

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 44-45/2017-9

29. September 2017

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der  
Vizepräsidentin  
Dr. Brigitte BIERLEIN

in Anwesenheit der Mitglieder

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. Nikolaus BACHLER

als Stimmführer, im Beisein des verfassungsrechtlichen Mitarbeiters

Mag. Matthias PICHLER

als Schriftführer,

über den Antrag der \*\*\*\*\* \*\*\*\*, \*\*\*\*\* \*\*\*, \*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*,  
\*\*\*\*\*, vertreten durch die Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte  
GmbH, Rosenbursenstraße 2, 1010 Wien, auf Aufhebung von § 1a Abs. 4, § 44  
Abs. 10 und Anlage 1 Z 32 UWG sowie § 7 zweiter und dritter Satz und § 17  
Abs 10 zweiter Satz PrAG in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß  
Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

Der Antrag wird abgewiesen.

## Entscheidungsgründe

### I. Antrag

Mit dem auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG gestützten Antrag begehrt die antrag- 1  
stellende Gesellschaft, der Verfassungsgerichtshof möge "§§ 1a Abs 4 und 44  
Abs 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG,  
jeweils BGBl Nr 448/1984 in der Fassung von BGBl I Nr 99/2016, Z 32 des An-  
hangs zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl  
Nr 448/1984 in der Fassung von BGBl I Nr 99/2016, sowie §§ 7 zweiter und  
dritter Satz und 17 Abs 10 zweiter Satz des Preisauszeichnungsgesetzes, jeweils  
BGBl Nr 146/1992 in der Fassung von BGBl I Nr 99/2016" als verfassungswidrig  
aufheben.

### II. Rechtslage

1. § 1a und § 44 sowie Anlage 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren 2  
Wettbewerb 1984 ("UWG"), BGBl. 448/1984, idF BGBl. I 99/2016, lauten (die  
angefochtenen Bestimmungen bzw. Wortfolgen sind hervorgehoben):

#### "Aggressive Geschäftspraktiken

§ 1a. (1) Eine Geschäftspraktik gilt als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Ent-  
scheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das  
Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung  
wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche  
Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

(2) Bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, ist auch auf

1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer,
2. die Verwendung von drohenden oder beleidigenden Formulierungen oder Verhaltensweisen,
3. die Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere durch den Unternehmer, welche das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Unternehmer bewusst ist, um die Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf das Produkt zu beeinflussen.
4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte – insbesondere am Recht, den Vertrag zu kündigen oder zu einem anderen Produkt oder einem anderen Unternehmen zu wechseln – zu hindern versucht und
5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen abzustellen.

(3) Jedenfalls als aggressiv gelten die im Anhang unter Z 24 bis 31 angeführten Geschäftspraktiken.

(4) Jedenfalls als aggressiv gilt auch die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik. Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig.

[...]

#### Inkrafttreten

§ 44. (1) Die §§ 2 Abs. 1 bis 6, 28a, 29 Abs. 2 und 43 Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 185/1999 treten mit 1. April 2000 in Kraft.

(2) § 14 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 185/1999 tritt mit 1. Jänner 2001 in Kraft.

(3) § 8 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 111/1999 tritt rückwirkend mit 1. Jänner 1996 mit der Maßgabe in Kraft, dass diesbezüglich § 4 bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 55/2000 keine Anwendung findet.

(4) § 32 Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 55/2000 tritt mit 1. September 2000 in Kraft.

(5) Die §§ 9a Abs. 2 Z 8, 29 Abs. 2, 30 Abs. 2, 31 Abs. 3, 33 Abs. 1 und 33f in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 136/2001 treten mit 1. Jänner 2002 in Kraft.

(6) § 14 Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 106/2006 tritt mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.

(7) Die §§ 1, 1a, 2, 2a, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 bis 3, 5, 6 Abs. 2, 8 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2, 18, 21, 27 Abs. 5, 28a, 31 Abs. 4, 33a Abs. 3, 45 und der Anhang in der Fassung

des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 79/2007 treten mit 12. Dezember 2007 in Kraft. Die §§ 4 Abs. 4, 6a und 19 Abs. 2 treten mit 12. Dezember 2007 außer Kraft.

(8) § 9a samt seiner Überschrift in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 13/2013 tritt mit dem der Kundmachung folgenden Tag außer Kraft. § 14 Abs. 1, § 18, § 21 Abs. 1 sowie Z 6 des Anhangs in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 13/2013 treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.

(9) § 30 samt Überschrift tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung im Bundesgesetzblatt, frühestens jedoch mit Ablauf des 30. Mai 2015 außer Kraft.

(10) § 1a Abs. 4 und Z 32 des Anhangs in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 99/2016 treten mit dem Ablauf eines Monats nach der Kundmachung in Kraft und sind auch auf Verträge anzuwenden, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden.

[...]

Anhang

Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten

Irreführende Geschäftspraktiken

[...]

Aggressive Geschäftspraktiken

24. Das Erwecken des Eindrucks, der Umworbene könne die Räumlichkeiten ohne Vertragsabschluss nicht verlassen.

25. Die Nichtbeachtung der Aufforderung des Verbrauchers bei persönlichen Besuchen in dessen Wohnung, diese zu verlassen bzw. nicht zurückzukehren, außer in Fällen und in den Grenzen, in denen dies gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen.

26. Die Anwerbung von Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien, außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten gesetzlich gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Dies gilt unbeschadet des Artikels 10 der Richtlinie 97/7/EG sowie der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG.

27. Die Aufforderung eines Verbrauchers, der eine Versicherungspolize in Anspruch nehmen möchte, Dokumente vorzulegen, die vernünftigerweise als für die Gültigkeit des Anspruchs nicht relevant anzusehen sind, oder systematisches Nichtbeantworten einschlägiger Schreiben, um so den Verbraucher von der Ausübung seiner vertraglichen Rechte abzuhalten.

28. Die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen.

29. Die Aufforderung des Verbrauchers zur sofortigen oder späteren Zahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten, die der Gewerbetreibende ohne Veranlassung des Verbrauchers geliefert hat (unbestellte Waren und Dienstleistungen).

30. Der ausdrückliche Hinweis gegenüber dem Verbraucher, dass Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sind, falls der Verbraucher das Produkt oder die Dienstleistung nicht erwirbt.

31. Das Erwecken des unrichtigen Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis oder einen sonstigen Vorteil gewinnen, obwohl

a) es in Wirklichkeit keinen Preis oder sonstigen Vorteil gibt, oder

b) die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen zur Inanspruchnahme des Preises oder eines sonstigen Vorteils vorzunehmen, von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten durch den Verbraucher abhängig gemacht wird.

32. 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."

2. § 7 und § 17 des Bundesgesetzes über die Auszeichnung von Preisen (Preisauszeichnungsgesetz – PrAG), BGBl. 146/1992, idF BGBl. I 99/2016, lauten (die angefochtenen Wortfolgen sind hervorgehoben):

3

"§ 7. Werden Preise für der Beherbergung dienende Unterkünfte angegeben, so gilt für diese § 13 Abs. 1. 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. Weiters sind die Standardzimmerpreiskategorien im Eingangsbereich einsehbar zur Verfügung zu stellen.

[...]

#### Inkrafttreten

§ 17. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit dem ersten Tag des dritten Monats in Kraft, der auf seine Kundmachung folgt.

(2) Verordnungen auf Grund dieses Bundesgesetzes können bereits von dem seiner Kundmachung folgenden Tag an erlassen werden. Diese Verordnungen dürfen frühestens mit dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.

(3) § 9 Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 125/1998 tritt mit 1. Jänner 1999 in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2001 außer Kraft.

(4) § 9 Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 146/1992 tritt mit 1. Jänner 2002 wieder in Kraft.

(5) § 1, § 10 Abs. 1 erster Satz, § 10 Abs. 2, §§ 10a bis 10c, § 14 und § 19 Abs. 3 und 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 55/2000 treten mit 1. September 2000 in Kraft.

(6) § 15 Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 55/2000 tritt mit 1. Jänner 2002 in Kraft.

(7) Bis 28. Februar 2002 gilt § 10b Abs. 3 Z 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 55/2000 mit der Maßgabe, dass die Betriebsstätte über eine Verkaufsfläche von maximal 400 m<sup>2</sup> verfügt.

(8) Verordnungen auf Grund des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 55/2000 können bereits ab dem auf die Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag erlassen werden, dürfen aber frühestens mit 1. September 2000 in Kraft gesetzt werden.

(9) § 9 Abs. 5 und § 13 Abs. 1 zweiter Satz in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2011 treten mit dem Ablauf des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes in Kraft.

(10) § 7 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 99/2016 tritt mit Ablauf eines Monats nach der Kundmachung in Kraft. § 7 zweiter und dritter Satz sind auch auf Verträge anzuwenden, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden. Gleichzeitig tritt § 8 außer Kraft."

### III. Sachverhalt, Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Dem Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 4

Die antragstellende Gesellschaft betreibt über ihre Website [www.booking.com](http://www.booking.com) ein Online-Unterkunftsreservierungsservice. Im Falle einer Buchung über diese Online-Plattform kommt ein Vermittlungsvertrag zwischen der antragstellenden Gesellschaft und dem Hotelgast zustande, wobei dem Hotelgast für die Vermittlungsleistung kein Entgelt in Rechnung gestellt wird. Dieser zahlt vielmehr ausschließlich den Zimmerpreis, und zwar direkt an das gebuchte Beherbergungsunternehmen. Gleichzeitig bestehen zwischen der antragstellenden Gesellschaft und den Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden Verträge über die Aufnahme in das Reservierungssystem der antragstellenden Gesellschaft. Diese Verträge sehen vor, dass das Beherbergungsunternehmen bzw. der 5

Gastgewerbetreibende für jede realisierte Buchung eine Provision – in der Höhe eines Prozentsatzes vom Preis der gebuchten Unterkunft – an die antragstellende Gesellschaft zu zahlen hat.

In den Verträgen zwischen der antragstellenden Gesellschaft und österreichischen Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden waren bis Ende des Jahres 2016 sogenannte "vertikale Paritätsklauseln" enthalten. Diese verpflichteten die Beherbergungsunternehmen, auf der Webseite der antragstellenden Gesellschaft denselben (oder einen niedrigeren) Preis für die betreffende Unterkunft anzubieten wie jene, den das Beherbergungsunternehmen auf eigenen Online-Vertriebskanälen (ausgenommen Treueprogramme) anbietet.

6

2. Die antragstellende Gesellschaft legt ihre Antragslegitimation sowie die Bedenken, die sie zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof veranlasst haben, wie folgt dar (ohne die Hervorhebungen im Original):

7

"1. Sachverhalt und angefochtene Regelungen

[...]

1.2.1 Durch das Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG und das Preisauszeichnungsgesetz geändert werden (BGBl I Nr 99/2016), wurde die 'Schwarze Liste' im Anhang des UWG um die Ziffer 32 ergänzt sowie eine damit einhergehende Einfügung eines neuen § 1a Abs 4 UWG und ferner eine Änderung des § 7 PrAG durchgeführt. Die genannten Bestimmungen wurden am 30.11.2016 im BGBl I Nr 99/2016 kundgemacht und sind mit Ablauf eines Monats nach der Kundmachung, somit am 31.12.2016, in Kraft getreten.

1.2.2 § 1a Abs 4 iVm Z 32 des Anhangs zum UWG stuft seither Folgendes als jedenfalls unlautere Geschäftspraktik ein: 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. Der zweite und dritte Satz des § 7 PrAG regelt, dass die Preise vom Gastgewerbetreibenden frei festgelegt werden und nicht durch Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln durch Buchungsplattformbetreiber eingeschränkt werden dürfen; derartige Klauseln in Verträgen zwischen Gastgewerbetreibenden und Buchungsplattformbetreibern sind absolut nichtig.

Der österreichische Gesetzgeber hat somit die Verwendung aller Arten an Paritätsklauseln – auch die Verwendung der von Seiten der Wettbewerbsbehörden nicht weiter beanstandeten vertikalen Paritätsklauseln – untersagt.

[...]

## 2. Ausführungen zur Antragslegitimation

### 2.1 Unmittelbare, rechtliche und aktuelle Betroffenheit

2.1.1 Die Antragstellerin wird durch die angefochtenen Bestimmungen in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt und ist hiervon aus folgenden Gründen unmittelbar, rechtlich und aktuell betroffen:

2.1.2 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) ist *'[...] nur ein Rechtsträger [antragsberechtigt], an oder gegen den sich die angefochtene Norm wendet.'* (VfSlg 19.389/2011 mwN).

Im gegenständlichen Fall betreffen die angefochtenen Regelungen das vertragliche Verhältnis zwischen 'Betreibern einer Buchungsplattform' (Z 32 des Anhangs zum UWG) bzw 'Buchungsplattformbetreibern' (§ 7 PrAG) und 'Beherbergungsunternehmen' (Z 32 des Anhangs zum UWG) bzw 'Gastgewerbetreibenden' (§ 7 PrAG). Die Antragstellerin ist als geradezu idealtypischer Buchungsplattformbetreiber, der Verträge mit Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden unter anderem in Österreich schließt, Adressat der angefochtenen Regelungen (wie dies auch die explizite Nennung von Booking.com in den Erläuterungen zu Z 32 des Anhangs zum UWG [1251 der Beilagen XXV. GP – Regierungsvorlage, S 3] indiziert).

Ausgehend davon wird es der Antragstellerin unmittelbar durch § 1a Abs 4 UWG iVm Z 32 des Anhangs zum UWG und § 7 PrAG, jeweils in der Fassung BGBl I Nr 99/2016, untersagt, Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln in ihren Verträgen mit Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden anzuwenden, widrigenfalls diese Klauseln absolut nichtig sind und Unterlassungs- sowie Schadenersatzansprüche auf Basis des UWG drohen.

2.1.3 Die Antragstellerin verwendet grundsätzlich für ihre Vertragsverhältnisse mit Beherbergungspartnern EU-weit und in der Schweiz einheitliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, hat jedoch vorsichtshalber per 31.12.2016 die vertikalen Paritätsklauseln aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche ihren Vertragsverhältnissen mit Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden in Österreich zugrunde liegen, entfernt. Der österreichische Gesetzgeber ist nämlich der Ansicht, dass die angefochtenen Bestimmungen gleichermaßen auf inländische Plattformbetreiber und ausländische Plattformbetreiber (wie Booking.com) anwendbar sind. Dies wird in den Gesetzesmaterialien (1251 der Beilagen XXV. GP – Regierungsvorlage) ua damit begründet, dass Gegenstand der angefochtenen Regelungen nicht *'ein Dienst der Informationsgesellschaft, sondern eine zivilrechtliche Klausel, die dem Vertragspartner eine freie Preisbildung bzw attraktivere Angebote auf anderen Vertriebskanälen untersagt'*, sei (S 2 Erläuterungen) und der Regelungsinhalt vielmehr den Wettbewerb abseits der Plattformdienstleistung betreffe (S 2 Vorblatt und WFA). Mit diesen Hinweisen



will der Gesetzgeber offenbar untermauern, dass die angefochtenen Regelungen nicht in den Anwendungsbereich der folgenden Rechtsakte fallen:

– der Richtlinie (EU) 2015/1535 vom 09.09.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl L 2015/241, 1 (deren Vorgängerregelungen in Österreich durch das Notifikationsgesetz 1999, BGBl I Nr 183/1999, umgesetzt wurden), und

– der Richtlinie 2000/31/EG vom 08.06.2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl L 2000/178, 1 (die in Österreich durch das E-Commerce-Gesetz, StF: BGBl I Nr 152/2001, umgesetzt wurde).

Beide vorgenannten Rechtsakte dienen der näheren Ausgestaltung der Grundfreiheiten des EU-Binnenmarkts (ua des freien Verkehrs von Dienstleistungen iSd Art 56 AEUV). Zu diesem Zweck statuiert die Richtlinie 2000/31/EG das Herkunftsland-Prinzip für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und enthält die Richtlinie (EU) 2015/1535 ein von den Mitgliedstaaten bei Erlass von bestimmten Vorschriften einzuhaltendes Verfahren, nach dem die Europäische Kommission von den betreffenden nationalen Regelungen vor ihrem Inkrafttreten unterrichtet werden muss (widrigenfalls nationale Gerichte ihre Anwendung ablehnen müssen, so EuGH Rs C-194/94).

