



Oktober 2020

Bern

Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

**Verwendung von Preisbindungsklauseln gegenüber
Beherbergungsbetrieben – Umsetzung der Motion Bischof [16.3902]
vom 30.09.2016**

**Erläuternder Bericht zur Eröffnung des
Vernehmlassungsverfahrens**

Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Übersicht

Mit der vorliegenden Änderung des UWG soll die Motion 16.3902 Bischof umgesetzt werden. Die Vorlage erklärt Preisbindungs- und Preisparitätsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Plattformbetreibern gegenüber Beherbergungsbetrieben für unlauter. Die Rechtsfolge solch unlauterer Vertragsinhalte ist Nichtigkeit gemäss Artikel 20 des Obligationenrechts. Die neue UWG-Bestimmung ist zivilrechtlicher Natur und beinhaltet keine strafrechtliche Sanktionierung.

Die vom Parlament überwiesene Motion 16.3902 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» von Ständerat Pirmin Bischof vom 30. September 2016 verlangt vom Bundesrat, sogenannte (enge und weite) Preisparitätsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotelbetrieben zu verbieten.

Die Geschäftsbeziehungen zwischen Plattformbetreibern und Beherbergungsbetrieben sind in Standardverträgen mit allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt, welche oft Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln enthalten. In solchen Klauseln werden die Beherbergungsbetriebe verpflichtet, auf keinem anderen Vertriebskanal günstigere Übernachtungspreise anzubieten (sogenannte «weite» Preisparitätsklausel) oder zumindest auf ihrer eigenen Internetseite keinen tieferen Preis anzubieten als den auf der Online-Buchungsplattform angegebenen (sogenannt «enge» Preisparitätsklausel).

Der vorgeschlagene neue Artikel 8a VE-UWG erklärt solche Preisbindungs- bzw. Preisparitätsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Verhältnis zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben für unlauter. Die Unlauterkeit liegt darin, dass solche Klauseln die Preissetzungsfreiheit von Beherbergungsbetrieben einschränken, womit ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten der Beteiligten geschaffen wird. Die Unlauterkeit liegt also im widerrechtlichen Vertragsinhalt solcher allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), was die Nichtigkeit nach Artikel 20 OR zur Folge hat.

Die neue Bestimmung ist zivilrechtlicher Natur. Durchgesetzt werden muss sie von den involvierten privaten Marktakteuren. Eine strafrechtliche Sanktionierung ist nicht vorgesehen.

Die Nachbarländer Frankreich, Italien und Österreich kennen ebenfalls ein gesetzliches Verbot von weiten und engen Preisparitätsklauseln im Verhältnis zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben. In Deutschland, wo es zurzeit keine spezifische Regelung gibt, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die vom Bundeskartellamt verhängten Verfügungen gegen weite und enge Preisparitätsklauseln unterschiedlich gewichtet. Weite Preisparitätsklauseln hat es als kartellrechtswidrig beurteilt, enge Preisparitätsklauseln als mit dem Kartellrecht vereinbar. Allerdings ist der Entscheid noch nicht rechtskräftig und das Verfahren vor dem deutschen Bundesgerichtshof hängig.

Die durchgeführte Regulierungsfolgenabschätzung deutet darauf hin, dass mit dem vorgeschlagenen Verbot von Preisparitätsklauseln die Beherbergungsbetriebe lediglich rechtlich einen grösseren Handlungsspielraum hätten. Eine wesentliche Verbesserung ihrer Marktposition gegenüber den Online-Buchungsplattformen ist allerdings kaum zu erwarten.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Ausgangslage	4
1.1 Handlungsbedarf und Ziele	4
1.2 Online-Buchungsplattformen: Geschäftsmodell und Bedeutung	4
1.3 Geprüfte Alternativen und Lösung	5
1.4 Verhältnis zur Legislaturplanung	7
1.5 Verhältnis zu Strategien des Bundesrates	7
1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	7
2 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	7
3 Grundzüge der Vorlage	8
3.1 Die beantragte Neuregelung	8
3.2 Umsetzung	9
4 Erläuterungen zum neuen Artikel	9
5 Auswirkungen	10
5.1 Auswirkungen auf den Bund	11
5.1.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen	11
5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	11
5.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	11
5.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft	12
5.5 Auswirkungen auf die Umwelt	12
6 Rechtliche Aspekte	12
6.1 Verfassungsmässigkeit	12
6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	12
6.3 Erlassform	12
6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse	12
6.5 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	12

Vorentwurf und erläuternder Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Handlungsbedarf und Ziele

Die Motion 16.3902 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» von Ständerat Pirmin Bischof vom 30. September 2016 verlangt vom Bundesrat, sogenannte (enge und weite) Preisparitätsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotelbetrieben zu verbieten.

Bei engen Preisparitätsklauseln verpflichtet sich ein Beherbergungsbetrieb gegenüber einer Online-Buchungsplattform, auf seiner eigenen Internetseite keinen Preis zu fordern, der den Preis auf der Online-Buchungsplattform unterschreitet. Allerdings muss das betroffene Beherbergungsunternehmen nicht allen Online-Buchungsplattformen den gleichen Preis einräumen, sondern darf zwischen diesen differenzieren.

Bei sogenannten weiten Preisparitätsklauseln verpflichtet sich ein Beherbergungsbetrieb, auf keinem anderen Vertriebskanal tiefere Preise anzubieten als auf der Online-Plattform. Insbesondere dürfen solche günstigeren Angebote weder am Telefon oder per E-Mail noch auf einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform gemacht werden.

Auf Initiative von hotelleriesuisse eröffnete die Wettbewerbskommission (WEKO) im Dezember 2012 eine Untersuchung gegen die drei Online-Buchungsplattformen Booking.com, Expedia und HRS u.a. wegen Verdacht, dass Paritätsklauseln zwischen den Plattformen und den Hotels wettbewerbsbeschränkend wirken. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat mit Entscheid vom 19. Oktober 2015 die Verwendung von «weiten» Preisparitätsklauseln als Verstoss gegen das Kartellgesetz (KG)¹ beurteilt². Hingegen hat sie die Beurteilung von «engen» Preisparitätsklauseln im gleichen Entscheid ausdrücklich mit dem Verweis auf noch zu sammelnde Erfahrungen offengelassen.³ Entsprechend könnten auch enge Preisparitätsklauseln bereits heute gestützt auf das geltende Kartellgesetz von der WEKO bzw. von den zuständigen Gerichten im Einzelfall für unzulässig erklärt werden, sofern sie zu einer unzulässigen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führen.

Der Bundesrat hatte mit seiner Stellungnahme vom 16. November 2016 die Ablehnung der Motion Bischof beantragt und dies insbesondere mit den bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten zur Unterbindung von wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Preisparitätsklauseln begründet. In der Herbstsession 2017 hat der Nationalrat die Motion 16.3902 Bischof als Zweitrat überwiesen, nachdem der Ständerat diese bereits im Frühling 2017 angenommen hatte. Entsprechend ist der Bundesrat beauftragt, die notwendigen Gesetzesänderungen vorzulegen, um Preisparitätsklauseln in Vertragsverhältnissen zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotelbetrieben zu verbieten.

