächliche Wettbewerbsparameter die für eine bestimmte Dienstleistung verlangten Preise zur Verfügung. Des Weiteren auch, wie viele Zimmer zu diesen Preisen sowie zu welchen Konditionen diese Zimmer verfügbar gemacht werden.

233 Vgl. oben, Rz 133 ff. 234 Vgl. beispielsweise STANISLAV IVANOV, Hotel Revenue Management, From Theory to Practice, Varna Zangandor, 2014, insb. Kapitel 2; sowie PETER O'CONNOR/JAMIE MURPHY, Hotel yield management practices across multiple electronic distribution channels, Information Technology & Tourism, 10:2, 2008, 161-172.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 66

272. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend erläutert, welche Handlungsmöglichkeiten Hotels bezüglich Preisen, Verfügbarkeiten sowie Konditionen grundsätzlich offen stehen und inwiefern diese Möglichkeiten durch die Vertragsklauseln der Parteien eingeschränkt werden. Weiter ist zu beurteilen, ob diese möglichen Einschränkungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Hotels zur Folge haben. (i) Preise 1. Preisunterschiede nach Produkten 273. Die einfachste Möglichkeit, Preise einer Hoteldienstleistung zu differenzieren, ist eine Unterscheidung zwischen Preisen je nach Zimmertyp, eventuell abhängig von der Belegung des gebuchten Zimmers. So kann beispielsweise eine Unterscheidung der verlangten Preise zwischen Einzelzimmern, Doppelzimmern und Doppelzimmern zur Alleinbenutzung gemacht werden. Gerade bei größeren Hotels existieren teilweise auch weitere Zimmerkategorien, beispielsweise Superior-Zimmer, Junior-Suiten und Suiten oder Unterschiede je nach Ausrichtung und Aussicht des Zimmers. 274. Eine weitere produktspezifische Möglichkeit zur Preisdifferenzierung ist, mit der reinen Beherbergungsleistung weitere Zusatzleistungen zu verbinden. So können beispielsweise unterschiedliche Preise je nach zusätzlich erbrachten Restaurationsleistungen wie Frühstück, Halbpension oder Vollpension verlangt werden. 2. Preisunterschiede nach Zeitpunkt der Übernachtung 275. Eine weitere Möglichkeit der Preisdifferenzierung sind unterschiedliche Preise je nach Zeitpunkt der Übernachtung. So können bei der Preisgestaltung Unterschiede bezüglich der Nachfrage beispielsweise aufgrund von Jahreszeiten, Schulferien oder besonderen Anlässen berücksichtigt werden. Ob eine Übernachtung während der Arbeitswoche oder an einem Wochenende erfolgt kann ebenfalls in die Preisgestaltung einfließen. 3. Preisunterschiede nach Vertriebskanälen 276. Auch ist es denkbar unterschiedlichen Kosten verschiedener Vertriebskanäle zu begegnen, indem ein Hotel für dieselbe Dienstleistung je nach Vertriebskanal unterschiedliche Preise verlangt. So ist beispielsweise denkbar, dass ein Hotel die Preise so gestaltet, dass der Nettoumsatz, d.h. der Endkundenpreis abzüglich der bezahlten Kommission sämtlicher Buchungen, identisch ist. Dies kann auch mit dem Versuch verbunden sein, Endkunden zu einer Buchung über einen kostengünstigeren Vertriebskanal zu bewegen. 4. Yield Management 277. Die aufgrund der vorgenannten Dimensionen gesetzten Preise können grundsätzlich abhängig von Änderungen der Nachfrage oder abhängig von Charakteristika der Endkunden auch dynamisch angepasst, d.h. gesteigert oder gesenkt, werden. Bei diesem sogenannten Yield Management oder Revenue Management können bei der Preissetzung Faktoren wie

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 67

beispielsweise das Verhalten der Konkurrenz, die derzeit prognostizierte Auslastung des Hotels oder Stornierungen von bestehenden Reservationen berücksichtigt werden.²³⁵ 5. Einschränkungen aufgrund von weiten Paritätsklauseln? 278. Weite Paritätsklauseln haben keinen Einfluss auf die Mehrheit der vorstehend erläuterten Preissetzungsparameter. Die Online-Buchungsplattformen nehmen insbesondere keinen Einfluss auf die absolute Höhe der durch ihre Partner-Hotels gesetzten Endkundenpreise.²³⁶ Ebenso sind die Hotels frei in der Preissetzung bezüglich Preisunterschiede einzelner Produkte, bezüglich Preisunterschiede je nach Zeitpunkt der Übernachtung sowie in ihren Möglichkeiten, Yield Management zu betreiben. Preisparitätsklauseln führen demnach zu keiner Einschränkung des Interbrand-Wettbewerbs zwischen Hotels. So sind Hotels insbesondere nicht in der Möglichkeit eingeschränkt, höhere oder tiefere Preise als andere Hotels zu verlangen oder ihre Preise zu senken. 279. Hingegen wird der Intra-brand-Wettbewerb bezüglich den Dienstleistungen eines einzelnen Hotels durch Preisparitätsklauseln in einem gewissen Ausmass tatsächlich eingeschränkt. Während Preisdifferenzierungen zwischen Produkten und auch Preisänderungen uneingeschränkt möglich sind, haben Hotels praktisch keine Möglichkeiten, die Preise für ein bestimmtes Produkt zwischen verschiedenen Vertriebskanälen zu differenzieren. Auch besteht die theoretische Möglichkeit, dass Preisparitätsklauseln die Anreize der Hotels reduzieren, eine Preissenkung aufgrund von individuellen Verhandlungen (beispielsweise mit Walk-In-Kunden) vorzunehmen. Dies, weil in einem solchen Fall die Preise gleichzeitig auch auf den Online-Buchungsplattformen entsprechend gesenkt werden müssen. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Hotels, welche beispielsweise aus Gründen der Kundenakzeptanz auf eine kanalspezifische Preisdifferenzierung verzichten wollen, dies aufgrund des Agenturmodells der Online-Buchungsplattformen auch ohne die Vereinbarung von Preisparitätsklauseln tun könnten.²³⁷ Letztlich betrifft die umschriebene Einschränkung lediglich einen kleinen Teilbereich der Preise eines Hotels: nämlich nur jene, die zu einem bestimmten Zeitpunkt, für ein bestimmtes Zimmer und verbunden mit bestimmten Konditionen angeboten werden. 280. Damit kann festgehalten werden, dass Preisparitätsklauseln eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Vertriebskanälen verunmöglichen. Hingegen haben Preisparitätsklauseln keinen Einfluss auf die absolute Preissetzung der Hotels sowie deren Möglichkeiten, ihre Preise zu senken oder zu erhöhen. Insbesondere sind Preisparitätsklauseln, wie dies bereits eingehend erläutert wurde, nicht gleichzusetzen mit einer Preisbindung zweiter Hand.²³⁸ Ebenso wenig schränken Preisparitätsklauseln die Hotels in ihren Möglichkeiten ein, andere absolute Preise als konkurrierende Hotels zu verlangen.

235 Ökonomische Überlegungen dazu finden sich in: ALEX GERSHKOV/BENNY MOLDOVANU, Dynamic revenue maximization with heterogeneous objects, A mechanism design approach, American Economic Journal: Microeconomics, 1(2), 2009, 168-198. 236 Vgl. hierzu oben, Rz 164 ff. 237 Vgl. hierzu nachfolgend, Rz 298. 238 Vgl. oben Rz 166 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 68

(ii) Konditionen 281. Ein Hotel kann bestimmte Preise auch an entsprechende Konditionen binden. So können beispielsweise günstigere Preise mit Vorausbuchungsfristen, strengeren Stornierungsbedingungen, einem Mindestaufenthalt oder einer Vorauszahlung des geschuldeten Betrags verbunden sein. 282. Auch hierzu ist festzuhalten, dass keine Hinweise bestehen, dass die Konditionenparitätsklauseln zu einer durch die

Online-Buchungsplattformen koordinierten Verschlechterung der Buchungsbedingungen auf Stufe der Hotels führen. (iii) Verfügbarkeit 283. Die Kombination eines Preises mit bestimmten Konditionen wird auch als Rate bezeichnet. Nun kann ein Hotel die Verfügbarkeit seiner Dienstleistungen je nach Rate und Vertriebskanal variieren. 1. Verfügbarkeit einzelner Raten 284. Ein Hotel hat grundsätzlich die Möglichkeit, bestimmte Raten (d.h. Kombinationen eines Produkts, Preises und Konditionen) bezüglich ihrer zahlenmässigen oder aber auch zeitlichen Verfügbarkeit einzuschränken. So ist es beispielsweise denkbar, ein speziell günstiges Angebot für eine bestimmte Anzahl Zimmer nur für ein Übernachtungs-Datum zur Verfügung zu stellen oder den Buchungszeitraum einzuschränken. 2. Verfügbarkeit je nach Vertriebskanal 285. Auch bezüglich der Verfügbarkeit von Raten auf unterschiedlichen Vertriebskanälen hat ein Hotel grundsätzlich die Möglichkeit, die Verfügbarkeiten spezifisch anzupassen. Bei Vertriebskanälen, welche mit fix zugeteilten Kontingenten arbeiten (beispielsweise Wholesaler), kann dies einfach erfolgen, indem nur eine beschränkte Anzahl Zimmer an den entsprechenden Anbieter verkauft wird. 286. Bei Vertriebskanälen wie Online-Buchungsplattformen, welche auf nicht-exklusiver Basis auf bestimmte Raten zugreifen, könnte die Verfügbarkeit eingeschränkt werden, indem die Anzahl gleichzeitig buchbarer Zimmer limitiert wird oder indem die Anzahl innerhalb eines bestimmten Zeitraumes buchbarer Zimmer limitiert wird. Auch könnte eine bestimmte Rate einem entsprechenden Vertriebskanal gänzlich verwehrt werden oder zeitweise gar keine Buchungen über einen Vertriebskanal akzeptiert werden, was einer Schliessung des entsprechenden Kanals entspricht. 3. Einschränkung durch Paritätsklauseln? 287. Die Möglichkeit, Verfügbarkeiten auf den Online-Vertriebskanälen situativ einzuschränken, wird durch die Verfügbarkeitsparitätsklauseln der Parteien beschränkt. So kann ein Hotel seine Zimmer nicht ausschliesslich über den direkten Vertriebskanal anbieten wenn dies die erwartete Auslastung grundsätzlich erlauben würde, beispielsweise in der Feriensaison oder Ähnlichem. 239

239 Vgl. hierzu auch hinten, Rz 302 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 69

288. Es steht einem Hotel jedoch weiterhin offen, sich grundsätzlich gegen den Vertrieb über Online-Buchungsplattformen zu entscheiden. Ebenfalls nicht eingeschränkt ist die Wahlmöglichkeit des Vertriebsweges durch die Endkunden. Ein Hotel kann seine Zimmer gleichzeitig auf einer Online-Buchungsplattform und über den direkten Vertriebskanal zur Verfügung stellen, sodass den Endkunden beide Möglichkeiten offen stehen. Somit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Preisparitätsklauseln der Parteien den Wettbewerb zwischen den Hotels hinsichtlich der Verfügbarkeiten beeinträchtigen sollte. 289. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben Expedia, sowie auch teilweise Booking.com, vorgebracht, dass die Feststellung keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels aufgrund von Paritätsklauseln der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe Online-Buchungsplattformen grundsätzlich entgegenstehe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Vorliegend wird lediglich festgehalten, dass Preisparitätsklauseln zu keiner Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der von Hotels angebotenen Produkte (konkret beispielsweise Übernachtungen in einem Mittelklasse-Hotel in einer bestimmten Destination) führen. Daraus kann allerdings keinesfalls gefolgert werden, dass auch hinsichtlich des Vertriebs der von Hotels angebotenen Dienstleistung keine Wettbewerbsbeschränkungen bestehen. Generell kann

nicht von der Wettbewerbssituation auf Stufe eines Produktes auf die Wettbewerbssituation auf Stufe der verwendeten Vertriebskanäle geschlossen werden. (iv) Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels 290. Insgesamt bestehen keine Hinweise auf eine qualitativ mehr als geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs, insbesondere des Preiswettbewerbs, zwischen den Hotels aufgrund der vorliegend untersuchten Vertragsklauseln. C.4.5.2.2. Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Online-Buchungsplattformen 291. Nachfolgend ist aufzuzeigen, inwiefern die betrachteten Vertragsklauseln den Wettbewerb auf Stufe der Online-Buchungsplattformen in qualitativer Hinsicht beeinträchtigen. 292. Wie im Rahmen der allgemeinen Bemerkungen zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) erläutert, wird die Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen in der ökonomischen Literatur als möglicher Effekt von Preisparitätsklauseln umschrieben.²⁴⁰ Nachfolgend ist somit insbesondere die Frage zu beantworten, inwiefern sich die durch Preisparitätsklauseln entstehende Preisstruktur auf den Wettbewerb betreffend die Kommissionshöhe zwischen den Online-Buchungsplattformen auswirkt. Es wird auch aufgezeigt, inwiefern sich Verfügbarkeitsparitätsklauseln und Konditionenparitätsklauseln auf den Wettbewerb hinsichtlich der Kommissionshöhe auswirken. 293. Aufgrund des von den Online-Buchungsplattformen gewählten Geschäftsmodells entspricht die erhobene Kommission den Vertriebskosten, die einem Hotel beim Vertrieb über Online-Buchungsplattformen entstehen. Ohne die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln hätte ein Hotel im Wesentlichen zwei Möglichkeiten mit unterschiedlichen Kosten bei den zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen umzugehen: Einerseits können Hotels bei Vertriebskanälen mit höheren Kosten entsprechend höhere Endkundenpreise verlangen. Andererseits können Hotels die Zimmerverfügbarkeit auf Vertriebskanälen mit höheren Kosten einschränken. Diese Strategien sind grundsätzlich auch gemeinsam anwendbar.²⁴¹

240 Vgl. oben, Rz 133. 241 O'CONNOR/MURPHY (Fn 234).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 70

(i) Preisparitätsklauseln 294. Die erste Strategie, d.h. bei einem teureren Vertriebskanal für dasselbe Produkt einen höheren Preis zu verlangen, entspricht im Wesentlichen einer kanalspezifischen Preisdifferenzierung. Eine solche wird durch die von den Parteien verlangten weiten Preisparitätsklauseln weitestgehend eingeschränkt: Hotels, die auf mehreren Online-Buchungsplattformen, welche weite Preisparitätsklauseln verlangen, präsent sind, dürfen zwischen diesen letztlich gar keine Differenzierung bezüglich der Preise vornehmen.²⁴² 295. Weite Preisparitätsklauseln verhindern damit einerseits, dass Hotels relative Unterschiede in der Kommissionshöhe zwischen verschiedenen Online-Buchungsplattformen gegenüber den Endkunden sichtbar machen können: So kann ein Hotel seinen Endkunden für eine bestimmte Dienstleistung keinen Rabatt anbieten, wenn diese über eine Online-Buchungsplattform mit einer tieferen Kommission buchen. Vielmehr entsteht aufgrund von Preisparitätsklauseln die Situation, dass Endkunden, welche eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen nutzen, die Nutzer einer Online-Buchungsplattform mit höheren Kommissionen quersubventionieren. 296. Andererseits verhindern weite (wie auch enge) Preisparitätsklauseln, dass Hotels die absoluten Kosten des Vertriebs über Online-Buchungsplattformen gegenüber den Endkunden sichtbar machen: So kann ein Hotel seinen Endkunden insbesondere keinen entsprechenden Rabatt gewähren, wenn diese direkt beim Hotel buchen. Anders als bei

einer ausgewiesenen Buchungsgebühr (wie beispielsweise bei Flugbuchungen) erfahren Endkunden nicht, wie hoch die tatsächlichen Kosten einer Buchung über eine Online-Buchungsplattform sind, obwohl diese (nicht unerheblichen) Kommissionen letztlich über die Zimmerpreise abgegolten werden. 297. Aufgrund von weiten Paritätsklauseln entsteht für eine Online-Buchungsplattform auch kein unmittelbarer Vorteil, wenn sie ihren eigenen Kommissionssatz senkt, da dieser Preisvorteil von den bestehenden Partner-Hotels gar nicht direkt an die Endkunden, welche diese Online-Buchungsplattform nutzen, weitergegeben werden kann. Der normalerweise bestehende Vorteil einer Preissenkung, d.h. die gesteigerte Attraktivität aufgrund tieferer Preise im Vergleich zur Konkurrenz, kann gar nicht auftreten. Umgekehrt hat eine Online-Buchungsplattform auch keinen unmittelbaren Nachteil in Form von unattraktiveren Endkundenpreisen, wenn sie ihre Kommissionen erhöht.²⁴³ Aufgrund der Preisparitätsklausel darf ein Hotel die Preise nicht ausschliesslich auf dieser Online-Buchungsplattform erhöhen, sondern muss entweder die Preise auf sämtlichen Vertriebskanälen gleichermassen erhöhen oder eine Margenreduktion in Kauf nehmen. So wird auch in einer Präsentation von Tobias Ragge, Geschäftsführer von HRS, im Zusammenhang mit den im Jahr 2012 erfolgten Kommissionserhöhungen zur entsprechenden Motivation von HRS aufgeführt: „Keine Vorteile durch Hotellerie für geringere Kommissionen“.²⁴⁴ 298. Die Parteien bringen bezüglich der Preisparitätsklauseln jedoch vor, dass diese zumindest ursprünglich von den Hotels gewünscht worden seien. Hierzu ist festzuhalten, dass es