Laut den Gesetzesmaterialien (1251 der Beilagen XXV. GP – Regierungsvorlage) liegen die angefochtenen Regelungen überdies außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, ABl L 2005/149, 22; dies obwohl sie – richtigerweise – nicht ausschließlich im Sinne der Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden, sondern auch im Sinne der Konsumenten liegen (vgl dazu die Aussagen einzelner Abgeordneter in der Parlamentskorrespondenz Nr 1184 vom 09.11.2016 und Nr 1247 vom 17.11.2016).

2.1.4 So man mit dem österreichischen Gesetzgeber davon ausgehen will, dass den angefochtenen Regelungen EU-Recht nicht entgegensteht und nationale Gerichte sie auch auf einen niederländischen Plattformbetreiber wie Booking.com anzuwenden hätten, ist die Antragstellerin von den angefochtenen Regelungen iSd Art 140 B-VG in ihren Rechten verletzt und der gegenständliche Antrag zulässig.

## 2.2 Unzumutbarkeit des Umwegs

2.2.1 Nach der Rechtsprechung des VfGH ist es einem Normunterworfenen insbesondere unzumutbar, eine verbotene Handlung zu setzen, um ein darauffolgendes Verfahren zu provozieren, um im Rahmen dessen sich mit der Behauptung zur Wehr setzen zu können, dass die Verbotsnorm verfassungswidrig sei. Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch für wettbewerbsrechtliche Verfahren: *'[...] insbesondere kann der Normunterworfenene nicht auf einen Wettbewerbsprozeß verwiesen werden, den er nur provozieren kann, indem er sich in einer gesetzlich*

*verpönten Weise verhält'* (VfSlg 13.725/1994, vgl auch VfSlg 12.379/1990, vgl ferner *Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2016) Rz 1091).

2.2.2 Vor diesem Hintergrund besteht kein zumutbarer anderer Weg, die unten (Punkt 3.) näher ausgeführten Bedenken gegen die angefochtenen Regelungen an den VfGH heranzutragen als durch einen Individualantrag. Eine Unterlassungs- und/oder Schadenersatzklage durch einen Verstoß gegen die angefochtenen Regelungen zu provozieren, wäre ein unzumutbarer Umweg.

2.2.3 Ferner würde auch eine zivilrechtliche Klage seitens der Antragstellerin gegen ein Beherbergungsunternehmen bzw einen Gastgewerbetreibenden, das bzw der die vertikale Paritätsklausel nicht umsetzt, keine Alternative darstellen, um die Bedenken an den VfGH heranzutragen, da in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Booking.com (Pkt 10.5) ein niederländischer Gerichtsstand vorgesehen ist (abgesehen davon, dass die Antragstellerin zu diesem Zweck die vertikale Paritätsklausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen belassen hätte müssen, womit sie wiederum UWG-Klagen gegen sich provoziert hätte). Der vorliegende Individualantrag ist daher auch insofern zulässig.

### 3. Darlegung der Bedenken

Die angefochtenen Regelungen verstoßen aus den im Folgenden dargelegten Gründen gegen die Grundrechte auf Unversehrtheit des Eigentums (Art 5 Staatsgrundgesetz [StGG], Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention [ZP-EMRK], Art 17 Charta der Grundrechte der Europäischen Union [GRC]) und auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art 6 StGG, Art 16 GRC) sowie gegen den Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG, Art 14 EMRK, Art 20, 21 GRC).

#### 3.1 Recht auf Eigentum (Art 5 StGG, Art 1 des 1. ZP-EMRK, Art 17 GCR)

3.1.1 Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums kommt nicht nur Inländern, sondern auch Ausländern sowie in- und ausländischen juristischen Personen zu (*Mayer/Muzak*, Kurzkommentar B-VG<sup>5</sup> (2015) Art 5 StGG I; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 1477). Die Antragstellerin ist somit vom personellen Geltungsbereich des Rechts auf Eigentum erfasst.

3.1.2 Gegenstand des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes sind nach der Rechtsprechung des VfGH alle vermögenswerten Privatrechte (*Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2016) Rz 1543). Nach der neueren Rechtsprechung schützt die verfassungsgesetzliche Eigentumsgarantie die Privatautonomie schlechthin, insbesondere das Recht auf Abschluss privatrechtlicher Verträge (*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 868 mwN). Eine gesetzliche Maßnahme, die einen privatrechtlichen Vertrag unmittelbar verändert, greift in das Eigentumsrecht beider Vertragsteile ein (VfSlg 17.071/2003). Ebenso greift ein Gesetz, das den Abschluss bestimmter Verträge verhindert (VfSlg 12.100) oder

zum Abschluss bestimmter Verträge zwingt (VfSlg 12.227), in das Eigentumsrecht der Vertragspartner ein (*Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*<sup>11</sup> (2016) Rz 868).

Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind nur unter den für Eigentumsbeschränkungen geltenden Bedingungen zulässig (VfSlg 12.227/1989): Der in diesem Zusammenhang relevante Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass der vom Staat mit dem Eingriff verfolgte Zweck legitim ist, das vom Staat eingesetzte Mittel geeignet ist, der Einsatz des Mittels zur Erreichung des Zwecks notwendig bzw. erforderlich ist und insgesamt ein angemessenes (adäquates) Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung gewahrt bleibt. Das Kriterium der Verhältnismäßigkeit bedeutet bei Eigentumsbeschränkungen, dass bei Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und dem Interesse an der Vermeidung des Eigentumseingriffes das öffentliche Interesse überwiegen muss; ferner darf der zur Verwirklichung einer im überwiegenden öffentlichen Interesse getroffenen Regelung vorgenommene Eigentumseingriff nicht weiter gehen, als dies zur Erreichung des Regelungszieles notwendig ist (*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht*<sup>10</sup> (2007) Rz 1486 mwN). Konkret darf der Eingriff auch nicht einseitig zum Nachteil einer Partei des Vertragsverhältnisses erfolgen (VfSlg 17.817/2006).

3.1.3 Im gegenständlichen Fall wird durch die angefochtenen Regelungen die Privatautonomie bzw die Vertragsfreiheit für (auch schon bestehende) Vereinbarungen von Buchungsplattformbetreibern mit Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden eingeschränkt und somit in das Eigentumsrecht der Betreiber der Buchungsplattformen – also auch in das Eigentumsrecht von Booking.com – eingegriffen. Dieser Eingriff erfolgt überdies nach dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers im Interesse der Beherbergungsunternehmen und somit einseitig zum Nachteil einer Partei des Vertragsverhältnisses, nämlich der Betreiber einer Buchungsplattform: diese können mangels Paritätsklauseln ihre Investitionen nicht mehr vor Trittbrettfahrern schützen und den Nutzern keine effiziente Preisvergleichsmöglichkeit mehr anbieten.

3.1.4 Aus folgenden Gründen genügt der gegenständliche Eingriff in das Eigentumsrecht der Antragstellerin nicht dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit:

a. Kein legitimer Zweck / kein öffentliches Interesse

Laut den Erläuterungen (S 1) ist das Ziel von Z 32 des Anhangs zum UWG '*fairer Wettbewerb für Unternehmen, insbesondere KMU*'. Weiters wird in den Erläuterungen zu Z 32 des Anhangs zum UWG (S 3) Folgendes ausgeführt: '*Entsprechend ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs hat ein zu prüfender Grundrechtseingriff bzw. ein Eingriff in die Privatautonomie verhältnismäßig zu sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass das Ziel der Grundrechtsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegen muss. Es liegt im öffentlichen Interesse, wenn ein Beherbergungsunternehmen aus verschiedenen Gründen (finanzieller Art bzw. mangelnde Auslastung des Betriebs) entsprechend den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage seine Preise entsprechend auf seiner*

*Webseite gegenüber den Preisen auf der Buchungsplattform absenken kann und damit der faire Wettbewerb sichergestellt werden kann.'*

Das Ziel des § 7 PrAG wird in den Erläuterungen (S 3) ähnlich definiert: *'Ziel der Maßnahme ist allein die Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs für Unternehmen, insbesondere KMU.'*

Das in den Gesetzesmaterialien vordergründig postulierte Ziel des Gesetzgebers, nämlich die Sicherstellung des fairen Wettbewerbs für Unternehmen, insbesondere KMU, mag zwar grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegen. Allerdings ist bei näherer Betrachtung die eigentliche Intention des Gesetzgebers der Schutz von Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden, die finanzielle Probleme haben oder unter mangelnder Auslastung leiden und daher vor dem Wettbewerb geschützt werden sollen, den Buchungsplattformen im Sinne der Konsumenten mit sich bringen. Dies stellt jedoch kein im öffentlichen Interesse stehendes und damit legitimes Ziel dar. Nach der Rechtsprechung des VfGH liegt ein bloßer Konkurrenzschutz für sich allein nicht im öffentlichen Interesse (ua VfSlg 15.700/2000 zum Schutz bestehender Schischulen).

In den Plenarsitzungen des Nationalrats im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens, das zum Erlass der angefochtenen Regelungen geführt hat, wurde unter anderem festgehalten, *'dass ebenso KonsumentInnen von diesem Wegfall der Klausel profitieren würden'* (s Parlamentskorrespondenz Nr 1184 vom 09.11.2016). Bei der Förderung von Konsumenteninteressen – so man diese als weiteren Zweck der angefochtenen Regelungen unterstellen wollte – ist zwar nicht *per se* auszuschließen, dass sie im öffentlichen Interesse liegt (vgl zB VfSlg 19.639/2012); eine allenfalls (mit-)intendierte Förderung von Konsumenteninteressen kann aber aus den im Folgenden dargelegten Gründen dennoch den Eingriff ins Eigentumsrecht im gegenständlichen Fall nicht rechtfertigen.

#### b. Kein geeignetes und erforderliches Mittel

Das vom Gesetzgeber angewendete Mittel ist nur dann geeignet, wenn es zur Verfolgung des angestrebten (im öffentlichen Interesse liegenden) Ziels tauglich ist. Erforderlichkeit des angewendeten Mittels liegt dann vor, wenn unter allen geeigneten Mitteln das vom Gesetzgeber gewählte Mittel das 'mildeste' ist, dh jenes, das die Grundrechtsposition so wenig wie möglich einschränkt (*Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*<sup>11</sup> (2016) Rz 890 f). Der VfGH hält ein Gesetz dann für verfassungswidrig, wenn das eingesetzte Mittel keinesfalls geeignet ist oder es eindeutig 'mildere' Mittel gibt, die das Grundrecht weniger einschränken (*Berka, Verfassungsrecht*<sup>6</sup> (2016) Rz 1561).

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die angefochtenen Regeln einen legitimen Zweck verfolgen, sind sie jedoch weder geeignet noch erforderlich, um das vom Gesetzgeber postulierte Ziel der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs für Unternehmen, insbesondere KMU, zu erreichen, im Gegenteil:

– Vertikale Paritätsklauseln verhindern nicht, sondern steigern vielmehr den leistungsgerechten Wettbewerb zwischen den Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden, indem sie schnelle und eindeutige Preis- und Qualitätsvergleiche zwischen Unterkunftsoptionen auf Buchungsplattformen ermöglichen – derartige Transparenz ist auch nicht als 'unfairer' Wettbewerb einzustufen. Ohne vertikale Paritätsklauseln sind aber solche Vergleiche kaum mehr möglich, da man mit viel Aufwand auf den einzelnen Webseiten von Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden nach den besten Preisen (für vergleichbare Leistungen) suchen muss, wenn Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden nicht mehr vertraglich verpflichtet sind, die auf ihren eigenen Websites angebotenen günstigeren Preise auch auf der Buchungsplattform anzubieten.

– Vertikale Paritätsklauseln dienen dem Schutz der Interessen der kleinen bis mittelgroßen Hotels, da sie eine höhere Belegungsrate für kleine bis mittelgroße Hotels und sonstige Unterkünfte in Familienbesitz mit sich bringen: Buchungsplattformen stellen hinsichtlich der Online-Werbung ein effektives Instrument für solche Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibende dar. Diese haben in der Regel keine andere praktische Möglichkeit, Online-Kunden und insbesondere ausländische Kunden zu erreichen, zumal sie teilweise gar keine Webseite oder keine mehrsprachige Webseite haben. Buchungsplattformen ermöglichen diesen Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden, ihre Belegungsrate zu erhöhen (in einer 2014 durchgeführten Umfrage bestätigten 85% der befragten Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden in Österreich, dass aufgrund der Buchungsplattformen ihre Belegungsrate gestiegen ist).

– Durch das Verbot auch vertikaler Paritätsklauseln werden kleine bis mittelgroße Hotels und sonstige Unterkünfte in Familienbesitz im Wettbewerb benachteiligt, da sich primär die großen Hotelketten, die aufgrund ihrer Ressourcen ihre Marken online bewerben und eigene Webseiten in mehreren Sprachen (samt eigener Buchungsfunktion) unterhalten, als Trittbrettfahrer die Investitionen der Buchungsplattformen zunutze machen können (s. schon oben, Punkt 1.1.3). Kleine bis mittelgroße Hotels und Beherbergungsunternehmen in Familienbesitz, die die Mehrheit der Beherbergungsunternehmen in Österreich ausmachen, werden nicht davon profitieren, da sie keine eigenen (insbesondere keine mehrsprachigen) Websites unterhalten und insofern im Internet unsichtbar sind. Diese kleinen bis mittelgroßen Hotels werden vielmehr weiterhin die Kosten für Werbung/Marketing im Wege der Buchungsplattform (in Form der an letztere im Fall einer Buchung zu bezahlenden Provision) tragen, während ihre größeren Konkurrenten mit eigener Website samt Buchungsfunktion diese Werbung als Trittbrettfahrer kostenlos erhalten. Das aufgrund der angefochtenen Regeln von den Buchungsplattformen nicht mehr kontrollierbare Trittbrettfahrerproblem wird die Investitionen der Plattformen in Qualität zurückgehen lassen und/oder zur Erhöhung der Provisionen führen, die Buchungsplattformen den Beherbergungsunternehmen im Fall einer Buchung über die Plattform in Rechnung stellen. Diese höheren Provisionen werden wiederum diejenigen kleinen und mittelgroßen Hotels zu tragen haben, die keine eigenen Websites unterhalten.

Das vom Gesetzgeber postulierte Ziel der 'Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs für Unternehmen, insbesondere KMU' kann daher mit den angefochtenen Regelungen objektiv nicht erreicht werden.

Ebenso wenig sind die angefochtenen Regelungen geeignet, Konsumenten einen Nutzen zu verschaffen, im Gegenteil: Die gänzliche Abschaffung der Paritätsklauseln beeinträchtigt die mit Buchungsplattformen verbundenen Suchvorteile der Konsumenten und erhöht ihre Suchkosten wesentlich. Das Verbot aller Paritätsklauseln ist daher auch kein geeignetes Mittel zum Schutz von Konsumenteninteressen. Vertikale Paritätsklauseln dienen vielmehr aus folgenden Gründen den Konsumenteninteressen:

– Suchvorteile für die Konsumenten: Die Konsumenten profitieren von Buchungsplattformen, da sie den Preis und die Qualität zahlreicher Hotels und sonstiger Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden sehr rasch vergleichen können (auch im Hinblick auf Zimmerkategorien, im Preis inkludierte Leistungen etc). Ohne Paritätsklauseln müssen Konsumenten auf den einzelnen Webseiten von Hotels und sonstigen Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden nach den besten Preisen (für vergleichbare Leistungen) suchen. Das nimmt viel mehr Zeit und Mühe in Anspruch und reduziert die tatsächlich für die Konsumenten verfügbare Auswahlmöglichkeit an Hotels und sonstigen Unterkünften.