Zweck des verlangten Verbots von Preisparitätsklauseln ist gemäss der Motion, den Direktvertrieb von Beherbergungsunternehmen über die hoteleigenen Webseiten zu fördern und somit die Wettbewerbsfähigkeit der Betriebe zu stärken. Die Verwendung von Preisbindungs- und Preisparitätsklauseln schränkt die Beherbergungsbetriebe in ihrer freien Preisgestaltung ein, indem diesen die Möglichkeit genommen wird, sich im Direktvertrieb von Angebot auf den Online-Buchungsplattformen abzugrenzen. Zentrales Anliegen ist es, Preisparitätsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit auszustatten.

1.2 Online-Buchungsplattformen: Geschäftsmodell und Bedeutung

Online-Buchungsplattformen bereiten die Angebote von Beherbergungsbetriebe standardisiert auf und bieten sie dem Endkunden zentral auf ihrer Plattform zum Verkauf an. Dabei werden die Angaben des ursprünglichen Anbieters oftmals durch zusätzliche Informationen ergänzt. Eine zentrale Rolle spielen dabei Bewertungen früherer Kunden. Wichtig ist, dass das für die Endkundin und den Endkunden relevante Angebot (inkl. Preis), wenige Ausnahmen vorbehalten, vom ursprünglichen Anbieter selbst festgelegt wird. Entscheidet sich eine Konsumentin oder ein Konsument für eine Buchung dieses Angebots über die Plattform, erhält die Online-Buchungsplattform vom Beherbergungsbetrieb einen Teil des erzielten Verkaufspreises in der Form einer Kommission.

In diesem Geschäftsmodell interagieren die Online-Buchungsplattformen als Vermittler sowohl mit den Beherbergungsbetrieben als auch mit den Endkundinnen und Endkunden, weshalb von einem zweiseitigen Markt gesprochen wird. Charakteristisch für diesen Markt sind hauptsächlich zwei Aspekte. Erstens: die Kostenstruktur ist aus Sicht der Online-Buchungsplattformen von hohen Fixkosten und vergleichsweise tiefen variablen Kosten geprägt. Die Online-Buchungsplattformen wenden einen grossen Teil ihrer Ausgaben für den Aufbau und Betrieb der Webseite und der dahinterliegenden IT-Infrastruktur auf. Zweitens weisen sie starke Netzwerkeffekte auf: die Attraktivität einer Plattform für Endkunden und Beherbergungsunternehmen steigt mit der Zahl der darauf präsenten Akteure. Aus theoretischer Sicht begünstigen diese Charakteristiken

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), SR 251.

² Verfügung WEKO vom 19. Oktober 2015 betreffend Online-Buchungsplattformen für Hotels, RPW 2016, S. 67 ff.; Jahresbericht 2015 der Wettbewerbskommission WEKO, S. 5.

³ Verfügung WEKO vom 19. Oktober 2015, RPW 2016, S. 67 ff. N 69

stark konzentrierte Märkte und die Entstehung natürlicher Monopole, wodurch einzelne Online-Buchungsplattformen marktmächtig werden können.

Bei der Nutzung von Online-Buchungsplattformen profitieren die Endkunden insbesondere von der zentralen und einfach zugänglichen Übersicht über unterschiedliche Beherbergungsangebote. Zusammen mit dem System der Gästebewertungen und einem einheitlichen Bezahlsystem führt dies zu einer Reduktion der Such- und Transaktionskosten. Zudem kann die erhöhte Markttransparenz zu einem verstärkten Wettbewerb zwischen den Beherbergungsunternehmen und damit zu höherer Qualität und tieferen Preisen führen. Für diese Dienstleistung bezahlt nicht der Endkunde direkt, sondern der Beherbergungsbetrieb mittels einer Kommissionsgebühr.

Für Beherbergungsunternehmen entscheidend ist die Reichweite der Online-Buchungsplattformen. Dadurch können Beherbergungsunternehmen, ohne weitere Marketingmassnahmen, speziell auch in fernen Märkten eine grosse Zahl zusätzlicher potenzieller Kunden erreichen. Dies kann insbesondere für kleinere, unabhängige sowie neu am Markt auftretende Anbieter entscheidend sein, da diese oftmals nur über geringe Marketingmittel verfügen. Während die grosse Reichweite der Plattformen für die Beherbergungsunternehmen Vorteile in der Akquise neuer Kunden bietet, stellt sie im Umgang mit bestehenden oder lokalen Kunden einen potenziell wesentlichen Nachteil dar. Online-Buchungsplattformen können als Konkurrenz des hoteleigenen Direktvertriebs interpretiert werden. Für die Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen ist eine Kommission zu entrichten, welche etwa 12 bis 16% des Verkaufspreises beträgt.

Die Absatzstruktur von Logiernächten in der Schweiz wird trotz zunehmender Bedeutung von Online-Buchungsplattformen immer noch vom Direktvertrieb dominiert. Im Jahr 2018 wurden mehr als die Hälfte der Logiernächte direkt bei den Beherbergungsbetrieben gebucht. Der Vergleich mit 2013 zeigt aber, dass der Direktvertrieb über die Homepage des Beherbergungsbetriebs vom generellen Trend hin zu mehr Online-Buchungen praktisch nicht profitieren konnte. Trotz eines Rückgangs der Bedeutung der Offline-Absatzkanäle stieg der Marktanteil von Buchungen über die Webseiten der Hotels zwischen 2013 und 2018 nur marginal an. Im Gegensatz dazu stieg während desselben Zeitraums der Marktanteil von Online-Buchungsplattformen markant an. Im Jahr 2018 wurde jede vierte Buchung über eine solche Plattform getätigt.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass es sich bei den dargestellten Zahlen um eine Gesamtbetrachtung handelt. Die individuelle Abhängigkeit eines Betriebs hängt u.a. wesentlich von der Gästestruktur ab. Bei einem in einer Nische positionierten Ferienhotel mit zahlreichen langjährigen Gästen und einem ansprechenden Online-Direktvertrieb spielen Plattformen tendenziell eine geringere Rolle als bei einem Stadthotel mit wenigen Stammgästen und vielen fremdsprachigen Kunden aus dem (fernen) Ausland.⁴

1.3 Geprüfte Alternativen und Lösung

Wie oben beschrieben, begünstigen starke Netzwerkeffekte und die von Fixkosten geprägte Kostenstruktur stark konzentrierte Märkte und die Entstehung natürlicher Monopole von Online-Buchungsplattformen. Dies kann einen staatlichen Eingriff notwendig machen.