242 Entsprechende Erwägungen werden auch vom Bundeskartellamt bezüglich den Paritäts-Klauseln von HRS gemacht: So wird insbesondere festgehalten, dass der wirtschaftliche Effekt von Bestpreis-klauseln mit einer direkten Verhaltensabstimmung zwischen Hotelportalen vergleichbar ist. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 156 f., HRS. 243 Wie dies bei HRS schweizweit sowie bei Booking.com [...] geschehen ist. 244 Präsentation von Tobias Ragge, VDR Frühjahrstagung, Berlin, 20.4.2012, HRS informiert zu aktuellen Entwicklungen, <https://www.vdr-service.de/fileadmin/veranstaltungen/tagungen/20120419_berlin/2004_1215_HRS_Ragge.pdf> (9.12.2014).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 71

aus Sicht der Hotels durchaus Argumente für eine Preisstruktur ohne kanalspezifische Preisunterschiede gibt: So haben im Rahmen der getätigten Umfrage vereinzelte Hotels festgehalten, dass sie ihre Preise aus Gründen der Einfachheit, weil dieses Vorgehen als gerecht empfunden wird (alle Gäste werden gleich behandelt) oder aus Praktikabilitätsgründen auf allen Kanälen gleich setzen. Es findet sich beispielsweise auch in der unter Beteiligung der hôtellerie suisse erstellten Hotel-Webmarketingstudie „Der Gast aus dem Web – Reise- und Buchungsplattformen im Vergleich“ der Tipp, der Preis für dasselbe Produkt müsse für den Endkunden auf allen Online-Kanälen derselbe sein. Denn, so die Ausführungen in der Broschüre, der Kunde, der einen Unterschied feststelle, fühle sich „geprellt“.²⁴⁵ 299. Eine freiwillige flächendeckende Einhaltung der Preisparitätsklauseln ist allerdings fraglich. Dagegen spricht insbesondere die Tatsache, dass alle Parteien die Einhaltung der Preisparitätsklauseln überprüfen und bei Verstößen entsprechend reagieren.²⁴⁶ Und selbst wenn ein nicht unerheblicher Anteil der Partner-Hotels der Parteien eine Präferenz für eine über verschiedene Vertriebskanäle konsistente Preisstruktur haben sollten, wäre dies keine Begründung, um dies auch

automatisch von allen anderen Hotels zu verlangen. Es ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Hotels aufgrund des durch die Parteien heute praktizierten Agenturmodells ohnehin die Möglichkeit haben, die absolute Höhe der Preise auf den Online-Buchungsplattformen selbst festzulegen. So könnten sie auch ohne eine vertragliche Vereinbarung eine entsprechende Preisstruktur aufrechterhalten. 300. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben die Parteien vorgebracht, dass aufgrund der Marktabgrenzung ohnehin keine disziplinierende Wirkung von anderen Vertriebskanälen, welche nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind, ausgehen kann. Hierzu kann letztlich auf die obigen Ausführungen hingewiesen werden. Auch ignoriert dieses Vorbringen die Tatsache, dass auch von benachbarten Märkten eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann, was beispielweise der Hintergrund des vormaligen Verbots von Nichtdiskriminierungs-Regeln (NDR) war.²⁴⁷ 301. Zusammenfassend haben Hotels aufgrund von weiten Preisparitätsklauseln keine Möglichkeit, den Endkunden ein spezifisches Preissignal bezüglich der relativen und absoluten Vertriebskosten der Online-Buchungsplattformen zu vermitteln. Dadurch erhalten Endkunden (welche diese Vertriebskosten letztlich über die Zimmerpreise tragen) keinen monetären Vorteil bei einer Buchung über eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen oder direkt beim Hotel. Vielmehr tragen solche Endkunden über eine Quersubventionierung teilweise die Kosten für Buchungen anderer Endkunden über teurere Online-Buchungsplattformen. Weite Preisparitätsklauseln, welche auf Stufe der Hotels lediglich zu einer gewissen Einschränkung des Intra-Brand-Wettbewerbs führen,²⁴⁸ haben somit eine erhebliche Beschränkung des Inter-Brand-Wettbewerbs zwischen Online-Buchungsplattformen zur Folge. (ii) Verfügbarkeitsparitätsklauseln 302. Die zweite Strategie, mit welcher Hotels prinzipiell auf unterschiedliche Kosten verschiedener Vertriebskanäle reagieren können, ist eine zeitweise Einschränkung der Verfügbarkeit

²⁴⁵ <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf4/Hotel-Webmarketingstudie_einseitig_A4_mittel.pdf> (6.2.15), vgl. insbesondere 40 und 44. ²⁴⁶ Vgl. hierzu Rz 37 ff. ²⁴⁷ Vgl. RPW 2003/1, 119, Rz 255ff., Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft. ²⁴⁸ Vgl. Rz 268 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 72

auf teureren Vertriebskanälen. Diese Möglichkeit wird durch weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln weitestgehend unterbunden: So hat ein Hotel aufgrund von Verfügbarkeitsparitätsklauseln keine Möglichkeit, zeitweise auf den Vertrieb über eine relativ teurere Online-Buchungsplattform zu verzichten und ausschliesslich eine günstigere Online-Buchungsplattform zu nutzen. Ebenso verunmöglichen weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln, dass ein Hotel seinen Endkunden eine speziell günstige Zimmerkategorie exklusiv auf einer Onlinebuchungsplattform mit entsprechend tieferen Kommissionen anbietet. 303. Verlangen mehrere von einem Hotel verwendete Online-Buchungsplattformen die Verfügbarkeitsparität, so kommt die umfassendste Verfügbarkeitsparitätsklausel jeweils auf indirektem Weg auch den Online-Buchungsplattformen mit weniger weitreichenden Klauseln zugute. Booking.com und HRS behaupten, wie im Rahmen des Sachverhalts ausgeführt²⁴⁹, dass ihre Klauseln jeweils keine Last Room Availability, d.h. keine Verfügbarkeitsparität hinsichtlich des direkten Vertriebskanals enthalten würden. Jene Hotels, die neben Booking.com oder HRS auch noch mit Expedia zusammenarbeiten, sind jedoch auch auf diesen erstgenannten Plattformen bezüglich des direkten Vertriebskanals gebunden, indem Expedia die Parität hinsichtlich des direkten Vertriebskanals explizit verlangt und die anderen Online-Buchungsplattformen die Parität in Bezug auf andere Online-Buchungsplattformen

verlangen. Oder anders formuliert: Solange ein Hotel noch über Zimmer verfügt, muss es diese auf Expedia anbieten. Solange es aber noch Zimmer auf Expedia anbietet, muss es diese auch bei seinen anderen Vertragspartnern, sei dies Booking.com oder HRS, zur Verfügung stellen. 304. Gerade bei einer Erhöhung der Kommissionen durch eine Online-Buchungsplattform wird den Hotels eine grundlegende Reaktionsmöglichkeit genommen: Während Abnehmer eines Produkts oder einer Dienstleistung im allgemeinen auf eine Preiserhöhung mit einer bewussten Einschränkung des entsprechenden Konsums reagieren können, steht den Partner-Hotels der Parteien bei einer Kommissionserhöhung letztlich nur ein vollständiger Verzicht auf deren Dienstleistungen als Alternative offen. Dies schwächt den Handlungsspielraum wie auch die Verhandlungsposition der Hotels erheblich, da diese effektiv in eine „take-it-or-leave-it“- Situation versetzt werden: Sie haben nur die Wahl, eine Kommissionserhöhung vollumfänglich zu akzeptieren oder den Vertrag mit der betreffenden Online-Buchungsplattform aufzulösen. So ist es bezeichnend, dass die Kommissionserhöhung von HRS gleichzeitig mit einer Ausweitung der Verfügbarkeitsparität verbunden war.²⁵⁰ Während seitens Hotels auch Argumente gegen kanalspezifische Preisunterschiede existieren,²⁵¹ gibt es bezüglich der kanalspezifischen Einschränkung von Verfügbarkeiten kaum kritische Stimmen: So wird in derselben Studie, welche den Hotels eine über alle Kanäle konsistente Preisstruktur empfiehlt, den Hotels nahegelegt, dass diejenigen Online-Reiseplattformen, welche die besten Verkaufsbedingungen haben, auch die meisten Zimmer erhalten sollen und der kostenmässig teuerste Online-Vertriebskanal bei steigender Nachfrage am schnellsten wieder geschlossen werden soll.²⁵² Zusammenfassend werden Hotels aufgrund von weiten Verfügbarkeitsparitätsklauseln der Möglichkeit beraubt, mit einer situativen Einschränkung der Verfügbarkeiten auf einer Online-Buchungsplattform auf relativ höhere oder gar steigende Kommissionen zu reagieren.

249 Vgl. oben, Rz 49 ff. 250 Vgl. Rz 21. 251 Vgl. Rz 298. 252 Vgl. <https://www.hotellerieuisse.ch/files/pdf4/Hotel-Webmarketingstudie_einseitig_A4_mittel.pdf> (30.1.2015), insb. S.40 und 44.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 73

(iii) Konditionenparitäts-Klauseln 305. Aufgrund von Konditionenparitäts-Klauseln wird eine weitere Möglichkeit der Hotels unterbunden, günstigere Online-Buchungsplattformen oder andere Vertriebskanäle bevorzugt zu behandeln, indem auf solchen keine Angebote mit besseren Konditionen zur Verfügung gestellt werden dürfen. So wird beispielsweise im Falle von weiten Konditionenparitätsklauseln verhindert, dass Hotels ihren Endkunden bei einer Buchung über eine kostengünstigere Online-Buchungsplattform bestimmte Gratis-Zusatzleistungen (wie einen kostenlosen Internet-Zugang) anbieten.

Konditionenparitäts-Klauseln unterbinden somit eine weitere Möglichkeit der Hotels, eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen bevorzugt zu behandeln. Ebenso können Endkunden so keinen (nichtmonetären) Vorteil aufgrund der Wahl eines für das Hotel kostengünstigeren Vertriebskanals erhalten. (iv) Bedeutung des

Wettbewerbsparameters Kommission 306. Booking.com hat vorgebracht, dass die Kommissionshöhe als Wettbewerbsparameter nur von untergeordneter Bedeutung sei und sich der Wettbewerb zwischen Online-Buchungsplattformen hauptsächlich auf Ebene der Qualität der Dienstleistung insbesondere gegenüber den Endkunden abspiele. Auch HRS hat ein Gutachten eingereicht, in welchem argumentiert wird, dass der Kommissions-Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen nur einen wenig

relevanten Wettbewerbsparameter darstelle. 307. Dies könnte tatsächlich zu berücksichtigen sein, wenn Hotelkunden wenig preissensibel wären. So hat das Bundesgericht im Rahmen seiner Entscheidung betreffend Buchpreisbindung die Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter unter anderem mit der geringen Preissensibilität der Endkunden begründet.²⁵³ 308. Bereits die schiere Existenz von Preisparitätsklauseln und die von den Parteien vorgebrachte Begründung für deren Einführung zeigen jedoch, dass andere Wettbewerbsparameter auf dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt nur eine untergeordnete Rolle spielen. So wird nachdrücklich darauf hingewiesen, dass Endkunden bei Preisunterschieden auf einen anderen Anbieter wechseln würden. Falls hingegen Qualitätsparameter wie beispielsweise ein einfacher Buchungsprozess eine derart zentrale Rolle spielen würden, würden Endkunden auch einen entsprechend höheren Preis zu bezahlen bereit sein. Diese hohe Preissensibilität der Endkunden spricht klar gegen eine derart hohe Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter, dass eine Beeinträchtigung des Kommissions-Wettbewerbs vernachlässigt werden könnte.²⁵⁴ 309. Dass auch für Hotels die Höhe der Kommission und somit die durch den Vertrieb über Online-Buchungsplattformen entstehenden Kosten von zentraler Bedeutung sind, ist ebenfalls offensichtlich. So würde ein Branchenverband wie hotelleriesuisse den vorliegend betrachteten Vertragsbedingungen wie auch Kommissionserhöhungen wohl keine Aufmerksamkeit schenken, wenn die Kosten des Vertriebs über Online-Buchungsplattformen aus Sicht seiner Mitglieder-Hotels nur von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung wären. Dass das Gegenteil der Fall ist zeigt sich allein schon aus der Tatsache, dass hotelleriesuisse für die vorliegende Untersuchung Parteistellung beantragt hat.²⁵⁵

253 Vgl. BGE 129 II 18, 33 E 9.4 (= RPW 2002/4, 743 E 9.4), Buchpreisbindung. 254 Vgl. Rz 308. 255 Vgl. Rz 76.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 74

(v) Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs Stufe Online-Buchungsplattformen 310. Es wurde aufgezeigt, dass der Wettbewerb bezüglich der Höhe der Kommissionen zwischen Online-Buchungsplattformen aufgrund der untersuchten Vertragsklauseln in qualitativer Hinsicht erheblich beschränkt wird. C.4.5.2.3. Fazit 311. Es wurde aufgezeigt, dass die untersuchten Vertragsklauseln kaum Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Hotels haben, da sie keinen Einfluss auf die absoluten Preise und einen Grossteil der Preissetzungsmöglichkeiten der Hotels haben. 312. Der Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen hingegen wird aufgrund der verwendeten Vertragsklauseln in qualitativer Hinsicht stark beeinträchtigt. So kann den Endkunden kein Preissignal bezüglich der Höhe der Kommissionen der Parteien vermittelt werden. Hotels können zudem nicht mit einer teilweisen Einschränkung der Verfügbarkeiten oder angepassten Konditionen auf eine teurere Online-Buchungsplattform reagieren. Dies führt zu einer praktisch vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs hinsichtlich Kommissionen zwischen den Online-Buchungsplattformen. C.4.5.3. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs 313. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs.²⁵⁶ Die Analyse beginnt dabei ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht. Dementsprechend wird nachfolgend aufgezeigt, in welchem Umfang sich die vorliegend untersuchten Paritätsklauseln auf dem sachlich relevanten Markt auswirken. 314.

Dabei gilt jedoch folgendes zu beachten: Bei einer klassischen Preisbindung zweiter Hand wirkt sich die Abrede unmittelbar nur auf die Preissetzung der Produkte aus, welche einer solchen Abrede unterliegen. Der Anteil der entsprechenden Produkte am sachlich relevanten Markt widerspiegelt in einem solchen Fall auch die Erheblichkeit der Abrede in quantitativer Hinsicht. Hingegen wirken sich Across-Platforms Parity Agreements im Allgemeinen sowie die hier untersuchten Paritätsklauseln im Speziellen – wie es die Bezeichnung „Across- Platform“ bereits indiziert – überproportional auf dem sachlich relevanten Markt und teilweise gar darüber hinaus auf benachbarte Märkte aus. Damit würde die reine Betrachtung der Marktanteile der einzelnen Parteien auf dem sachlich relevanten Markt die Auswirkungen ihrer Vertragsklauseln vorliegend unterschätzen. 315. Um eine Aussage zum quantitativen Element der Erheblichkeit der vorliegend betrachteten Vertragsklauseln machen zu können, wird dementsprechend nachfolgend in einem ersten Schritt aufgezeigt, welche Stellung die Parteien auf dem sachlich relevanten Markt haben, gemessen am vorhandenen Intra- sowie Interbrandwettbewerb. Vor diesem Hintergrund wird in einem zweiten Schritt ausgeführt, in welchem horizontalen Umfang sich die untersuchten Vertragsklauseln über die Marktanteile der Parteien hinaus auswirken.

