

Abschlussklausur Kartellrecht I WS 2016-2017 - Lösungsskizze

Aufgabe 1: Fall Hotelbuchungsplattform

- I. Verstoß gegen § 1 GWB / Art. 101 Abs. 1 AEUV
- a. Unternehmen: jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von Rechtsform und Art der Finanzierung (+)
 - b. Vereinbarung: Vertrag / gentleman`s agreement, alle vertikalen / horizontalen Abreden mit Bindungswillen, ohne dass es auf die Wirksamkeit der Abrede oder eine allgemeine Zwang- / Drucksituation ankommt, hier (+), da Vertrag zwischen XRS und Hotels
 - c. Wettbewerbsbeschränkung:
 - i. Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit: Einengung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit mindestens eines Unternehmens, welches als Anbieter / Nachfrager auf einem Markt tätig wird, hier: (+), Hotels, die in ihrer Preissetzungsfreiheit beeinträchtigt sind.
 - ii. Nachteilige Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse: nach EuGH „Entstehung von Wettbewerbsbedingungen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen“, hier: (+)
 - (1) Die Bestpreisklausel beeinträchtigt den Wettbewerb der Hotelportalbetreiber untereinander, weil auf allen Portalen derselbe Preis verlangt wird.
 - (2) Gleichzeitig kommt es auch zu einer Beschränkung des Markenwettbewerbes zwischen Hotelunternehmen um Preise gleichartiger Zimmer: Bestpreisklauseln verhindern, dass Hotels Preisvorteile in Form günstigerer Provisionen direkt an Hotelkunden weitergeben können und Hotels können auf bestimmte Wettbewerbssituationen nicht flexibel reagieren.
 - (3) Sie erschwert Marktzutritte konkurrierender Hotelportale, denen die Möglichkeit genommen wird, über den Preis um Verbraucher zu konkurrieren.
 - (4) Sie beeinträchtigt den Vertriebswettbewerb (markeninterner Wettbewerb) der Hotels, weil das gebundene Hotel im eigenen Vertriebsweg (und auch auf anderen Vertriebswegen) keine günstigeren Preise und Konditionen anbieten darf.
 - iii. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung: nach BKartA: „Einschränkung wettbewerblicher Handlungsfreiheiten ist bezweckt, wenn sie objektiv dazu geeignet und unmittelbar Gegenstand von Vertragspflichten der Parteien ist und die Erfüllung der Vertragspflichten auch durchgesetzt wird“, hier (+), da jedenfalls objektive Eignung der Bestpreisklauseln, die Preissetzungsfreiheit der Hotelpartner des X auf den anderen Vertriebskanälen unmittelbar einzuschränken (s. o.).

(Hinweis: von den Bearbeitern wurde nicht erwartet, dass sie sämtliche möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erkennen und nennen.)

- d. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels:
 - i. Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedsstaaten: Auswirkungen auf grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten zwischen mind. zwei EU-Mitgliedsstaaten, hier: (+), da Buchungen über das Internet auch grenzüberschreitend stattfinden, vor allem aber, weil die Hotels auch in ihrer Freiheit, ihre Hotels in anderen Mitgliedsstaaten (und auf den dort tätigen Portalen) zu bestimmten Preisen anzubieten, beschränkt wird.
 - ii. Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung ist angesichts des hohen Marktanteils von X (vgl. „NAAT-Regel“ der Kommission) sowie angesichts der Bündelwirkung paralleler Verträge der anderen großen Portale unproblematisch zu bejahen.
- e. Spürbarkeitsschwelle:
 - i. Qualitativ: Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen in jedem Fall spürbare Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen (EuGH im Fall Expedia).
 - ii. Quantitativ: Zudem ist die 15 %-Grenze der de-minimis-Bekanntmachung der Kommission klar überschritten.
- f. Zwischenergebnis: Verstoß gegen Kartellverbot (+)