Mit dem bestehenden Wettbewerbsrecht verfügt die WEKO bereits heute über Instrumente, um ökonomisch nicht gerechtfertigte Wettbewerbsabreden sowie die missbräuchliche Ausübung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung auch in diesem Markt zu unterbinden und gegebenenfalls zu sanktionieren. Basierend auf dem oben aufgeführten und weiterhin gültigen Entscheid der WEKO vom Oktober 2015 sind die weiten Paritätsklauseln von Booking.com, Expedia und HRS kartellrechtlich verboten. Zudem hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen eines neuen Verfahrens erneut gegen diese und weitere Online-Buchungsplattformen vorzugehen und diesen allenfalls auch enge Preisparitätsklauseln zu verbieten. Dies wurde von der WEKO in den Erwägungen zu den engen Paritätsklauseln mit dem Verweis auf noch zu sammelnde Erfahrungen explizit offengelassen.⁵ Die wettbewerbsökonomische Beurteilung der Online-Buchungsplattformen könnte zudem durch das in den nächsten Jahren möglicherweise eingeführte Konzept der relativen Marktmacht wesentlich beeinflusst werden.⁶ Die genauen Auswirkungen einer solchen Regelung sind im Moment nicht absehbar. Grundsätzlich bietet das Konzept der relativen Marktmacht aber neue Möglichkeiten zur kartellrechtlichen Unterbindung verschiedener Verhaltensweisen in Fällen von bilateralen (Vertragsverhältnissen mit) Abhängigkeitssituationen. Unabhängig davon ist ebenfalls ein Verfahren des Preisübersichters gegen Booking.com hängig, das zu einer Senkung der Kommissionssätze führen könnte. Gemäss der von ECOPLAN erstellten vertieften Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) liegen aus wettbewerbsökonomischer Sicht keine eindeutigen Gründe für ein zusätzliches, spezifisches Verbot von Preisparitätsklauseln vor. Ein vollständiger Verzicht auf eine gesetzliche Verbotregelung stellt deshalb auch eine Alternative dar.

Ursprünglich hatte der Bundesrat vorgesehen, die Motion 16.3902 Bischof im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)»⁷

⁴ Die Darstellung des Geschäftsmodells in Ziff 1.2 wurde aus der folgenden Studie übernommen: ECOPLAN, Regulierungsfolgenabschätzung zum Verbot von Preisparitätsklauseln im Vertragsverhältnis von Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsunternehmen, Schlussbericht vom 22.04.2020 (RFA ECOPLAN), S. 8-12.

⁵ Verfügung WEKO vom 19. Oktober 2015, RPW 2016, S. 67 ff., N 69.

⁶ Siehe hierzu die parlamentarischen Beratungen zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preis (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates, 19.037.

⁷ Geschäftsnummer 19.037; <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis469.html>.

umzusetzen und mit der entsprechenden Botschaft abzuschreiben. Auf Grund der Vernehmlassungsergebnisse⁸ verzichtete der Bundesrat aber darauf, dem Parlament die Abschreibung der Motion im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative zu beantragen.⁹ Daher hat die Umsetzung der Motion als eigenständiges Geschäft eine zeitliche Verzögerung erfahren.

Nach dieser Entscheidung des Bundesrates stellte sich die Frage, wo das vom Parlament verlangte Verbot von Preisparitätsklauseln zu verankern ist. Die Motion selbst äussert sich nicht zu dieser Frage. Folgende Varianten zur Regelung des in Frage stehenden Verbots sind geprüft worden: Regelung im KG, im Preisüberwachungsgesetz (PüG)¹⁰, im UWG¹¹, im Obligationenrecht (OR)¹² und Schaffung eines Spezialgesetzes.

Der Vorteil eines *Spezialgesetzes* wäre, dass dieses exakt auf den zu regelnden Sachverhalt zugeschnitten werden könnte. Allerdings bedürfte es dazu auch einer Anspruchsberechtigungsordnung und eines Sanktionssystems. Damit ist die Gefahr einer überschüssenden Regulierung verbunden, die auch zu einer Fragmentierung der Rechtsordnung führen könnte: Für jeden neu zu regulierenden Bereich ein neues Gesetz zu schaffen.

Das Kartellgesetz (KG) bezweckt die Verhinderung von volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Art. 1 KG). Es gilt grundsätzlich für sämtliche Branchen, so dass ihm branchenspezifische Regelungen (*i. c. Hotellerie*) fremd sind. Dabei verfolgt es stets einen wirkungsbasierten Ansatz und kennt keine Per-se-Verbote (mit Ausnahme der Beseitigung des Wettbewerbs). Ein generelles Verbot, welches unabhängig von dem konkreten Einzelfall Geltung beansprucht, widerspricht daher der kartellrechtlichen Systematik. Hinzu kommt, dass das KG ein einschneidendes Sanktionsregime kennt, welches bei den vorliegend zur Diskussion stehenden Vertragsklauseln überschüssend wäre. Auch wenn sich das KG nicht als Regelungsort für das vorliegende Verbot eignet, bedeutet dies nicht, dass es nicht weiterhin grundsätzlich auf Fälle von engen und weiten Preisparitätsklauseln (unabhängig von der betroffenen Branche) anwendbar wäre.

Das *Preisüberwachungsgesetz* kennt keine branchenspezifischen Regelungen, ferner keine Per-se-Verbote. Zudem ist der Anknüpfungspunkt des PüG die Höhe des Preises. So ist zurzeit die Höhe der Kommissionsgebühren, welche der Plattformbetreiber Booking.com für die Vermittlungsdienste von Hotelbetrieben verlangt, Gegenstand eines formellen Verfahrens des Preisüberwachers.¹³

Zwar regelt das *Obligationenrecht* die Rechtsfolge eines Vertrags, der einen unmöglichen, widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt hat: Ein solcher Vertrag ist nichtig (Art. 20 OR). Anderweitige Sanktionen gibt es im OR nicht. Im vorliegenden Zusammenhang müsste vorerst statuiert werden, dass Preisparitätsklauseln im Verkehr zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben widerrechtlich sind. Eine solche Regelung im OR wäre systematisch fragwürdig: im Allgemeinen Teil des OR sachfremd, im Besonderen Teil des OR nur schwer platzierbar. Jedenfalls bedarf zwingendes Privatrecht besonderer Rechtfertigung. Zudem sind branchenspezifische Regelungen im OR die absolute Ausnahme.

Nach Ansicht des Bundesrates eignet sich daher das UWG trotz einiger Vorbehalte am ehesten, ein solches Verbot aufzunehmen. Dieses verfügt über eine Anspruchsberechtigungsordnung sowie über ein funktionierendes zivilrechtliches Sanktionssystem (Art. 9 ff. UWG). Im UWG lässt sich zudem die vom Motionär angestrebte Nichtigkeit von Preisparitätsklauseln erreichen, wenn diese Klauseln als missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert werden. Mit Art. 8 UWG besteht denn auch bereits eine Bestimmung, welche die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen als unlauter erklärt.

