

## Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

haben Sie Ihre Sommerlektüre schon zusammen? Jede Menge kartellrechtlichen Lesestoff bergen die vielen Änderungen der 9. GWB-Novelle in sich. Diese Lektüre ist Ihnen zu schwer? Wir bieten Ihnen eine Zusammenfassung der wichtigsten Änderungen.

Pflichtlektüre für Kartellrechts- und Compliance-Verantwortliche ist das neue Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters. Dr. Christian Heinichen zeigt in seinem Beitrag, wann Ihrem Unternehmen eine Eintragung in das Wettbewerbsregister verbunden mit dem Risiko eines Ausschlusses von Vergabeverfahren droht. Und wie Sie eine vorzeitige Löschung der Eintragung erreichen.

Auch sonst fällt das kartellrechtliche Sommerloch dieses Jahr aus. Hitzig diskutiert wird die Entscheidung der Europäischen Kommission gegen Google. Für viele Praktiker bedeutsamer sind die neuesten Entwicklungen zum Onlinehandel. Was Hersteller dort von ihren Händlern im Selektivvertrieb fordern dürfen und was nicht, erläutert Uwe Wellmann am Beispiel von Beschränkungen für Preisvergleichsdienste.

Schließlich werfen wir ein Schlaglicht auf die Personalabteilung Ihres Unternehmens. Sie fragen sich, was HR mit Kartellrecht zu tun hat? Dr. Daniel Hund und Dr. Christian Heinichen zeigen es in ihrem Beitrag zu den praktisch weithin unbekanntem kartellrechtlichen Risiken der Personalarbeit.



**Georg Philipp Cotta, LL.M.**  
(University of London)  
Rechtsanwalt,  
Co-Head der Praxisgruppe  
Kartellrecht & Beihilfenrecht



**Dr. Dietmar O. Reich**  
Rechtsanwalt,  
Co-Head der Praxisgruppe  
Kartellrecht & Beihilfenrecht

## Inhalt

<b>I. Kurzmeldungen</b>	<b>Seite 1</b>
<b>II. Aktuelles</b>	<b>Seite 3</b>
Schwarze Liste für schwarze Schafe	<b>Seite 3</b>
<b>III. Rechtssprechung</b>	<b>Seite 4</b>
Preisvergleichsportale im Selektivvertrieb: Das Verbot des Verbots	<b>Seite 4</b>
<b>IV. Hintergrund</b>	<b>Seite 5</b>
Human Resources im Fadenkreuz des Kartellrechts	<b>Seite 5</b>
<b>Hinweise und Impressum</b>	<b>Seite 7</b>

## I. Kurzmeldungen

### 9. GWB-Novelle ist in Kraft

Seit dem 9. Juni 2017 gilt die lang geplante neunte Novelle des deutschen Kartellrechts. Anlass ist die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: Kartellgeschädigte sollen ihre Schadensersatzansprüche leichter durchsetzen können. Sie profitieren künftig von Haftungs- und Verfahrenserleichterungen. Bei dieser Gelegenheit hat sich der Gesetzgeber auch anderer drängender Themen angenommen. Insbesondere werden die Bußgeldhaftung erweitert und das GWB für die Digitalwirtschaft fit gemacht. Unser Blog [fasst für Sie die wichtigsten Änderungen zusammen](#). Eine [englischsprachige Fassung](#) ist ebenfalls verfügbar.

### Bundeskartellamt mit neuer Beschlussabteilung für Verbraucherschutz

Das Bundeskartellamt darf künftig Sektoruntersuchungen einleiten, um erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen Verbraucherrecht zu verfolgen. Dazu hat es eine neue Beschlussabteilung eingerichtet. Wir erwarten, dass das Bundeskartellamt schon bald Pilotverfahren auf den Weg bringt. Dafür bieten sich öffentlichkeitswirksame Missstände in der Internetwirtschaft mit hoher Wettbewerbsrelevanz an, also Themenkreise wie ein künstlich überhöhter Wechsellaufwand, ungerechtfertigte Preiszuschläge oder intransparente Anbieter rankings.