– Preisvorteile für die Konsumenten: Buchungsplattformen ermöglichen den Konsumenten, jene Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden zu finden, welche ein gutes Preis-Leistungsverhältnis bieten. Das gibt den Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden den Anreiz, ihre Preise zu reduzieren. Durch den gänzlichen Wegfall von Paritätsklauseln reduziert sich die Preistransparenz entgegen dem Konsumenteninteresse und Preisvergleiche werden für Konsumenten schwieriger. Das Verbot aller Paritätsklauseln kann somit auch höhere Preise für Unterkünfte hervorrufen.

Die BWB hat zu vertikalen Paritätsklauseln treffend festgehalten: *'Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs um den Hotelkunden wird gewährleistet – und zwar ohne den Kundennutzen von Hotelbuchungsplattformen zu beeinträchtigen.'* (Bundeswettbewerbsbehörde Tätigkeitsbericht 2015, S 41).

Die angefochtenen Regelungen sind vor diesem Hintergrund zur Erreichung der intendierten Ziele nicht geeignet, aber auch nicht erforderlich: Die Ausnahme vertikaler Paritätsklauseln vom durch die angefochtenen Regelungen statuierten Verbot wäre ein gelinderes Mittel zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele. Daher stellen die angefochtenen Regelungen auch jedenfalls nicht jenes (geeignete) Mittel dar, das die Grundrechtsposition so wenig wie möglich einschränkt (*Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*<sup>11</sup> (2016) Rz 716).

c. Kein angemessenes (adäquates) Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung

Die Einschränkung der Privatautonomie durch das Verbot aller Paritätsklauseln ist auch unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Vertikale Paritätsklauseln halten das Beherbergungsunternehmen bzw den Gastgewerbetreibenden dazu an, dem Buchungsplattformbetreiber den selben oder einen besseren Preis anzubieten, als denjenigen, den das Beherbergungsunternehmen bzw der Gastgewerbetreibende auf eigenen Online-Vertriebskanälen angeboten hat. Vertikale Paritätsklauseln führen einerseits zur Erreichung signifikanter Vorteile für Konsumenten sowie für Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibende, hindern aber andererseits Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibende nicht daran, ihre eigenen Preise auf anderen Vertriebskanälen völlig frei zu setzen. Das bedeutet, dass die Ausnahme vertikaler Paritätsklauseln vom durch die angefochtenen Regelungen statuierten Verbot ein geeignetes und gelinderes Mittel zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele wäre.

Auch aus kartellbehördlicher Sicht ist das Verbot auch von vertikalen Paritätsklauseln zur Erreichung des Ziels der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs unverhältnismäßig: 27 nationale Wettbewerbsbehörden in ganz Europa, inklusive der BWB, haben sich entschieden, nicht gegen vertikale Paritätsklauseln vorzugehen. Von diesen Wettbewerbsbehörden haben mehrere ihre Untersuchungen nach eingehenden Überprüfungen abgeschlossen bzw eingestellt und festgestellt, dass vertikale Paritätsklauseln zur Erreichung signifikanter Vorteile für Konsumenten, Hotels und sonstige Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibende unverzichtbar sind und keine wesentliche negative Auswirkung auf den Wettbewerb haben.

Nicht zuletzt steht es den Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden ohnehin völlig frei, ob sie überhaupt einen Vertrag mit dem Betreiber einer Buchungsplattform abschließen.

3.1.5 Vor diesem Hintergrund ist das Verbot von Paritätsklauseln für Buchungsplattformen jedenfalls nicht verhältnismäßig, da es nicht geeignet und nicht erforderlich ist, um das Ziel der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs zu erreichen, und überdies den Interessen der Konsumenten sowie der kleinen bis mittelgroßen Hotels und sonstigen Unterkünften in Familienbesitz widerspricht. Gleichzeitig wiegt der Eingriff in die Privatautonomie für Buchungsplattformbetreiber wie die Antragstellerin besonders schwer, zumal sie durch die angefochtenen Regelungen ihre Preisvergleichsleistungen an die Konsumenten nicht mehr effizient erbringen können und nicht mehr in der Lage sind, ihre Investitionen vor Trittbrettfahrern zu schützen (siehe schon oben, Punkt 1.1.3). Es besteht daher kein angemessenes (adäquates) Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung.

3.2 Grundrecht der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, Art 16 GRC)

3.2.1 Art 6 Abs 1 StGG garantiert jeder inländischen bzw einem anderen EU-Staat zuzuordnenden – natürlichen oder juristischen – Person das Recht auf freie Erwerbstätigkeit (VfSlg 19.077, 19.515, 19.803; *Mayer/Muzak*, Kurzkommentar B-VG<sup>5</sup> (2015) Art 6 StGG I). Die Antragstellerin ist somit vom personellen Geltungsbereich des Rechts auf Erwerbsfreiheit erfasst.

3.2.2 Art 6 StGG enthält einen nicht näher determinierten (formellen) Gesetzesvorbehalt. In seiner jüngeren Judikatur hat der VfGH eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen (*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 1498). Gesetzliche Beschränkungen der Erwerbsfreiheit sind demnach nur zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet und adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind (*Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2016) Rz 1560 mwN). Während Antrittsbeschränkungen den Zugang zu einem Beruf überhaupt behindern (zB Konzessionspflicht), sind Ausübungsregeln nur auf die Rahmenbedingungen der Berufsausübung gerichtet (zB Preisregelungen, Werbeverbote); auch Ausübungsregeln können aber 'erhebliches Gewicht' haben und müssen diesfalls durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt sein (*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 1496ff).

#### a. Kein legitimer Zweck / kein öffentliches Interesse

Im Hinblick auf Erwerbsausübungsbeschränkungen wurde ein öffentliches Interesse am Konsumentenschutz bejaht, dh solche Beschränkungen können aus Gründen des Konsumentenschutzes zulässig sein (vgl zB VfSlg 11.853/1988, VfSlg 16.222/2001). Das Ziel des Schutzes klein- und mittelständischer Unternehmen sowie der Schutz der Nahversorgung können ebenfalls gewisse wettbewerbsrechtliche Beschränkungen rechtfertigen.

Wie schon oben, Punkt 3.1.4 a, ausgeführt, liegt aber ein nur auf den Schutz vor Konkurrenz zielender Eingriff in die Erwerbsfreiheit, wie er bei den angefochtenen Regelungen vorliegt, niemals im öffentlichen Interesse (vgl zB VfSlg 16.538/2002, VfSlg 19.814/2013). Mit der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Erwerbsfreiheit ist nach der Rechtsprechung 'freier Wettbewerb und damit Konkurrenzkampf' verbunden. Die Einschätzung der Marktchancen und Ertragsaussichten obliegt dem Grundrechtsträger und darf nicht vom Gesetzgeber vorgenommen werden (*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 1495).

Selbst wenn man aber zum Schluss käme, dass das durch die angefochtenen Regelungen verfolgte Ziel im öffentlichen Interesse liegt, ist die Verhältnismäßigkeit aus den im Folgenden dargelegten Gründen zu verneinen.

#### b. Kein geeignetes und erforderliches Mittel

Das Verbot aller Paritätsklauseln ist keinesfalls tauglich zur Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs und ebenso wenig zur Förderung von Konsumenteninteressen. Aus den Gründen, die schon unter Punkt 3.1.4 b näher dargelegt wurden,



sind die angefochtenen Regelungen nicht geeignet, fairen Wettbewerb für Unternehmen, insbesondere KMU, sicherzustellen. Sie beeinträchtigen vielmehr die Wettbewerbsfähigkeit von kleinen bis mittelgroßen Beherbergungsunternehmen gegenüber großen Hotelketten, beeinträchtigen aber auch die Wettbewerbsfähigkeit der Betreiber von Buchungsplattformen, vor allem auch gegenüber sonstigen (Reise-)Vermittlungsagenturen (s dazu näher auch unten, Punkt 3.3).

Wie bereits oben (Punkt 3.1.4) näher ausgeführt, ist überdies das Verbot aller Paritätsklauseln kein erforderliches Mittel, da es unter allen (geeigneten) Mitteln nicht das 'mildeste' ist.

c. Kein angemessenes (adäquates) Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung

Bei der Beurteilung der Angemessenheit einer beschränkenden Maßnahme ist auch zu prüfen, ob Alternativen bestehen, die den angestrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber die Grundrechte weniger beschränkenden, Weise erreichen lassen (VfSlg 11.483, 12.492, 15.672). Für die Verfassungsmäßigkeit ist Folgendes entscheidend: Eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein (VfSlg 11.558, 12.082, 13.328, 13.704, 14.259).

Eingriffe in den 'Kernbereich' unternehmerischer Entscheidungen wiegen schwer und bedürfen besonders gewichtiger Gründe (VfSlg 15.509 betreffend starre Preisfestsetzung; VfSlg 18.115 betreffend Mindestleistungsangebot; *Mayer/Muzak*, Kurzkommentar B-VG<sup>5</sup> (2015) Art 6 StGG V). Ein solcher Eingriff in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung von Buchungsplattformbetreibern wie der Antragstellerin liegt im gegenständlichen Fall vor: Die angefochtenen Regelungen verunmöglichen es der Antragstellerin, den Konsumenten ein effizientes Preisvergleichs-Tool anzubieten, und ermöglichen gleichzeitig Trittbrettfahrern, die Investitionen und Leistungen der Buchungsplattform unentgeltlich zu nutzen. Auf der anderen Seite sind die vom Gesetzgeber zur Rechtfertigung der angefochtenen Regelung angeführten Gründe solche, die einen derart schwerwiegenden Eingriff in die Erwerbsfreiheit nicht annähernd angemessen aufzuwiegen vermögen.

Vor diesem Hintergrund stehen die angefochtenen Regelungen in einem unangemessenen Verhältnis zur damit verbundenen Einschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit von Buchungsplattformen. Das Verbot aller Paritätsklauseln stellt eine überschießende Maßnahme dar. Die Ausnahme vertikaler Paritätsklauseln vom durch die angefochtenen Regelungen statuierten Verbot wäre das geeignete und gelindere Mittel (s schon Punkt 3.1.4 c).

3.3 Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG, Art 14 EMRK, Art 20, 21 GRC)

3.3.1 In Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Art 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gilt der Gleichheitssatz auch für Unionsbürger (VfSlg 19.077, 19.118; *Mayer/Muzak*, Kurzkomentar B-VG<sup>5</sup> (2015) Art 2 StGG Vorb). Die jüngere Judikatur des VfGH hat den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz zu einem Jedermannsrecht fortentwickelt. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts gilt daher Art 7 B-VG jedenfalls für Unionsbürger und juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland (*Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2016) Rz 1632). Die Antragstellerin ist somit vom personellen Geltungsbereich des Gleichheitssatzes erfasst.

3.3.2 Der Gleichheitssatz verlangt vom Gesetzgeber, eine Person wie eine andere zu behandeln, sofern nicht besondere Gründe dagegen sprechen. Er verbietet es dem Gesetzgeber, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen (VfSlg 8169/1977 uva). Nur dann, wenn gesetzliche Differenzierungen nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen 'aus Unterschieden im Tatsächlichen' erfolgen, entspricht das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (vgl VfSlg 4392/1963 uva; Näheres siehe *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 761). Nach der Judikatur müssen diese festgestellten tatsächlichen Unterschiede wesentlich sein (*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 762).

Jene Judikatur ist überholt, die eine Regelung als sachlich akzeptierte, wenn den Gesetzesmaterialien oder der Regelung selbst ein 'Bemühen' des Gesetzgebers um eine sachgerechte Lösung zu entnehmen war (*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 763). Es kommt nicht auf die Absicht des Gesetzgebers, sondern ausschließlich auf den objektiven Gehalt der Regelung, auf das Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses an (VfSlg 16.821/2003).

3.3.3 Die angefochtenen Regelungen führen zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Betreibern von Buchungsplattformen gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere (Reise-)Vermittlungsagenturen:

Nach dem Wortlaut der angefochtenen Regelungen gilt das Verbot von Paritätsklauseln für Betreiber von Buchungsplattformen und ihr Verhältnis zu Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden. Nach den Gesetzesmaterialien sind vom Verbot auch Vergleichsplattformen erfasst (s Vorblatt und WFA, S 1, sowie Erläuterungen, S 2).

Es gibt aber keinen objektiven Grund, Buchungs- und Vergleichsplattformen in Bezug auf die Verwendung von Paritätsklauseln in Verträgen mit Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden anders als andere Unternehmen, insbesondere sonstige Reiseagenturen, zu behandeln. Buchungsplattformbetreiber bieten dieselben Vermittlungsleistungen wie andere Reiseagenturen an und auch ihr Kundenkreis ist weitgehend identisch.

In den Erläuterungen zu Z 32 des Anhangs zum UWG (S 2) wird angeführt, dass viele Beherbergungsunternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Buchungsplattformen stehen und sich gezwungen sehen, auf ihnen aufzuschei-

nen, um den heutigen flexiblen Märkten im Tourismusbereich Rechnung tragen zu können. Diese Aussage trifft schon insofern nicht zu, als Beherbergungsunternehmen nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu 'den Buchungsplattformen' stehen. Neben dem Vertrieb ihrer Unterkünfte über eine oder mehrere verschiedene Buchungsplattformen stehen den Beherbergungsunternehmen zahlreiche andere online- und auch offline-Vertriebskanäle (einschließlich des Vertriebs über andere Reiseagenturen) zur Verfügung. Auch kleinere Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibende könnten gemeinsam und auf einfache Art und Weise alternative Online- Buchungsplattformen (zB unter Verwendung einer Website oder einer App) kreieren. Derartige alternative Möglichkeiten wurden auch im Gesetzwerdungsprozess diskutiert und offenbar von einzelnen Abgeordneten zum Nationalrat als eine marktwirtschaftliche Lösung (im Vergleich zum Eingriff in die Privatautonomie) präferiert (s Parlamentskorrespondenz Nr 1184 vom 09.11.2016).

Selbst wenn man annehmen wollte, dass einzelne Beherbergungsunternehmen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einer bestimmten Buchungsplattform stehen (zB aufgrund einer langfristigen vertraglichen Bindung – welche jedenfalls die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragstellerin nicht vorsehen), begründet dies allerdings keinen wesentlichen Unterschied zwischen Buchungsplattformen und anderen Reiseagenturen, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.

Ebenso wenig gibt es einen objektiven Grund, Buchungs- und Vergleichsplattformen in Bezug auf die Verwendung von Paritätsklauseln in Verträgen mit Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden anders zu behandeln als in Bezug auf die Verwendung von Paritätsklauseln in Verträgen mit Unternehmen, die sonstige Reiseleistungen (zB Flüge oder Mietautos) anbieten. Jedenfalls im Hinblick auf die Nutzung freier Kapazitäten ist die Interessenslage von Unternehmen, die Flüge oder Mietautos anbieten, eine ähnliche wie die von Beherbergungsunternehmen.

3.3.4 Die angefochtenen Regelungen stellen überdies eine willkürliche Anlassgesetzgebung dar, die aus mehreren Gründen gegen das Sachlichkeitsgebot verstößt:

Die von Buchungsplattformen verwendeten Paritätsklauseln wurden über mehrere Jahre EU-weit von nationalen Wettbewerbsbehörden, einschließlich der BWB, geprüft und die Verwendung von vertikalen Paritätsklauseln von 27 Wettbewerbsbehörden nicht weiter beanstandet. In Österreich ging die Untersuchung auf eine bei der BWB eingebrachte Beschwerde der Interessenvertretung der Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden zurück. Die BWB erachtete nach Abschluss ihrer Untersuchung die Zusage seitens der Antragstellerin, nur vertikale Paritätsklauseln zu verwenden, *'als geeignet, ihre wettbewerblichen Bedenken auszuräumen. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs um den Hotelkunden wird gewährleistet – und zwar ohne den Kundennutzen von Hotelbuchungsplattformen zu beeinträchtigen'* (Bundeswettbewerbsbehörde Tätigkeitsbericht 2015, S 41). Die gemäß § 1 Abs 1 lit a Wettbewerbsgesetz für

die Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs zuständige Behörde hat also in der Verwendung vertikaler Paritätsklauseln keine Gefährdung des Wettbewerbs gesehen.