Gemäss der von ECOPLAN durchgeführten vertieften Regulierungsfolgeabschätzung könnte eine um Verfügbarkeits- und Konditionenparitätsklauseln erweiterte Verbotregelung die Angebotsfreiheit der Beherbergungsbetriebe zumindest rein rechtlich zusätzlich stärken. In der Praxis seien von solch einer Lösung aber auch keine erheblichen Effekte zu erwarten.¹⁴ Eine tatsächlich effektive Regelung müsste auch Algorithmus-basierte Massnahmen unterbinden, die indirekt eine Durchsetzung der Preisparität bewirken. Ein Ranking-Algorithmus legt zum Beispiel fest, in welcher Reihenfolge Beherbergungsbetriebe in den Suchresultaten erscheinen. Online-Buchungsplattformen können dafür sorgen, dass bei Nichteinhaltung der engen Preisparität einem Beherbergungsbetrieb eine schlechtere Platzierung in den Suchresultaten zugewiesen wird. Laut der Studie müsste der Tatbestand zur Unterbindung solcher Praktiken jedoch so weit formuliert werden, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich seiner Reichweite entstehen könnte. Deshalb stelle eine noch weitergehende Verbotregelung als die vorliegend vorgeschlagene keine Option dar.¹⁵

⁸ Ergebnisbericht vom Mai 2019 betr. Vernehmlassung zur Änderung des Kartellgesetzes (KG): Indirekter Gegenvorschlag zur Eidgenössischen Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preis (Fair-Preis-Initiative)» und Umsetzung der Motion Bischof (16.3902), S. 15; <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/Fair-Preis-Initiative.html>

⁹ Siehe Botschaft vom 29. Mai 2019 zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – Für faire Preis (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes), BBl 2019 4877, 4938.

¹⁰ Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG); SR 942.20.

¹¹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG); SR 241.

¹² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

¹³ RPW 2017, S. 725.

¹⁴ RFA ECOPLAN S. 46/47.

¹⁵ RFA ECOPLAN S. 41.

1.4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist in der Botschaft vom 29. Januar 2020 zur Legislaturplanung 2019-2023 (BBl 2020 1777) nicht erwähnt.

1.5 Verhältnis zu Strategien des Bundesrates

Die vorgeschlagene Regelung tangiert keine der Strategien des Bundesrates.

1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Die unterbreitete Vorlage setzt die Motion 16.3902 Bischof um, weshalb ihre Abschreibung beantragt wird.

2 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

Auf gesamteuropäischer Ebene unterliegen Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln von Plattformbetreibern gegenüber Beherbergungsbetrieben keiner spezifischen Regelung. Allerdings ist das europäische Kartellrecht auch auf Fälle von Preisparitätsklauseln anwendbar. Entsprechende Regelungen oder Entscheide auf europäische Ebene wurden bisher allerdings nicht erlassen.

Auf Grund der fehlenden Spezialregelung auf europäischer Ebene wurden in verschiedenen Ländern auf nationaler Ebene eigene gesetzliche Regelungen zu diesem Thema erlassen. Frankreich, Italien, Österreich und Belgien schränken auf Gesetzesstufe die Verwendung von Preisparitätsklauseln gegenüber Beherbergungsbetrieben ein.

Nachstehend werden die Regelungen insbesondere in unseren Nachbarländern kurz vorgestellt. Für Deutschland und Schweden, die keine spezifische Regelung kennen, wird die aktuelle Rechtsprechung dargestellt.

In Frankreich befindet sich seit August 2015 eine entsprechende Regelung im Tourismusgesetz (Art. L311-5-1)¹⁶. Danach ist der Hotelier jederzeit frei, seinen Kunden Rabatte oder sonstige preisliche Vergünstigungen zu gewähren. Allfällige gegenteilige Klauseln in Verträgen mit Plattformbetreibern sind unbeachtlich.¹⁷ Eine Nichtbeachtung dieser Vorgabe kann eine Geldstrafe von 30'000 bis 150'000 € nach sich ziehen.¹⁸

Auch Italien hat seit August 2017 den Online-Buchungsportalen per Gesetz die Anwendung von Preisparitätsklauseln verboten. Die entsprechende Änderung findet sich in Artikel 1 Unterabschnitt 166 des italienischen Wettbewerbsgesetzes.¹⁹

In Österreich existiert seit Januar 2017 ein Verbot von Preisbindungs- und Preisparitätsklauseln im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (öUWG). Das Verbot, das sich an Online-Buchungsplattformbetreiber im Verhältnis zu Beherbergungsbetrieben richtet, ist im Katalog der unter allen Umständen unlauteren Geschäftspraktiken als aggressive Geschäftspraktik aufgeführt.²⁰ Zudem ist im Preisauszeichnungsgesetz (öPrAG) die Rechtsfolge der Nichtigkeit von Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln geregelt, welche in Verträgen zwischen Buchungsplattformbetreibern und Beherbergungsbetrieben enthalten sind.²¹

In Deutschland besteht zurzeit kein gesetzliches Verbot weiter und enger Preisparitätsklauseln. Zwar hat das Bundeskartellamt Verfahren gegen die Online-Buchungsplattformen HRS und Booking.com wegen Verstösse gegen das Kartellrecht geführt und gegen die Online-Buchungsplattform Expedia ist das Verfahren noch hängig. Die gerichtlichen Entscheide zu den zwei erstgenannten Verfahren sind aber unterschiedlich ausgefallen. Im Fall HRS im Jahr 2013 untersagte das Bundeskartellamt jener Plattform die Anwendung von Bestpreisklauseln. Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf bestätigte den Entscheid des Bundeskartellamtes. Die von HRS verwendeten Bestpreisklauseln verpflichteten das vertragsgebundene Hotel dazu, dem Hotelportalbetreiber stets die günstigsten Hotelpreise anzubieten und diese Preise weder im eigenen Online-Vertrieb noch auf anderen Vertriebskanälen zu unterbieten.²² Auch wenn der Begriff der weiten Preisparitätsklauseln weder vom Bundeskartellamt noch vom Gericht verwendet wurde, waren damit

¹⁶ Eingeführt durch Art. 133 LOI no 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (sog. Loi Macron), womit Art. L. 311-5 in das Tourismusgesetz aufgenommen wurde. Abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr: Droit national en vigueur > Textes consolidés> LOI no 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques>.

¹⁷ Art. L. 311-5-1 Tourismusgesetz lautet: - Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil. - Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite.

¹⁸ Art. L.311-5-3 Abs. 1 Tourismusgesetz.

¹⁹ Art. 1 comma 166 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza: "E' nullo ogni patto con il quale l'impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalità e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto " Siehe: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/08/14/17G00140/sg>

²⁰ § 1a Abs. 4 i.V.m. Ziff. 32 im Anhang zum öUWG: Als unter allen Umständen unlautere Geschäftspraktik gilt: Das Verlangen eines Betreibers einer Buchungsplattform gegenüber einem Beherbergungsunternehmen, dass dieses auf anderen Vertriebswegen inklusive seiner eigenen Website keinen günstigeren Preis oder keine anderen günstigeren Bedingungen als auf der Buchungsplattform anbieten darf.