### Onlinehandel: Nach dem Verfahren ist vor den Verfahren

Die Europäische Kommission hat ihre Sektoruntersuchung zum Onlinehandel abgeschlossen. Die Ergebnisse hat der Zwischenbericht (siehe [Newsletter Oktober 2016](#)) bereits weitgehend vorweggenommen; so etwa die Tatsache, dass beim Vertrieb von Verbrauchsgütern europaweit selektive Vertriebssysteme und herstellereigene Onlineshops auf dem Vormarsch sind. Ungewöhnlich für eine Sektoruntersuchung ist, dass den ebenfalls erkannten Missständen nicht mit neuen Gesetzen begegnet werden soll. Das mag daran liegen, dass die Kommission im Rahmen der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt bereits Gesetzgebungsvorschläge unterbreitet hatte (ausführlich dazu der Artikel von Ida Dojcinovic in [unserem letzten Newsletter](#)).

Damit sind die Ermittlungen der Kommission zum Onlinehandel indes noch lange nicht abgeschlossen. Im Fahrwasser der Sektoruntersuchung hat die Kommission weitere Ermittlungsverfahren eingeleitet: Sie untersucht, ob Guess für seine Bekleidungsartikel den grenzüberschreitenden Groß- und Einzelhandel innerhalb der EU verboten hat. Sie untersucht weiter, ob Inhaber bekannter Marken wie Hello Kitty, Minions und FC Barcelona den grenzüberschreitenden und Onlineverkauf von Merchandising-Artikeln lizenzvertraglich unzulässig beschränkt haben. Schon letztes Jahr hatte die Kommission zudem Verfahren zum Geoblocking beim Vertrieb von Videospielen, zu Preisbeschränkungen bei Unterhaltungselektronik.

tronik und zur Preisdiskriminierung nach dem Wohnsitz bei Hotelbuchungen eingeleitet. Mit weiteren Verfahren der Kommission (und der nationalen Kartellbehörden) ist jederzeit zu rechnen.

## Google soll EUR 2,4 Milliarden Rekordgeldbuße wegen Google Shopping zahlen

Nach Auffassung der Europäischen Kommission hat Google mit einer Vorzugsbehandlung von Google Shopping auf seinen Suchergebnisseiten eine marktbeherrschende Stellung für Suchdienste missbraucht – zum Nachteil anderer Anbieter von Preisvergleichsdiensten. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Da sie einige grundsätzliche Fragen aufwirft, etwa zur notwendigen Neutralität gegenüber eigenen Dienstleistungen, ist mit einer Nichtigkeitsklage von Google zu rechnen.

Die Kommission führt derzeit zwei weitere Verfahren gegen Google: Google soll bei AdSense die parallele Nutzung von konkurrierender Suchmaschinenwerbung beschränkt (siehe [Newsletter Oktober 2016](#)) und beim mobilen Betriebssystem Android unzulässige Lizenzierungsbedingungen verwendet haben (siehe [Newsletter Juli 2016](#)).

## Neue anonyme „Whistleblowing“-Programme

Wer Hinweise auf Wettbewerbsverstöße hat, kann diese der Europäischen Kommission künftig anonym über eine verschlüsselte [Internet-Seite](#) melden. Das Bundeskartellamt unterhält ein solches anonymes [Hinweisgebersystem](#) schon länger. Es hat sogar Geldbußen verhängt, die auf anonym übermittelte Informationen zurückgehen (siehe [Newsletter November 2015](#)). Auch andere nationale Wettbewerbsbehörden, z. B. in Großbritannien, Österreich und Polen, ermöglichen anonyme Hinweise. Hintergrund dürfte jeweils sein, dass die Wettbewerbsbehörden eine abnehmende Zahl an Kronzeugenanträgen feststellen und Alternativen für die Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen schaffen wollen.

## „ECN+“: Europäisierung des Kartellbußgeldverfahrens?

Die Europäische Kommission hat eine „Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts“ vorgeschlagen. Damit will sie sicherstellen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden in der EU unabhängig arbeiten können und über ausreichende Ressourcen und Befugnisse verfügen. Damit einhergehen soll eine Harmonisierung der Kronzeugenbehandlung, der Verjährungsfristen und des Unternehmensbegriffs. Näheres zu den Auswirkungen auf die Bußgeldhaftung erfahren Sie im [Beitrag von Dr. Christian Heinichen in unserem Blog](#).

## Fusionskontrollrechtliche Compliance im Fokus

Die Europäische Kommission achtet verstärkt auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zur EU-Fusionskontrolle: Gegen Facebook hat sie ein Bußgeld von EUR 110 Millionen verhängt. Das Unternehmen habe bei der Anmeldung der Übernahme von WhatsApp und bei ei-

nem anschließenden Auskunftsverlangen fälschlich angegeben, es könne die jeweiligen Benutzerkonten nicht zuverlässig automatisiert abgleichen.