II. Keine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV iVm der Vertikal-GVO

- a. Sachlicher Anwendungsbereich: Vertikale Vereinbarung, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO: (+), da Vereinbarung zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette tätig sind.
(Anwendbarkeit kann auch verneint werden mit Hinweis auf die Wirkung der Bestpreisklauseln, die primär zu Lasten der Hotelunternehmer beim Absatz von Hotelzimmern geht. Auf diesem Absatzmarkt stehen die als Vermittler tätigen Hotelplattformen jedoch im Wettbewerb zu den Hotels und nicht in einer vertikalen Beziehung zu ihren Vertragspartnern).
 Keine vorrangig zu prüfende GVO erkennbar.
- b. Marktanteilsschwelle, Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO (+): X hat laut SV unter 30 % Marktanteil
- c. Kernbeschränkungen, Art. 4 Vertikal-GVO: (+) bei Vereinbarungen, die unmittelbar oder mittelbar die Festsetzung von Fest- oder Mindestpreisniveaus bezwecken, die die Abnehmer einzuhalten haben, hier nach BKartA: „Bei einer engen Wortauslegung sind die Voraussetzungen des Art. 4 a) Vertikal-GVO nicht erfüllt. Betrachtet man die Hotelunternehmen als „Lieferanten“ von Hoteldienstleistungen, könnten Hotelportale – wie HRS – zwar noch im Sinne des Art.1 h) Vertikal-GVO als „Abnehmer“ dieser Leistungen angesehen werden. Unmittelbar gebunden in ihrer Preissetzungsfreiheit werden durch die Bestpreisklausel dann aber nicht die Abnehmer, sondern die Lieferanten (Hotels). Betrachtet man umgekehrt die Hotelportale als „Lieferanten“ von Vermittlungsdienstleistungen, sind die Hotelunternehmen zwar „Abnehmer“ dieser Dienstleistungen; sie verkaufen die Vermittlungsdienstleistungen jedoch nicht weiter. Zumindest die wettbewerbliche Wirkung der Bestpreisklauseln ist jedoch mit derjenigen einer Kernbeschränkung nach Art.4 a) Vertikal-GVO vergleichbar.“¹ → Analogie (+) (*anderes Ergebnis gut vertretbar*)

¹ BKartA, Beschluss vom 20.12.2013 - B 9 – 66 /10, Rn. 183 f. Vom OLG Düsseldorf (Beschluss v. 9.1.2015 – VI-Kart 1/14 (V) – Bestpreisklausel, NZKart 2015, 148) nicht thematisiert, weil schon Marktanteilsschwelle überschritten.

III. Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV, nach h. M. möglich trotz Kernbeschränkung

a. Effizienzgewinne:

i. Trittbrettfahrerproblematik (*nur hierzu wurden Ausführungen erwartet*)

Nach Ansicht der X: Trittbrettfahrerproblematik muss beseitigt werden, da sonst Gefahr für die Existenz der X besteht; günstigere Angebote in anderen Vertriebswegen (eigene Homepage der Hotels, andere Buchungsplattformen) könnten dazu führen, dass Buchungen dort vorgenommen werden und sich Investitionen in die Qualität des Buchungsportals aufgrund geringerer Buchungszahlen unzureichend amortisieren; der Anreiz für Investitionen in die Qualität von Buchungsportalen – und damit der Qualitätswettbewerb zwischen den Buchungsportalen – würde dadurch beseitigt, möglicherweise sogar die wirtschaftliche Existenz der X bedroht.

(Mögliches Gegenargument – nicht erwartet - Investitionen der X für die Qualität der Homepage sind überwiegend nicht vertragsspezifische, d.h. nicht hotelspezifische, Investitionen wie Werbemaßnahmen; Investitionen dienen damit der allgemeinen Imageverbesserung des Portals und gehen durch Trittbrettfahrer nicht verloren; zudem kommt im Markt für Hotelportale den Faktoren „Qualität und Service“ ein sehr hoher Stellenwert zu, weshalb der Anreiz zu Investitionen in die Qualität der Buchungsportale ohnehin hoch ist, die Anreizwirkung einer Bestpreisklausel daher allenfalls gering ist.)

ii. Geringer Buchungsaufwand für Kunden durch hohe Preistransparenz

Kunden kommt Effizienzgewinn in Form einfacher Buchung des günstigsten Hotels zu; die Bestpreisklausel erhöht die Preistransparenz durch Darstellung der günstigsten Preise.

(Mögliches Gegenargument – nicht erwartet: lediglich „Scheintransparenz“; Kunden werden im Vertrauen auf die Bestpreisgarantie dazu verleitet, Angebote außerhalb der Buchungsplattform zu ignorieren und damit möglicherweise besser auf den Kunden zugeschnittene Angebote zu übersehen.)

iii. Werbeaufwand für Hoteliers gesenkt; aber: auch ohne Bestpreisklauseln träge bei der Buchungsplattform gelistete Hoteliers ein geringerer Werbeaufwand; dass ohne Bestpreisklausel von Plattformbetreibern nur geringere Werbeausgaben getätigt werden, ist aufgrund des Wettbewerbs zwischen den Buchungsplattformen unwahrscheinlich.

b. Unerlässlichkeit: (-), da alternative Geschäftsmodelle möglich sind, ohne dass zwangsläufig erhebliche Effizienzeinbußen zu erleiden sind; mögliche Bezahlmodelle sind:

- cost-per-click, Hoteliers zahlen nicht für einzelne Buchungen, sondern bereits für den Aufruf ihres Angebots (vgl. Google)
- Listungsgebühr, die X von Hotelunternehmen für Aufnahme in Datenbank verlangen könnte
- Weniger wirksam dürfte hingegen die Einführung einer Service-Gebühr für Hotelkunden sein, da diese kaum gewillt sein dürften, die Gebühr zu zahlen („Kostenloskultur des Internets“)

c. Jedenfalls: keine angemessene Beteiligung der Verbraucher an möglicherweise gegebenen Effizienzvorteilen (siehe oben a.), da die Nachteile der hohen und vor

- allen fixen Preise, die auf den Endverbraucher abgewälzt werden, die Effizienzvorteile weit überwiegen (-)
- d. Überdies: Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs: Ausschluss des aktuellen / potenziellen Wettbewerbes
- i. Aktueller Wettbewerb
 - (1) für Beurteilung des Kriteriums „Ausschaltens des wesentlichen Wettbewerbes“ ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung abzustellen auf die Marktanteile der betroffenen Unternehmen, die Marktstruktur und das Marktverhalten (insbesondere Fähigkeit zu wettbewerblichen Reaktionen der Wettbewerber und Anreize diese zu nutzen)
 - (2) hier: Bestpreisklauseln wirken sich wirtschaftlich wie die Festsetzung eines Mindestpreises für Hotelzimmer aus, da der Hotelkunde die Buchung des Zimmers regelmäßig über das Portal mit dem günstigsten Preis vornehmen wird; daraus folgt eine weitgehende Einschränkung des Wettbewerbes durch Bestpreisklauseln (+/-)
 - ii. Verhinderung potenziellen Wettbewerbs: kleinere Hotelportale können führende Marktpositionen nicht wirksam angreifen, Bestpreisklauseln haben also marktabschottende Wirkung (– nicht erwartet)

Aufgabe 2: Rechtsgrundlagen für Entscheidungen + Vergleich mit Befugnissen der EU-Kommission

- [1.]
 - Rückerstattungsanordnung bezüglich erwirtschafteter Vorteile + Zinsen gegenüber privat Geschädigten nach § 32 Abs. 2a GWB
(Feststellung eines Verstoßes gegen GWB / Art. 101, 102 AEUV nach § 33 IV GWB: Bindung der Gerichte an Feststellung -> Grundlage für private Follow-on-Klagen – nicht erwartet)
 - EU-Recht: Befugnis zur Feststellung nach Art. 7 VO 1/2003, unter Umständen ist es möglich, Entschädigungen privat Geschädigter aus Art. 7 VO 1/2003 herzuleiten, dazu gibt es aber bisher keine Entscheidungen in der Praxis
- [2.]
 - Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB (keine Bindungswirkung iSd § 33 Abs. 4 GWB, d.h. Erschwerung privater Schadensersatzklagen)
 - EU-Recht: Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003, grundsätzlich gleiche Befugnisse, in der Praxis allerdings kaum im Sinne einer Rückerstattung angewandt *(Ausnahme möglicherweise: Bahn-Strom-Fall – nicht erwartet)*

Aufgabe 3: Motivation des US-Gesetzgebers für detrebling, ähnliche Zielsetzung in EU-Richtlinie?

- Grundsätzlich dient Kronzeugenregelung dazu, einen Anreiz für Kartellbeteiligte zu schaffen, Kartellverstöße aufzudecken und Behörde Informationen zu liefern. Dies kommt mittelbar auch Geschädigten zugute, da Kartellverstoß endet und private Schadensersatzklagen erhoben werden können.

- Ziel der hier zu beurteilenden Regelung: haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen auch in privaten Schadensersatzklagen, da diese sonst möglicherweise von Kronzeugenanträgen abgehalten werden könnten.
 - (Nachteil: geminderte Durchsetzung des Kartellrechts aufgrund detrebling / Erlass der Bußgelder
 - Vorteil: Aufdeckung des Kartelles, Bebußung der Mitkartellanten, private Schadensersatzklagen gegen Kronzeugen + Mitkartellanten)
- EU-Recht / GWB: gleiches Spannungsverhältnis
 - Art. 6 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie über private Kartellschadensersatzklagen: erweiterter Schutz der Informationen des Kronzeugen
 - Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie: Gesamtschuldnerische Haftung des Kronzeugen grundsätzlich nur gegenüber den eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern bzw. Lieferanten. Gegenüber anderen Geschädigten haftet der Kronzeuge nur subsidiär (wenn kein Schadensersatz erlangt werden kann).