256 Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, Swico/Sens.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 75

C.4.5.3.1. Aktueller Wettbewerb (i) Intra- und Interbrand-Wettbewerb 316. Die Parteien bieten ihre Dienstleistungen auf dem sachlich relevanten Markt sowohl direkt als auch über Vertriebspartner, sogenannte Affiliates, an. 257 So sind viele Webseiten, welche aus Sicht der Endkunden auf den ersten Blick als Alternativen zu den etablierten Online-Buchungsplattformen erscheinen, tatsächlich reine Vertriebspartner von diesen. 258 317. Im Folgenden ist zu klären, inwiefern diese Vertriebspartner im Sinne eines Intra- und Interbrandwettbewerbs disziplinierend auf die gegenüber Endkunden und Hotels relevanten Wettbewerbsparameter wie Preis und Konditionen einwirken können. 318. Die Online-Buchungsplattform von Booking.com ist einerseits über die eigene Webseite (www.booking.com) oder über die Booking.com App verfügbar. Zusätzlich ist die Online-Buchungsplattform von Booking.com auch über Webseiten von weltweit rund [...] Vertriebspartnern verfügbar (z.B. [...]). Bei einer erfolgten Buchung erhalten diese Vertriebspartner eine entsprechende Provision. Zusätzlich erhält Booking.com Reservationen über konzerninterne Webseiten (z.B. [...]), für welche Booking.com ebenfalls eine konzerninterne Gebühr entrichtet. Booking.com geht laut eigenen Schätzungen davon aus, dass im Jahr 2011 [...] % aller Buchungen über Webseiten von Vertriebspartnern erfolgten. 319. Auch zu Expedia gehören neben Expedia sowie Hotels.com noch eine Reihe von weiteren konzerninternen Webseiten wie beispielsweise eLong oder Hotwire, [...]. Und auch bei Expedia sind die Online-Buchungsplattformen entweder direkt über die eigene Webseite (Expedia.com sowie entsprechende länderspezifische Webseiten wie Expedia.de; Hotels.com; Venere.com) sowie über entsprechende Apps zugänglich. Das Programm von Expedia für Vertriebspartner nennt sich „Expedia Affiliate Network“ (EAN) und erlaubt beispielsweise auch sogenannte „White Label“-Lösungen, bei welcher die Vermittlung von Hoteldienstleistungen über Expedia erfolgt, ohne dass dies für den Benutzer der Homepage direkt ersichtlich ist. Im Rahmen des „Expedia Affiliate Network“ erhalten die Partner von Expedia bei einer erfolgten Buchung ebenfalls eine Beteiligung in Form einer Provision. 259 320. Schliesslich kann auch auf die Online-Buchungsplattformen von HRS sowohl über die entsprechenden

Homepages (wie hrs.de, hotel.de, hotel.info, tiscovers.com) als auch über entsprechende Apps zugegriffen werden. Auch HRS verfügt über ein Partner-Programm, dessen Funktionsweise vergleichbar ist mit den entsprechenden Programmen von Booking.com und Expedia.^{260 321}. Von den Parteien wurde vorgebracht, dass derartige Vertriebspartner als Konkurrenten zu betrachten seien. Diese Sichtweise ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Aus Sicht der Hotels sind Buchungen über Vertriebspartner der Parteien mit denselben Konditionen verbunden wie direkte Buchungen über die Online-Buchungsplattformen der Parteien. Der Vertrieb über die Vertriebspartner erfolgt automatisch im Rahmen der von den Hotels mit den Parteien abgeschlossenen Partnerverträge. Somit sind die Buchungen über Vertriebspartner an denselben Bedingungen (wie der Höhe der Kommission) gebunden, so dass aus Sicht der Hotels

257 Vgl. Rz 13. 258 Beispiele hierfür sind Webseiten wie cheaptickets.ch, hotels-buchen.ch, opodo.de, swisstels.com, hotelselection.ch. 259 Vgl. <<http://www.expediaaffiliate.com>> (26.3.2015) 260 Vgl. <<http://www.hrs.de/web3/showCmsPage.do?pageId=affiliatePartner>> (26.3.2015).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 76

diesbezüglich keine Unterschiede bestehen. So betont auch Booking.com, dass eine Unterkunft keine Möglichkeit hat festzustellen, ob eine Reservation über Booking.com oder einen Vertriebspartner von Booking.com abgewickelt wurde. Auch ist festzuhalten, dass Hotels gar keine Möglichkeit haben, direkte Verträge mit einzelnen Affiliates der Parteien abzuschliessen. Vielmehr ist ein Zugriff auf den Vertrieb über die entsprechenden Affiliates nur möglich, indem mit der entsprechenden Online-Buchungsplattform ein Anschluss-Vertrag abgeschlossen wird. Dies gilt auch für Endkunden, welche über Vertriebspartner einer der Parteien buchen. Auch für sie gelten bei Buchungen über Vertriebspartner der Parteien dieselben Bedingungen wie bei einer Buchung bei den Parteien selbst.^{261 322}. Zusammenfassend gibt es keine Hinweise, dass sich der Intra- und Interbrand-Wettbewerb disziplinierend auf die Parteien auswirken würde. (ii) Interbrand-Wettbewerb 323. Zur Analyse des Ausmasses des Wettbewerbs zwischen Anbietern von Online-Buchungsplattformen wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Markt untersucht. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile. 324. Als einzige in der Schweiz tatsächlich tätige Konkurrenten der Parteien konnten STC und ebookers identifiziert werden. Bei sämtlichen weiteren betrachteten möglichen Konkurrenten handelt es sich entweder um Affiliates der Parteien oder von STC sowie um Unternehmen, welche Hotelzimmer über globale Distributionssysteme respektive Wholesaler beziehen, um Reiseveranstalter oder um Anbieter von Softwarelösungen. 325. Die nachfolgenden Tabellen zeigen die entsprechend erfassten Marktanteile von Booking.com, Expedia, HRS sowie STC in der Schweiz in den Jahren 2007 bis 2013:

261 Vgl. hierzu RPW 2010/3, 531f. Rz 243-261, France Télécom SA/Sunrise Communications AG. Dort wurde unter anderem festgehalten, dass von Weiterverkäufern nur dann einen Wettbewerbsdruck ausüben können, wenn diese in der Preisfestsetzung unabhängig agieren können.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 77

[...] Tiscover [...] Bei HRS Bei HRS Bei HRS Bei HRS Bei HRS hotel.de [...] [...] [...] [...] [...] Bei HRS STC [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] ebookers [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

328. Den Tabellen ist zu entnehmen, dass Booking.com auf dem Markt für Online-Buchungs- plattformen während des gesamten Betrachtungszeitraums klare Marktführerin war. Mit deut- lichem Abstand folgen Expedia und HRS. Schliesslich verfügten STC und ebookers während des gesamten Betrachtungszeitraums nur über marginale Marktanteile. Ebenfalls ersichtlich ist, dass Booking.com seine Marktanteile während des Betrachtungszeitraums kontinuierlich deutlich steigern konnte, während sämtliche anderen Anbieter Marktanteilsverluste hinneh- men mussten. Allerdings kann, wie in den nachfolgenden Tabellen aufgezeigt wird, im betrach- teten Zeitraum auch eine Erhöhung der Anzahl Partner-Unterkünfte sowie eine Ausweitung des gesamten Marktvolumens beobachtet werden. So erfolgten die Marktanteilssteigerungen von Booking.com nur teilweise zu Lasten der kleineren Anbieter. 329. Von HRS wurde im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag die Frage aufgeworfen, weshalb die Untersuchung sich gegen HRS richtet, jedoch nicht gegen weitere kleine Markt- teilnehmer, namentlich STC sowie ebookers. Hierzu ist festzuhalten, dass einerseits deren Marktanteil nochmals deutlich kleiner ist als diejenigen der Parteien. Ebenso hat STC bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens signalisiert, dass sie ein allfälliges kartellrechtliches Verbot von Paritätsklauseln umgehend umsetzen würden. Im Fall von ebookers sind sowohl die Anzahl Partnerhotels, wie auch der Marktanteil noch einmal deutlich geringer als bei STC.

263 Vgl. Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 Rz 466, Nikon AG.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 79

Auch ist darauf hinzuweisen, dass Expedia zwischenzeitlich die Übernahme von Orbitz, der Muttergesellschaft von ebookers, genehmigt wurde. Tabelle 5: Anzahl der Partner-Unterkünfte

2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 Boo- king.com [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] HRS [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Expedia [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] STC [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] ebookers [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com. Tabelle 6: Umsatzentwicklung (Buchungsumsatz in Millionen CHF)

2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 Boo- king.com [...]

[...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] HRS [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Expedia [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Tiscover [...] Bei HRS Bei HRS Bei HRS Bei HRS Bei HRS Bei HRS hotel.de [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Bei HRS STC [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] ebookers [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen nach auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com. 330. Das starke Wachstum der Online-Buchungsplattformen ist nicht auf eine generelle Zu- nahme der Nachfrage nach Hoteldienstleistungen in der Schweiz zurückzuführen, sondern erfolgte weitestgehend auf Kosten anderer Vertriebskanäle. So lag trotz des erheblichen Wachstums an Buchungen über Online-Buchungsplattformen die Anzahl der in der Schweiz jährlich nachgefragten Zimmernächte zwischen 2007 und 2013 immer innerhalb eines Be- reichs zwischen 22‘600

und 24'000 und die durchschnittliche Bruttozimmerauslastung im Bereich zwischen 44 % und 47 %.²⁶⁴ 331. Zusammenfassend kann auf dem relevanten Markt eine gewisse Dynamik beobachtet werden. Zwar ist die Stellung von Booking.com als Marktführerin unangefochten, wohingegen bei den kleineren Anbietern in der Tendenz sinkende Marktanteile zu beobachten sind. Dafür

264 Vgl. Bundesamt für Statistik BFS, Hotellerie, Angebot und Nachfrage im Überblick, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/10/03/blank/key/01/01.html>> (3.2.2015).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 80

ist eine kontinuierliche Steigerung sowohl des Marktvolumens, gemessen am Buchungsumsatz, als auch der Marktdurchdringung, gemessen an der Anzahl Partner-Hotels, zu beobachten. (iii) Zusammenfassung 332. Der Markt für Online-Buchungsplattformen ist hoch konzentriert. Die Parteien decken zusammen durchgehend praktisch den gesamten sachlich relevanten Markt ab. Dabei ist Booking.com der mit Abstand stärkste Marktteilnehmer, gefolgt von Expedia sowie HRS. Von weiteren Marktteilnehmern ist sodann auch kein wesentlicher disziplinierender Effekt auf die Parteien zu erwarten.

C.4.5.3.2. Potenzieller Wettbewerb 333. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.²⁶⁵ (i) Markteintrittsschranken 334. Eine wesentliche Markteintrittsschranke ergibt sich aus der Tatsache, dass Online-Buchungsplattformen in einem zweiseitigen Markt mit entsprechend starken indirekten Netzwerkeffekten tätig sind. Um als Online-Buchungsplattform auf dem Markt zu bestehen, müssen beide Marktgegenseiten (d.h. Hotels und Endkunden) gleichermaßen angesprochen werden, damit eine kritische Grösse erreicht werden kann. Wie nachfolgend aufgezeigt, existieren bezüglich der Anwerbung von beiden Marktgegenseiten hohe Markteintrittsschranken. 335. Wie auch von den Parteien festgehalten wird, ist die Anwerbung von Hotels mit einem anfänglichen Aufwand verbunden: Partner-Hotels werden durch [...] angeworben und betreut, was [...] Kosten verursacht. Ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen kann diese Anfangsinvestitionen jedoch kaum auf seine Partner-Hotels abwälzen, da die Parteien keine Aufnahmegebühren erheben. Auch hat ein Hotel, trotz grundsätzlich möglichem Multihoming, kaum Anreize eine zusätzliche Online-Buchungsplattform zu bewirtschaften, solange diese nur ein geringes Buchungspotenzial hat. 336. Selbst wenn es einer neu in den Markt eintretenden Online-Buchungsplattform gelingen sollte, eine grosse Anzahl an Partner-Hotels anzuwerben, kann es schwierig sein, Endkunden von der Nutzung der Plattform zu überzeugen, wie am Beispiel von STC illustriert werden kann: Sämtliche Mitgliederhotels von hotelleriesuisse (als Teilhaber an STC) sind auf STC vertreten. Trotz dieses nicht unwesentlichen Vorteils gelingt es STC aber nicht, auch Endkun-

265 Vgl. Verfügung der WEKO vom 21.10.2013, 38 Rz 177, Swatch Group Lieferstopp, <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (2.2.2015); RPW 2011/1, 96 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RPW 2010/1, 119 ff., Preispolitik Swisscom ADSL; RPW 2008/1, 228 Rz 57, TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang; RPW 2007/2, 262 Rz 145,

Terminierung Mobilfunk; RPW 2007/2, 214 Rz 169, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 81

den in grossem Umfang von der Nutzung der eigenen Online-Buchungsplattform zu überzeugen. STC verlangt zwar im Vergleich mit den Parteien tiefere Kommissionen, die Hotels können den Endkunden jedoch aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln trotz dieser tieferen Kosten keine besseren Preise anbieten als auf den Plattformen der Parteien. Eine neue Online-Buchungsplattform müsste daher erhebliche Mittel aufwenden, um andere Möglichkeiten der Endkundenwerbung voll auszuschöpfen. 337. So ist insbesondere die Anwerbung von Endkunden über (Online-)Werbung mit erheblichen Ausgaben verbunden. Die Ausgaben von Booking.com beispielsweise sind in der Schweiz alleine für [...] von [...] im Jahr 2008 auf [...] im Jahr 2012 gestiegen. 338. Eine weitere mögliche Markteintrittsbarriere sind die nutzergenerierten Bewertungen. Wie auch von den Parteien betont wird, liefern diese für die Endkunden wertvolle Informationen. Neu in den Markt eintretende Unternehmen verfügen naturgemäss noch über keine derartigen Bewertungen von Endkunden, was sie wiederum für potenzielle Kunden weniger attraktiv machen könnte. Aus Sicht der Hotels stellt sich wiederum die Schwierigkeit, dass diese eine aufgrund von nutzergenerierten Bewertungen erarbeitete Reputation nicht auf ein anderes Unternehmen übertragen können. Auf diese Form einer Marktzutrittschranke wird beispielsweise auch im Zusammenhang mit Online-Auktionsportalen hingewiesen.²⁶⁶ 339. Schliesslich können auch die durch die Parteien im betrachteten relevanten Markt erzielten Renditen einen Hinweis auf das Bestehen von Marktzutrittsbarrieren darstellen. So gehen Analysen davon aus, dass Expedia mit Hotel-Buchungen, deren Anteil am Gesamtumsatz von Expedia rund 73 % ausmacht, eine Umsatz-Marge von 23 % erwirtschaftet. Die Marge ist damit deutlich höher als in den Geschäftsfeldern der Flugbuchungen (3 %) und Mietwagen sowie Kreuzfahrten mit jeweils 9 %.²⁶⁷ (ii) Markteintritte 340. Unter den zwischen 2007 und 2013 in der Schweiz in einem mehr als nur marginalen Umfang tätigen Online-Buchungsplattformen befindet sich keine, welche innerhalb dieses Zeitraums gegründet wurde. Es besteht sogar eine Tendenz zu einer steigenden Konzentration des Marktes aufgrund von Übernahmen: So wurden Tiscover (im Jahr 2008) sowie hotel.de (im Jahr 2011) durch HRS übernommen, so wie auch Booking.com zuvor (im Jahr 2005) durch Priceline.com, Inc. aufgekauft wurde. Schliesslich wurde auch Venere.com im Jahr 2008 von Expedia, Inc. erworben. 341. Google ist demgegenüber mit dem Hotel Finder mit einer Meta-Suchmaschine auf eine weitere Weise als Werbedienstleister für Online-Buchungsplattformen tätig geworden. Es erscheint jedoch höchst unwahrscheinlich, dass Google selbst eine Tätigkeit als Online-Buchungsplattform aufnimmt, zumal dies das bewährte Geschäftsmodell des Verkaufs von Pay-per-Click-Werbung untergraben würde.²⁶⁸ 342. Bei weiteren von den Parteien vorgebrachten erfolgten Markteintritten handelt es sich ausnahmslos um Nischenanbieter, um Anbieter welche nur Privatunterkünfte vermitteln oder