Mögliche irreführende Angaben im Fusionskontrollverfahren stehen auch im Mittelpunkt zweier laufender Untersuchungen der Kommission: zum einen gegen General Electric (Übernahme von LM Wind), zum anderen gegen Merck KGaA und Sigma-Aldrich. Die Kommission führt derzeit zudem zwei Verfahren zu möglichen Verstößen gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot. Betroffen sind hier zum einen Canon (Übernahme von Toshiba Medical Systems), zum anderen Altice (Übernahme von PT Portugal). Für einen ähnlichen Verstoß von Altice bei der Übernahme von SFR hatte kürzlich bereits die französische Wettbewerbsbehörde ein Rekordbußgeld verhängt ([wir berichteten](#)).

## Mehr staatliche Beihilfen unterfallen künftig der AGVO

Die Europäische Kommission hat den Anwendungsbereich der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen erweitert: Von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung und Genehmigung freigestellt sind künftig zusätzliche Arten von öffentlichen Investitionen in Häfen, Regionalflughäfen, Sportanlagen und Kultur.

## Kommission genehmigt Ermäßigungen bei KWK-Umlage

Die Ermäßigungen zugunsten von energieintensiven Unternehmen bei der deutschen Umlage zur Finanzierung der Kraft-Wärme-Kopplung sind mit dem Verbot staatlicher Beihilfen zu vereinbaren. Die Europäische Kommission stellte fest, dass solche Ermäßigungen zur nachhaltigen Finanzierung der KWK-Förderregelungen erforderlich sind. Lesen Sie zur beihilferechtlichen Genehmigung des KWKG im Übrigen und den Gesetzesänderungen in diesem Zusammenhang [den Beitrag von Dr. Maximilian Elspas](#) in unserem Blog.



Christoph Heinrich  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## II. Aktuelles

### Schwarze Liste für schwarze Schafe

Öffentliche Auftraggeber müssen zukünftig vor Auftragsvergaben ab einem Schwellenwert von EUR 30.000 in einem bundesweiten Wettbewerbsregister nachprüfen, ob die Teilnehmer schwerwiegende Rechtsverstöße begangen haben. Dazu gehören auch Kartellverstöße. Registereintragungen wegen Kartellverstößen stellen die vergaberechtliche Zuverlässigkeit eines Unternehmens in Frage und können zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen. Angesichts der Auswirkungen, die ein solcher Vergabeausschluss haben kann, stellen sich zwei Fragen: Wann erfolgt ein solcher Registereintrag? Und unter welchen Voraussetzungen wird er wieder gelöscht?

### Registereintrag bei Kartellverstößen

In das vom Bundeskartellamt in elektronischer Form geführte Wettbewerbsregister werden Bußgeldentscheidungen eingetragen. Die Eintragung erfolgt demnach nicht bereits mit Einleitung des Ermittlungsverfahrens. Eintragungszeitpunkt ist vielmehr der Erlass der kartellbehördlichen Bußgeldentscheidung. Rechtsmittel gegen den Bußgeldbescheid haben insoweit keine aufschiebende Wirkung. Sie verhindern weder den Registereintrag noch das Risiko eines darauf gestützten Ausschlusses vom Vergabeverfahren. Lediglich Bußgeldentscheidungen wegen Submissionsabsprachen werden erst eingetragen, wenn sie rechtskräftig geworden sind.

Bußgeldentscheidungen sind nur dann eintragungsfähig, wenn sie wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB ergangen sind. Dies betrifft die klassischen horizontalen Hardcore-Kartelle, etwa Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern, aber auch bußgeldbewehrte vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, wie die kartellrechtlich unzulässige Einflussnahme auf den Wiederverkaufspreis von Händlern. Im Gegensatz dazu sind Bußgeldentscheidungen wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht eintragungsfähig.

Bußgeldentscheidungen wegen eines Kartellverstoßes werden zudem nur dann eingetragen, „wenn eine Geldbuße von wenigstens fünfzigtausend Euro festgesetzt worden ist.“ Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs sollen damit Bagatellfälle ausgeschlossen werden. Praktisch bedeutsamer dürfte allerdings sein, dass aufgrund dieser Regelung Kartellverstöße eines Kronzeugen zu keiner Eintragung ins Wettbewerbsregister führen. Dies gilt unabhängig von der Schwere eines solchen Kartellverstoßes. Denn gegen den Kronzeugen, der einen vollständigen Bußgelderlass erlangt, ist keine Geldbuße festgesetzt worden.

