

Das Reiseportal HRS² auf dem Prüfstand des Bundeskartellamts

Warum wird die Entscheidung des BKartA an dieser Stelle publik gemacht? Folgendes spricht dafür, dass sie über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung für das Neue Wirtschaftsrecht hat: Sie betrifft nicht nur einen verhältnismäßig neuartigen Internet-Service, sondern es geht zudem um die Wahrung funktionsfähigen Wettbewerbs konkurrierender Plattformen im Netz. Dazu hat der Kartellamtspräsident *Mundt* in seiner oben abgedruckten Pressemitteilung bereits einige wichtige ökonomische Angaben gemacht. Hier soll die Rechtsgrundlage untersucht und noch näher verdeutlicht werden, wie das Verhältnis der beiden betroffenen Märkte zueinander zu sehen ist: des Bettenmarktes und des Portalemarktes.

Zunächst zur Marktabgrenzung unter Aspekten des maßgebenden Bedarfsmarktkonzepts.³ Danach ist aus der Sicht des Bedarfs der Nachfrage zu fragen, auf welche Produkte diese zu einem bestimmten Verwendungszweck beim durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer gerichtet ist. Ergänzend ist aus der Anbietersicht die Produktions- und Angebotsumstellflexibilität der Hersteller zu berücksichtigen, d.h. die Bereitschaft anderer Hersteller, ihre Produktion kurzfristig umzustellen, um das fragliche Marktsegment zu bedienen.⁴ Vorliegend sind die Nachfrager nach Betten von denen nach Einrichtung von Suchplattformen im Internet zu unterscheiden, obgleich die Unterstützung der im Netz vermittelten Nachfrage nach Hotelbetten letztlich auch Ziel der Plattformbetreiber ist. Ebenso sind die Anbieter von Hotelbetten klar unterschieden von Anbietern von Netzeinrichtungen für Bettenportale.

Auf dieser Grundlage wird deutlich, wie die ökonomische Einwirkung zwischen den beiden Märkten gedacht ist. Denn wenn die Bindung der Hotelbetreiber an ihre HRS-Meldung besteht, dann kann kein niedrigeres Preisangebot bei einem anderen Plattformanbieter mehr erfolgen. Das mag allen Anbietern auf dem Plattformmarkt recht sein, weil sie zugleich auch nicht befürchten müssen, dass ihre eigenen Veröffentlichungen unterboten werden. Aber anders ist es, wenn man bedenkt, dass neue Plattformbetreiber bei hohen Preisen auf diesem (und dem nachgelagerten Bettenmarkt) marktzutrittsbereit sein könnten. Würden sie aber eintreten, so würde dies den Wettbewerb auf beiden Märkten intensivieren.

¹ Unter Mitarbeit von *Ch. Eifler*, RAin, THORWART Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Nürnberg.

² Abdruck oben zur Entscheidungspraxis.

³ Grdl. zuletzt BGHZ 160, 321, 326=NJW 2004, 3711-Melitta/Schultink; *Emmerich*, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 27, Rdn. 13.

⁴ BGH, wie vor und BGHZ 170, 299, 305 ff.=NJW 2007, 1823-National Geographic II.

Die Rechtsgrundlage bleibt in der Pressemitteilung leider ungenannt. Es gibt aber einige Gründe zu der Annahme, dass die Entscheidung des BKartA sowohl auf das Kartellverbot des § 1 als auch auf das Behinderungsverbot des Machtmissbrauchstatbestandes des § 19 Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB gestützt ist. Für Beides sind die Tatbestandsvoraussetzungen stark unterschiedlich. Herausragende Bedeutung kommt der HRS-Entscheidung im Hinblick auf die Missbrauchskontrolle zu und zwar aus folgenden Gründen:

Nach heute ganz h.M. erfassen die §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB nicht nur Behinderungen auf dem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt des Marktbeherrschers, sondern auch auf Drittmärkten, soweit ein sog. Missbrauchstransfer vorliegt.⁵ Man unterscheidet hierzu die Fallgruppe der koordinierten Wirkungen und der unilateral effects.⁶ Während Letztere im deutschen Recht noch wenig Anerkennung gefunden haben, sind die machtmissbräuchlichen Koordinierungen bereits mehrfach im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle beanstandet worden.⁷ Für das deutsche Verbot des Behinderungsmissbrauchs hat der BGH entsprechend im Fall Abwehrblatt II geurteilt, als es darum ging, dass der Marktzugang durch ein geschlossenes System von Ausschließlichkeitsbindungen versperrt wurde.⁸ Die Entscheidung des BKartA im Fall HRS scheint jetzt ein Beleg dafür zu sein, dass auch die Kombination kartellartiger Abreden über Preise mit Zutrittsbehinderungen als verbotswidrig betrachtet wird. Weitere Fallbeispiele dieser Art Drittmarktbehinderung via Marktmachttransfer sind seit Langem bekannt.⁹ Man braucht kein Prophet zu sein, wenn man der Verbotspraxis im Zeitalter des Internet und der dadurch gestiegenen Möglichkeiten, auf Drittmärkte durch virtuelle Vernetzungstechniken einzuwirken, eine steigende Bedeutung voraussagt.