266 Siehe beispielsweise CHRYSANTHOS DELLORCAS, in: Handbook of Economics and Information Systems, Terence Handershott (Hrsg.), Reputation Mechanisms, 2006, 629-660. 267 Vgl. <<http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2013/01/04/whats-driving-expedias-stock/>> (3.5.2015). 268 Vgl. hierzu Rz 337.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 82

um Angebote, welche scheinbar eine neue Online-Buchungsplattform darstellen, aber tatsächlich nur im Rahmen eines Partner-Programms auf Angebote der etablierten Online-Buchungsplattformen zurückgreifen.²⁶⁹ 343. Insbesondere Expedia weist auf die mögliche steigende Bedeutung von Nischenanbietern und Meta-Suchmaschinen hin. Jedoch ist derzeit weder erwiesen, noch ist es absehbar, ob und inwiefern zukünftig von diesen eine disziplinierende Wirkung auf die etablierten Online-Buchungsplattformen ausgehen sollte. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Art. 30 Abs. 3 KG der WEKO bei wesentlichen Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse die Möglichkeit gibt, auf Antrag des Sekretariats oder von Betroffenen, einen Entscheid zu widerrufen oder zu ändern. (iii) Zusammenfassung 344. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass von potenziellen Markteintritten kein nennenswerter Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen ausgeht. C.4.5.3.3. Stellung der Marktgegenseite 345. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen. (i) Hotels 346. HRS bringt vor, dass Netzwerkeffekte des zweiseitigen Marktes dazu führen, dass Online-Buchungsplattformen auch ihrerseits von den Hotels stark abhängig sind, insbesondere davon, möglichst viele von ihnen für die Vermittlung zu gewinnen und als Vertragspartner zu halten. HRS habe deshalb gegenüber den Hotels keinen unbegrenzten Preiserhöhungsspielraum, weil diese sich des Netzwerkeffekts bewusst seien. Dass die Hotels aufgrund der Marktstruktur über einen entsprechenden Verhandlungsspielraum verfügen ist jedoch offensichtlich nicht der Fall: So konnte HRS die im Jahr 2012 vorgenommene Erhöhung der Kommissionen verbunden mit einer Verschärfung der Vertragsbedingungen durchsetzen, ohne dass Partner-Hotels diesbezüglich Verhandlungen führen konnten. Auch die [...] konnte erfolgen, ohne dass es zu Konzessionen gegenüber Partner-Hotels oder zu nennenswerten Vertragskündigungen kam. Generell sind Abweichungen von den Standard-Verträgen [...] 270 347. Gewisse, obgleich geringe, Konzessionen machen die Parteien lediglich gegenüber Hotelketten. Dabei ist allerdings auch bei internationalen Hotelketten der Verhandlungsspielraum stark eingeschränkt. So verfügen bei Booking.com folgende Hotelketten, welche in der Schweiz tätig sind, über von den Standardverträgen abweichende Partnerverträge: [...]. 348. Somit verfügten von [...] Partnerbetrieben nur deren [...] über von den Standardverträgen abweichende Vertragsbedingungen. Allerdings betont Booking.com, dass bezüglich der verlangten Preisparitätsklauseln sowie der Verfügbarkeitsparität keine umfassenden Ausnahmen gewährt werden. Ein gewisser, wenn auch geringer, Verhandlungsspielraum würde in

269 So nennt Booking.com beispielsweise mit AirBnB einen Vermittler von Privatunterkünften, mit Swisshotels einen Partner von STC Switzerland Travel Centre sowie mit Secret Escapes und Jetsetter Nischenanbieter im Luxusbereich. Auch Expedia weist wiederholt auf AirBnB hin. 270 Vgl. hierzu oben, Rz 18 f.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 83

erster Linie betreffend aus Sicht von Booking.com untergeordneten Vertragsbestandteilen bestehen wie beispielsweise bezüglich Rechtswahlklauseln. 349. Expedia unterhält Kettenverträge mit [...] in der Schweiz tätigen Hotelketten, das sind insgesamt [...] Hotels, insbesondere [...]. Allerdings ergeben sich auch bei diesen Kettenverträgen [...] von den allgemein verlangten Paritätsklauseln. 350. HRS hat in der Schweiz insgesamt [...]

Hotelketten mit insgesamt [...] Hotels unter Vertrag. Die grössten davon sind [...]. Allerdings hält HRS fest, dass die Hälfte dieser Ketten den Standard-AGBs unterliegt und ein weiteres Viertel über einen auf die AGB verweisenden Standard-Kettenvertrag verfügt. Nur das restliche Viertel hat abweichende Verträge. HRS führt als Beispiel für abweichende Vertragsbedingungen [...]. (ii) Hotelier-Verbände 351. Mit über 3171 Mitgliedern, davon 2051 Hotels, repräsentieren die von hotelleriesuisse klassierten Betriebe laut eigenen Angaben 65 % der Schweizer Hotelbetten und generieren 75 % der Logiernächte.²⁷¹ GastroSuisse, dem Verband für Hotellerie und Restauration, sind viele kleinere Hotelbetriebe angeschlossen. So verfügt GastroSuisse über rund 20'000 Mitglieder, davon sind 3000 Hotels.²⁷² 352. Während somit die Hotels in der Schweiz in zwei Verbänden organisiert sind, welche einen Grossteil der Betriebe vertreten, scheinen diese Verbände über keinerlei Verhandlungsmacht gegenüber den Parteien zu verfügen. So erklärt Booking.com, dass mit den Hotels direkt verhandelt wird und nicht mit den Verbänden. Auch die anderen Parteien führen keine Verhandlungen mit Hotelier-Verbänden. Damit geht auch von den Verbänden keine disziplinierende Wirkung auf die Online-Buchungsplattformen aus. (iii) Endkunden 353. Endkunden, welche Online-Buchungsplattformen nutzen, haben keinen direkten Einfluss auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Plattformen und den Hotels. Die WEKO hat im Entscheid TUI/Kuoni dahingegen festgehalten, dass im Reisemarkt die Endkunden durchaus eine verhältnismässig starke Stellung haben, was insbesondere darauf zurückzuführen sei, dass Reisende sehr häufig Reisen selber organisieren und dass somit der Verhaltensspielraum der Reiseveranstalter durch derartige Direktgeschäfte eingeschränkt werde. Preiserhöhungen bei Reisearrangements würden einen Teil der Reisenden dazu bewegen, Reisen selbst zu organisieren.²⁷³ Es wird auch darauf hingewiesen, dass es für die Marktgegenseite im Reisemarkt üblich sei, die Preise von Angeboten verschiedener Veranstalter zu vergleichen.²⁷⁴ 354. Vorliegend erhalten die Endkunden allerdings aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln kein Signal betreffend die von den Online-Buchungsplattformen verlangten Kommissionen, weshalb von den Endkunden in der vorliegenden Konstellation keine wesentliche disziplinierende Wirkung auf die Online-Buchungsplattformen ausgeht.

271 <<https://www.hotelleriesuisse.ch/de/pub/verband.cfm>> (3.2.2015). 272

<<http://www.gastrosuisse.ch/de/gastrosuisse/verband/>> (3.2.2015). 273 Vgl. RPW 2000/3, 408 f. Rz 60, TUI/Kuoni. 274 Vgl. RPW 2000/3, 408 f. Rz 39 und 61, TUI/Kuoni.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 84

(iv) Zusammenfassung 355. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass weder seitens der Hotels noch seitens der Endkunden ein wesentlicher Druck auf die Parteien bezüglich der untersuchten Vertragsklauseln ausgeht. C.4.5.3.4. Horizontales Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung 356. Die vorgängig ermittelten Angaben zum aktuellen Wettbewerb, zu Markteintrittsbarrieren sowie zur Stellung der Marktgegenseite auf dem sachlich relevanten Markt sind insbesondere geeignet, um die Marktposition der Parteien gegenüber den Hotels und den Endkunden zu bestimmen. Diese Elemente widerspiegeln jedoch nur in ungenügender Weise die tatsächliche quantitative Auswirkung der untersuchten Vertragsklauseln. So wirken sich die fraglichen Klauseln gerade nicht exklusiv auf die Preise und Verfügbarkeiten der jeweiligen Online-Buchungsplattformen aus, sondern beziehen sich explizit auf die bei anderen Vertriebskanälen zugänglichen Angebote. 357. Die WEKO hat im Entscheid in Sachen „Vertrieb von Tickets im

Hallenstadion Zürich“²⁷⁵ festgehalten, dass für die Beurteilung der durch die Abrede in quantitativer Hinsicht bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung entscheidend ist, in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht, und nicht der generelle Marktanteil, der ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst von der Abrede innehat.²⁷⁶ 358. Wie aufgezeigt wurde, sind die weiten Paritätsklauseln der Parteien sehr umfassend formuliert und beziehen sich auf sämtliche anderen Vertriebskanäle, welche ein Hotel neben den Online-Buchungsplattformen verwendet. Sie umfassen insbesondere auch sämtliche direkten hoteleigenen Vertriebskanäle sowie indirekte Kanäle, welche von Dritten angeboten werden. Die verschiedenen Paritäts-Klauseln der Parteien werden von den Hotels grossmehrheitlich eingehalten. Diese Einhaltung wird durch die Online-Plattformen auch entsprechend überwacht.²⁷⁷ Damit sind die Möglichkeiten der Partner-Hotels stark eingeschränkt, auf alternativen Vertriebskanälen, von welchen allenfalls eine disziplinierende Wirkung seitens der Endkunden auf die Parteien denkbar wäre, relativ tiefere Preise anzubieten, diese bezüglich Verfügbarkeit besser zu stellen oder mittels günstigeren Konditionen bevorzugt zu behandeln. 359. Variationsmöglichkeiten verbleiben im Bereich indirekter Vergünstigungen im Rahmen von Kundenbindungs-Programmen. Vor allem bei grossen Hotelketten können Punkte für Treueprogramme gesammelt werden, wenn eine direkte Buchung erfolgt. Als Beispiel hierfür ist das Programm von Starwood Hotels (Starwood Preferred Guest) zu nennen, bei welchem bei Reservationen über eine Online-Buchungsplattform keine Treuepunkte gesammelt werden können. Auch andere Hotelketten verwenden vergleichbare Systeme. So werden zwar keine unmittelbaren Rabatte auf eine einzelne Buchung gewährt, die gesammelten Treuepunkte können jedoch in Sachleistungen wie kostenlose Übernachtungen, Upgrades etc. umgewandelt werden, d.h. der Kunde kann bei einer späteren Buchung davon profitieren. 360. Hierzu ist festzuhalten, dass derartige Treueprogramme hauptsächlich von international tätigen Hotelketten betrieben werden. So sind denn auch diesbezüglich gewisse Netzwerkeffekte festzustellen. Ein Treueprogramm scheint für Endkunden vor allem dann attraktiv, wenn

275 RPW 2012/1, 74 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. 276 RPW 2012/1, 110 Rz 197, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, m.w.H. 277 Vgl. oben, Rz 0 ff., 56 und 53.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 85

dieses bei möglichst vielen Hotels anerkannt wird. Hotelketten umfassen in der Schweiz allerdings nur einen kleinen Anteil der Betriebe.²⁷⁸ Auch ist festzuhalten, dass derartige Programme letztlich eine Abweichung von Verfügbarkeits- respektive Konditionenparitätsklauseln darstellen, weshalb solche Ausnahmen entsprechend von den Parteien auch gewährt werden müssen.²⁷⁹ 361. Hingegen scheinen einige Hotels, letztlich unter Missachtung der Verfügbarkeitsparitäts- sowie Konditionenparitätsklauseln, Zusatzleistungen für Gäste anzubieten, welche einen bestimmten Vertriebskanal wählen. Solche Zusatzleistungen können beispielsweise über die reine Hotelübernachtung hinausgehende Sachleistungen umfassen, seien dies kostenlose Parkplätze, vergünstigte Skipässe, Wellnessangebote o.ä. Allerdings stellen auch solche Zusatzleistungen letztlich eine Abweichung von Verfügbarkeitsparitäts- respektive Konditionenparitätsklauseln dar. Allerdings scheint es auch seitens der Parteien gewisse technische Einschränkungen bezüglich der Möglichkeiten zu geben, komplexere Dienstleistungs-Pakete abzubilden. 362. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass sich weite Preisparitätsklauseln auch auf Dienst-

leistungen von Partner-Hotels beziehen, welche über Wholesaler respektive deren Kunden (wie beispielsweise Reiseveranstalter) an die Endkunden gelangen. Gerade bei diesen Produkten, welche gemäss einem Merchant-Modell vertrieben werden, besteht die Möglichkeit, dass dies zu einem Verstoss gegen die Preisparitätsklauseln führen kann, da hierbei der Wiederverkäufer den Endkundenpreis selbst bestimmen kann. Allerdings halten die Parteien fest, dass in solchen Fällen von den Partner-Hotels keine Einhaltung der Preisparitätsklauseln verlangt wird, sondern diese nur auf diese Problematik hingewiesen werden, so dass gegebenenfalls bestehende Verträge mit Wholesalern entsprechend angepasst werden können.²⁸⁰ 363. Für Partner-Hotels der Parteien bestehen damit kaum Möglichkeiten, die Preise, Verfügbarkeiten oder Konditionen auf verschiedenen Vertriebskanälen derart zu variieren, dass relative Unterschiede bezüglich der Kosten des jeweiligen Vertriebskanals reflektiert werden können. Sämtliche genannten Möglichkeiten zu Variationen bezüglich Preisen respektive Verfügbarkeiten stellen Ausnahmen oder Umgehungen der entsprechenden Vertragsklauseln dar oder bewegen sich zumindest in vertragsrechtlicher Hinsicht im Graubereich. Insgesamt zeigt sich damit, dass diese Wirkungen nicht nur auf den relevanten Markt begrenzt sind, sondern sämtliche anderen Vertriebskanäle eines Hotels betreffen, indem diese hinsichtlich Preis, Verfügbarkeit und Konditionen nicht besser gestellt werden dürfen als die Online-Buchungsplattformen der Parteien. C.4.5.4. Fazit 364. In quantitativer Hinsicht ist von einer umfassenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund der von weiten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln auszugehen. Dies zeigt sich einerseits aufgrund der Tatsache, dass die Parteien bezüglich Marktanteile einen überwiegenden Teil des sachlich relevanten Marktes abdecken. Hinzu kommt, dass die von den Parteien verlangten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln eine horizontale Wirkung haben, welche über den sachlich relevanten Markt hinausgeht und so auch alternative

278 Vgl. Rz 319 ff. 279 Eine Ausnahme diesbezüglich stellt die Tatsache dar, dass Expedia die Lösung des OFT europaweit für alle Hotels eingeführt hat. Diese Lösung ermöglicht den Hotels die Bildung von sogenannten „closed user groups“, welche von den Preisparitätsklauseln ausgenommen sind. 280 Vgl. hierzu Fn 22.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 86

Vertriebskanäle umfasst. Somit ergeben die Prüfung der qualitativen Kriterien sowie die Analyse der quantitativen Kriterien, dass der Wettbewerb auf Stufe der Online-Buchungsplattformen durch die von den Parteien verlangten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln insgesamt praktisch vollständig beseitigt wird. C.4.6. Rechtfertigung aus Effizienzgründen 365. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). 366. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu

beseitigen. 367. Liegt keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor und keine Abrede, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, gilt die Abrede i.d.R. ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (vgl. Ziff. 16 Abs. 2 VertBek). Vorliegend bestehen jedoch mehrere Abreden nebeneinander, die praktisch den gesamten relevanten Markt abdecken und auch weitere Vertriebskanäle umfassen. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen der Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung nach Ziff. 16 Abs. 2 VertBek nicht gegeben und es ist konkret zu prüfen, ob ein materieller Rechtfertigungsgrund vorliegt. 368. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 87

solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermaßen plausibel erscheinen.²⁸¹ 369. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.²⁸² C.4.6.1. Trittbrettfahrerproblem 370. Die Parteien bringen vor, ihr Geschäftsmodell sei mit einer Reihe von gegenüber Hotels erbrachten Leistungen und Investitionen verbunden, wofür sie nur bei tatsächlich über ihre Online-Buchungsplattformen getätigten Buchungen mittels Kommissions-Zahlungen entschädigt würden. Diese Besonderheit des verwendeten Geschäftsmodells führe dazu, dass sie darauf angewiesen seien, dass möglichst viele Buchungen über ihre Plattform getätigt würden. Bei einer Buchung über den direkten Vertriebskanal eines Hotels profitiere dieses zwar von den Leistungen der Online-Buchungsplattform, erbringe jedoch keine Gegenleistung. Die Paritätsklauseln seien deshalb notwendig, um diese Leistungen und Investitionen zu schützen. 371. Dieses Vorbringen der Parteien entspricht weitgehend dem Point-of-Sale-Services-Argument, welches das Problem einer horizontalen Externalität auf Händlerstufe (d.h. Händler profitieren von den Service- und Beratungsleistungen ihrer Konkurrenten) zum Inhalt hat. Diese Problematik kann gemäss Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek im Rahmen der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sein. Die näheren Voraussetzungen zur Anwendung des Point-of-Sale-Services-Arguments müssen vorliegend nicht eingehend erläutert werden, es genügt an dieser Stelle der Verweis auf die Ausführungen der WEKO im Rahmen der Verfügung betreffend Buchpreisbindung.²⁸³ Denn obwohl das Vorliegen einer