²¹ § 7 öPrAG: «... Die Preise werden vom Gastgewerbetreibenden frei festgelegt, und dürfen nicht durch Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln durch Buchungsplattformbetreiber eingeschränkt werden. Derartige Klauseln in Verträgen zwischen Gastgewerbetreibenden und Buchungsplattformbetreibern sind absolut nichtig.....».

²² Entscheid v. 20.12.2013, B 9 - 66/10; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Entscheid v. 09.01.2015, VI - Kart 1/14 (V).

die weiten Preisparitätsklauseln gemeint. Dies zeigt jetzt auch der Entscheid des OLG Düsseldorf vom Juni 2019 in Sachen Booking.com²³, in dem das OLG zum Schluss kommt, dass die von Booking.com verwendeten engen Preisparitätsklauseln keinen Verstoss gegen das Kartellrecht darstellen und deshalb zulässig sind. Allerdings hat der Bundesgerichtshof eine Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamts gegen diesen Entscheid angenommen. Der Bundesgerichtshof hat damit die rechtliche Wirksamkeit des Entscheids des OLG Düsseldorf aufgehoben und wird nun selbst eine kartellrechtliche Beurteilung solcher Klauseln vornehmen.²⁴

In Schweden verbot der Gerichtshof für Patente und Märkte die Verwendung enger Preisparitätsklauseln. Dieser Entscheid wurde jedoch vom Berufungsgericht wieder aufgehoben mit der Begründung, die wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Preisparitätsklauseln von Booking.com auf den Markt seien von der Vorinstanz nicht nachgewiesen worden.²⁵

3 Grundzüge der Vorlage

3.1 Die beantragte Neuregelung

Das Verbot von Preisparitätsklauseln soll, wie in Ziffer 1.3 dargelegt, im UWG verankert werden. Die von der Motion angestrebte Nichtigkeit von Preisparitätsklauseln lässt sich im UWG erreichen, wenn diese Klauseln als missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert werden. Die Unlauterkeit besteht darin, dass Preisparitätsklauseln von Buchungsplattformen die Preissetzungsfreiheit von Beherbergungsbetrieben einschränken und dadurch ein ungerechtfertigtes Missverhältnis gegenüber den vertraglichen Rechten und Pflichten der Beherbergungsbetriebe vorsehen. Die Unlauterkeit liegt also – wie dies bereits heute im Zusammenhang mit Art. 8 UWG beschränkt auf Konsumenten der Fall ist – im widerrechtlichen Inhalt solcher AGB. Da die Unlauterkeit und damit auch die Widerrechtlichkeit im Vertragsinhalt selbst liegt, hat dies zur Folge, dass die betroffene AGB-Klausel nach Art. 20 OR nichtig ist.

Entsprechend schlägt der vorliegende Vorentwurf vor, das Verbot von Preisparitätsklauseln in Verträgen zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben in einem neuen Artikel 8a VE-UWG zu kodifizieren. Danach handelt unlauter, wer als Plattformbetreiber AGB verwendet, welche durch Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln die Preissetzung von Beherbergungsbetrieben einschränken. Die Neuregelung hält sich – mit Ausnahme der Erfassung sämtlicher Beherbergungsbetriebe anstatt einer Begrenzung auf Hotels und des Obergriffs «Preisbindungsklausel» (vgl. dazu Ziff. 4) – strikt an den Wortlaut der Motion und bezieht weitere Klauseln, wie Verfügbarkeits- oder Konditionenparitätsklauseln, die ebenfalls Gegenstand der Untersuchung der WEKO waren, nicht mit ein.

Wie bereits erwähnt, besteht mit Artikel 8 UWG eine Bestimmung, welche die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen im Verhältnis zwischen Unternehmen und Konsumenten («business to consumer (B2C)») als unlauter erklärt. Danach sind AGB missbräuchlich, wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es allerdings um Geschäftsbedingungen unter Geschäftsleuten, also um ein Verhältnis «business to business (B2B)». Theoretisch gibt es die folgenden beiden Möglichkeiten, Preisparitätsklauseln als unlautere Geschäftsbedingungen zu statuieren: Entweder den bestehenden Artikel 8 UWG auf alle Geschäftsbeziehungen auszuweiten (womit auch missbräuchliche Klauseln im Bereich B2B erfasst würden) mit einer zusätzlichen Konkretisierung bezüglich Preisparitätsklauseln im Verhältnis von Online-Buchungsplattformen zu Beherbergungsbetrieben. Oder eine neue Bestimmung zu schaffen, welche Preisparitätsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Buchungsplattformen gegenüber Beherbergungsbetrieben als missbräuchlich und damit als unlauter bezeichnet. Die erste Möglichkeit – die generelle Ausdehnung von Artikel 8 UWG auf alle B2B-Geschäftsbeziehungen – ist aus rechtssystematischer Sicht und aus Kohärenzgründen stringenter. Allerdings hat der Nationalrat im Dezember 2017 eine generelle Ausweitung von Artikel 8 UWG auch auf B2B-Beziehungen verworfen, als er die Abschreibung der parlamentarische Initiative Flach beschlossen hatte.²⁶ Insbesondere vor diesem Hintergrund bietet sich die zweite Möglichkeit an: Mit einem neuen Artikel 8a VE-UWG werden Preisparitätsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Buchungsplattformen zulasten von Beherbergungsbetrieben als unlauter deklariert. Der Vorteil der UWG-Variante liegt in der engen Umsetzung der Motion sowie in den bereits oben erwähnten Punkten. Zudem ist die zivilrechtliche Folge einer als unlauter definierten allgemeinen Geschäftsbedingung die Nichtigkeit (Art. 20 OR).²⁷ Nachteilig ist aus systematischer Sicht die branchenspezifische Beschränkung der Bestimmung. Das UWG gilt für die gesamte Wirtschaft, weshalb ein branchenbeschränkter Unlauterkeitstatbestand dem Gesetz grundsätzlich fremd ist.

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.06.2019 – Kart 2/16 (V), siehe <https://openjur.de/u/2176461.html>.

²⁴ Bundesgerichtshof, Beschluss vom 14.07.2020 – KVZ 56/19 Siehe www.bundesgerichtshof.de; Entscheidungen / Aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs / Beschluss des Kartellsenats vom 14.7.2020 - KVZ 56/19.

²⁵ <https://en.kromannreumert.com/News/2019/05/Booking-com-victorious-in-Swedish-appeals-case-over-MFN-clauses>.

²⁶ Pa. Iv. Flach (14.440 «Artikel 8 UWG. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen») vom 23.09.2014; AB 2017 N 2179.

²⁷ Dies entspricht herrschender Lehre, siehe Heiss in: Reto Heizmann / Leander Loacker, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 8 UWG N 242 ff. mit weiteren Verweisen; siehe auch Botschaft vom 2. September 2009 zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl 2009 6151, 6180; Florent Thouvenin in: Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Reto M. Hilty/Reto Arpagaus, Basel 2013, 8 UWG N 144; Thomas Probst in: Peter Jung/Philippe Spitz, Stämpfli Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2016, Art. 8 UWG N 291.