Die mit diesem Ergebnis immer noch unzufriedenen Interessenvertretungen von Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden haben in der Folge den Gesetzgeber dazu veranlasst, die Verwendung von Paritätsklauseln durch Buchungsplattformbetreiber generell – dh auch die Verwendung nur vertikaler Paritätsklauseln – zu verbieten. Der Gesetzgeber vermeint dabei laut den Ausführungen in den Gesetzesmaterialien, mit den angefochtenen Regelungen den fairen Wettbewerb sicherstellen zu wollen – welcher allerdings nach den zuvor getätigten, klaren Aussagen der BWB gar nicht gefährdet war (aber nun durch die angefochtenen Regelungen zulasten der kleinen und mittelgroßen Beherbergungsunternehmen verzerrt wird bei gleichzeitiger Zunichtemachung des von Buchungsplattformen zuvor geschaffenen Konsumentennutzens).

Wie unsachlich diese vom Gesetzgeber getroffene Wertung ist, zeigt sich insbesondere auch bei einer näheren Analyse der Systematik und Zielsetzung der beiden Gesetze, in die der Gesetzgeber die angefochtenen Regelungen eingefügt hat:

– Die Einführung des § 1a Abs 4 UWG und der Z 32 im Anhang zum UWG bewirkt, dass die Verwendung von Paritätsklauseln jedenfalls als unlauter iSd UWG einzustufen sind. Dh sie sind *per se* unzulässig, ohne dass – wie sonst nach § 1a Abs 1 UWG – anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls geprüft werden muss, ob sie geeignet sind, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen, und ihn dazu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die sonstigen Tatbestände (Z 1 bis Z 31) des Anhangs zum UWG, die als *per se* unlauter gelten, sind alle ganz offenkundig irreführend oder aggressiv; im Vergleich dazu mutet der in Z 32 eingefügte Tatbestand völlig deplatziert an. Dies auch zumal Z 32 nicht nur für Verträge gilt, die ein marktstarker Buchungsplattformbetreiber mit einem Beherbergungs-KMU schließt, sondern genauso auch für Verträge, die ein erst neu in den Markt einsteigender Betreiber einer kleinen nationalen Buchungsplattform mit einer großen internationalen Hotelkette schließt.

– So man mit den Erläuterungen von der Prämisse ausgehen wollte, dass die angefochtenen Regelungen ein 'reines Business to Business-Verhältnis' betreffen (was nicht der Sicht der Antragstellerin entspricht), würde die Z 32 des Anhangs zum UWG in dieser Liste der *per se* verbotenen Verhaltensweisen aber auch aus folgendem Grund inhaltlich einen völligen Fremdkörper darstellen: Alle anderen im Anhang zum UWG enthaltenen Tatbestände, die in jedem Fall als unlauter einzustufen sind, betreffen das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (und setzen dabei 1:1 die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 2005/149, 22, um). Dass ein Verhalten, das laut

den Erläuterungen angeblich ausschließlich das Verhältnis zwischen zwei Unternehmen betrifft, genauso *per se* unzulässig sein soll wie es ansonsten nach dem UWG nur Verhaltensweisen sind, die auch Verbraucher betreffen, ist nicht sachlich begründbar.

– Das Preisauszeichnungsgesetz setzt die Richtlinie 98/6/EG vom 16.02.1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl L 1998/80, 27, um. Zweck der beiden Rechtsakte ist es, Verbraucher zu schützen, indem Preistransparenz geschaffen und Preisvergleiche erleichtert werden. Die angefochtenen Regelungen hingegen wollen primär Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibende schützen und erschweren Preisvergleiche für Verbraucher (s dazu schon oben, Punkt 3.1.4 b). Sie zielen vor allem darauf ab, Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden zu ermöglichen, auf Buchungsplattformen höhere Preise als über andere Vertriebskanäle anzubieten. Dies widerspricht dem Zweck des Preisauszeichnungsgesetzes, das in § 15 Abs 1 sogar eine Strafbestimmung enthält für den Fall, dass jemand einen höheren als den gemäß dem Gesetz ausgezeichneten Preis verlangt, annimmt oder sich versprechen lässt. Auf dieser Basis könnte es sogar eine Verwaltungsübertretung darstellen, wenn ein Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibender einem Gast, der eine Unterkunft über eine Buchungsplattform gebucht hat, einen Preis in Rechnung stellt, der über den im Eingangsbereich (idR im Bereich der Rezeption) ausgezeichneten Standardzimmerpreiskategorien liegt.

Aus all diesen Gründen verletzen die angefochtenen Regelungen auch den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz."

3. Die Bundesregierung erstattete folgende Äußerung zu den im Antrag erhobenen Bedenken:

8

"I.

Zur Rechtslage:

1. Mit ihrem auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG gestützten Antrag begehrt die Antragstellerin die Aufhebung der §§ 1a Abs. 4 und 44 Abs. 10 UWG, BGBl. Nr. 448/1984, in der Fassung BGBl. I Nr. 99/2016, Z 32 des Anhangs zum UWG, BGBl. Nr. 448/1984, in der Fassung BGBl. I Nr. 99/2016, sowie §§ 7 zweiter und dritter Satz und 17 Abs. 10 zweiter Satz des Preisauszeichnungsgesetzes, BGBl. Nr. 146/1992, in der Fassung BGBl. I Nr. 99/2016.

2. Die antragsgegenständlichen Bestimmungen haben folgenden Wortlaut (die angefochtenen Wortfolgen sind jeweils unterstrichen):

[...]

3. Die Gesetzesentwicklung und der systematische Zusammenhang stellen sich wie folgt dar:

3.1. Die Systematik des UWG ist schon seit der Stammfassung aus dem Jahr 1923 durch eine Generalklausel geprägt, die durch umfangreiche Falljudikatur ausgestaltet wurde. Konkrete Verbote von unlauteren Geschäftspraktiken wurden mit der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern in den Anhang aufgenommen. Diese Verbote in Umsetzung der Richtlinie (bislang Z 1 bis 31) betreffen entsprechend dem Geltungsbereich der Richtlinie den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Konsumenten (B2C). Der Geschäftsbereich zwischen Unternehmern (B2B) ist von der Richtlinie nicht abgedeckt und kann daher von den Mitgliedstaaten geregelt werden. Um dem grundsätzlichen Prinzip der Generalklausel im Gesetz treu zu bleiben, wurde das konkrete Verbot dieser bestimmten vertragsrechtlichen Klausel zwischen Unternehmern in den Anhang als Z 32 aufgenommen.

3.2. Die Ziffer 32 legt 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 Konditionen (zB bei Verfügbarkeiten) als auf der Buchungsplattform anbieten darf, als unlautere Geschäftspraktik fest. Die Erläuterungen betonen, dass der Eingriff damit der Erwerbsfreiheit dient, da mit dieser klaren Bestimmung die Handlungsfreiheit der Beherbergungsunternehmen erhöht wird (ErlRV 1251 BlgNR XXV. GP 2).

3.3. Betreiber von Buchungsplattformen ermöglichen Kunden Online-Buchungen von Unterkünften in aufgelisteten Beherbergungsunternehmen, wobei zwischen Plattformbetreiber und buchendem Kunden ein Vermittlungsvertrag zustande kommt und zwischen Beherbergungsunternehmen und Plattformbetreibern ein Vertrag über die Aufnahme in das Reservierungssystem abgeschlossen wird. Diese Buchungsplattformen bieten damit Vermittlungsdienstleistungen zwischen Beherbergungsunternehmen und potenziellen Kunden sowie Preisvergleiche an.

3.4 Da nach Z 32 des Anhangs des UWG sämtliche Konditionen umfasst sind, war zur Klarstellung auch im Preisauszeichnungsgesetz (§ 7 zweiter Satz) festzuhalten, dass der Gastgewerbetreibende (Begriffskonformität mit der Gewerbeordnung) bei seiner Preisauszeichnung und Preisbildung frei ist und diese Freiheit durch keine Verträge mit Buchungsplattformbetreibern etc. eingeschränkt werden kann. In beiden Fällen handelt es sich um Verträge im Bereich B2B, welcher von der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken nicht abgedeckt ist. Ziel der Maßnahme ist allein die Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs für Unternehmen, insbesondere KMU (vgl. ErlRV 1251 BlgNR XXV. GP 2).

3.5 Regelungsgegenstand ist nicht ein Dienst der Informationsgesellschaft, sondern eine zivilrechtliche Klausel, die dem Vertragspartner (den Beherbergungsunternehmen) eine freie Preisbildung bzw. attraktivere Angebote auf anderen Vertriebskanälen untersagt. Mit dem Verbot dieser Klauseln, das inländische und ausländische Plattformanbieter gleichermaßen betrifft, wird eine

Beschränkung des Wettbewerbs aufgehoben und damit der Wettbewerb auch außerhalb der Plattformangebote intensiviert (ErlRV 1251 BlgNR XXV. GP 2).

3.6 Eine vergleichbare gesetzliche Regelung zum Verbot entsprechender Vertragsklauseln (Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln) von Buchungsplattformen in Anhang Z 32 besteht in Frankreich. [Vgl. Art. 133 des LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/8/6/EINX1426821L/jo/texte>.] Überdies hat in Deutschland das Bundeskartellamt sowohl im Fall HRS (Geschäftszahl B 9-66/10) [Die Entscheidungen sind abrufbar unter der Adresse [http://www.bundeskartellamt.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungssuche\\_Formular.html](http://www.bundeskartellamt.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungssuche_Formular.html)]; als auch im Fall booking.com (Geschäftszahl B 9-121/13) entschieden, dass Bestpreisklauseln den Wettbewerbsregeln widersprechen, auch wenn sie nur die eigene Website des Beherbergungsunternehmens betreffen. Abgesehen davon, dass entsprechende Vertragsklauseln mit dem Inkrafttreten der Regelung ex lege absolut nichtig wurden, können aufgrund von Z 32 des Anhang zum UWG auch Mitbewerber, klagebefugte Verbände, etc. unabhängig von konkreten Verträgen gegen entsprechende Bestimmungen in den AGB von Plattformbetreibern vorgehen. Zur Durchsetzung dieses Unterlassungsanspruchs in Sachverhalten mit Auslandsberührung wird auf die österreichische Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und die Anwendung österreichischen Rechts nach Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO (VO [EG]864/2007) hingewiesen (ErlRV 1251 BlgNR XXV. GP 3).

## II.

### Zu den Ausgangsverfahren:

1. Die Antragstellerin im Verfahren G 44-45/2017-2, Booking.com B.V., ist eine in den Niederlanden ansässige 100%-ige Tochtergesellschaft der Priceline Group mit Sitz in Norwalk, Connecticut, USA. Die Priceline Group wurde 1997 gegründet und hat seitdem zahlreiche Unternehmen übernommen: im Jahr 2005 Booking.com, 2007 Agoda.com (mit Sitz in Thailand), 2010 das Mietwagenportal rentalcars.com, 2013 das Reiseportal Kayak (Sitz: USA), das wiederum das österreichische Vergleichsportal checkfelix.com übernommen hat, sowie 2014 das Restaurantportal Open Table (Sitz: USA). Laut Geschäftsbericht der Unternehmensgruppe [<http://files.shareholder.com/downloads/PCLN/4216199071x0xS1075531-17-9/1075531/filing.pdf>] wurde 2016 ein Gesamtumsatz von 10,74 Mrd. USD und ein Reingewinn ('net income') von 2,13 Mrd. USD erwirtschaftet. Das Gesamtvermögen der Gruppe beträgt 19,84 Mrd. USD. Der überwiegende Anteil des Reingewinnes wird dabei von Booking.com erwirtschaftet (vgl. S. 80 des Jahresberichtes).

2. Booking.com B.V. ist eine 1996 in den Niederlanden gegründete, globale Online-Buchungsplattform mit Hauptsitz und Handelsregistereintrag in Amsterdam, Niederlande. Die Antragstellerin stellt im Antrag klar, dass Vertragspartner des jeweiligen Beherbergungsunternehmens bzw. Gastgewerbetreibenden allein sie und nicht ihre österreichische Tochtergesellschaft, die lediglich für das Kun-

denservice für die Beherbergungsunternehmen zuständig sei. Folglich fließen auch die aufgrund der Vertragsbeziehungen fälligen Provisionen alleine der Antragstellerin zu.

3. Die Antragstellerin verwendet in ihren AGB eine sogenannte 'vertikale Paritätsklausel'. Diese sieht vor, dass Beherbergungsunternehmer bzw. Gastgewerbetreibende verpflichtet werden, auf eigenen Online-Vertriebskanälen keine niedrigeren Preise als auf der Buchungsplattform anzubieten. In den als Anlage A des Antrags angeschlossenen AGB der Antragstellerin sind überdies derartige Bedingungen auch abseits des Preises umfasst. Dazu ist u.a. auf die Ausführungen zu Parität und Mindestkontingent unter 2.2.1 ABG hinzuweisen.

4. Als Begründung für die Verwendung dieser Paritätsklauseln führt die Antragstellerin an, dass diese dazu dienen, die Leistungen der Antragstellerin – wie zB die weltweite Vermarktung der Unterkunft im Internet in bis zu 41 Sprachen, Zurverfügungstellung eines Online-Buchungssystems, mehrsprachige telefonische Unterstützung rund um die Uhr – und die dafür nötigen Investitionen zu schützen.

5. Viele Beherbergungsunternehmen stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu solchen Plattformbetreibern, weil sie sich gezwungen sehen, auf Plattformen aufzuscheinen, um den heutigen flexiblen Märkten im Tourismusbereich Rechnung tragen zu können. Diese Beherbergungsunternehmen sind häufig KMU, wie der aktuellen Mitgliederstatistik des Fachverbands Hotellerie der WKÖ zu entnehmen ist ([http://wko.at/statistik/BranchenFV/B\\_602.pdf](http://wko.at/statistik/BranchenFV/B_602.pdf)). Demnach liegt die durchschnittliche Betriebsgröße von Hotelunternehmen, welche Arbeitnehmer beschäftigen, bei 10,98 Beschäftigten. Berücksichtigt man jene Hotels, welche keine Arbeitnehmer beschäftigen, so liegt die durchschnittliche Betriebsgröße bei 6,95 Mitarbeitern (Zahlen aus 2015). Derartige Kleinst- und Kleinunternehmen sind in unverhältnismäßig hohem Ausmaß möglichen unlauteren Praktiken von Plattformbetreibern ausgesetzt. Derzeit sind im Wesentlichen drei Plattformbetreiber am österreichischen Markt tätig (Booking.com, Expedia und HRS).

### III.

Zu den Prozessvoraussetzungen:

Für die Bundesregierung sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen die Zulässigkeit des Antrages sprechen würden; sie hält ihn aber für unbegründet.

### IV.

Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken:

Die Bundesregierung verweist einleitend auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach dieser in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen beschränkt ist und ausschließlich beurteilt, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (vgl. zB VfSlg.



19.160/2010, 19.281/2010, 19.532/2011, 19.653/2012). Die Bundesregierung beschränkt sich daher im Folgenden auf die Erörterung der im Antrag dargelegten Bedenken.

Da die Antragstellerin alle genannten Regelungsteile (§ 1a Abs. 4 und 33 Abs. 10, Z 32 UWG und §§ 7 zweiter und dritter Satz und 17 Abs. 10 Preisauszeichnungsgesetz) als gesamtes bekämpft, beziehen sich folgende Argumente auch auf alle genannten Regelungspunkte.

1. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art. 5 StGG, Art. 1 des 1. ZP-EMRK, Art. 17 GRC):

1.1. Die Antragstellerin sieht sich im Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums verletzt. Sie führt dazu aus, dass durch die angefochtenen Regelungen die Privatautonomie bzw. die Vertragsfreiheit betreffend (auch schon bestehende) Vereinbarungen von Buchungsplattformbetreibern mit Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbebetrieben eingeschränkt und somit in das Eigentumsrecht der Betreiber der Buchungsplattformen – also auch in das Eigentumsrecht der Antragstellerin – eingegriffen wird. Dies sei in nicht verhältnismäßiger Weise einseitig zum Nachteil einer Partei des Vertragsverhältnisses, nämlich der Betreiber einer Buchungsplattform erfolgt, die mangels Paritätsklauseln ihre Investitionen nicht mehr vor Trittbrettfahrern schützen und den Nutzern keine effiziente Preisvergleichsmöglichkeit mehr anbieten könnten.

1.2. Eine solche Regelung liege nicht im öffentlichen Interesse, weil der Gesetzgeber 'den Schutz von Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbebetreibenden, die finanzielle Probleme haben oder unter mangelnder Auslastung leiden und daher ‚vor‘ dem Wettbewerb geschützt werden sollen' (S. 9 des Antrages) intendiere. Nach Ansicht der Bundesregierung entbehrt diese Behauptung der Antragstellerin jedoch jeglicher Grundlage. Wie die Erläuterungen klarstellen, dient die Regelung der Förderung des fairen Wettbewerbs ohne Einschränkungen durch vertragliche Bestimmungen von Buchungsplattformbetreibern. Demnach liegt es im öffentlichen Interesse, 'wenn ein Beherbergungsunternehmen aus verschiedenen Gründen (etwa finanzieller Art oder bei mangelnder Auslastung des Betriebs) entsprechend den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage seine Preise entsprechend auf seiner Webseite gegenüber den Preisen auf der Buchungsplattform absenken kann und damit der faire Wettbewerb sichergestellt werden kann. Durch die Absenkung der Preise werden zusätzliche Gäste das Angebot annehmen und wird der Wettbewerb gefördert. Diese kurzfristige Erhöhung der Auslastung des Unternehmens kann dazu führen, dass der Betrieb wieder langfristig sichergestellt wird, Arbeitsplätze im Unternehmen abgesichert werden, Zulieferbetriebe ausgelastet sind, etc.' (ErIRV 1251 BlgNR XXV. GP 2). Bestpreisklauseln schränken hingegen den Preiswettbewerb zwischen Hotelunternehmen ein, da die durch eine solche Klausel gebundenen Hotels im eigenen Online-Vertrieb keinen günstigeren Zimmerpreis anbieten dürfen, wie dies etwa auch das deutsche Bundeskartellamt im Verfahren B 9-121/13 festgestellt hat.

1.3. Diese mit der Regelung verfolgten Ziele sind zweifelsfrei als legitime öffentliche Interessen zu qualifizieren. Insbesondere sind diesbezüglich die Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs und der Schutz der in Österreich zum ganz überwiegenden Teil aus KMU bestehenden Tourismusbetriebe vor – die unternehmerische Dispositionsfreiheit maßgeblich einschränkenden – Verträgen mit einem global agierenden Buchungsplattformbetreiber hervorzuheben. Der Gesetzgeber reagiert damit auf die veränderten Gegebenheiten im Tourismussektor, der in den letzten Jahren einem starken Wandel unterworfen war. Aufgrund der zunehmenden Bedeutung des Internets in diesem Bereich, wo Kunden überwiegend ihre Urlaubsmöglichkeiten auf Plattformen suchen, und der Konzentration von Online-Buchungsvermittlern stehen kleinen Beherbergungsunternehmen 'quasi-monopolartige' Strukturen gegenüber. Dies zeigt sich deutlich an den unter Punkt II. dargestellten Zahlen und Entwicklungen. Auch die am 6. April veröffentlichte Online Umfrage des European Competition Networks [[http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf), S. 22.] zeigt diesen Trend. Erwartungen von Hotelbetreibern sehen ein weiteres Wachstum von Booking.com und Expedia bei Schwierigkeiten für neue Plattformbetreiber in den Markt einzusteigen.

1.4. Um im Wettbewerb bestehen zu können, ist es den KMU daher einerseits nicht möglich, auf die Leistungen derartiger Vermittlungsplattformen zu verzichten, andererseits unterliegt der Vertragsabschluss mit diesen Plattformen faktisch auch nicht freier Verhandlung. Vielmehr nutzen die Vermittlungsplattformen ihre besondere Stellung, um den KMU für diese nachteilige Vertragsbedingungen aufzuerlegen.

1.5. Wenn die Antragstellerin also einen Eingriff in ihre Privatautonomie geltend macht, so ist ihr entgegenzuhalten, dass nicht nur ihre Vertragsfreiheit, sondern auch jene ihrer Vertragspartner grundrechtlich geschützt ist. Gerade diesen Schutz bezweckt die vorliegende Regelung, indem sie im Sinne der Privatautonomie einen Interessenausgleich herbeiführen und ein Kräftegleichgewicht herstellen will. In diesem Sinne wurde etwa im Antrag zu VfSlg. 12.379/1990 Folgendes ausgeführt: 'Der durch die Privatautonomie garantierte Freiraum dient (...) der bestmöglichen Entfaltung des einzelnen. (...) Die gleiche Freiheit aller soll zu einem optimalen Interessenausgleich führen, dh. zu inhaltlich angemessenen Lösungen (sogenannte Richtigkeitsgewähr der Vertragsfreiheit; vgl. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 62, 129). Ein solcher Interessenausgleich ist jedoch nur dann möglich, wenn zwischen den einzelnen Beteiligten zumindest annähernd ein ‚Kräftegleichgewicht‘ herrscht. Eklatante Störungen des Kräftegleichgewichts berechtigen zum korrigierenden Eingriff (Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 116).' Der Ausnutzung der Verhandlungsmacht von Buchungsplattformen durch ein Verbot besonders nachteiliger Vertragsklauseln entgegenzuwirken und auf diese Weise die Vertragsfreiheit der Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden zu schützen, liegt daher zweifelsfrei im öffentlichen Interesse eines fairen Wettbewerbs und des Schutzes einer kleinteiligen Tourismuswirtschaft. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang aufgrund der geographischen Gegebenheiten in Österreich auch die besondere

Rolle einer auf diese Weise organisierten Tourismusbranche für die ländliche Entwicklung zu berücksichtigen.

1.6. Von einem – im Antrag nicht näher ausgeführten – Konkurrenzschutz kann schon aus zwei Gründen keine Rede sein: Sollte die Antragstellerin damit auf einen Konkurrenzschutz zwischen den einzelnen Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden abstellen, so ist dem entgegenzuhalten, dass sowohl die angefochtene Regelung als auch die AGB der Antragstellerin die Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden gleichermaßen betreffen. Der Wegfall der einschränkenden Klauseln ermöglicht durch kurzfristiges Anbieten von günstigeren Konditionen sogar mehr Wettbewerb und eben keinen Konkurrenzschutz. Sollte das Vorbringen demgegenüber auf das Verhältnis zwischen der Antragstellerin als multinationaler Konzern und den einzelnen Beherbergungsunternehmen, die in Österreich fast ausschließlich zu den KMU zählen, gerichtet sein, so ist dazu auszuführen, dass diesbezüglich kein Konkurrenzverhältnis besteht.

1.7. Die Antragstellerin bestreitet weiters die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der angefochtenen Regelung. Vertikale Paritätsklauseln würden einen leistungsgerechten Wettbewerb zwischen Beherbergungsunternehmen fördern, indem sie schnelle und eindeutige Preis- und Qualitätsvergleiche zwischen Unterkunftsoptionen auf Buchungsplattformen ermöglichen. Ohne diese Paritätsklauseln würden solche einfachen Vergleiche nicht möglich sein, da mit viel Aufwand auf einzelnen Webseiten von Beherbergungsunternehmen nach den besten Preisen gesucht werden müsse. Um zu einer derartigen Schlussfolgerung zu kommen, muss die Antragstellerin einem grundlegenden Missverständnis über Wettbewerb unterliegen. Die Verpflichtung, einem Plattformbetreiber den günstigsten Preis anzubieten, wird unter Berücksichtigung des in der Wettbewerbsökonomie bekannten Phänomens der Netzwerkeffekte, welche Monopolisierungen begünstigen, den Wettbewerb wesentlich einschränken. Spielt man den Gedanken der Antragstellerin über die Bequemlichkeit des einfachen, vollständigen Preisvergleiches auf einer Plattform im Zusammenhang mit den beschriebenen Netzwerkeffekten zu Ende, so ist nicht zu verkennen, dass sie ein Plattformmonopol durch einen einzigen Plattformbetreiber als das idealste Modell betrachten würde. Die unter Punkt II. dargestellten Entwicklungen, die auf eine starke Konzentration von Online-Buchungsplattformen beim Mutterkonzern der Antragstellerin hindeuten, zeigen, dass von Seiten der Antragstellerin bzw. ihrer Konzernmutter offenbar ein solches Modell angestrebt wird. Eine solche Konstellation ist zweifelsfrei nicht geeignet, einem effektiven Wettbewerb zwischen den Plattformbetreibern zu dienen. Daher soll die angefochtene Regelung – aufgrund der globalen Zusammenhänge freilich nur in sehr bescheidenem Rahmen – auch dieser Gefahr entgegenwirken.

1.8. Weiters führt die Antragstellerin aus, dass vertikale Paritätsklauseln dem Schutz von KMU dienen würden, da diese oft selbst gar keine eigene bzw. keine mehrsprachige Webseite hätten und dadurch die Belegungsraten steigen würden. In dieser Argumentation zeigt sich zunächst ein Widerspruch in der Argumentation der Antragstellerin: Die Forderung der Antragstellerin an die Beher-

bergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden, auf ihrer eigenen Homepage keinen günstigeren Preis anzubieten, dürfte sich erübrigen, wenn diese selbst gar keine Homepage betreiben.

1.9. Über den aufgezeigten Widerspruch hinaus ist anzumerken, dass im Jahr 2015 nur knapp 20 % der Beherbergungsbetriebe offenbar keine eigene Homepage mit Online-Buchungsmöglichkeit betrieben haben, wovon jedoch 10 % eine solche in Planung hatten (vgl. den Tätigkeitsbericht der Bundeswettbewerbsbehörde, S. 44). Weiters geht dieses Argument der Antragstellerin insofern ins Leere, als eine Paritätsklausel den Handlungsspielraum von KMU einschränkt statt erweitert und somit nichts bewirkt, was nicht auch ohne die entsprechende Klausel vom Beherbergungsunternehmen so gestaltet werden kann: Ist das Beherbergungsunternehmen daran interessiert, eine hohe Auslastung über die Plattform zu erreichen, so wird es seine Angebote danach gestalten. Dazu ist es nicht notwendig, dass es sich vom Plattformbetreiber ein Verbot auferlegen lassen muss, über andere Vertriebskanäle keine besseren Konditionen anbieten zu dürfen. Eine solche Klausel kann daher gerade nicht ein Instrument zum Schutz der Interessen der KMU sein. Vielmehr stellt, wie schon die Erläuterungen richtig ausführen, gerade das Verbot einer solchen vertraglichen Regelung diesen Schutz sicher, indem es die Vertragsautonomie und damit einen fairen Wettbewerb gewährleistet.

1.10. Auch das Argument, dass primär die großen Hotelketten die Buchungsplattform der Antragstellerin als Trittbrettfahrer nutzen und auf diese Weise KMU im Wettbewerb benachteiligt würden, kann nicht nachvollzogen werden. Der Betrieb eigener Webseiten durch große Hotelbetreiber war bereits vor dem Inkrafttreten der gegenständlichen Regelung gängige Praxis. Dennoch waren und sind auch diese Unternehmen auf Buchungsplattformen vertreten und vermarkten ihr Angebot (auch) über diesen Vertriebskanal. Inwiefern die angefochtene Regelung in diesem Zusammenhang KMU benachteiligen bzw. zu deren Ungunsten den fairen Wettbewerb verhindern sollte, geht aus dem Vorbringen in keiner Weise hervor. Zum Vorbringen, wonach KMU keine eigenen Webseiten betreiben würden, kann auf die obigen Ausführungen in Punkt IV. 1.8. verwiesen werden. Auch aus den bisher vorliegenden Analysen aus Frankreich, wo es seit 2015 ein derartiges Verbot von Paritätsklauseln gibt, kann nicht geschlossen werden, dass in Zukunft nur mehr kleine und mittlere Beherbergungsunternehmen Buchungsfunktionen über Booking.com nutzen werden. [Vgl. [http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=663&id\\_article=2945&lang=en](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=663&id_article=2945&lang=en).]

1.11. Zum 'Trittbrettfahrertum' ist überdies auszuführen, dass es der Antragstellerin freistünde, in der Ausgestaltung ihres Geschäftsmodells diesem Problem entgegenzuwirken. Dass die Antragstellerin das Konzept verfolgt, einen Teil ihrer Leistungen (wie den Angebotsvergleich) den Konsumenten gegenüber kostenlos anzubieten und sich hauptsächlich über Vermittlungsprovisionen zu finanzieren, welche im Falle von Buchungen über die von der Antragstellerin betriebene Plattform anfallen, ist ihre freie unternehmerische Entscheidung. Die Ausnutzung der Vorteile eines solchen Geschäftsmodells, die wohl überwiegend darin beste-

hen, dass diese Vergleichsleistung für Kunden ein attraktives Angebot darstellt und wesentlich zum Erfolg der Buchungsplattform beigetragen hat, ohne dass damit für das Unternehmen ein nennenswerter Aufwand verbunden ist, weil die Vergleichsleistung gleichsam das automatische Produkt der Vermittlungsleistung darstellt, sind – wie bei jeder unternehmerischen Entscheidung – gegenüber etwaigen Kosten (in diesem Fall durch vermeintliche Trittbrettfahrer) [Für ein relevantes Trittbrettfahrerproblem hat allerdings das deutsche Bundeskartellamt keine hinreichenden Belege gefunden (vgl. Rz. 270 ff der Entscheidung).] abzuwägen. Diesbezüglich unterscheidet sich die Situation der Antragstellerin allerdings in keiner Weise von anderen Unternehmen, die sich auch derartigen Gefahren ausgesetzt sehen. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass das Problem des 'Trittbrettfahrertums' sowohl für andere Unternehmen in der Tourismusbranche, als auch in vielen anderen Branchen bestehen kann. Angesichts des Vertriebs einer Vielzahl an Produkten und Dienstleistungen über das Internet ist ein großer Teil der Unternehmen damit konfrontiert, dass Kunden zwar ihre Beratungsleistungen in Anspruch nehmen, das Produkt in weiterer Folge jedoch bei einem anderen (Online-)Anbieter erwerben. Dies betrifft in der Beherbergungsvermittlung insbesondere auch Reisebüros. Um diesem Problem entgegenzuwirken, fordert die Antragstellerin nunmehr für sich selbst eine Art Konkurrenzschutz ein, indem sie die Duldung der vertikalen Paritätsklauseln verlangt, die es ihr ermöglichen, unter Ausnutzung ihrer Verhandlungsmacht als global agierendes Unternehmen in einem stark konzentrierten Markt und unter Beschränkung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit der Beherbergungsunternehmen, die hinsichtlich Ressourcen und Marktstellung vollkommen anders positioniert sind, diesem 'Trittbrettfahrertum' zu entgehen. Dieses Anliegen der Antragstellerin kann jedenfalls nicht mit der Förderung des fairen Wettbewerbs gerechtfertigt werden.

1.12. Die Antragstellerin behauptet zudem, dass ein gelinderes Mittel die Ausnahme von vertikalen Paritätsklauseln von der gegenständlichen Regulierung gewesen wäre. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verbot nur von 'horizontalen' Paritätsklauseln (also der Verpflichtung, den billigsten Preis oder die besten Konditionen dem Plattformbetreiber einzuräumen und keinem anderen Plattformbetreiber) das Ziel der Herstellung von Vertragsverhältnissen auf Augenhöhe und damit die Sicherstellung von fairem Wettbewerb nicht gewährleisten konnte. Diesbezüglich wird auf die Entscheidung des deutschen Bundeskartellamts verwiesen, wonach auch eine vertikale Paritätsklausel dem Wettbewerbsrecht widerspricht. Die entsprechende Entscheidung gegenüber HRS ist bereits rechtskräftig; die Entscheidung betreffend die Antragstellerin wurde von dieser bekämpft und ist derzeit vor dem OLG Düsseldorf anhängig.