Trittbrettfahrerproblematik gestützt auf die Art der vermittelten Dienstleistung theoretisch denkbar wäre, ist es bereits fraglich, ob diese Problematik überhaupt im behaupteten Ausmass gegeben ist. Ausserdem gelingt es, wie nachfolgend aufgezeigt wird, den Parteien nicht, darzulegen inwiefern sie Service- und Beratungsdienstleistungen oder andere Investitionen erbringen, die vor einer solchen Problematik geschützt werden sollten. 372. Ebenfalls ist darauf hinzuweisen, dass sich die WEKO bereits im Zusammenhang mit der Untersuchung in Sachen Online-Handel mit einer möglichen Trittbrettfahrer-Problematik beim Vertrieb von Haushalts-Geräten auseinandergesetzt hat. Dabei wurde festgehalten, dass selbst der stationäre Handel, obwohl dieser (in einem gewissen Ausmass) eine persönliche Beratung von Endkunden anbietet und auch Investitionen in Ausstellungsmodelle etc. tätigt, keiner Trittbrettfahrer-Problematik ausgesetzt ist, welche ein Verbot des Online-Handels kartellrechtlich zu rechtfertigen vermögen würde. 373. Schliesslich ist festzuhalten, dass wohl in den allermeisten Bereichen des (Online-)Vertriebs von Produkten und Dienstleistungen, auch bei unterschiedlichen relativen Preisen zwischen einzelnen Händlern, diese Ausgaben in Werbung und in die Verbesserung der eigenen Vertriebs-Dienstleistung tätigen. Somit erscheint es im Vornherein unwahrscheinlich, dass ausgerechnet im vorliegenden Bereich, in welchem die Unternehmen nicht einmal das mit dem

281 Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007 (= RPW 2007/1, 133 f.), E.10.3, Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF. 282 RPW 2012/2, 400 Rz 1059, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 283 Vgl. RPW 2005/2, 286 Rz 85 ff., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 88

Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen verbundene Inventarrisiko tragen, ein vertraglicher Schutz gegen tiefere relative Preise seitens der Konkurrenten gerechtfertigt sein sollte. 374. Booking.com hat im Rahmen seiner Stellungnahme zum Antrag vorgebracht, dass die Tatsache, dass eine Anzahl von durch sie befragte Hotels angegeben haben, in Abwesenheit von Preisparitätsklauseln auf dem direkten Vertriebskanal tiefere Preise, als auf Online-Buchungsplattformen anbieten würden, als Beweis für das Vorliegen einer Trittbrettfahrerproblematik betrachtet werden könne. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Beobachtung der von den Parteien vorgebrachten Argumentation, dass Preisparitätsklauseln letztlich einem Wunsch der Hotels entsprechen, widerspricht. Auch kann aus dem von Booking.com vorgebrachten Umfrageergebnis lediglich gefolgert werden, dass bezüglich der Preisparitätsklauseln individuelle Abweichungsanreize bestehen, wie dies letztlich bei einer Vielzahl von preisrelevanten Abreden der Fall ist. 375. Auch das von Booking.com vorgebrachte Argument, dass gemäss einer eigenen Umfrage eine Mehrheit der befragten Endkunden bei entsprechend tieferen Preisen auf dem direkten Vertriebskanal eines Hotels anstatt auf der Online-Buchungsplattform zu buchen, entspricht letztlich einem normalen Marktverhalten. Auch illustriert dieses Resultat vielmehr, dass vom direkten Vertriebskanal durchaus eine disziplinierende Wirkung auf Online-Buchungsplattformen ausgehen kann. C.4.6.1.1. Komplexität der vermittelten Dienstleistung 376. Grundsätzlich unterscheiden sich die Dienstleistungen von Hotels von technisch anspruchsvollen, langlebigen Produkten, für welche das Point-of-Sales-Services-Argument vielfach in Betracht gezogen werden kann. Allerdings

können Dienstleistungen von Hotels als Erfahrungsgüter betrachtet werden, so dass es für Endkunden unter Umständen schwierig sein kann, die Qualität einer solchen Dienstleistung im Vorhinein festzustellen. So ist es grundsätzlich denkbar, dass Endkunden bei der Wahl eines Hotels gewisse Service- und Beratungsleistungen in Anspruch nehmen. 377. Indes ist auch festzuhalten, dass längst nicht alle Endkunden Beratungsleistungen bei der Wahl eines Hotels in Anspruch nehmen.²⁸⁴ So verfügen auch etliche Endkunden über einen Informationsstand, welcher über online verfügbare Informationen hinausgeht und damit Service- und Beratungsleistungen durch Online-Buchungsplattformen hinfällig macht. So beispielsweise Stammkunden. Ebenso können sich beispielsweise Walk-in-Kunden selbst ein unmittelbares Bild vom besuchten Hotel machen. C.4.6.1.2. Billboard-Effekt 378. Um zu zeigen, dass in ihrem Geschäftsfeld eine ausgeprägte Trittbrettfahrerproblematik vorliegt, führen Expedia und HRS aus, bereits die Präsenz auf einer Online-Buchungsplattform führe zu einer deutlichen Steigerung der Anzahl Buchungen auf dem direktem Vertriebskanal eines Hotels. Dieser behauptete Effekt wird unter dem Begriff „Billboard-Effekt“ vorgebracht. Gestützt auf eine durch Expedia unterstützte Studie (nachfolgend: Cornell-Studie vol. 9285) wird aufgeführt, diese Steigerung liege zwischen 7,5 % und 26 %.

284 Vgl. hierzu auch RPW 2011/3, 391 Rz 149 ff., Behinderung des Online-Handels. 285 CHRIS ANDERSON, in: Cornell Hospitality Report Vol. 9 No. 16, The Billboard Effect, Online Travel Agent Impact on Non-OTA Reservation, 2009. Daneben wird auf eine entsprechende Nachfolge-Studie verwiesen: CHRIS ANDERSON, in: Cornell Hospitality Report Vol. 11 No. 8, Search, OTAs and Online Booking, An Expanded Analysis of the Billboard Effect, 2011.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 89

379. Es ist jedoch fraglich, inwiefern die Erkenntnisse der Cornell-Studie vol. 9 auf die Situation in der Schweiz übertragen werden können, zumal diese hauptsächlich auf Experimenten anhand von Hotels der InterContinental Hotel Group basieren, wohingegen in der Schweiz derartige Ketten-Hotels nur eine untergeordnete Rolle spielen. Die Allgemeingültigkeit der Cornell-Studie vol. 9 wird auch von ESTIS GREEN/LOMAN²⁸⁶ angezweifelt: So seien die entsprechenden Hotels im Ranking von Expedia konsequent an erster Stelle aufgelistet worden. Auch sei die in der Cornell-Studie vol. 9 beschriebene Steigerung des direkten Vertriebs kaum mit den an breiter Front beobachtbaren Zahlen zu Übernachtungen und Hotelauslastung vereinbar. Zudem habe die InterContinental Hotel Group (aufgrund von vertraglichen Differenzen) für einige Monate auf eine Präsenz auf Expedia verzichtet, ohne dass dies zu einem Sinken der Buchungen auf dem direkten Vertriebskanal geführt hätte. 380. Dass die Hypothese eines Billboard-Effekts, mit dem letztlich ein Multiplikator-Effekt aufgrund der Präsenz eines Hotels auf einer Online-Buchungsplattform behauptet wird, auch für Hotels in der Schweiz zutreffen sollte, kann allein schon aufgrund der aggregierten Entwicklung der Hotel-Buchungen verneint werden: So konnte trotz des Zuwachses an Partner-Hotels sowie an Buchungen über Online-Buchungsplattformen kein paralleles Ansteigen des Buchungsvolumens auf den direkten Vertriebskanälen beobachtet werden. Vielmehr kam es, bei einer weitgehend konstanten Zimmerauslastung, letztlich zu einer Verschiebung von direkten Buchungen zu Buchungen über Online-Buchungsplattformen.²⁸⁷ 381. Demnach ist bereits nicht erstellt, dass die vorgebrachte Trittbrettproblematik im Schweizer Markt in dem von den Parteien vorgegebenen Ausmass existiert. Nachfolgend ist jedoch dennoch im Einzelnen zu prüfen,

ob auf Seiten der Parteien überhaupt Investitionen oder andere Leistungen erbracht werden, die vor einer möglichen Trittbrettfahrerproblematik geschützt werden sollten.

C.4.6.1.3. Art und Umfang der Service- und Beratungsleistungen 382. Die Online-Buchungsplattformen erbringen keine mit einer persönlichen Beratung im Fach-Handel vergleichbare Beratungsdienstleistung, was angesichts der Breite an verfügbaren Unterkünften auch kaum praktikabel wäre. Vielmehr wird den Endkunden nach erfolgter Suche eine gemäss den Ranking-Kriterien der Online-Buchungsplattform aufgestellte Auflistung von entsprechenden Hotels aufgezeigt.²⁸⁸ Dieses Ranking kann nicht mit einer individuellen Beratung gleichgesetzt werden, zumal in das Ranking teilweise auch kommerzielle Interessen der Online-Buchungsplattformen einfließen, welche nicht unbedingt die unmittelbaren Interessen der Endkunden reflektieren.²⁸⁹ Bei alternativen Möglichkeiten die Suchresultate zu sortieren, erfolgt die Auflistung strikt nach quantitativen Kriterien, wie beispielsweise dem Preis der Hoteldienstleistung. Auch ist der Umfang der durch Online-Buchungsplattformen vermittelten Informationen in ihrem Ausmass stark beschränkt: So werden Informationen zu den einzelnen Hotels auf einer einzigen Internetseite dargestellt, welche neben Preisen und Verfügbarkeiten typischerweise einige Fotografien des Hotels sowie eine kurze, stichwortartige Beschreibung der Eigenschaften und Lage des Hotels umfasst.

²⁸⁶ Die nachfolgenden Punkte finden sich in CINDY ESTIS GREEN/MARK V. LOMAN, Distribution Channel Analysis, A Guide for Hotels, Hospitality Sales & Marketing Association International (HSMIA) Foundation, 2012, 131-135. ²⁸⁷ Vgl. Rz 330. ²⁸⁸ Zum Ranking im Allgemeinen vgl. Rz 23 ff. ²⁸⁹ Beispiel hierfür ist die Möglichkeit von Hotels, bei Booking.com ihr Ranking über höhere Kommissionszahlungen positiv zu beeinflussen, vgl. Rz 29.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 90

383. Auch die Möglichkeit bei Online-Buchungsplattformen die Suchresultate nach nutzergerierten Bewertungen zu sortieren, stellt keine aktive Beratungsdienstleistung dar. Es werden vielmehr grösstenteils durch Dritte bereitgestellte Informationen (seien dies durch die Partner-Hotels bereitgestellte Informationen oder Bewertungen von Kunden oder von Drittanbietern) in aggregierter Form wiedergegeben. Die Bereitstellung von nutzergenerierten Bewertungen schlägt sich ausserdem unmittelbar in einer Steigerung der Attraktivität der jeweiligen Online-Buchungsplattform nieder und ist zudem ein Phänomen, welches auch bei anderen Plattformen sowie im Online-Handel allgemein weit verbreitet ist. Es ist somit davon auszugehen, dass deren Bereitstellung nicht von den vorliegend betrachteten Vertragsklauseln abhängig ist und auch sonst erfolgen würde. ³⁸⁴. Damit findet bei Online-Buchungsplattformen keine (kosten-)intensive persönliche Beratung der Endkunden durch zu den spezifischen Eigenschaften der angebotenen Dienstleistungen geschultes Personal statt, so dass nur geringe Grenzkosten für die Erbringung von Service- und Beratungsleistungen entstehen dürften. Vielmehr zählen das Anbieten von Informationen zu verschiedenen Hotels und Vergleichsmöglichkeiten zwischen diesen gerade zur normalen Geschäftstätigkeit von Online-Buchungsplattformen. ³⁸⁵. Ebenso wenig kann eine intensive Beratung zugunsten der Hotels festgestellt werden. So werden diese zwar hinsichtlich der technischen Anforderungen zur Bewirtschaftung ihrer Angebote auf den jeweiligen Online-Buchungsplattformen ausgebildet und unterstützt und sie scheinen auch zumindest einzelne Hinweise zur optimalen Darstellung ihres Hotels auf den jeweiligen Plattformen zu erhalten. Jedoch ist nicht ersichtlich, inwieweit dies eine

intensive Beratung der Hotels darstellen soll, welche die Anwendung des Point-of-Sale-Services-Arguments rechtfertigen würde. C.4.6.1.4. Weitere verkaufsfördernde Massnahmen der Online-Buchungsplattformen 386. Die Parteien bringen vor, sie würden insbesondere in verkaufsfördernde Massnahmen zugunsten von Hotels investieren. Daneben seien auch Investitionen in die Benutzerfreundlichkeit der Plattform zu berücksichtigen, welche den Hotels und den Endkunden zu Gute komme. Diese Investitionen seien vor möglichen Trittbrettfahrern zu schützen, welche aufgrund einer Online-Buchungsplattform ein bestimmtes Hotel auswählen, die Übernachtung dann jedoch beim Hotel direkt buchen und so die Online-Buchungsplattform umgehen. 387. Es handelt sich dabei primär um Investitionen in Werbung. Bei Ausgaben für Werbung jeder Art für ein spezifisches Produkt sind jedoch gewisse Streuverluste unvermeidbar: So ist es letztlich normal, dass nur ein kleiner Anteil der derart angesprochenen potenziellen Kunden das beworbene Produkt letztlich auch kauft. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass das beworbene Produkt von gewissen Kunden bei einem konkurrierenden Händler gekauft wird. Ebenso ist es ein allgemeines Phänomen, dass bei Weitem nicht sämtliche Zugriffe auf die Homepage beispielsweise eines Online-Händlers auch zu einer Transaktion führen. Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Werbeausgaben der Online-Buchungsplattformen eine besondere Investition darstellen, die im Rahmen des Point-of-Sales-Services-Arguments geschützt werden sollten. 388. Ausserdem bewerben Online-Buchungsplattformen nie ausschliesslich ein Hotel, sondern immer auch ihre eigene Plattform. Solche Ausgaben für Brand-Building kommen, wie auch allgemeine Bemühungen um die Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit einer Plattform, unmittelbar den Parteien zu Gute. Somit bestehen Anreize für entsprechende Bemühungen unabhängig von der Gestaltung der Vertragsbedingungen mit den Partner-Hotels.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 91

C.4.6.1.5. Wechselwirkungen zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen: umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik 389. Entgegen den Ausführungen der Parteien liegt, wenn überhaupt, nicht nur eine einseitige Trittbrettfahrerproblematik zu Ungunsten der Online-Buchungsplattformen vor. Vielmehr profitieren diese auch von eigenen Verkaufsbemühungen der Hotels und anderen Vertriebskanälen. Wenn solche wechselseitigen Effekte bestehen, spricht dies gegen eine effizienzsteigernde Wirkung einer Wettbewerbsabrede.²⁹⁰ 390. So gibt es eine Reihe von Möglichkeiten, wie Online-Buchungsplattformen unmittelbar von der Bekanntheit ihrer Partner-Hotels profitieren können: Gerade im Zusammenhang mit Pay-per-Click-Werbung über Google AdWords können Online-Buchungsplattformen letztlich auch vom Bekanntheitsgrad ihrer Partner-Hotels profitieren, indem sie beispielsweise AdWords mit einer Kombination des Hotelnamens mit dem Ortsnamen erwerben. Zusätzlich gibt es weitere Beispiele aus dem Ausland, bei welchen Online-Buchungsplattformen versuchten, zu Lasten ihrer Partner-Hotels Buchungen zu generieren. So hat das Landgericht Frankfurt festgehalten, dass bei Online-Telefonbucheinträgen eine Verlinkung zu Online-Buchungen über HRS eine Irreführung der Endkunden darstelle, da dadurch der Eindruck entstehen würde, der Endkunde buche direkt beim Hotel.²⁹¹ In Frankreich wurde unter anderem Expedia wegen Irreführung von Endkunden verurteilt, weil auf ihrer Online-Buchungsplattform Partner-Hotels als vollständig ausgebucht dargestellt wurden, obwohl auf anderen Vertriebskanälen noch Zimmer verfügbar gewesen wären.²⁹² 391. Daneben besteht auch eine Vielzahl von Wechselwirkungen mittelbarer Natur zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen

Vertriebskanälen, so insbesondere dem direkten Kanal der Hotels. So wurde im Rahmen einer Studie der Universität St. Gallen bezüglich des Reiseverhaltens von Schweizern²⁹³ festgestellt, dass im Zusammenhang mit Reisen bezüglich ihrer Wichtigkeit insbesondere folgende drei Informationsquellen dominieren: Freunde und Verwandte, Quellen aus dem Internet und durch Einheimische vermittelte Informationen. Dabei seien die wichtigsten Internetseiten Suchmaschinen wie Google. Ähnlich wichtig seien Internetseiten der Destinationen gefolgt von Internetseiten von Unterkunftsanbietern. Laut den Studienautoren lässt dieses Resultat den Schluss zu, dass der Erwerb von Informationen zu Reisen mit einer allgemeinen Suche über Suchmaschinen beginnt und sich fortsetzt in einer detaillierteren Suche auf Internetseiten der Destinationen und schliesslich auf Hotel-Webseiten. Bei einer ähnlichen Studie von Google bezüglich des Reiseverhaltens von Schweizern haben 41 % der Befragten angegeben, dass sie bei der Entscheidung bezüglich einer Unterkunft Websites von Unterkunftsanbietern (wie Homepages von Hotels) konsultieren würden. Diese stellen laut dieser Studie somit auch die wichtigste Online-Informationsquelle bezüglich Unterkünften dar, gefolgt von Tourismus-Homepages (mit 18 %), Suchmaschinen (mit 15 %) sowie Websites von Reisebüros respektive Reise-Portalen (mit zusammen 14 %).²⁹⁴

290 Vgl. hierzu auch RPW 2011/3, 391 f. Rz 153-159, Behinderung des Online-Handels.

291 Urteil des LG Frankfurt vom 20.2.2013, 3-08 O 197/12, 9 ff, Wettbewerbswidrigkeit

der Verlinkung auf ein Hotelbuchungsportal. 292 Urteil des Tribunal de Commerce de

Paris, 15^{ème} chambre vom 4.10.2011, Synhorcat et autres c/ Expedia et autres

<http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3242>

(2.2.2015). 293 CHRISTIAN LAESSER/BARBARA RIEGLER, Travel Market

Switzerland, Basic Report and Database Specification, Institute for Systemic Management

and Public Governance, St. Gallen, 2012, 23. 294 Vgl. Google, Vertical Deep Dive Travel,

Switzerland, May 2012 <https://ssl.gstatic.com/think/docs/analysis-of-travel-vertical-in-switzerland_research-studies.pdf> (3.2.2015).

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 92

392. Selbst wenn eine Trittbrettfahrerproblematik, wie sie von den Parteien behauptet wird,

festgestellt werden könnte, so wäre nicht erstellt, dass diese nur einseitig zu Ungunsten der

Parteien besteht. Die wahrscheinlich vorliegende umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik

spricht demgegenüber gegen die effizienzsteigernde Wirkung der von den Parteien verwen-

deten Vertragsklauseln. C.4.6.1.6. Zusammenfassung 393. Zusammenfassend kann damit

festgehalten werden, dass einerseits keine Trittbrettfahrerproblematik im von den Parteien

behaupteten Ausmass festgestellt werden kann. Andererseits fehlt es auf Seiten der

Online-Buchungsplattformen auch an Beratungs- und Serviceleistungen sowie

weiteren besonderen Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen, welche vor

möglichen Trittbrettfahrern geschützt werden sollten. Damit lassen sich die verwen-

deten Vertragsklauseln mit dieser Argumentation nicht rechtfertigen. C.4.6.2. Hold-up Problem

394. Vertragsspezifische Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehungen nicht oder

nur mit hohem Verlust verwendet werden können (sog. Hold-up Problem), können im

Rahmen der Rechtfertigungsgründe von Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sein.²⁹⁵ 395.

Nun halten die Parteien aufgrund ihres Geschäftsmodells zunächst kein Inventar an Ho-

telzimmern und sind somit auch keinen entsprechenden Risiken ausgesetzt. Die Parteien

machen jedoch auch hier geltend, sie würden insbesondere in Werbung zu Gunsten der

einzelnen Hotels investieren. Wie bereits ausgeführt, können diese Werbeausgaben im

Allgemeinen vor- liegend jedoch nicht als Investitionen qualifiziert werden, die derart schützenswert wären, dass sich gestützt darauf eine Rechtfertigung der verwendeten Vertragsklauseln begründen liesse. Ein grosser Anteil der Ausgaben der Parteien fällt zudem für Pay-per-Click-Werbung 296 an, welche aufgrund ihrer Kurzfristigkeit und Flexibilität nicht geeignet ist, um die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen vor dem Hintergrund des Investitionsschutzes zu rechtfertigen. 396. Die einzigen vertragspezifischen Investitionen gegenüber Partner-Hotels mit mehr als nur kurzfristigem Charakter sind die Aufbereitung der Inhalte für die Online-Buchungsplattformen sowie die Übersetzung dieser Inhalte in verschiedene Sprachen. Zu letzterem ist festzuhalten, dass gerade von Übersetzungen in Sprachen, welche das Hotel beispielsweise auf der eigenen Homepage nicht aufführt wohl in erster Linie die Online-Buchungsplattformen profitieren, indem Kunden, die keine der auf der Homepage eines Hotels gezeigten Sprachen beherrschen, eher über eine Online-Buchungsplattform buchen, weil sie nur dort die konkreten Angebote auch effektiv verstehen. Auch dürfte die absolute Höhe solcher vertragspezifischen Ausgaben gering sein und somit keinesfalls unbefristete vertragliche Massnahmen rechtfertigen. 297 397. Aufgrund der geringen spezifischen Investitionen für die Aufnahme eines Partner-Hotels in eine Online-Buchungsplattform, wie auch der insgesamt relativ geringen wirtschaftlichen

295 Vgl. RPW 2005/2, 280 Rz 65 f., Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz. 296 Vgl. Rz 240 f. 297 Das Bundeskartellamt führt in seinem Beschluss aus, dass solche vertragspezifischen, einmaligen Investitionen so gering sind, dass deren Amortisierung bereits dann gewährleistet ist, wenn der jeweilige Hotelvertrag nach einem Jahr wieder beendet wird. Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, HRS.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 93

Bedeutung eines einzelnen Partner-Hotels für den Geschäftsverlauf einer Online-Buchungsplattform ist daher nicht mit einem Hold-up Problem im Sinne von Ziff. 16 Abs. 4 Bst. c VertBek zu rechnen. Bei einem tatsächlichen Bestehen eines Hold-up Problems würde zudem für die Hotels die Möglichkeit bestehen, nach Abschluss eines Vertrags mit einer Online-Buchungsplattform die Vertragsbedingungen neu auszuhandeln. Wie bereits vorhergehend²⁹⁸ ausgeführt, führen [...] C.4.6.3. Senkung der Suchkosten und Verstärkung des Interbrand-Wettbewerbs auf Stufe Hotels 398. HRS und Booking.com bringen vor, dass aufgrund von weiten Preisparitätsklauseln ein Preisgefüge entstehe, welches zu einer Senkung der Suchkosten seitens der Endkunden und damit letztlich zu einer höheren Kundenzufriedenheit führe. Dies sei der Fall, weil sich die Kunden dank Kenntnis der durch weite Preisparitätsklauseln ermöglichten Bestpreisgarantien gänzlich auf weitere Elemente im Zusammenhang mit der Hotel-Suche konzentrieren und auf einen Preisvergleich verzichten können. 399. Diese Argumente sind allein schon deshalb offensichtlich verfehlt, als dass aufgrund dieser Logik wohl jede Art von Preisabrede als wohlfahrtssteigernd zu betrachten wäre: So könnte diese Argumentation beispielsweise auch als Rechtfertigung für eine (unbestrittenermassen schädliche) horizontale Preisabrede vorgebracht werden, da eine solche ja aufgrund der überall gleichen Preise die Suchkosten der Endkunden senkt. 400. Expedia und HRS bringen diesbezüglich auch vor, dass die Preisparitätsklauseln auf der Stufe der Hotels den Interbrandwettbewerb verstärken würden, indem die dadurch geschaffene Preistransparenz den Preisdruck erhöhen und damit zu einem Absinken der Endkundenpreise führen würde. 401. Nun werden im Allgemeinen

dem Medium Internet tatsächlich prokompetitive Wirkungen zugesprochen, insbesondere aufgrund der dadurch bewirkten Vereinfachung der Suche nach verschiedenen Produkten sowie Preisen.²⁹⁹ Auch vorliegend ermöglicht das Internet eine einfache Suche nach Informationen über verschiedene Hotels sowie deren Eigenschaften, wie Preisen und Verfügbarkeiten. Insbesondere Meta-Suchmaschinen tragen dazu bei, dass Preisunterschiede zwischen verschiedenen Vertriebskanälen auf einfache Weise erfasst werden können.⁴⁰² Um die vorliegend festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe der Online-Buchungsplattformen rechtfertigen zu können, müsste nun die von den Parteien behauptete effizienzsteigernde Wirkung weit über jene des blossen Vorhandenseins der Vergleichsmöglichkeiten im Internet hinaus gehen. Hinweise darauf konnten jedoch keine festgestellt werden. Vielmehr ist eine allfällige durch Preisparitätsklauseln herbeigeführte weitere Senkung des Suchaufwands der Endkunden und Verschärfung des Preiswettbewerbs zwischen den Hotels nur von geringer Bedeutung. Was aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln nämlich letztlich geschieht, ist vielmehr, dass die Endkunden von der durch das Internet erhöhten Preistransparenz gar nicht erst profitieren können, indem der Preis ohnehin überall derselbe ist und sich ein Preisvergleich erübrigt.

298 Vgl. Rz 345 ff. 299 Vgl. hierzu RPW 2011/3, 374 Rz 16 ff., Behinderung des Online-Handels.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 94

403. Es ist somit offensichtlich, dass eine allenfalls derartig bewirkte Senkung der Suchkosten der Endkunden und Verschärfung des Preiswettbewerbs zwischen den Hotels nicht als Begründung für einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG geltend gemacht werden kann. C.4.6.4. Weitere Rechtfertigungsgründe gemäss Vertikalbekanntmachung 404. Das Vorhandensein der weiteren in der Vertikalbekanntmachung genannten Rechtfertigungsgründe, namentlich bezüglich der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte³⁰⁰, der Übertragung von wesentlichem Know-how³⁰¹ sowie der Sicherung von finanziellen Arrangements³⁰² ist vorliegend weder in Hinsicht auf Preisparitätsklauseln noch im Zusammenhang mit Verfügbarkeitsparitätsklauseln ersichtlich. Diese Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht. C.4.6.5. Fazit 405. Gestützt auf die obigen Ausführungen erübrigen sich weitere Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen einer möglichen Rechtfertigung aus Effizienzgründen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln nicht durch einen der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden können. C.4.7. Strukturhaltung und Notwendigkeit von Paritätsklauseln 406. Schliesslich bringt HRS vor, dass ein Wegfall der Preisparitätsklauseln dazu führen würde, dass sich HRS zu einer reinen „Hotel-Suchmaschine“ entwickeln würde, welche mangels tatsächlicher Buchungen keine Provisionen mehr generieren kann. Einerseits ist diese Behauptung rein spekulativ, andererseits konnte in Deutschland nach Aussetzung der Preisparitätsklauseln keine entsprechend dramatische Entwicklung beobachtet werden. Auch Booking.com bringt vor, dass wenn eine Preisvergleichs-Webseite aufzeige, dass auf anderen Vertriebskanälen tiefere Preise erhältlich sind, der Kunde seine Reservation nicht über Booking.com tätigen würde. Dies könne die Reputation von Booking.com schädigen und gegebenenfalls deren Existenz unter den Online-Buchungsplattformen gefährden. 407. Hierzu ist festzuhalten, dass das Kartellgesetz dem Schutz des Wettbewerbs dient und nicht

dem Schutz einzelner Wettbewerber. Wenn strukturpolitische Gründe bestehen, welche über rein wettbewerbliche Überlegungen hinaus gehen und die ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer ausnahmsweisen Zulassung einer für unzulässig erklärten Wettbewerbsabrede begründen, kann gemäss Art. 8 KG ein entsprechender Antrag an den Bundesrat gerichtet werden.⁴⁰⁸ Auch ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen sollten – wovon vorliegend nicht auszugehen ist – es ohnehin fraglich ist, ob Paritätsklauseln für die Erbringung der Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen tatsächlich notwendig sind. So ist HRS, trotz des Verbots von Paritätsklauseln in Deutschland, nach wie vor dort tätig.

300 Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek. 301 Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek. 302 Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. g VertBek.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 95

C.4.8. Ergebnis 409. Die vorliegend untersuchten, von den Parteien gegenüber ihren Partner-Hotels verlangten weiten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparitätsklauseln stellen damit unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Ihre Verwendung durch die Parteien ist daher zu untersagen.⁴¹⁰ Die Einhaltung der Paritäten kann dabei nicht nur durch eine vertragliche Vereinbarung, sondern auch mit anderen Mitteln durchgesetzt werden. Solche Massnahmen, wie beispielsweise der direkte Einfluss der Einhaltung der Klauseln auf das Ranking³⁰³, die drohende Vertragsauflösung bei Nichteinhaltung oder Ähnliches, wären hinsichtlich ihrer Wirkung mit den heute vertraglich vereinbarten Paritätsklauseln gleichzusetzen, da sie im Ergebnis den Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen ebenso wie eine explizite vertragliche Vereinbarung beschränken würden. Den Parteien ist daher zusätzlich zu untersagen, künftig Massnahmen zu ergreifen, mit Hilfe welcher bei den Hotels die Einhaltung der weiten Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität durchgesetzt werden soll.⁴¹¹ Wie bereits zuvor ausgeführt, schliesst die vorliegende Einschätzung nicht die von Booking.com zumindest seit dem 1. Juli 2015 respektive von Expedia zumindest seit dem 1. August 2015 eingeführten engen angepassten Paritätsklauseln ein. Die Verwendung enger Paritätsklauseln wird demnach nicht untersagt. Jedoch wird vorliegend deren Einschätzung in kartellrechtlicher Hinsicht offen gelassen, zumal derzeit eine abschliessende Einschätzung zu deren praktischen Auswirkungen noch nicht möglich ist.³⁰⁴

C.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 412. Die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln sind, wie vorstehend dargelegt, als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die Untersuchung wurde jedoch auch im Hinblick auf einen möglichen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 KG eröffnet, weshalb nachfolgend geprüft wird, ob die Verwendung dieser Vertragsklauseln auch als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu qualifizieren ist. Art. 5 und 7 KG können parallel auf ein und dasselbe Verhalten angewendet werden, die Analyse hat jedoch separat zu erfolgen.³⁰⁵

413. Untersucht wird diesbezüglich zunächst, ob eine klassische marktbeherrschende Stellung von Booking.com oder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung aller drei Parteien gemeinsam vorliegt. Weiter ist zu prüfen, ob die Verwendung der Klauseln in den Anschlussverträgen mit den Partner-Hotels oder die Durchsetzung der Klauseln gegenüber den Partner-Hotels eine Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt. Und abschliessend stellt sich die Frage, ob die Verwendung der Klauseln als Behinderungsmissbrauch gegenüber aktuellen und potenziellen Konkurrenten zu qualifizieren ist.