3.2 Umsetzung

Die neue Bestimmung von Artikel 8a VE-UWG ist (wie Art. 8 UWG) eine zivilrechtliche Norm. Entsprechend erfolgt die Rechtsanwendung über das zivilrechtliche Instrumentarium des UWG. Zur Verfügung stehen die Abwehrklagen von Artikel 9 Absätze 1 und 2 UWG sowie die reparatorischen Klagen nach Artikel 9 Absatz 3 UWG. Eine strafrechtliche Sanktionierung nach Artikel 23 UWG gibt es für unlautere Preisbindungs- bzw. Preisparitätsklauseln nicht. Hingegen tritt aufgrund der Widerrechtlichkeit einer solchen Klausel die Rechtsfolge der Nichtigkeit ein (Art. 20 OR).²⁸ Die Unlauterkeit liegt im Inhalt solcher AGB, die ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten von Plattformbetreibern und Beherbergungsbetrieben schaffen.

Was den räumlichen Geltungsbereich von Artikel 8a VE-UWG anbelangt, so gelangen dieser wie auch die übrigen Bestimmungen des UWG stets zur Anwendung, wenn der schweizerische Markt betroffen ist (Art. 136 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)²⁹). Dies ist vor allem der Fall, wenn sich der betroffene Beherbergungsbetrieb in der Schweiz befindet. Der Vertrag zwischen dem Beherbergungsunternehmen und dem Plattformbetreiber untersteht hingegen dem von Artikel 116 f. IPRG bezeichneten Recht. Dieses ergibt sich in aller Regel aus den AGB des Plattformbetreibers. Gelangt auf den Vertrag ein ausländisches Recht zur Anwendung, so tritt an die Stelle des obenerwähnten Artikel 20 OR die entsprechende Bestimmung dieser Rechtsordnung. Sollte - was eher nicht zu erwarten ist - das betreffende Vertragsrecht die Durchsetzung einer (im Sinne von Artikel 8a VE-UWG) widerrechtlichen Klausel zulassen, wäre dies aus Schweizer Sicht unbeachtlich (Art. 17 f. IPRG).

Aus Artikel 8a VE-UWG anspruchsbzw. klageberechtigt ist, wer als Mitbewerber, Lieferant oder Abnehmer durch unlautere Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird (Art. 9 Abs. 1 und 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 UWG). Klageberechtigt sind zudem auch Berufs- und Wirtschaftsverbände (Art. 10 Abs. 2 Bst. a UWG). Es obliegt somit den betroffenen privaten Marktakteuren, primär den betroffenen Beherbergungsbetrieben, den Konkurrenten sowie Berufs- und Wirtschaftsverbänden, sich gegen derartige Klauseln zu wehren. Vornehmlich wenn Kollektivinteressen auf dem Spiel stehen, kann auch der Bund klagen (Art. 10 Abs. 3 UWG). Die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Lugano-Übereinkommens (LugÜ).³⁰

4 Erläuterungen zum neuen Artikel

Art. 8a Verwendung von Preisbindungsklauseln gegenüber Beherbergungsbetrieben

Unlauter handelt insbesondere, wer als Betreiber einer Online-Plattform zur Buchung von Beherbergungsdienstleistungen allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche die Preissetzung von Beherbergungsbetrieben durch Preisbindungsklauseln, namentlich durch Preisparitätsklauseln, einschränken. Im Folgenden werden die einzelnen Begriffe von Artikel 8a VE-UWG näher erläutert.

Betreiber einer Online-Plattform (Plattformbetreiber)

Die Regelung betrifft Plattformbetreiber. Aus dem Kontext der Bestimmung ergibt sich, dass nur solche Plattformbetreiber erfasst sind, welche Online-Buchungsportale für die Übernachtung in Hotels und anderen Beherbergungsbetrieben unterhalten. Solche Buchungsportale ermöglichen Kundinnen und Kunden, Unterkünfte aus der Liste der aufgeführten Beherbergungsunternehmen auszuwählen und online zu buchen. Dabei liegt dem Ganzen eine Geschäftsbeziehung zwischen Plattformbetreibern und Beherbergungsbetrieben zugrunde. Die Plattformbetreiber bieten damit Vermittlungsdienstleistungen zwischen Beherbergungsbetrieben und deren potenziellen Kunden an.³¹ Soweit Vergleichsplattformen ebenfalls eine direkte Geschäftsbeziehung mit Beherbergungsbetrieben unterhalten, fallen sie ebenfalls unter den Geltungsbereich der Bestimmung.

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Die Geschäftsbeziehungen zwischen Plattformbetreibern und Beherbergungsbetrieben sind in Standardverträgen mit AGB geregelt, die ihrerseits oft Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln enthalten. Als AGB gelten Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen zum Voraus formuliert werden und nicht verhandelt werden können. In den Worten des Bundesgerichts: «Allgemeine Vertragsbedingungen oder vorgeformte Vertragsinhalte sind vertragliche Bestimmungen, die im Hinblick auf typische Verträge von Privaten standardmässig vorformuliert sind und insbesondere der Rationalisierung des Vertragsschlusses dienen».³² Letztlich lassen sich AGB auf drei typische Kriterien reduzieren: **Vorformulierte** Vertragsinhalte, die für eine **Vielzahl** von Verträgen gelten sollen und vom Verwender der **anderen Vertragspartei gestellt** werden.³³ Gegenstück zu vorformulierten Vertragsinhalten ist die Individualvereinbarung. Individualvereinbarungen fallen folglich nicht unter Artikel 8a VE-UWG, es sei denn, sie enthalten vorformulierte Klauseln, die nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Gemäss der Lehre spielt es keine Rolle, in welcher konkreten Form die Verwendung (missbräuchlicher) AGB erfolgt:

²⁸ Diese Auffassung entspricht herrschender Lehre, siehe Verweise in FN 27.

²⁹ SR 291

³⁰ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil und Handelssachen, SR 0.275.12

³¹ Zu Begriff und Geschäftsmodell der Buchungsplattformen siehe Verfügung WEKO vom 19. Oktober 2015, S. 8 ff.;

<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>; RPW 2016, S. 71 f.

³² BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1.; BGer 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015, E. 5.1.

³³ Heiss in: Reto Heizmann / Leander Loacker, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 8 UWG N 73.