Nicht eingetragen werden kartellbehördliche Bußgeldentscheidungen, die nach § 81 Abs. 3a bis Abs. 3c GWB ergangen sind. Dies betrifft Bußgeldentscheidungen gegen nicht kartellbeteiligte Konzernobergesellschaften, die einen bestimmenden Einfluss auf Konzerngesellschaften ausgeübt haben, deren Leitungsorgane am Kartellverstoß beteiligt waren. Es betrifft aber auch Bußgeldentscheidungen gegen Gesamtrechtsnachfolger und wirtschaftliche Nachfolger des kartellbeteiligten Unternehmens. Insoweit existiert die „Wurstlücke“ weiter.

Schließlich werden in das Wettbewerbsregister nur Bußgeldentscheidungen deutscher Kartellbehörden eingetragen. Setzen andere mitgliedstaatliche Kartellbehörden oder die Europäische Kommission eine Geldbuße fest, erfolgt keine Eintragung. Dies kann zu einem Standortnachteil für deutsche Unternehmen führen.

### Löschung des Registereintrags bei Kartellverstößen

Registereinträge wegen eines Kartellverstoßes werden spätestens drei Jahre nach Erlass der kartellbehördlichen Bußgeldentscheidung gelöscht. Im Falle von Submissionsabsprachen erfolgt die Löschung spätestens drei Jahre nach Bestands- oder Rechtskraft der Bußgeldentscheidung.

Unternehmen können bei der registerführenden Behörde, dem Bundeskartellamt, eine vorzeitige Löschung ihrer Eintragung beantragen. Voraussetzung einer vorzeitigen Löschung ist der Nachweis einer vergaberechtlichen Selbstreinigung. Dies setzt die Verpflichtung zur Zahlung eines Schadensausgleichs, die aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber zur Aufklärung des Kartellverstoßes sowie konkrete Compliance-Maßnahmen voraus, um weitere Kartellverstöße zukünftig zu vermeiden. Anträge auf vorzeitige Löschung sind gebührenpflichtig. Der Gebührenrahmen beträgt maximal EUR 25.000.

Das Bundeskartellamt entscheidet über eine vorzeitige Löschung nach pflichtgemäßem Ermessen. Es bewertet die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen und berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere des Kartellverstoßes. Lehnt das Bundeskartellamt eine vorzeitige Löschung des Registereintrags wegen unzureichender Selbstreinigungsmaßnahmen ab, kann das betroffene Unternehmen Beschwerde beim OLG Düsseldorf einlegen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine gerichtliche Entscheidung deutlich vor Ablauf der regulären dreijährigen Löschungsfrist zu erreichen ist.

### Praxistipp

Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann ein Antrag auf vorzeitige Löschung erst nach Eintragung ins Wettbewerbsregister gestellt werden. Kooperieren Unternehmen mit der Kartellbehörde, kann es sich dennoch anbieten, den Antrag nach erfolgter Selbstreinigung (ggf. aufschiebend bedingt auf den Eintragungszeitpunkt) bereits während des kartellbehördlichen Bußgeldverfahrens zu stellen. Im Idealfall erfolgt die vorzeitige Löschung dann unmittelbar nach der Eintragung – mit Bindungswirkung für alle späteren Auftragsvergaben.

### Entscheidungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers

Kartellverstöße bilden lediglich einen fakultativen Ausschlussgrund. Öffentliche Auftraggeber entscheiden über einen Ausschluss nach pflichtgemäßem Ermessen. Dies gilt unabhängig von der Registereintragung: Liegt eine solche Eintragung vor, hindert sie den öffentlichen Auftraggeber nicht, das betroffene Unternehmen innerhalb der Ermessensgrenzen weiterhin zur Auftragsvergabe zuzulassen. Umgekehrt hindert aber auch das bloße Fehlen eines Registereintrags den öffentlichen Auftraggeber nicht, den Bieter dennoch

wegen vergaberechtlicher Unzuverlässigkeit von der Auftragsvergabe auszuschließen. Das betrifft vor allem noch nicht rechtskräftige Entscheidungen zu Submissionsabsprachen sowie all jene Kartellverstöße, die gar nicht eingetragen werden, wie z. B. bei Entscheidungen der EU-Kommission oder bei festgestellten, aber nicht mit einem (oder nur mit einem geringen) Bußgeld geahndeten Kartellverstößen.