Es gibt sogar einige Anzeichen dafür, dass auch Missbräuche bei Vernetzungen freiberuflicher Dienstleistungen eine unrühmliche Zukunft haben. Hiervon wird berichtet im Zusammenhang mit Franchising-Netzdiensten einer Steuerberatung¹⁰ und die Betriebs- und Steuerberatung im Tankstellengewerbe, die zwar von verschiedenen Dienstleistern EDV-gestützt und vernetzt angeboten wird, aber von Seiten eines größeren internationalen Konzerns und des konzernverbundenen Rechenzentrums systematisch gegen Marktzutritte

⁵ Vgl. – grdl. – BGHZ 156, 379, 382 f. = GRUR 2004, 255; BGH GRUR 2004, 259 – Strom und Telefon I und II, m.Anm. *Emmerich*, LMK 2004, 69; ders., Kartellrecht, a.a.O. § 27 Rdn. 8, 64 f.

⁶ Vgl. *Emmerich*, a.a.O., vorige Fn. § 16.1/2.

⁷ Vgl. EuGH Slg. 2002, II-2592 (2611 ff. Tz. 58 ff.) betr. *Airtours* und *First Choice*; *Emmerich*, AG 2002, 641, 648.

⁸ BGHZ 96, 337, 345 ff. = NJW 1986, 1877 – Abwehrblatt II.

⁹ S. die Nachw. bei *Belke*, ZHR 139 (1975), 51, 73; *Möschel*, Oligopolmissbrauch, 1974, S. 171, 185 ff.

¹⁰ Vgl. OLG Celle, v. 7.4.2010, DStR 2010, 1862; BGH v. 16.3.2011, Az. StbSt (R) 3/10, DB 2011, 869.

abgeschirmt wird.¹¹ Auch die Mineralölgesellschaften (MÖGs) haben offenbar erhebliches Interesse daran, dass die Verwaltung der betrieblichen Rechenwerke einheitlich gehandhabt wird. Extrem kritisch wird dies aus der Sicht der Tankstellenpächter beurteilt, wonach die Beratung der ohnehin stark MÖG-abhängigen Pachtnehmer durch die Angewiesenheit auf das Netz immer mehr von der Vertraulichkeit und Unabhängigkeit überkommener Steuerberatungsdienste verliert.¹² Das BKartA hat dem schon vor vielen Jahren versucht, Einhalt zu gebieten.¹³ Auch sind etliche lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten bekannt geworden.¹⁴ Doch scheint die Unabhängigkeit der Beratung und des Marktzutritts von Steuerberatern bis heute ungeklärt.¹⁵

Zunehmend Verbreitung finden auch echte Franchise-Systeme im Bereich freier Berufe, insbes. auch in der Anwaltschaft.¹⁶ Anders als im vorerwähnten Fall der Tankstellenberatung sind die Franchise-Verträge dadurch gekennzeichnet, dass die Partner sich zur gemeinschaftlichen Gewinnerzielung zusammenschließen. Im Bereich der Steuerberatung ist das nach § 56 Abs. 5 StBerG verboten, soweit einer der Kooperationspartner ein gewerbliches Unternehmen ist. Aber Rechtsanwälte dürfen gewerblich kooperieren, wenn sie nur hinreichend darauf achten, dass ihre Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit nicht verloren geht. Vernetzte Dienste sind deshalb hier noch weit mehr als bei Steuerberatern im Aufschwung, so dass sich die o.a. Probleme der Marktverriegelung durch Netzzutrittsbeschränkung zunehmend stellen werden.

¹¹ Bericht b. *St. Preuß*, Die Tankstelle, 5/2005, S. 48 ff.

¹² Vgl. nur *St. Preuß*, a.a.O., vorige Fn. S. 49.

¹³ BStBK-Rdschr. V. 21.7.2005, Az. 248/2005.

¹⁴ Vgl. nur LG Düsseldorf, zit. in *Maxl*, DStR 1993, 145, 146

¹⁵ Vgl. die laufenden Verfahren vor dem LG Saarbrücken, Az.1 O 342/05 und 1 O 483/05 (unveröffl.)

¹⁶ In der BRD derzeit v.a. Legitas und Janolaw; Überblick b. *Henssler/Streck*, Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 683 ff.; zum „one stop shopping“ *Henssler*, BRAK-Mitt. 2007, 238, 240.