Erwähnt werden namentlich der Abdruck auf dem Vertragsformular und das AGB-Dokument als Anhang zum Vertrag, sei es in elektronischer oder gedruckter Form.³⁴

Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln

Preisbindungsklauseln stellen den Oberbegriff dar. Dieser beinhaltet die Preisparitätsklauseln (vgl. die Definition von engen und weiten Preisparitätsklauseln unter Ziff. 1.1) sowie auch Klauseln, wonach sich ein Beherbergungsbetrieb verpflichtet, einen bestimmten vom Plattformbetreiber vorgegebenen, tieferen Preis nicht zu unterschreiten. Untersagt ist die Verwendung solcher Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln durch Plattformbetreiber in AGB gegenüber Beherbergungsbetrieben. Es handelt sich um ein Per-Se-Verbot solcher Klauseln, unabhängig davon, ob es sich um sogenannte weite oder enge Preisparitätsklauseln handelt. Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln, die Beherbergungsbetrieben verbieten, auf deren eigener Webseite oder über andere Vertriebskanäle günstigere Übernachtungspreise anzubieten als auf der Online-Buchungsplattform, sind künftig unlauter. Die Unlauterkeit liegt im Inhalt solcher Klauseln, welche die freie Preissetzung von Beherbergungsbetrieben beschränken und damit ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten von Plattformbetreibern und Beherbergungsunternehmen schaffen. Die Rechtsfolge ist aufgrund der Widerrechtlichkeit des Inhalts solcher Klauseln deren Nichtigkeit (Art. 8a VE-UWG i.V.m. Art. 20 OR), was herrschender Lehre zu Art. 8 UWG entspricht.³⁵ Andererseits ist die neue Bestimmung auf Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln beschränkt. Weitere gängige Klauseln, wie Verfügbarkeits- oder Konditionenparitätsklauseln, die ebenfalls Gegenstand der Untersuchung der WEKO waren, werden von der Bestimmung nicht erfasst. Dies insbesondere aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts der Motion.

Einschränkung der Preissetzung

Den anvisierten Preisbindungs- oder Preisparitätsklauseln ist es eigen, dass sie die Preissetzung der Beherbergungsbetriebe einschränken. Sie schaffen damit, wie schon mehrfach erwähnt, ein Missverhältnis von Rechten und Pflichten, das auch den in Artikel 8 UWG geregelten missbräuchlichen Geschäftsbedingungen unterliegt ist. Aus diesem Grunde werden solche Klauseln im Verhältnis von Plattformbetreibern zu Beherbergungsbetrieben als unlauter erklärt. Künftig dürfen Beherbergungsbetriebe auch auf ihrer eigenen Website sowie auf anderen Vertriebskanälen günstigere Preise anbieten. Das Verbot stützt damit letztlich die Wirtschaftsfreiheit der Beherbergungsbetriebe, da ihre Handlungsfreiheit somit erhöht wird. Hingegen wird die Wirtschaftsfreiheit der Plattformbetreiber eingeschränkt. Mit der vorliegenden Regelung wird nur die Einschränkung der Preissetzungsfreiheit als unlauter erklärt. Andere nicht preisrelevante Faktoren sind nicht betroffen (Verfügbarkeits- oder Konditionenparitätsklauseln).

Beherbergungsbetriebe

In Abweichung vom Wortlaut der Motion schützt Artikel 8a VE-UWG alle Beherbergungsbetriebe (z.B. auch Anbieter von Ferienwohnungen/Appartements oder Jugendherbergen) und nicht nur die Hotelbetriebe. Diese Erweiterung ist insbesondere aus Sicht der Rechtsgleichheit sowie aus wettbewerbsspolitischen Gründen geboten. Viele Beherbergungsunternehmen stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis und sehen sich gezwungen, auf Plattformen zu erscheinen, um den heutigen flexiblen Märkten im Tourismusbereich Rechnung tragen zu können. Klein- und Kleinstunternehmen sind in unverhältnismässig hohem Ausmass möglichen unlauteren Praktiken von Plattformbetreibern ausgesetzt. Auch sie sollen vom Schutz der neuen Bestimmung erfasst sein.

5 Auswirkungen

An dieser Stelle werden die Auswirkungen des Verbots von Preisparitätsklauseln in kurzer Form dargestellt. Für eine detaillierte Beschreibung der ökonomischen Wirkungsmechanismen wird auf die von ECOPLAN erstellte Regulierungsfolgenabschätzung verwiesen.³⁶

Ein zentraler Aspekt in der Wirkungskette eines möglichen Verbots enger Preisparitätsklauseln ist, wie stark das Verbot zu einer verstärkten Preisdifferenzierung zwischen den verschiedenen Vertriebskanälen führt. Theoretisch sind die Anreize zur Preisdifferenzierung gestärkt: Das Verbot würde nicht nur die vertragskonforme Möglichkeit zur Preisdifferenzierung mit höheren Preisen auf Buchungsplattformen als im Online-Direktvertrieb schaffen, sondern auch die Differenzierung zwischen verschiedenen Buchungsplattformen fördern. Nichtsdestotrotz gibt es auch Faktoren, welche gegen einen starken Anstieg der Preisdifferenzierung sprechen. Es gibt Hinweise, dass eine nicht vernachlässigbare Zahl von Beherbergungsbetrieben sich bereits heute nicht oder nur teilweise an die engen Preisparitätsklauseln hält. Es ist plausibel anzunehmen, dass von diesen Betrieben ein geringerer zusätzlicher Differenzierungseffekt ausgehen wird. Es gäbe zudem eine wesentliche Zahl von Beherbergungsunternehmen, welche die Preise zwischen den verschiedenen Betriebskanälen grundsätzlich nicht differenzieren wollen. Diese freiwillige Form von Preisparität wird dadurch begründet, dass etwaige Preisunterschiede abschreckend auf potenzielle Kunden wirken und Kunden mit einer bereits bestehenden Buchung verärgern können. Hinzu kommt, dass die Pflege von unterschiedlichen Preisen auf den verschiedenen Buchungskanälen mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Die Erfahrungen mit den Auswirkungen von Verboten enger Preisparitätsklauseln im umliegenden Ausland unterstützen diese Argumentation.

³⁴ Thomas Probst, in: Peter Jung / Philippe Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. A., Bern 2016, Art. 8 UWG N 236; Helmut Heiss in: Reto Heizman/ Leander Loacker, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 8 UWG N 74.

³⁵ Siehe Verweise in FN 27.

³⁶ RFA ECOPLAN S. 25-32.

Die tatsächliche Nutzung des neu gewonnenen Preissetzungsspielraums durch die Beherbergungsbetriebe hängt unter anderem auch von der Reaktion der Online-Buchungsplattformen ab. Im Fokus stehen insbesondere direkte oder indirekte Reaktionen über den Ranking-Algorithmus. Dieser legt fest, ob und in welcher Reihenfolge Beherbergungsbetriebe in den Suchresultaten erscheinen und bestimmt damit die Sichtbarkeit eines Angebots auf der Plattform. Es gibt Evidenz dafür, dass die Nichteinhaltung der engen Preisparität zu einem schlechteren Ranking führen kann. Betriebswirtschaftlich ist es für die Online-Buchungsplattformen sinnvoll, Angebote mit einer hohen Buchungswahrscheinlichkeit in den Suchresultaten besser zu positionieren. Dieser Mechanismus hat jedoch den (Neben-)Effekt, dass die Positionierung indirekt auch vom Angebot im Direktvertrieb abhängt. Ist dieses attraktiver als jenes auf der Plattform, führt dies in der Regel zu weniger Buchungen über die Online-Buchungsplattform und damit zu einer schlechteren Platzierung des betreffenden Betriebs in den Suchergebnissen. Es ist somit davon auszugehen, dass die Ranking-Mechanismen der Online-Buchungsplattformen die Preissetzungsfreiheit der Beherbergungsunternehmen auch bei einem Verbot enger Preisparitätsklauseln erheblich einschränken würden.