1.13. Den Ausführungen der Antragstellerin, das Verbot vertikaler Paritätsklauseln sei aus kartellrechtlicher Sicht unverhältnismäßig, weil 27 nationale Wettbewerbsbehörden diese Klauseln nicht beanstandet hätten, ist zweierlei entgegenzuhalten: Zunächst ist dazu bemerken, dass die gegenständliche Regelung nicht im Rahmen des Kartellrechts, sondern im Rahmen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb erlassen wurde. Diese Vorgehensweise wurde vom Gesetzgeber deshalb gewählt, weil die kartellrechtliche ex post-Beurteilung von

Wettbewerbsverstößen, der lange Verfahren ungewissen Ausgangs vorangehen, dem Anliegen der Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbs nicht im selben Ausmaß effektiv Rechnung zu tragen vermag wie eine klare und transparente ex ante-Regulierung. Auch die in Deutschland teilweise noch laufenden und teilweise schon rechtskräftig abgeschlossenen wettbewerbsrechtlichen Verfahren deuten alle in die Richtung, dass vertikale Paritätsklauseln nicht mit dem Anliegen eines freien und fairen Wettbewerbs vereinbar sind. [Auch die Europäische Kommission und mehrere nationale Wettbewerbsbehörden sind übereingekommen, den Sektor der Onlinebuchungen von Hotels weiterhin zu beobachten, vgl. jüngst die Pressemitteilung <http://europa.eu/rapid/midday-express-06-04-2017.htm>, und den Bericht [http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf).] Es liegt angesichts dieser Sach- und Rechtslage jedenfalls im rechtspolitischen Spielraum des Gesetzgebers, an Stelle der Durchführung langwieriger Verfahren zwecks Klärung von Wettbewerbsverstößen im Einzelfall zum Schutz der damit verfolgten Interessen eine gesetzliche Regelung vorzusehen. Zum anderen ist festzuhalten, dass die Tatsache, dass 27 nationale Wettbewerbsbehörden diese Klauseln 'nicht beanstandet' hätten, nicht bedeutet, dass sie in letzter Konsequenz nach dem Kartellrecht rechtmäßig wären. So wird immer auf den Vergleich, den die schwedische, die italienische und die französische Wettbehörde mit der Antragstellerin hingewiesen. Dabei handelt es sich nicht um eine endgültige Entscheidung. Auch aus dem aktuellen Bericht vom 6. April 2017 des European Competition Networks, den die Europäische Kommission koordiniert hat, geht hervor, dass dieser Markt weiterhin unter Beobachtung bleibt. [REPORT ON THE MONITORING EXERCISE CARRIED OUT IN THE ONLINE HOTEL BOOKING SECTOR BY EU COMPETITION AUTHORITIES IN 2016, veröffentlicht am 6. April 2017, siehe Fußnote 4 und 7.]

1.14. Der Vorschlag der Antragstellerin, wonach die Aufrechterhaltung 'vertikaler' bzw. 'enger' Paritätsklauseln das gelindere Mittel gewesen wäre, kann nicht nachvollzogen werden, da gerade darin die Einschränkung des Beherbergungsunternehmens liegt, selbständig Angebote über die eigene Online-Vermarktung bereit stellen und damit flexibel auf die Gegebenheiten des Marktes reagieren zu können. Ein möglicher weitergehender Eingriff wäre wohl die Regulierung der Provisionshöhe oder gar ein Verbot solcher Geschäftstätigkeiten gewesen. In diesem Sinne stellt die Untersagung der Paritätsklauseln jedenfalls das gelindeste Mittel dar.

1.15. Weiters führt die Antragstellerin aus, dass die Suchkosten der Konsumenten durch diese Regelung erhöht werden würden. Dieses Argument untermauert neuerlich den Verdacht, dass nach den Vorstellungen der Antragstellerin das Optimalbild eine einzige Plattform ist, auf der sämtliche Anbieter ihre Angebote listen müssten. Diese Vorstellung der Antragstellerin wird nicht dem öffentlichen Interesse der Sicherung des Wettbewerbs entsprechen. [Das deutsche Bundeskartellamt hat dem Argument, dass es für Hotelkunden besonders bequem ist, angesichts der aufgrund der engen Bestpreisklauseln angeglichenen Zimmerpreise nicht mühsam nach dem günstigsten Zimmerpreis suchen zu müssen, folgendes entgegengehalten (Rz. 281 der Entscheidung B 9-121/13): 'Würde man

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

1.16. Schließlich weist die Antragstellerin darauf hin, dass es jedem Beherbergungsunternehmen frei stünde, ob es überhaupt einen Vertrag mit dem Betreiber einer Buchungsplattform abschließt. Auch dieser Hinweis verkennt die Situation. Wie die Erläuterungen darlegen, gibt es in Österreich über 14.000 Beherbergungsunternehmen, die sehr häufig Familienbetriebe sind. Diesen Unternehmen stehen im Wesentlichen drei Anbieter von Buchungsplattformen gegenüber. In der heutigen Marktsituation, die durch eine hohe Anzahl an (kurzfristigen) Online-Buchungen gekennzeichnet ist, ist es für Beherbergungsunternehmen regelmäßig notwendig, auf einer Plattform aufzuscheinen. Aufgrund dieses relativen Marktmachtverhältnisses erscheint eine Regulierung wie im UWG vorgesehen als gerechtfertigt und verhältnismäßig.

1.17. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Regelung legitime öffentliche Interessen verfolgt. Sie dient der Sicherung eines freien und fairen Wettbewerbs angesichts bestehender Wettbewerbsverzerrungen durch das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen dem Betreiber einer Buchungs- oder Vergleichsplattform einerseits und Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden andererseits. Das Verbot vertikaler Paritätsklauseln ist auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen, weil dadurch die freie Preisgestaltung, die ein wesentlicher Ausfluss der unternehmerischen Freiheit darstellt, zugunsten der Beherbergungsbetriebe wiederhergestellt wird. Die Regelung ist überdies auch erforderlich und angemessen, weil ein gelinderes Mittel zur effektiven Zielerreichung nicht zur Verfügung steht und ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Eingriff in die Vertragsfreiheit der Antragstellerin und dem Schutz der legitimen öffentlichen Interessen besteht.

2. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG, Art. 16 GRC):

2.1. Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (siehe beispielsweise VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.734/2002, 19.033/2010) ist der Gesetzgeber auf Grund des

diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes ermächtigt, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen zu erlassen, wenn diese durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich gerechtfertigt sind.

2.2. Sofern es sich überhaupt um einen intentionale Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Antragstellerin handeln sollte, ist den Ausführungen der Antragstellerin Folgendes entgegen zu halten: Regelungen, die die Ausübung eines Erwerbs einschränken, müssen dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wobei dem Gesetzgeber bei einer bloßen Beschränkung der Ausübung ein größerer Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht als bei Regelungen, die schon den Zugang zu einem Beruf einschränken, weil der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Sphäre dabei weniger schwer wiegt (vgl. dazu beispielsweise VfSlg. 11.558/1987; 11.853/1988).

2.3. Wie in den Erläuterungen zu den gegenständlichen Regelungen festgehalten wurde, wird die Tätigkeit der Plattformbetreiber und deren Wert sowohl für die Konsumenten als auch für die Beherbergungsunternehmen nicht in Frage gestellt. Die Regulierung betrifft lediglich die Ausgestaltung der AGB und damit Ausübung der Vermittlungstätigkeit der Online-Buchungsplattformen dahingehend, dass Plattformbetreiber nunmehr Beherbergungsunternehmen nicht mehr vertraglich dazu verpflichtet dürfen, über ihre eigenen Online-Vertriebskanäle keine niedrigeren Preise oder andere bessere Konditionen festzusetzen. Mit Blick auf die vorstehend erläuterte Differenzierung zwischen Zugangs- und Ausübungsregelungen ist die Verhältnismäßigkeit folglich am für Letztere bestehenden Maßstab zu messen.

2.4. Was die Rechtfertigung eines allenfalls bestehenden Eingriffs in die Erwerbsfreiheit betrifft, wird auf die Ausführungen zu Punkt IV. 1. (Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums) verwiesen. Die mit der Regelung verfolgten öffentlichen Interessen werden dort ausführlich dargelegt; soweit die Antragstellerin betreffend das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit vorbringt, die angefochtene Regelung diene lediglich dem Konkurrenzschutz und verfolge keine öffentlichen Interessen, ist auf die Ausführungen in Punkt IV. 1.6. und IV 1.7. zu verweisen. Auch die Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums lassen sich auf den Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit übertragen.

3. Zu den Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG, Art. 14 EMRK, Art. 20, 21 GRC):

3.1. Der Gleichheitssatz gebietet dem Gesetzgeber, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln und setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er es verbietet, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen (VfSlg. 14.039/1995; 16.407/2001; 17.315/2004; 17.500/2005 uva.).



3.2. Die Antragstellerin hegt unter diesem Gesichtspunkt gegen die angefochtenen Bestimmungen die Bedenken, dass sie zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Betreibern von Buchungsplattformen gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere (Reise-)Vermittlungsagenturen, führen.

3.3. Diese Bedenken der Antragstellerin zum Gleichheitssatz verkennen die spezifischen Merkmale einer Internet-Buchungsplattform gegenüber herkömmlichen Reisevermittlungstätigkeiten. Soweit eine Reisevermittlung durch stationäre Reisebüros erfolgt, sind sie dadurch gekennzeichnet, dass sie weitere Serviceleistungen wie (persönliche) Beratung und neben der Vermittlung von Übernachtungsmöglichkeiten auch die Vermittlung einer Vielzahl weiterer Dienstleistungen anbieten (etwa Flüge, Bustransfers, geführte Ausflüge und Touren, Pauschalreisen etc.). Die von Reiseagenturen erbrachte Leistung besteht daher nicht vordergründig im Betreiben einer bloßen Plattform zum leichten Auffinden von einzelnen Übernachtungsmöglichkeiten, zum Vergleich und zur selbständigen Buchung.

Aber auch sog. Online-Reisebüros unterscheiden sich von Buchungsplattformen wie booking.com und wurden daher vom deutschen Bundeskartellamt nicht in die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes einbezogen. [Vgl. Rz. 129 der Entscheidung B 9-121/13 mit Verweis auf OLG Düsseldorf 9. Januar 2015, VI-Kart 1/14 (V).] Das Bündel von 'Suchen, Vergleichen und Buchen' bilde den sachlich relevanten Markt im Sinne eines Pakets von Hauptleistung und Nebenleistungen der Hotelportale; die sachlich relevante Vermittlungsleistung im Sinne einer Hauptleistung werde wesentlich durch Netzwerkeffekte beeinflusst, andere Vertriebswege außerhalb des Hotelportalmarktes gehören hingegen nicht zum sachlich relevanten Markt. [In der Entscheidung B 9-66/10 (HRS) lautet es auf Rz. 93: 'Auch Online-Reisebüros gehören nicht zum selben sachlichen Markt wie Hotelportale. Dies liegt vor allem daran, dass sie einen anderen Kundenkreis ansprechen, der mit demjenigen der Hotelportale nur eine kleine Schnittmenge aufweist, und dabei auf einer anderen Marktstufe tätig sind. Das Angebot der Online-Reisebüros, wie z.B. Opodo, richtet sich mit ihrem umfassenden Angebot, einschließlich Lastminute Reisen, Pauschalreisen und Ferienwohnungen sowie Flugverbindungen, Bahnverbindungen und Mietwagen primär an Urlaubsreisende und nicht an Personen, die zunächst nur ein Hotelzimmer buchen wollen. Sie verfügen im Gegensatz zu Hotelportalen nicht über ein eigenes vertragliches Netzwerk mit einer Vielzahl von Hotels, sondern übernehmen Hotelzimmerangebote aus anderen Portalen oder von Großhändlern. Dementsprechend erhalten online-Reisebüros für die Weitervermittlung kein Entgelt von den Hotels, sondern von anderen Portalen und von Großhändlern. Online-Reisebüros sind weniger ein 'Vertriebskanal der Hotels' als ein Vertriebskanal für andere Portale und für Hotelzimmergroßhändler.']

Die herkömmliche Art der Reisevermittlung durch Reiseagenturen ist außerdem deutlich kleinteiliger organisiert, sodass den Beherbergungsbetrieben nicht drei global agierende Unternehmen mit entsprechender Marktmacht gegenüberstehen. Das Geschäftsmodell sowie die Marktbedingungen und -mechanismen stellen sich somit gänzlich anders dar. [Dies zeigt sich auch an den AGB der

Antragstellerin, die die Spezifika von Buchungsplattformen veranschaulichen: Insbesondere die unter Punkt 2.5. bis 2.8. festgelegten Regelungen zielen – anders als dies bei Reiseagenturen der Fall ist – darauf ab, möglichst wenige Berührungspunkte der Antragstellerin mit der Geschäftstätigkeit der Beherbergungsbetriebe zu schaffen und die Leistung der Antragstellerin auf die bloße Vermittlung von Buchungen über ihre Plattform zu beschränken sowie den mit der Buchungsabwicklung entstehenden Aufwand und das damit verbundene Risiko weitest möglich auf die Beherbergungsunternehmen zu übertragen (siehe dazu auch Punkt 6.). So wird beispielsweise in Punkt 2.5.5. festgelegt, dass Beschwerden und Forderungen ausschließlich vom Beherbergungsunternehmen bearbeitet werden. Im Falle einer Überbuchung werden nach Punkt 2.6. vom Beherbergungsunternehmen, 'gleiche oder bessere Unterkünfte (...) samt kostenfreiem Transfer dorthin' organisiert. Auch die unter Punkt 4. festgelegten Bedingungen hinsichtlich der Reihenfolge der Darstellung der Unterkünfte oder das Zustandekommen der und den Umgang mit den Gästebewertungen veranschaulichen den besonderen Charakter der Vermittlungsplattform.] Die sich daraus ergebende besondere Markt- und Wettbewerbssituation von Buchungsplattformen rechtfertigt es, Grenzen der Vertragsgestaltung dort zu setzen, wo sie ihre besondere Stellung zum Nachteil anderer Wirtschaftsteilnehmer, konkret der Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden, einsetzen, die sich aufgrund der Gegebenheiten des modernen Tourismusmarktes in einem Abhängigkeitsverhältnis zu diesen Online-Vermittlungsplattformen befinden.

3.4. Soweit die Antragstellerin vorbringt, es gebe keine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von Vermittlungsleistungen über Beherbergung und solchen über sonstige Reiseleistungen, wie Flüge oder Mietautos, ist ihr entgegenzuhalten, dass in den genannten Bereichen die hier maßgebliche Problemlage nicht besteht. Vielmehr ist das Machtverhältnis etwa bei Plattformen für Flugreisen oder Autoverleih ein vollkommen anderes, da den Plattformbetreibern im Gegensatz zum Beherbergungssektor nur wenige Anbieter gegenüber stehen. Folglich ist die Gewährleistung des oben dargestellten erforderlichen Machtausgleichs eher durch die Wirkung der Marktkräfte zu erreichen als im sehr kleinteilig organisierten Beherbergungsbereich.

3.5. Eine Differenzierung innerhalb der Plattformbetreiber erfolgt durch die gegenständliche Regulierung nicht. Sie betrifft sämtliche Unternehmen, die solche Verträge mit Beherbergungsunternehmen bzw. Gastgewerbetreibenden abschließen. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung findet sohin nicht statt, da beim Vergleich zwischen Buchungsplattformen und herkömmlichen Reiseagenturen Unterschiede im Tatsächlichen bestehen, sodass eine differenzierende Regelung zulässig ist.