303 [...] 304 Vgl. Rz 31 ff. 305 Vgl. EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 1 KG N 6.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 96

C.5.1. Marktbeherrschende Stellung 414. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 415. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.³⁰⁶ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern³⁰⁷. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits eine „klassische“ Marktbeherrschung vorliegt. 416. Um zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. An dieser Stelle kann auf die vorhergehende Abgrenzung des relevanten Marktes im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG verwiesen werden.³⁰⁸ Damit wird auch vorliegend ein nationaler Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen betrachtet.³⁰⁹ C.5.1.1. Einzelmarktbeherrschung durch Booking.com 417. Ob sich Booking.com im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Booking.com kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. C.5.1.1.1. Aktueller Wettbewerb 418. Für die eingehende Beschreibung des aktuellen Wettbewerbs kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³¹⁰ Daraus geht insbesondere hervor, dass Booking.com auf dem relevanten Markt mit Abstand der grösste Marktteilnehmer ist. So wurde aufgezeigt, dass Booking.com im Jahr 2013 über einen Marktanteil von [70-80 %] verfügte. Ebenfalls ist die Anzahl Wettbewerber äusserst gering, so dass als einzige Konkurrenten Expedia (mit [10-20 %]) sowie HRS (mit [5-10 %]) über einen Marktanteil von mehr als [0-5 %] verfügten.³¹¹ 419. Die schweizerische Praxis und Lehre schliesst aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.³¹² Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung („kritische Schwelle“).³¹³ Booking.com hat spätestens im Jahr 2008 einen Marktanteil von 50 % erreicht und damit diese kritische Schwelle überschritten. Der in der Zwischenzeit stetig weiter angestiegene Marktanteil von Booking.com spricht für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com in den

306 BBl 2002 2045, 2.2.5. 307 Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 95 ff., CoopForte. 308 Vgl. oben, Rz 176 ff. 309 Vgl. Rz 264. 310 Vgl. Rz 316 ff. 311 Vgl. Tabelle 2. 312 BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H. 313 BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 97

darauf folgenden Jahren. Insbesondere der Marktanteil von [70-80 %] im Jahr 2013 spricht für eine gegenwärtig marktbeherrschende Stellung von Booking.com. 420. Hingegen ist es fraglich, ob bereits vor dem Jahr 2008 eine marktbeherrschende Stellung von Booking.com

vorlag, da im Jahr 2007 der Marktanteil von Booking.com noch unter 50 % lag. Auch waren die damaligen Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten (Expedia mit [20-30 %] und HRS mit [20-30 %] im Vergleich zu heute deutlich höher. Zu diesem Zeitpunkt waren zudem mehr Konkurrenten aktiv als heute, zumal die Übernahmen von Tiscover und hotel.de durch HRS sowie von Venere durch Expedia erst nach 2008 erfolgten.³¹⁴ Schliesslich war auch die absolute Bedeutung der Online-Buchungsplattformen als Vertriebskanal für Hotels in der Schweiz im Jahr 2007 deutlich geringer als im Jahr 2013. So war beispielsweise der durch Booking.com generierte Buchungsumsatz im Jahr 2007 ungefähr [...] kleiner als im Jahr 2013.³¹⁵ C.5.1.1.2. Potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite 421. Auch bezüglich des potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite kann auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³¹⁶ So ist derzeit mit keiner nennenswerten disziplinierenden Wirkung aufgrund von potenziellen Markteintritten oder Nachfragemacht zu rechnen. 422. Insbesondere der SHV, wie auch einzelne Hotels haben wiederholt auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit insbesondere von Booking.com hingewiesen. Zumal allerdings vorliegend eine „klassische“ Marktbeherrschung von Booking.com im Vordergrund steht, erübrigt sich die Frage allfälliger individueller Abhängigkeiten der Partner-Hotels von Booking.com.³¹⁷ C.5.1.1.3. Zusammenfassung 423. Es bestehen starke Indizien, dass sich Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. So erscheint es unwahrscheinlich, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb ausreicht, um Booking.com zu disziplinieren. C.5.1.2. Kollektive Marktbeherrschung 424. In der ökonomischen Literatur zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) wird unter anderem die Möglichkeit einer kollusionsfördernden Wirkung derartiger Klauseln genannt.³¹⁸ Damit stellt sich die Frage, ob Booking.com, HRS und Expedia gemeinsam über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt verfügen. Um dies zu prüfen, wird auf folgende Beurteilungskriterien³¹⁹ abgestellt: Die Anzahl beteiligter Unternehmen, deren Marktanteile und die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Markttransparenz, die Homogenität der

314 Vgl. oben, Rz 2 f. 315 Vgl. Tabelle 6. 316 Vgl. Rz 333 ff. und Rz 345 ff. 317 Ein entsprechendes Prüfungsschema zur Frage von individuellen Abhängigkeiten findet sich in RPW 2005/1, 160 ff. Rz 92 ff., CoopForte. 318 Vgl. Rz 135. 319 Vgl. beispielsweise RPW 2008/4, 631 ff. Rz 258 ff., Coop/Carrefour, m.w.H.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 98

Produkte, die Stellung der Marktgegenseite, die Stabilität der Marktverhältnisse sowie vorhandene Multimarktbeziehungen. C.5.1.2.1. Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration 425. Aus den Erläuterungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG bezüglich des aktuellen Wettbewerbs³²⁰ geht hervor, dass Booking.com auf dem relevanten Markt mit Abstand der grösste Marktteilnehmer ist. So wurde aufgezeigt, dass Booking.com im Jahr 2013 über einen Marktanteil von [70-80 %] verfügte. Die Anzahl Wettbewerber ist ebenfalls äusserst gering, so dass als einzige Konkurrenten Expedia (mit [10-20 %]) sowie HRS (mit [5-10 %]) einen Marktanteil von über mehr als [0-5 %] verfügten.³²¹ Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile sowie die Marktkonzentration würden die Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung

durch die Parteien stark begünstigen. C.5.1.2.2. Symmetrien 426. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angesehen.³²² Bezüglich der angebotenen Dienstleistung sowie deren Vermarktung ist zwischen Booking.com, Expedia und HRS von einer weitreichenden Homogenität auszugehen. Hingegen bestehen zwischen Booking.com, Expedia sowie HRS sehr starke Asymmetrien bezüglich der Marktanteile, was als deutliches Indiz gegen eine kollektive Marktbeherrschung zu werten ist. C.5.1.2.3. Markttransparenz 427. Der vorliegend betrachtete Markt zeichnet sich durch eine sehr hohe Transparenz aus: So ist es für Booking.com, Expedia und HRS ein Leichtes, sich ein Bild über die Angebote der jeweiligen Partner-Hotels sowie die Preise auf den Konkurrenzplattformen zu machen. Gerade im Rahmen der Überwachung der Paritätsklauseln geschieht dies auch tatsächlich. Hinzu kommt, dass auch Dritte, wie Metasuchmaschinen sowie Endkunden (bei Meldungen im Zusammenhang mit Bestpreisgarantien), zur Markttransparenz beitragen. Auch sind aufgrund des medialen Interesses am Verhalten der Online-Buchungsplattformen allgemeine Angaben bezüglich der Höhe der Kommissionen und der Geschäftsbedingungen der jeweiligen Plattformen vielfach öffentlich zugänglich. Eine hohe Markttransparenz wird im Allgemeinen als förderlich für eine kollektive Marktbeherrschung betrachtet. C.5.1.2.4. Stellung der Marktgegenseite 428. Diesbezüglich kann ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³²³ So ist nicht davon auszugehen, dass Partner-Hotels von Booking.com, Expedia sowie HRS, wie auch deren Endkunden, in der Lage wären, eine allfällige kollektive Marktbeherrschung der Parteien zu destabilisieren.

320 Vgl. Rz 316 ff. 321 Vgl. Tabelle 2.. 322 Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 187 Rz 480, Migros/Denner, m.w.H. 323 Vgl. Rz 345 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 99

C.5.1.2.5. Stabile Marktverhältnisse 429. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.³²⁴ 430. Aufgrund der bestehenden hohen Markteintrittsschranken und des dadurch nicht vorhandenen potenziellen Wettbewerbs ist nicht davon auszugehen, dass die Marktposition von Booking.com, Expedia und HRS durch neu in den Markt eintretende Unternehmen unmittelbar gefährdet ist. 431. Hingegen unterliegt der relevante Markt nach wie vor einer starken Dynamik: So konnte Booking.com seine Marktanteile in den letzten Jahren gegenüber Expedia sowie HRS stark ausbauen. Gerade im Falle von HRS konnten, [...] beobachtet werden. Gegen stabile Marktverhältnisse spricht auch, dass es wahrscheinlich erscheint, dass der Markt für die Vermittlung von Hotelbuchungen über Online-Buchungsplattformen noch nicht gesättigt ist, d.h. es scheint noch ein gewisses nicht ausgeschöpftes Marktpotenzial zu geben. Hierfür spricht insbesondere, dass der Anteil an Buchungen über Online-Buchungsplattformen gemessen an allen Hotelbuchungen in der Schweiz derzeit noch unter dem europäischen Durchschnitt liegt, so insbesondere unter demjenigen in Deutschland, Frankreich und Italien.³²⁵ Auch ist die Anzahl an Partnerhotels der Parteien nach wie vor steigend. Insgesamt ist daher von instabilen Marktverhältnissen auszugehen, womit ein starkes Indiz gegen eine gegenwärtig kollektiv marktbeherrschende Stellung von Expedia und HRS mit Booking.com gemeinsam vorliegt. Bezüglich einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung in der Zeit bevor Booking.com im Jahr 2008 erstmals einen Marktanteil von über 50 % erlangt hat, ist darauf hinzuweisen, dass sich der betrachtete

Markt damals in einer sehr frühen Marktphase befand, neben den Parteien noch etliche andere Akteure im Markt tätig waren und die absolute Bedeutung der Online-Buchungsplattformen im Vergleich zu den anderen Vertriebskanälen deutlich geringer war.³²⁶

C.5.1.2.6. Multimarktbeziehungen 432. Multimarktbeziehungen zwischen Booking.com, Expedia und HRS bestehen auf der Produktebene nur in geringem Umfang. So ist HRS praktisch ausschliesslich in der Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden tätig, während Booking.com auch in grossem Umfang weitere Unterkunftsarten im Bereich der Parahotellerie (wie Ferienwohnungen) vermittelt. Expedia (zumindest unter dem Brand Expedia) verfügt schliesslich über das umfassendste Sortiment, welches eine Vielzahl von Reisedienstleistungen (bis hin zu Kreuzfahrten und Autovermietungen) umfasst, die weder von Booking.com noch von HRS angeboten werden. Bezüglich geographischer Märkte bestehen hingegen durchaus Überschneidungen insofern, dass alle drei Unternehmen grundsätzlich weltweit tätig sind. Allerdings ist HRS schwerpunktmässig auf Deutschland ausgerichtet, während Expedia in Europa insbesondere in Italien (nicht zuletzt aufgrund der Übernahme von Venere) über eine starke Stellung verfügt. Gesamthaft gesehen könnte zumindest die Tatsache, dass die Parteien (neben ihrer Tätigkeit in der Schweiz) in verschiedensten geographischen Märkten als Konkurrentinnen auftreten, tendenziell zu einer Stärkung einer allfällig vorhandenen kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Booking.com, Expedia und HRS beitragen.

324 Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 189 Rz 498, Migros/Denner, m.w.H. 325 Vgl. SCHEGG (Fn 180) 326 Vgl. Rz 420.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 100

C.5.1.2.7. Zusammenfassung 433. Es existieren durchaus Faktoren im vorliegend betrachteten relevanten Markt, die für eine kollektive Marktbeherrschung durch Booking.com, Expedia und HRS sprechen: So herrscht eine sehr hohe Marktkonzentration, eine sehr hohe Markttransparenz und eine weitgehende Homogenität auf der Produkte-Ebene. Allerdings gibt es starke Hinweise darauf, dass diese grundsätzlich kollusionsfördernden Voraussetzungen vorliegend nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen. Dies zeigt sich insbesondere aufgrund der Tatsache, dass Booking.com seine Marktanteile gegenüber Expedia sowie HRS massiv ausgebaut hat. Neben dieser mangelnden Stabilität der Marktverhältnisse ist auch festzuhalten, dass die gegenwärtige Marktphase, in welcher der Gesamtmarkt nach wie vor im Wachstum begriffen ist, einer kollektiven Marktbeherrschung ebenfalls entgegensteht. Schliesslich ist auch auf die starke Asymmetrie der Marktanteile zwischen Booking.com und Expedia sowie HRS hinzuweisen. Insgesamt ist somit derzeit nicht von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG von Booking.com, HRS und Expedia auszugehen.

C.5.1.3. Wirtschaftliche Abhängigkeiten 434. HRS und Expedia verfügen weder je einzeln über eine klassische, noch mit Booking.com zusammen über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung. Daneben kann auch das Vorliegen von wirtschaftlichen Abhängigkeiten einzelner Hotels gegenüber HRS oder Expedia verneint werden. Um solche Abhängigkeitsverhältnisse bejahen zu können, müssten unter anderem für die Hotels zur Verwendung der Online-Buchungsplattformen spezifische Aktiva³²⁷ notwendig sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern diese Voraussetzung vorliegend erfüllt sein sollte.

C.5.1.4. Fazit 435. Es gibt starke Indizien, dass Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4

Abs. 2 KG verfügt, während eine kollektive Marktbeherrschung gemeinsam mit Expedia und HRS als eher unwahrscheinlich zu betrachten ist. So ist im Folgenden zu prüfen, ob das Verhalten von Booking.com gegenüber deren Partner-Hotels möglicherweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG darstellt. C.5.2. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 436. Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG kann ausschliesslich von einem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ausgehen. Deshalb wird nachfolgend ausschliesslich auf die Frage eingegangen, ob die Verwendung der vorliegend untersuchten Vertragsklauseln durch Booking.com eine solche Verhaltensweise darstellt.

327 Gemäss RPW 2005/1, 161 f., Rz 98 ff., CoopForte, wären dies „Gebäude und Einrichtungen, gegebenenfalls Beschäftigte sowie die Forschung und Entwicklung des Lieferanten sind (teilweise) spezialisiert auf die Fabrikation der Güter oder Dienstleistungen des Händlers und können mit einem ökonomisch vertretbarem Kostenaufwand für die Produktion anderer Güter oder Dienstleistungen weder verwendet noch angepasst werden“.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 101

C.5.2.1. Einleitung 437. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.³²⁸ 438. Bei einem Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch wird die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem ihr ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbraucher unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.³²⁹ 439. Ein Behinderungsmissbrauch liegt demgegenüber vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.³³⁰ 440. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht³³¹, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.³³² 441. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltens-

weisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.³³³ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige

328 RPW 2010/1, 166 Rz 322, Preispolitik Swisscom ADSL; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1., Publigroupe SA et al./WEKO. 329 BGE 139 I 72, E. 10.1.1., Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H. 330 BGE 139 I 72, E. 10.1.1., Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H.; vgl. auch BBl 1995 468, 569. 331 Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission. 332 BGE 139 I 72, E. 10.1.2, Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H. 333 Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, Erdgas Zentralschweiz AG; BBl 1995 468, 570.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 102

Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.³³⁴ 442. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“³³⁵ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. C.5.2.2. Benachteiligungstatbestand 443. Denkbar ist nun zunächst, dass die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt. Eine solche liegt vor, wenn folgende Elemente vorliegen: Das in Frage stehende Verhalten zielt erstens auf Geschäftsbedingungen (oder den Preis) ab, die zweitens erzwungen werden und sich drittens als unangemessen erweisen.³³⁶ 444. Dass es sich bei den untersuchten Paritätsklauseln um Geschäftsbedingungen handelt, ist zweifelsohne gegeben. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das Element der „Erzwingung“ vorliegt. 445. Das Bundesgericht hat sich in seiner Entscheid zur Terminierungsgebühr von Swisscom³³⁷ eingehend mit dem Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auseinandergesetzt und dabei dem Element der „Erzwingung“ eine eigenständige Bedeutung zugesprochen. Das Bundesgericht verlangt dabei für einen Missbrauch, „dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegensetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.“³³⁸ 446. Dieser Entscheid des Bundesgerichts wurde in der Lehre überwiegend kritisch aufgenommen. So wurde beanstandet, dem Erzwingungselement werde damit eine andere Bedeutung als im EU-Kartellrecht zugemessen. Dort werde, trotz weitgehender sprachlicher Übereinstimmung, der Missbrauch in der Durchsetzung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen auf der Grundlage der wirtschaftlichen Macht gesehen.³³⁹ 447. Bei einer näheren Betrachtung ergibt sich allerdings, dass vorliegend bereits die Mindestanforderungen an dieses Tatbestandselement nicht erfüllt sind, so dass die Frage der Anforderungen bezüglich des Elements der Erzwingung offen gelassen werden kann.