Inwiefern werden durch attraktivere Angebote auf der Webseite eines Beherbergungsbetriebs vermehrt Buchungen über den Direktvertrieb anstelle über Online-Buchungsplattformen getätigt? Das Ausmass des Substitutionseffekts hängt wesentlich davon ab, ob der potenzielle Kunde überhaupt auf das günstigere Direktbuchungsangebot aufmerksam wird. Die Plattformen selbst sind auch aufgrund ihres guten Nutzererlebnisses beliebt. Bei Gästen aus fernen Ländern sind die Online-Buchungsplattformen mit ihrem standardisierten und vielsprachigen Angebot auch oft wesentlich im Vorteil. Dementsprechend fällt der Substitutionseffekt bei Betrieben mit vielen fremdsprachigen Gästen tendenziell geringer aus. Eine Vielzahl von Einflussfaktoren macht deutlich, dass günstigere Preise im Direktvertrieb nicht automatisch zu einer wesentlichen Verschiebung von Buchungen von Online-Buchungsplattformen zum Direktvertrieb führen. Ob eine Stärkung des Direktvertriebs durch ein Verbot von Preisparitätsklauseln erreicht werden kann, bleibt somit unklar.

5.1 Auswirkungen auf den Bund

5.1.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die unterbreitete Vorlage hat keine finanziellen und personellen Auswirkungen auf den Bund. Es handelt sich um eine zivilrechtliche Vorschrift, zu deren Durchsetzung in erster Linie die involvierten privaten Marktakteure aufgerufen sind.

5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Auswirkungen auf Gemeinden, Kantone, urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete hängen von den Auswirkungen des Verbots auf die betroffenen Akteure ab. Es werden keine wesentlichen Auswirkungen erwartet (siehe unten).

5.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die untenstehenden Ausführungen bezüglich der Auswirkungen auf die verschiedenen Marktteilnehmer geben die Schlussfolgerungen der von ECOPLAN erstellten Regulierungsfolgenabschätzung wieder.³⁷

Beherbergungsbetriebe

Es ist auch bei einer moderaten Intensivierung der Preisdifferenzierung nicht zu erwarten, dass sich Marktanteile in wesentlichem Ausmass von Online-Buchungsplattformen weg hin zum Online-Direktvertrieb verschieben werden. Dies bedeutet aber nicht, dass einzelne Beherbergungsunternehmen nicht vom gesetzlichen Verbot profitieren können. Sind gewisse Voraussetzungen erfüllt, ist bei einem gut positionierten Betrieb eine gewisse Verlagerung auf direkte Buchungskanäle möglich. Die Verschiebungen von Marktanteilen sind vermutlich zu gering, um eine genügend starke Wettbewerbsdynamik entstehen zu lassen, welche sich in tieferen Kommissionsraten niederschlagen würde. Dementsprechend ist auch nicht davon auszugehen, dass weitere Beherbergungsbetriebe indirekt über tiefere Kommissionen vom geplanten Verbot profitieren würden.

Buchungsplattformen

Die zu erwartenden Auswirkungen eines Verbots von Preisparitätsklauseln auf die Buchungsplattformen sind in vielen Aspekten spiegelbildlich zu den beschriebenen Effekten auf die Beherbergungsunternehmen. Durch das Verbot wird das Angebot auf den Buchungsplattformen vermehrt durch den Online-Direktvertrieb konkurrenziert. Die starke Wettbewerbsposition der Plattformen beruht nicht hauptsächlich auf der Existenz von Preisparitätsklauseln. Andere Faktoren wie Netzwerkeffekte, Nutzererlebnis und Marketingstrategie spielen vermutlich eine deutlich wichtigere Rolle. Vor diesem Hintergrund ist die durch das Verbot entstehende Dynamik wohl zu gering, um die heutige Wettbewerbsposition der Buchungsplattformen wesentlich zu gefährden. Möglich ist aber, dass das Verbot auf Seiten der Buchungsplattformen durch die leichte Stärkung des Direktvertriebs gewisse Einbussen beim Umsatz und Gewinn zur Folge hat.

³⁷ RFA ECOPLAN S. 33-35.

Endkunden

Konsumentinnen und Konsumenten sind potenziell in zweierlei Hinsicht von einem möglichen Verbot von Preisparitätsklauseln betroffen. Einerseits könnte sich das Verbot auf die Endkundenpreise auswirken. Es ist keine eindeutige Aussage möglich, ob und in welche Richtung sich die Preise durch ein Verbot verändern würden. Theoretische Überlegungen weisen auf einen geringen Effekt hin. Zu beachten sind zudem die Auswirkungen des vermutlich geringen Substitutionseffekts zwischen Online-Direktvertrieb und Buchungsplattformen. Dieser führt dazu, dass nur ein Teil der Endkunden von allfälligen Preissenkungen bei Direktbuchungen profitieren würde. Umgekehrt würden im Fall von Preiserhöhungen auf den Plattformen ein wesentlicher Teil der ursprünglichen Plattformnutzer auch tatsächlich höhere Preise bezahlen. Vor diesem Hintergrund fällt der zu erwartende Effekt auf Endkunden noch einmal geringer aus.

Andererseits könnte sich ein mögliches Verbot von Preisparitätsklauseln auf die Suchkosten auswirken. Durch die Verbotsregelung ist eine leicht verstärkte Preisdifferenzierung zu erwarten. Speziell für preissensitive Kunden bedeutet dies einen Zusatzaufwand bei der Suche nach dem attraktivsten Angebot. Der dadurch entstehende Wohlfahrtsverlust ist als relativ gering einzuschätzen, da sich die zusätzlichen Suchkosten durch die Nutzung von Meta-Suchmaschinen in relativ engen Grenzen halten lassen.

5.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Es sind keine Auswirkungen auf die Gesellschaft zu erwarten.

5.5 Auswirkungen auf die Umwelt

Es sind keine Auswirkungen auf die Umwelt zu erwarten.

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

Nach Artikel 96 Absatz 2 Buchstabe b BV³⁸ trifft der Bundesrat Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Gesetzgebungshoheit für das Zivilrecht liegt ebenfalls beim Bund (Art. 122 BV).

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der Themenbereich der Vorlage betrifft keine internationalen Verpflichtungen der Schweiz.

6.3 Erlassform

Nach Artikel 164 Absatz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Dies ist mit dieser Vorlage gewährleistet.

6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Die Vorlage untersteht nicht der Ausgabenbremse nach Artikel 159 Absatz 3 Buchstabe b BV, da sie weder Subventionsbestimmungen noch die Grundlage für die Schaffung eines Verpflichtungskredites oder Zahlungsrahmens enthält.

6.5 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der neue Artikel 8a VE-UWG delegiert keine Rechtsetzungsbefugnisse.

³⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101