3.6. Die Regelung entspricht auch den Anforderungen an das allgemeine Sachlichkeitsgebot. Die Notwendigkeit der gegenständlichen Regelung wurde bereits bei den Ausführungen zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums ausführlich dargelegt. Es sprechen demnach sachliche Gründe, nämlich die Sicherstellung eines freien und fairen Wettbewerbs am Beherbergungsmarkt durch Schutz der Beherbergungsunternehmen vor einer übermäßigen Einschrän-

kung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit durch global agierende Plattformanbieter mit entsprechender Verhandlungsmacht.

3.7. Es handelt sich dabei auch nicht, wie von der Antragstellerin vorgetragen, um eine willkürliche Anlassgesetzgebung, die dem Sachlichkeitsgebot zuwiderläuft. Zu den Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Verwendung vertikaler Paritätsklauseln von 27 Wettbewerbsbehörden nicht weiter beanstandet würden, ist auf die – bereits mehrmals zitierten – Untersagungsentscheidungen des deutschen Bundeskartellamtes gegen mehrere Betreiber von Online-Buchungsplattformen hinzuweisen, die teilweise bereits rechtskräftig sind. In Schweden sind demgegenüber zivilgerichtliche Verfahren anhängig, die eine solche Vertragsausgestaltung zum Gegenstand haben (vgl. S. 23 des Jahresberichtes 2016 der Priceline Group). Überdies besteht, wie bereits ausgeführt, in Frankreich ein entsprechendes gesetzliches Verbot. Schließlich sind in der Schweiz sowie in Italien solche Regelungen in Vorbereitung. Das bedeutet zusammengefasst, dass in mehreren Ländern die gegenständliche Paritätsklausel bereits untersagt wurde bzw. damit in naher Zukunft gerechnet wird. Von einer willkürlichen Anlassgesetzgebung kann auch deshalb nicht gesprochen werden, weil der Diskussionsprozess zu dieser Gesetzesinitiative ein sehr langer und umfassender war. Die Argumente wurden bei der Gestaltung des Eingriffs gründlich abgewogen.

3.8. Schließlich führt die Antragstellerin aus, die Unsachlichkeit zeige sich insbesondere auch durch eine Analyse der Systematik und Zielsetzung der Regelung. Ohne eine Einzelfallprüfung würden vertikale Paritätsklauseln für unzulässig erklärt, wobei der Tatbestand der Z 32 im Vergleich zu den anderen Tatbeständen des Anhangs zum UWG, die alle offenkundig irreführend oder aggressiv seien, völlig deplatziert anmute und überdies der einzige sei, der das Verhältnis von Unternehmern untereinander und nicht das Verhältnis zwischen Unternehmern und Konsumenten betreffe.

3.9. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Regelung in Berücksichtigung der bestehenden Systematik des UWG mittels einer Erweiterung des Anhangs systemkonform geregelt wurde. Schon seit der Stammfassung findet sich im UWG eine Generalklausel, zu der sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet haben (siehe dazu die Ausführungen unter Punkt I. 3.1). Dass die bisherigen Fälle des Anhangs zum UWG die Beziehung zwischen Unternehmern und Konsumenten (B2C), die Z 32 jedoch die Beziehung zwischen Unternehmern untereinander (B2B) betreffen, ist dem Umstand geschuldet, dass in diesem Anhang die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umgesetzt wurde, die sich nur auf den B2C-Bereich erstreckt. Um die grundsätzliche Systematik beibehalten zu können, wurde die antragsgegenständliche Regelung ebenfalls im Anhang als Z 32 verankert. Eine solche Vorgehensweise ist systemkonsistent und liegt jedenfalls im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Diese – allein systematische – Entscheidung des Gesetzgebers ist keinesfalls geeignet, die – nach inhaltlichen Gesichtspunkten zu beurteilende – Sachlichkeit der Regelung in Frage zu stellen.

3.10. Von einem inhaltlichen Standpunkt aus ist dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen zu halten, dass angesichts der ungleichen Kräfteverhältnisse am entsprechenden Markt nicht ernstlich in Frage gestellt werden kann, dass es sich bei diesen Vertragsklauseln um eine aggressive Geschäftspraxis handelt. Ihre Intention, mittels solcher Vertragsklauseln ihre ohnehin schon sehr starke Wettbewerbsposition auf Kosten der unternehmerischen Dispositionsfreiheit der Beherbergungsunternehmen weiter zu festigen bzw. auszubauen, geht überdies klar aus dem vorliegenden Antrag hervor. Gerade dem will die angefochtene Regelung zur Sicherstellung von der Verhandlungsfreiheit zwischen Beherbergungsunternehmen und Plattformbetreiber entgegenwirken.

3.11. Soweit die Antragstellerin versucht, ihre Argumentation auf den Zweck des Preisauszeichnungsgesetzes zu stützen, kann auch mit diesen Ausführungen für ihr Anliegen nichts gewonnen werden. Die Verpflichtung zur Preisauszeichnung soll dem Konsumenten eine ausreichende Information über das Preisniveau geben. Es ist jedoch nicht geboten, dass der niedrigste Preis für die angeführten Leistungen zwingend beim Vertrieb über eine Buchungsplattform aufscheinen muss.

3.12. Im Ergebnis erweisen sich daher die gleichheitsrechtlichen Bedenken der Antragstellerin gegen die angefochtene Regelung nicht als stichhaltig.

4. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass die angefochtenen Regelungen nach Ansicht der Bundesregierung nicht verfassungswidrig sind."

4. Die antragstellende Gesellschaft erstattete eine weitere Äußerung, in der sie – unter anderem – ausführt, dass ihr wirtschaftlicher Erfolg für die Frage der Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Bestimmungen nicht von Relevanz sei. Schließlich gälten die verfassungsrechtlichen Garantien in gleicher Weise für wirtschaftlich erfolgreich tätige und für neu in den Markt eintretende Unternehmen. Mit dem Vorbringen, die angefochtenen Bestimmungen dienten einem "Konkurrenzschutz" habe die antragstellende Gesellschaft den Schutz finanziell schwacher oder ineffizienter Beherbergungsunternehmen vor dem Wettbewerb durch andere Beherbergungsunternehmen angesprochen. Die von der Bundesregierung ins Treffen geführten Entscheidungen des deutschen Bundeskartellamtes seien noch nicht rechtskräftig bzw. bezögen sich nicht nur auf vertikale Paritätsklauseln.

9

#### **IV. Erwägungen**

## 1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. 10

Voraussetzung der Antragslegitimation gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG ist einerseits, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch das angefochtene Gesetz – im Hinblick auf dessen Verfassungswidrigkeit – in seinen Rechten verletzt worden zu sein, dann aber auch, dass das Gesetz für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist, dass das Gesetz in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese – im Falle seiner Verfassungswidrigkeit – verletzt. 11

Nicht jedem Normadressaten aber kommt die Anfechtungsbefugnis zu. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass das Gesetz selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch das Gesetz selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des – behaupteterweise – rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg. 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003). 12

1.2. Die angefochtenen Bestimmungen greifen unmittelbar und aktuell in die Rechtssphäre der antragstellenden Gesellschaft ein, welche Betreiberin einer Buchungsplattform ist: Gemäß § 1a Abs. 4 UWG gilt die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik ("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") als aggressiv. Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig. § 1a Abs. 4 und Z 32 des Anhangs zum UWG treten mit dem Ablauf eines Monats 13

nach der Kundmachung (30. November 2016) in Kraft und sind auch auf Verträge anzuwenden, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden (§ 44 Abs. 10 UWG).

Dazu normieren die ebenfalls angefochtenen Bestimmungen in § 7 zweiter und dritter Satz PrAG, dass die Preise (für der Beherbergung dienende Unterkünfte) vom Gastgewerbetreibenden frei festgelegt und nicht durch Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln durch Buchungsplattformbetreiber eingeschränkt werden dürfen. Derartige Klauseln in Verträgen zwischen Gastgewerbetreibenden und Buchungsplattformbetreibern sind absolut nichtig. Gemäß § 17 Abs. 10 zweiter Satz PrAG ist § 7 zweiter und dritter Satz auch auf Verträge anzuwenden, die vor Ablauf eines Monats nach der Kundmachung des BGBl. I 99/2016 (30. November 2016) abgeschlossen wurden. 14

1.3. Der antragstellenden Gesellschaft steht auch kein anderer zumutbarer Weg zur Verfügung, ihre Bedenken gegen die angefochtenen Bestimmungen an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen: Insbesondere ist es nicht zumutbar, durch die Unterlassung der Einhaltung der angefochtenen Bestimmungen eine wettbewerbsrechtliche Klage durch einen Mitbewerber bzw. eine andere aktiv klagslegitimierte Partei gemäß § 14 UWG oder eine Verbandsklage gemäß § 28a iVm § 29 KSchG zu provozieren (vgl. VfSlg. 11.853/1988; VfGH 9.10.2015, G 164/2014). 15

1.4. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag der einschreitenden Gesellschaft als zulässig. 16

## **2. In der Sache**

Der Antrag ist nicht begründet. 17

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung 18

des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003; VfGH 3.7.2015, G 46/2015).

2.2. Die antragstellende Gesellschaft begründet die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen zum einen damit, dass diesen kein legitimes öffentliches Interesse zugrunde liege, zum anderen dahingehend, dass durch diese in unverhältnismäßiger Weise in die Privatautonomie der Buchungsbetreiber eingegriffen werde. Hiezu führt sie – zusammengefasst – aus, dass das vom Gesetzgeber mit den angefochtenen Bestimmungen verfolgte Ziel in Wahrheit darin gelegen sei, Beherbergungs- bzw. Gastgewerbebetriebe, die unter finanziellen Problemen oder einer mangelnden Auslastung litten, vor dem Wettbewerb zu schützen, der durch Buchungsbuchungen entstehe. Ein derartiger Konkurrenzschutz liege keinesfalls im öffentlichen Interesse. Selbst wenn man aber vom Vorliegen eines legitimen öffentlichen Interesses ausgehe, seien die angefochtenen Regelungen weder geeignet noch erforderlich, um das vom Gesetzgeber postulierte Ziel – nämlich die Sicherung des Wettbewerbs – zu erreichen: Entgegen der Auffassung des Gesetzgebers seien vertikale Paritätsklauseln dem freien Wettbewerb nicht hinderlich, sondern trügen dazu bei, diesen – durch schnelle und eindeutige Preis- und Qualitätsvergleichsmöglichkeiten sowie als effektive Online-Werbung für Klein- und Mittelbetriebe – zu fördern. Auf diese Weise kämen vertikale Paritätsklauseln auch den Konsumenten zugute, die ansonsten auf den einzelnen Webseiten nach den besten Preisen (für vergleichbare Leistungen) suchen müssten. Dies sei auch von 27 nationalen Wettbewerbsbehörden in ganz Europa, darunter die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde, festgestellt worden. Schließlich stellten die angefochtenen Bestimmungen eine willkürliche Anlassgesetzgebung dar und führten zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung zwischen Buchungsbuchungen- und Vergleichsbuchungen auf der einen und anderen Unternehmen, wie insbesondere sonstigen Reiseagenturen, auf der anderen Seite. Aus den genannten Gründen widersprechen die angefochtenen Bestimmungen den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK und Art. 17 GRC, auf Erwerbs(ausübungs)freiheit gemäß Art. 6 StGG, auf unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRC sowie auf Gleichbehandlung gemäß Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG, Art. 14 EMRK bzw. Art. 20 und 21 GRC.

19

2.3. Die Bundesregierung begegnet diesen Bedenken insbesondere damit, dass es kleinen und mittleren Tourismusbetrieben nicht möglich sei, auf die Angebote von Online-Vermittlungsplattformen zu verzichten, wobei der Vertragsabschluss auf Grund der "quasi-monopolartigen" Strukturen dieser Plattformen faktisch nicht der freien Vereinbarung unterliege. Vielmehr nutzten diese Plattformen ihre besondere Stellung, um den Klein- und Mittelbetrieben nachteilige Vertragsbedingungen, darunter auch die gegenständlichen Bestpreisklauseln, aufzuzwingen. Vor diesem Hintergrund liege es im öffentlichen Interesse, die unternehmerische Dispositionsfreiheit durch eine effektive ex-ante Regulierung sicherzustellen (schließlich sei nicht nur die Privatautonomie der antragstellenden Gesellschaft, sondern auch jene der Hotelunternehmen geschützt) und damit den freien Wettbewerb zu fördern: Durch die Möglichkeit, die Preise auf der eigenen Webseite gegenüber den Preisen auf der Buchungsplattform zu senken, könnten Beherbergungsunternehmen flexibler auf Angebot und Nachfrage reagieren und damit eine höhere Auslastung erreichen. Dass es ohne diese Gestaltungsfreiheit zu einer Einschränkung des Preiswettbewerbs zwischen Hotelunternehmen komme, sei auch bereits vom deutschen Bundeskartellamt festgestellt worden. Darüber hinaus führe die Verpflichtung, einem Plattformbetreiber den günstigsten Preis anzubieten, aber auch zu einer Einschränkung des Wettbewerbs zwischen mehreren Plattformbetreibern, indem sie eine Monopolisierung begünstige. Die angefochtenen Bestimmungen wirkten – in beschränkten Rahmen – auch dieser Gefahr entgegen. Wenn im Antrag vorgebracht werde, die angefochtenen Bestimmungen dienten dem Konkurrenzschutz, sei dies aus mehreren Gründen unzutreffend: Zum einen seien die Beherbergungsunternehmen von den Regelungen in gleicher Weise betroffen, zum anderen stünden die Beherbergungsunternehmen mit den Buchungsplattformbetreibern in keinem Konkurrenzverhältnis. Der Gefahr von Trittbrettfahrern – was übrigens kein Spezifikum der Buchungsplattformen darstelle – könnte die antragstellende Gesellschaft dadurch begegnen, dass sie ihr Geschäftsmodell nicht (hauptsächlich) von einer Provisionszahlung der Beherbergungsunternehmen abhängig mache. Schließlich bestünden Unterschiede im Tatsächlichen zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Reisevermittlern, weshalb eine unterschiedliche rechtliche Behandlung gerechtfertigt sei, und stünde es im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, den angefochtenen Regelungen eine Durchschnittsbetrachtung zugrunde zu legen.