334 Vgl. BBl 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, Produktbündel „Talk & Surf“.
335 BGE 139 I 72, Publigroupe SA et al./WEKO. 336 Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 292. 337 Vgl. BGE 137 II 199, Terminierungsgebühr Swisscom. 338 BGE 137 II 199, E. 4.3.5., Terminierungsgebühr Swisscom; Vgl. auch die seither im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ergangenen Verfügungen der WEKO: RPW 2011/4, 525 f. Rz 30 ff., Terminierung Mobilfunk und RPW 2014/2, 403 Rz 81, ETA Preiserhöhungen sowie den Schlussbericht des Sekretariats: RPW 2012/4, 760 Rz 94, Maestro Fallback Interchange-Fee und Master Card Interchange-Fee. 339 Vgl. nur ANDREAS HEINEMANN, Kartellrechtspraxis 2013, 50 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 103

448. So geht die Lehre im Zusammenhang mit Art. 7 KG im Allgemeinen davon aus, dass zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und dem in Frage stehenden missbräuchlichen Verhalten grundsätzlich kein kausaler Zusammenhang vorliegen muss. Die Kausalität wird zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen gefordert.³⁴⁰ Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG wird (und wurde bereits vor dem Bundesgerichtsentcheid in Sachen Terminierungsgebühr Swisscom) nun aber von diesem Grundsatz abgewichen. Das Element der „Erzwingung“ statuiert die Erforderlichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten, denn es sei gerade diese Position, die es dem Marktbeherrscher erlaube, Preise oder Geschäftsbedingungen durchzusetzen, die im freien Spiel des Wettbewerbs nicht zustande kommen würden. „Die Erzwingung, von welcher das Gesetz in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG spricht, ist die kausale Verknüpfung und die kausale Verknüpfung ist die Erzwingung.“³⁴¹ Damit tritt im Fall von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG neben dem allgemeinen Erfordernis der Kausalität zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen ein zusätzliches Element hinzu, jenes der Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch.³⁴² 449. Dass auch die WEKO dieses zusätzliche Kausalitätselement im Falle des Ausbeutungstatbestandes von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG fordert, ergibt sich beispielsweise aus ihrer Stellungnahme im Zusammenhang mit der Terminierungsgebühr von Swisscom, welche das Bundesgericht wie folgt zitiert: „[Die WEKO] wendet dagegen ein, die Erzwingung der eigenen Bedingungen sei nicht erforderlich. Dieses Merkmal stelle kein eigenes Tatbestandselement dar, sondern verlangt einzig, dass zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der Unangemessenheit der Preise und Geschäftsbedingungen ein Kausalzusammenhang bestehe. Die Swisscom habe denn auch die Höhe der Terminierungspreise nur schon deshalb bestimmen können, weil sie marktbeherrschend gewesen sei.“³⁴³ Dem stimmt das Bundesgericht zu indem es festhält, dass „immerhin“ zutrefte, „dass zwischen der Marktbeherrschung und der Unangemessenheit überhaupt eine Kausalität vorliegen müsse.“³⁴⁴ 450. Booking.com verwendete die untersuchten Paritätsklauseln in den Anschlussverträgen bereits [...]. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung seitens Booking.com vor dem Jahr 2008 ist allerdings unwahrscheinlich:³⁴⁵ Im Zeitpunkt der Einführung der Klauseln war neben den drei Parteien noch eine Vielzahl anderer Unternehmen auf dem Markt tätig. Zudem handelte es sich bei den Online-Buchungsplattformen zu diesem Zeitpunkt eher um Nischenanbieter im Vergleich zu anderen Vertriebskanälen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass beispielsweise mit Expedia auch ein Unternehmen, welches zu keinem Zeitpunkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, gar noch weiterreichende Paritätsklauseln als

Booking.com verlangen konnte. Insgesamt kann daher nicht angenommen werden, dass die Verwendung der Paritätsklauseln durch Booking.com kausal auf eine mögliche marktbeherrschende Stellung zurückzuführen ist.

340 Eingehend zu dieser Thematik: BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, N 19 ff. m.w.H. 341 OLIVER VAHRENHOLT, in: SZW 2011, Das Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens“ in EDV/Swisscom (Schweiz) AG, 497. 342 Vgl. auch MARC AMSTUTZ, in: sic! 2011, 520, „Terminierungspreise im Mobilfunk“ Bundesgericht vom 11. April 2011 sowie BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, N 297 mit Hinweisen auf die europäische Lehre und Rechtsprechung. 343 BGE 137 II 199, Terminierungsgebühr Swisscom, E. 4.2. 344 BGE 137 II 199, Terminierungsgebühr Swisscom, E. 4.3.4. 345 Vgl. oben, Rz 423.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 104

451. Würde nun die aktuelle Durchsetzung der Klauseln durch Booking.com als möglicher Missbrauch betrachtet werden, d.h. die Überprüfung und Einforderung der Einhaltung sowie mögliche Sanktionen gegenüber Hotels bei Verstößen, so müssten die Hintergründe für die Einhaltung der Paritätsklauseln durch die Partner-Hotels von Booking.com konkret, gegebenenfalls sogar im Einzelfall, überprüft werden. So geht beispielsweise aus der Hotelumfrage hervor, dass ein gewisser Anteil der Partner-Hotels von Booking.com auch in Abwesenheit der Paritätsklauseln keine kanalspezifische Unterscheidung beispielsweise bezüglich der Preissetzung vornehmen würde. Bei diesen Hotels erscheint eine Erzwingung der Paritätsklauseln durch Booking.com auch kaum plausibel zu sein, so dass deren Anteil konkret ermittelt werden müsste. 452. Eine solch gesonderte Prüfung eines möglichen Missbrauchs gegenüber den einzelnen Hotels wäre jedoch aufgrund der Anzahl der bei Booking.com angeschlossenen Hotels mit einem sehr hohen Aufwand verbunden und kann daher von vornherein nur in Betracht gezogen werden, wenn deutliche Hinweise darauf bestehen, dass mehrere Hotels von einer solchen potenziell missbräuchlichen Durchsetzung betroffen wären. [...] Schliesslich ist festzuhalten, dass bisher keine Vertragskündigung seitens Booking.com gegenüber Partner-Hotels wegen einer Missachtung der Paritätsklauseln vorgenommen wurde. C.5.2.3. Zwischenergebnis 453. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass kein kausaler Zusammenhang zwischen einer möglichen Marktbeherrschung von Booking.com und den gegenüber den Partner-Hotels verlangten Paritätsklauseln bewiesen werden kann. So wurden die entsprechenden Vertragsklauseln in einer Situation eingeführt, wo eine Marktbeherrschung durch Booking.com unwahrscheinlich war. Ebenso wurde aufgezeigt, dass gerade auch Unternehmen mit einer deutlich schwächeren Marktstellung ebenfalls solche (und teilweise sogar weitreichende) Vertragsklauseln verlangt haben. Die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels stellt somit keine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. C.5.2.4. Behinderungstatbestand 454. Zu prüfen bleibt, ob Booking.com eine mögliche marktbeherrschende Stellung missbrauchte, um andere Marktteilnehmer in ihrer Tätigkeit zu behindern und vom Markt zu verdrängen. Diesbezüglich ist auch zu prüfen, ob das Verhalten von Booking.com zu Markteintrittsschranken führt, die potenzielle Konkurrenten von einem Markteintritt abhalten. Dies, weil marktverschliessenden Wirkungen in der ökonomischen Literatur zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) im Allgemeinen vermutet werden.³⁴⁶ Zur Diskussion steht dabei insbesondere Art. 7 Abs.

2 Bst. e KG, wonach als missbräuchliche Verhaltensweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung in Betracht fällt. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst grundsätzlich alle möglichen Formen von Behinderungs- und Verdrängungspraktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten und stellt damit insofern gegenüber den anderen in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen einen Auffangtatbestand dar.³⁴⁷

346 Vgl. oben, Rz 134. 347 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, Rz 397 f.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 234 f.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 105

455. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre.³⁴⁸ Der Begriff der Einschränkung erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen. Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens zweckmässiger oder besser verfügbar machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, dürfen demgegenüber nicht unter die Bestimmung fallen, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt.³⁴⁹ 456. Die von Booking.com vorgesehenen Paritätsklauseln verlangen von den Hotels nicht, auf Booking.com günstigere Preise, bessere Verfügbarkeiten oder bessere Konditionen anzubieten als über andere Vertriebskanäle. Verlangt wird lediglich, dass die Preise, Verfügbarkeiten und Konditionen mindestens gleich vorteilhaft sind wie auf den übrigen Kanälen. Es lässt sich daher nicht zweifelsfrei feststellen, dass das Verhalten von Booking.com eine Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten darstellt, mithin lässt sich keine künstliche Verknappung des Angebots feststellen, wie sie der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG verlangt. Dies gilt insbesondere auch für die Verfügbarkeitsparität, da die entsprechenden Zimmer lediglich auf nicht-exklusiver Basis auf Booking.com zur Verfügung gestellt werden müssen und somit auch durch die Konkurrenten vermittelt werden können. Vielmehr kann das Verhalten von Booking.com dahingehend verstanden werden, dass Booking.com durch die Paritätsklauseln anstrebt, seine eigenen Dienstleistungen für die Endkunden attraktiver und besser verfügbar zu machen, ohne dass dies alleine zu einer Behinderung von (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten führt oder führen soll. 457. Darüber hinaus liegt beim vorliegend untersuchten Sachverhalt die besondere Situation vor, dass alle³⁵⁰ auf dem relevanten Markt tätigen Konkurrenten ebenfalls Paritätsklauseln verlangen. Die von Booking.com verlangten Paritätsklauseln gehen dabei gar teilweise weniger weit als entsprechende Klauseln von Konkurrenten. So verlangt insbesondere Expedia eine Last-Room-Availability, was bei Booking.com nicht der Fall ist.³⁵¹ Die sinkenden Marktanteile von HRS und Expedia können daher nicht auf die Verwendung von Paritätsklauseln von Booking.com – und damit auf eine erfolgreiche Verdrängungsstrategie von Booking.com – zurückgeführt werden, sondern es müssen andere Faktoren, wie beispielsweise höherwertige Leistungen (bessere Hotelbetreuung

oder ähnliches), ausschlaggebend sein. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich keiner der befragten Konkurrenten über eine unmittelbare Behinderung durch die Tatsache, dass Booking.com Paritätsklauseln gegenüber seinen Partner-Hotels verlangt, beklagt hat.

348 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG N 418 und 441; CR Concurrence-CLERC/ KËLLEZI (Fn 347), Art. 7 Abs. 2 KG N 235; Verfügung der WEKO in Sachen Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA vom 14. Juli 2014, noch nicht in RPW publiziert, Rz 130. 349 Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG N 399 und 436 m.w.H. 350 Auch STC verlangt seit Ende 2012 von seinen Partnerhotels die Einhaltung der Preisparität. STC begründet dies damit, dass dies unerlässlich sei, solange die wichtigsten Marktteilnehmer, d.h. die Parteien des vorliegenden Verfahrens, eine Preisparität verlangen. STC wird sein Verhalten nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens umgehend der neuen Situation anpassen. 351 Vgl. Rz 33 ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 106

C.5.2.5. Zwischenergebnis 458. Zusammenfassend liegen keine hinreichenden Beweise dafür vor, dass die von Booking.com verlangten Paritätsklauseln zu einer konkreten Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten führen. Die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com stellt somit keine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar. C.5.3. Ergebnis 459. Selbst im Falle einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, wofür starke Indizien bestehen, stellt die Verwendung der untersuchten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c und e KG dar. Offen gelassen kann dabei jedoch, ob die von den Parteien verwendeten Vertragsklauseln unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen. Insgesamt sind die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln daher als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 107

D. Kosten 460. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG352 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege, oder wenn sich die Parteien unterziehen.³⁵³ Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen. 461. Vorliegend konnte Booking.com, HRS und Expedia eine Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nachgewiesen werden, womit die drei Parteien alle gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens gelten. Dem entsprechend kommt die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde, vorliegend zur Anwendung. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.³⁵⁴ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einer Wettbewerbsabrede beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen

juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Die Gebühren werden daher vorliegend den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV355). 462. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht hinsichtlich jener Punkte, die sich nicht haben erhärten lassen und bezüglich welcher das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.³⁵⁶ Dies betrifft vorliegend die Untersuchungstätigkeit hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG. Eine exakte Bemessung des Aufwands hinsichtlich jener Punkte und damit des Anteils der Kosten ist jedoch in der Praxis nicht möglich. Jedoch kann angenommen werden, dass die Erhebung des Sachverhalts sowie die spezifischen Abklärungen zu Art. 5 Abs. 1 KG insgesamt zwei Drittel der gesamten Verfahrenskosten verursacht haben. Das verbleibende Drittel entfällt damit auf die spezifischen Abklärungen hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 sowie Art. 7 KG und ist zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden. 463. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 464. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 1'862.90 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

352 Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 353 BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario. 354 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 355 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1). 356 BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, Gaba/WEKO. 32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 108

■ 78.50 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 10'205.– ■ 1'782.20 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 356'440.– ■ 26.20 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 7'598.– 465. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 374'243.–. Wie vorgängig ausgeführt, ist ein Drittel davon zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden. 466. Die Booking.com, HRS und Expedia zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen CHF 83'165.10.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 109

E. Ergebnis 467. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: 468. Die Verwendung der untersuchten Paritätsklauseln bezüglich Preis, Verfügbarkeit und Konditionen zwischen Booking.com, HRS, Expedia und den ihnen jeweils angeschlossenen Partner-Hotels stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Rz 147 ff.). Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs von Art. 5 Abs. 4 KG greift vorliegend nicht (vgl. Rz 162 ff.). Die vertikale Abrede über Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität beeinträchtigt den Wettbewerb auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen aber erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 175 ff.). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 365 ff.). Es

handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 409). 469. Aufgrund der vorliegenden Einschätzung wird den Parteien die Verwendung von weiten Paritätsklauseln untersagt. Die Verwendung enger Paritätsklauseln, wie sie von Booking.com zumindest seit dem 1. Juli 2015 respektive von Expedia zumindest seit dem 1. August 2015 eingeführt wurden, wird demnach nicht untersagt. Jedoch wird vorliegend deren Einschätzung in kartellrechtlicher Hinsicht offen gelassen, zumal derzeit eine abschliessende Einschätzung zu deren praktischen Auswirkungen noch nicht möglich ist. 357 470. Es gibt starke Indizien, dass Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt (vgl. Rz 417 ff.). Ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung kann vorliegend jedoch nicht nachgewiesen werden (vgl. Rz 436 ff.). Es liegt zudem keine kollektiv marktbeherrschende Stellung der in Rz 468 genannten Unternehmen gemeinsam vor (vgl. Rz 424 ff.). Auch wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen können vorliegend keine festgestellt werden (vgl. Rz 434). Die Untersuchung wird daher hinsichtlich des Vorwurfs des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingestellt (vgl. Rz 459). 471. Den in Rz 468 genannten Unternehmen wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung der untersuchten Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten zu verpflichten (vgl. Rz 409 f.). 472. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 468 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 460 ff.).

357 Vgl. Rz 57ff.

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 110

F. Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (i.S.v. Art. 30 Abs. 1 KG): 1. Es wird Booking.com B.V. auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren bis zum mindestens am 30. Juni 2015 gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln). 2. Es wird Expedia, Inc. auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren bis zum mindestens am 31. Juli 2015 gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln). 3. Es wird der HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren zum heutigen Zeitpunkt noch gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln). 4. HRS wird verpflichtet, ihre Partner-Hotels spätestens einen Monat nach Rechtskraft dieser Verfügung schriftlich über die Änderung gemäss Ziffer 3 des Dispositivs zu informieren. 5. Im Übrigen wird das Verfahren [...] gegen Booking.com, HRS und Expedia eingestellt. 6. Zwei Drittel der Verfahrenskosten von CHF 374'243. – werden den in Dispositiv-Ziffern

1 bis 3 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 83'165.10, und unter solidarischer Haftung auferlegt. 7. Die Verfügung ist zu eröffnen: ■ Booking.com B.V., Herengracht 597, 1017 CE Amsterdam, Niederlande vertreten durch RA Dr. Franz Hoffet, RAin Bettina Meyer und RA Martin Thomann, Homburger AG, Prime Tower, Postfach 314, 8037 Zürich ■ HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH, Blaubach 32, 50676 Köln, Deutschland vertreten durch RA Dr. Jürg Borer, Schellenberg Wittmer AG, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich ■ Expedia, Inc., 333 108th Ave NE, Bellevue, WA 98004, USA vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt, Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027 Zürich 8. Die Verfügung geht in Kopie an: ■ Schweizer Hotelier-Verein, Monbijoustrasse 130, Postfach, 3001 Bern vertreten durch FMP Fuhrer Marbach & Partner, RA Prof. Dr. Eugen Marbach, Konsumstrasse 16A, 3007 Bern

32/2011/00260/COO.2101.111.4.131016 111

Wettbewerbskommission Prof. Dr. Vincent Martenet Dr. Rafael Corazza Präsident Direktor

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.