2.4. Zur behaupteten Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Erwerbs(ausübungs)freiheit gemäß Art. 6 StGG, auf unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRC sowie auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK und Art. 17 GRC: 21

2.4.1. Nach der ständigen Judikatur zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (s. zB VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001, 16.734/2002 und 17.932/2006) sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. 22

Auch gesetzliche Regelungen, welche die Berufsausübung beschränken, sind auf ihre Übereinstimmung mit der verfassungsgesetzlich verbürgten Freiheit der Erwerbsbetätigung zu prüfen und müssen dementsprechend durch ein öffentliches Interesse bestimmt und auch sonst sachlich gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein müssen. Es steht jedoch dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern (s. etwa VfSlg. 13.704/1994 und die dort zitierte Vorjudikatur; weiters VfSlg. 16.024/2000 und 16.734/2002). 23

2.4.2. Der ebenfalls geltend gemachten Garantie des Art. 16 GRC kommt im vorliegenden Zusammenhang der gleiche Schutzzumfang zu (vgl. VfSlg. 19.909/2014 sowie VfSlg. 19.972/2015). Dabei ist zu bemerken, dass dann, wenn ein verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht – wie im vorliegenden Fall Art. 6 StGG – den gleichen Anwendungsbereich wie ein Recht der Grundrechte-Charta hat, die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs in der Regel auf Grund der österreichischen Verfassungslage erfolgt (vgl. VfSlg. 19.632/2012, 19.909/2014). 24

2.4.3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. dazu VfSlg. 6780/1972 und die dort angeführte Vorjudikatur; VfSlg. 12.227/1989, 15.367/1998, 15.771/2000) gilt der erste Satz des Art. 5 StGG auch für Eigentumsbeschränkungen. Der Gesetzgeber kann aber angesichts des in Art. 1 1. ZPEMRK enthaltenen Gesetzesvorbehalts Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes der Unversehrtheit des Eigentums berührt oder in anderer Weise gegen einen auch ihn bindenden Verfassungsgrundsatz verstößt (vgl. VfSlg. 9189/1981, 10.981/1986 und 15.577/1999), soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. zB VfSlg. 9911/1983, 14.535/1996, 15.577/1999 und 17.071/2003) und nicht unverhältnismäßig ist (vgl. etwa VfSlg. 13.587/1993, 14.500/1996, 14.679/1996, 15.367/1998 und 15.753/2000). 25

Da sich die verfassungsrechtliche Eigentumsgewährleistung gemäß der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg. 1523/1946, 1542/1947, 4010/1961, 7160/1973, 8201/1977, 9392/1982, 9887/1983, 10409/1985) auf alle privaten Vermögensrechte erstreckt, umfasst sie auch das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge. Der Staat darf demzufolge – gleichgültig, ob er den Abschluss bestimmter Verträge verhindert oder umgekehrt dazu zwingt – in die Privatautonomie lediglich unter den Voraussetzungen eingreifen, die die Verfassungsordnung ganz allgemein für die Zulässigkeit von Eigentumseingriffen vorsieht (VfSlg. 12.227/1989). 26

2.4.4. Die im Antrag geltend gemachte Garantie des Art. 17 GRC entspricht Art. 1 1. ZPEMRK (vgl. die Erläuterungen zu Art. 17 GRC, ABl. 2007 C 303, 17). 27

2.4.5. Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 UWG kann jemand, der im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, auf Unterlassung und – bei Verschulden – auf Schadenersatz geklagt werden. Derartige unlautere Geschäftspraktiken sind gemäß § 1 Abs. 3 UWG insbesondere solche, die aggressiv iSd § 1a UWG oder irreführend iSd § 2 UWG sind. Im Hinblick auf die Ausführungen in § 1a Abs. 1 UWG gilt eine Geschäftspraktik als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die in der 28

"Schwarzen Liste" des Anhangs I zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthaltenen Geschäftspraktiken sind – in Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG – jedenfalls als "aggressiv" anzusehen.

2.4.6. Durch die Novelle BGBl. I 99/2016 ergänzte der Gesetzgeber die "Schwarze Liste" in Anhang I zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus – um die von der antragstellenden Gesellschaft (mit-)angefochtene Z 32, der zufolge "[d]as 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", als "aggressive Geschäftspraktik" zu qualifizieren ist. Derartige Vereinbarungen sind gemäß der – ebenfalls mit BGBl. I 99/2016 neu geschaffenen – Bestimmung des § 1a Abs. 4 UWG absolut nichtig. § 44 Abs. 10 UWG idF BGBl. I 99/2016 zufolge traten diese Änderungen mit dem Ablauf eines Monats nach ihrer Kundmachung (am 30. November 2016) in Kraft, wobei sie auch auf Verträge anzuwenden sind, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden.

29

Die Materialien erläutern zu dieser Novelle unter anderem wie folgt (vgl. ErlRV 1251 BlgNR 25. GP, 1 ff.):

30

"Mit der geplanten Gesetzesnovelle zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG) soll konkreten Auswirkungen des faktischen wirtschaftlichen Ungleichgewichts von Betreibern einer Buchungs- oder Vergleichsplattform und Beherbergungsunternehmen Rechnung getragen werden. Buchungs- und Vergleichsplattformen spielen heutzutage im Tourismus eine große Rolle und bringen viele Vorteile sowohl für Konsumenten als auch für Unternehmer. Mit dem Gesetzesvorhaben wird diese bedeutende Rolle nicht in Frage gestellt und nur ein Teilaspekt geregelt, welcher die Vertragsautonomie und damit einen fairen Wettbewerb sicherstellen soll. Bestpreisklauseln von Plattformbetreibern zwangen bislang Beherbergungsunternehmen u.a. keine günstigeren Preise auf der eigenen Website anzugeben. Diese Praktik stellt eine unlautere Geschäftspraktik im B2B-Geschäftsverkehr dar. Dies wird im Sinne des Zieles des fairen Wettbewerbs für Unternehmen, insbesondere KMU, durch die Aufnahme in den Anhang des UWG klargestellt.

[...]

Rechtsverfahren, in welchen Wettbewerbsrechtsverstöße ex post beurteilt werden, können von der Dauer her und aufgrund eines ungewissen Ausgangs

KMU vor besonders harte Herausforderungen stellen. Eine klare rechtstransparente ex ante Regulierung stellt in diesem Fall eine geeignete und effektive Lösung dar und ist somit sachlich gerechtfertigt. Anträge auf Abstellung unlauterer Verhaltensweisen können beispielsweise von Interessensvereinigungen (§ 14 UWG) eingebracht werden. Entsprechende Klauseln sind grundsätzlich gem. § 879 ABGB absolut nichtig. Die Anwendbarkeit von kartellrechtlichen Bestimmungen und des Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen bleibt unberührt.

[...]

[...] Es liegt im öffentlichen Interesse, wenn ein Beherbergungsunternehmen aus verschiedenen Gründen (finanzieller Art bzw. mangelnde Auslastung des Betriebs) entsprechend den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage seine Preise entsprechend auf seiner Webseite gegenüber den Preisen auf der Buchungsplattform absenken kann und damit der faire Wettbewerb sichergestellt werden kann. Durch die Absenkung der Preise werden zusätzliche Gäste das Angebot annehmen und wird der Wettbewerb gefördert. Diese kurzfristige Erhöhung der Auslastung des Unternehmens kann dazu führen, dass der Betrieb wieder langfristig sicherstellt wird, Arbeitsplätze im Unternehmen absichert werden, Zulieferbetriebe ausgelastet sind, etc. Die vorgesehene Beschränkung des vertraglichen Inhaltes zwischen Buchungsplattformbetreibern und Beherbergungsunternehmen ist geeignet und erforderlich zur Erreichung dieser angestrebten Ziele. Ein angemessenes Verhältnis zur Bedeutung des angestrebten Ziels liegt vor. Die Bestimmung ist damit geeignet, adäquat und sonst sachlich gerechtfertigt. Regelungsgegenstand ist nicht ein Dienst der Informationsgesellschaft, sondern eine zivilrechtliche Klausel, die dem Vertragspartner eine freie Preisbildung bzw. attraktivere Angebote auf anderen Vertriebskanälen untersagt. Mit dem Verbot dieser Klauseln, das inländische und ausländische Plattformanbieter gleichermaßen betrifft, wird eine Beschränkung des Wettbewerbs aufgehoben und damit der Wettbewerb auch außerhalb der Plattformangebote intensiviert.

Eine vergleichbare gesetzliche Regelung zu diesem vorgesehenen Verbot entsprechender Vertragsklauseln (Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln) von Buchungsplattformen in Anhang Z 32 besteht auch in Frankreich. Überdies hat in Deutschland das Bundeskartellamt sowohl im Fall HRS als auch im Fall booking.com entschieden, dass Bestpreisklauseln den Wettbewerbsregeln widersprechen, auch wenn sie nur die eigene Website des Beherbergungsunternehmens betreffen.

[...]"

2.4.7. Mit derselben Novelle änderte der Gesetzgeber auch Bestimmungen des Preisauszeichnungsgesetzes; insbesondere wurde § 7 PrAG dahingehend neu gefasst, dass dessen zweiter und dritter Satz nunmehr wie folgt lauten: "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." Diese Änderung trat zum selben Zeitpunkt in Kraft wie die oben dargestellte Novelle BGBl. I 99/2016 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 17 Abs. 10 PrAG idF BGBl. I 99/2016). Auch diese Änderung sollte – wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht (ErlRV 1251 BlgNR 25. GP, 3 f.) – der Sicherung eines "fairen Wettbewerbs" zwischen Beherbergungsunternehmen und den Betreibern von Buchungsplattformen dienen.

2.4.8. Durch das Verbot einer bestimmten Vertragsgestaltung greifen die angefochtenen Bestimmungen in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Erwerbs(ausübungs)freiheit der antragstellenden Gesellschaft ein. Dieser Eingriff ist allerdings gerechtfertigt: 32

2.4.9.1. Dem Gesetzgeber kann nicht entgegengetreten werden, wenn er mit den angefochtenen Regelungen – wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht – das öffentliche Interesse an der Sicherung "fairer" ("freier") Wettbewerbsbedingungen zwischen Buchungsplattformen und Beherbergungsunternehmen verfolgt (vgl. zum öffentlichen Interesse an der Wettbewerbsordnung ua. VfSlg. 12.379/1990, 19.635/2012, 19.721/2012, 19.950/2015). Für den Verfassungsgerichtshof ist dabei nicht erkennbar, dass bzw. inwiefern den angefochtenen Bestimmungen – wie von der antragstellenden Gesellschaft behauptet – in Wahrheit ein anderes Ziel, in concreto das Ziel des Konkurrenzschutzes, zugrunde liegen sollte. Wie die Bundesregierung zutreffend ausführt, stehen Buchungsplattformen und Beherbergungsbetriebe in keinem Konkurrenzverhältnis zueinander. Die Annahme eines Konkurrenzschutzes im Verhältnis der Beherbergungsunternehmen untereinander scheidet schon deshalb aus, weil sich das Verbot von Paritätsklauseln unterschiedslos auf alle Beherbergungsunternehmen bezieht. 33

2.4.9.2. Im Gegensatz zur Auffassung der antragstellenden Gesellschaft sind die bekämpften Regelungen auch geeignet, das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, nämlich die Sicherung eines freien Wettbewerbs und damit auch die Wahrung der Verbraucherinteressen, zu erreichen: Unter der den gesetzlichen Regelungen zugrunde liegenden – aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive nicht in 34

Zweifel zu ziehenden – Prämisse, dass das Verbot, auf anderen Vertriebswegen (inklusive der eigenen Webseite) günstigere Konditionen für die eigenen Leistungen anzubieten, eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellt, ist die Untersagung derartiger Verbote zweifellos geeignet, den freien Wettbewerb zu fördern. Dabei gilt es zu beachten, dass die Prognose, ob eine gesetzgeberische Maßnahme geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, primär dem Gesetzgeber selbst obliegt. Der Verfassungsgerichtshof kann dem Gesetzgeber nur dann entgegengetreten, wenn die Eignung von vornherein auszuschließen ist (VfSlg. 13.725/1994; auch VfSlg. 12.379/1990).

2.4.9.3. Die angefochtenen Regelungen sind auch adäquat und sonst sachlich gerechtfertigt. Der vom Gesetzgeber mit den angefochtenen Bestimmungen verfolgte Schutz der Wettbewerbsordnung (letztlich auch im Interesse der Verbraucher) überwiegt das Interesse der betroffenen Unternehmen an einer freien Gestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen. Auch ist für den Verfassungsgerichtshof nicht erkennbar, welches gelindere Mittel dem Gesetzgeber als Alternative zum Verbot derartiger Klauseln zur Verfügung gestanden wäre: Zum einen ist in der Beschränkung des Verbots auf "enge" Paritätsklauseln, welche die Beherbergungsunternehmen dazu verpflichten, der Buchungsplattform den besten Unterkunftspreis sowie die beste Verfügbarkeit im Verhältnis zu allen Vertriebskanälen des jeweiligen Beherbergungsbetriebes anzubieten, – unter der Annahme, dass jede Art von Paritätsklauseln eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfaltet – kein weniger eingreifendes Mittel zu sehen, zum anderen kann dem Gesetzgeber nicht entgegengetreten werden, wenn er eine bloße ex-post Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Paritätsklauseln als eine unzureichende Maßnahme qualifiziert.

35

2.4.9.4. An diesen Überlegungen kann die (von der antragstellenden Gesellschaft vorgebrachte) Tatsache, dass mehrere Wettbewerbsbehörden (darunter auch die österreichische Wettbewerbsbehörde) keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung "enger" Paritätsklauseln erkennen konnten, nichts ändern: Die Entscheidungen dieser Wettbewerbsbehörden ergingen in Anwendung einer bestimmten Rechtslage, welche der Gesetzgeber – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen – jederzeit ändern kann. Insbesondere kann der Gesetzgeber dabei (im Rahmen verfassungs- und unionsrechtlicher Grenzen) darüber entscheiden, wie die Wettbewerbsordnung zu gestalten und welches

36

Verhalten als dieser Ordnung widersprechend anzusehen ist. In diesem Sinn ist der antragstellenden Gesellschaft, wenn sie sich auf die Auffassung europäischer Wettbewerbsbehörden beruft, entgegenzuhalten, dass es nicht Aufgabe des Verfassungsgerichtshofes in einem Verfahren nach Art. 140 B-VG ist, die Richtigkeit wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen zu prüfen, sondern einzig, ob der Gesetzgeber die ihm von der Verfassung gesetzten Grenzen eingehalten hat. Ein verfassungsrechtlich relevanter (unsachlicher) Widerspruch innerhalb des wettbewerbsrechtlichen Systems ist für den Verfassungsgerichtshof nicht erkennbar (vgl. dazu auch unten die Punkte 2.5.1. sowie 2.5.2.).

2.4.9.5. Die angefochtenen Bestimmungen erweisen sich somit als zulässige Beschränkung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Erwerbs(ausübungs)freiheit. 37

2.4.9.6. Aus denselben Erwägungen treffen auch die im Hinblick auf die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf unternehmerische Freiheit sowie auf Unverletzlichkeit des Eigentums geltend gemachten Bedenken nicht zu. 38

2.5. Zur behaupteten Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG. 39

2.5.1. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. zB VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s. etwa VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002). Ob eine Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann nicht mit dem Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden (zB VfSlg. 14.301/1995, 15.980/2000 und 16.814/2003). 40

Mit ihrem Vorbringen, dass die angefochtenen Bestimmungen zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von Online-Buchungsplattformen gegenüber sonstigen Reisevermittlungsunternehmen bzw. Beherbergungsunternehmen und 41

Anbietern sonstiger Reiseleistungen führten, legt die antragstellende Gesellschaft keine Verfassungswidrigkeit dar: Entgegen ihrer Auffassung bestehen relevante Unterschiede im Tatsächlichen zwischen den verschiedenen Reisevermittlungsunternehmen – insbesondere im Hinblick auf die Marktmacht der beteiligten Unternehmen und die von diesen angebotenen Dienstleistungen – sowie zwischen den Vertragspartnern der Betreiber von Buchungsplattformen, welche eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

2.5.2. Ebenso wenig liegt eine Verletzung des aus dem Gleichheitssatz erfließenden Sachlichkeitsgebotes vor: Der Verfassungsgerichtshof vermag in den angefochtenen Bestimmungen weder eine verfassungswidrige Anlassgesetzgebung noch eine Systemwidrigkeit dieser Bestimmung innerhalb der wettbewerbsrechtlichen Regelungen zu erkennen; vielmehr bewegt sich der Gesetzgeber damit innerhalb des ihm zukommenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes. 42

2.5.3. Vor dem Hintergrund der dargelegten Erwägungen zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Erwerbs(ausübungs)freiheit, auf unternehmerische Freiheit sowie auf Unverletzlichkeit des Eigentums kann der Verfassungsgerichtshof nicht erkennen, dass die angefochtenen Bestimmungen gegen Art. 14 EMRK iVm Art. 1 1. ZPEMRK bzw. gegen Art. 20 und 21 GRC verstoßen. 43

2.6. Die angefochtenen Bestimmungen verstoßen daher nicht gegen die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Erwerbs(ausübungs)freiheit gemäß Art. 6 StGG, auf unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRC, auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZPEMRK und Art. 17 GRC sowie auf Gleichbehandlung gemäß Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG, Art. 14 EMRK sowie Art. 20 und 21 GRC. 44

## **V. Ergebnis**

1. Der Antrag ist daher abzuweisen. 45

2. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 46



Wien, am 29. September 2017

Die Vizepräsidentin:

Dr. BIERLEIN

Schriftführer:  
Mag. PICHLER