Vergleichbares gilt für die Entscheidung des Bundeskartellamts, mit der ein Antrag auf vorzeitige Löschung abgelehnt wurde. In diesem Fall entscheidet der öffentliche Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen, ob er die Selbstreinigungsmaßnahmen entgegen der Bewertung des Bundeskartellamts für ausreichend erachtet.

Praktisch bedeutsam: Die vorzeitige Löschung einer Registereintragung bindet den öffentlichen Auftraggeber. Hat das Bundeskartellamt eine Eintragung vorzeitig gelöscht, darf der zugrunde liegende Kartellverstoß im Vergabeverfahren nicht mehr zum Nachteil des betroffenen Unternehmens verwertet werden. Diese Bindung wirkt auch im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren fort. Daher können die vorzeitige Löschung und die ihr zugrunde liegende Selbstreinigung nicht im Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer in Zweifel gezogen werden.



**Dr. Christian Heinichen**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

### III. Rechtsprechung

#### Preisvergleichsportale im Selektivvertrieb: Das Verbot des Verbots

##### Selektivvertrieb vs. Onlinehandel

Bedeutet das rasante Wachstum im Onlinehandel das Ende des Selektivvertriebs? Oder verhält es sich genau umgekehrt? Dass Onlinehandel und Selektivvertrieb grundsätzlich miteinander vereinbar sind, hat die Europäische Kommission in ihrem Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel kürzlich ausdrücklich bestätigt. Dabei hat die Kommission herausgearbeitet, dass Beschränkungen der Nutzung von Preisvergleichsinstrumenten zu den am weitesten verbreiteten Arten vertraglicher Beschränkungen gehören. Gleichwohl stellt sie wörtlich fest: „Die Ergebnisse der Sektorenuntersuchung zum elektronischen Handel geben jedoch keinen Anlass für eine Infragestellung des grundsätzlichen Ansatzes der Kommission in Bezug auf den selektiven Vertrieb, wie er in den geltenden Vorschriften für vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind, festgelegt ist. Viele selektive Vertriebssysteme

*dienen dem rechtmäßigen Ziel, einen leistungsfähigen Vertrieb, ein stimmiges Markenimage und gute Verkaufsberatung bzw. Kundendienstleistungen zu gewährleisten, und führen in der Regel zu stärkerem Wettbewerb über andere Parameter als den Preis.“*

Was aber ist in Bezug auf die Beschränkung von Preisvergleichsportalen kartellrechtlich erlaubt und was kartellrechtlich verboten? Jedenfalls darf ein Hersteller seinen Händlern – auch im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems – die Nutzung von Preisvergleichsportalen im Internet zum Zwecke der Vermarktung der Vertragsprodukte nicht **generell** verbieten. Das hat das OLG Düsseldorf in einem ausführlichen und mit teilweise sehr deutlichen Worten untermauerten Beschluss vom 5. April 2017 entschieden:

##### Der Fall Asics

Auf dem Prüfstand war eine Klausel aus den Vertriebsverträgen des Sportschuhherstellers Asics, die autorisierten Händlern verbot, aktiv die Funktionalität von Preisvergleichsmaschinen zu unterstützen. Das Bundeskartellamt hatte diese (und weitere) Klauseln beanstandet und einen Verstoß gegen das allgemeine Kartellverbot aus § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV festgestellt. Nach Auffassung der Behörde diene das Verbot der Nutzung von Suchmaschinen für Preisvergleiche ebenso wie das seinerzeit in den Verträgen enthaltene Verbot der Verwendung bestimmter Markenzeichen nämlich nicht dem Schutz des Markenimages, sondern vorrangig der Kontrolle des Preiswettbewerbs. Dadurch werde der Wettbewerb der Händler zu Lasten der Verbraucher unzulässig beschränkt. Nach Überzeugung des Amtes handelte es sich auch um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO und somit um Kernbeschränkungen. Folglich wurde eine mögliche Freistellung gemäß § 2 Abs. 2 GWB, Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO oder § 2 Abs. 1 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV verneint. Das seinerzeit ebenfalls in den Vertriebsverträgen enthaltene Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen wie Amazon oder eBay wurde vom Bundeskartellamt zwar als mutmaßlich kartellrechtswidrig kritisiert. Das Amt hat im Ergebnis aber ausdrücklich offen gelassen, ob es sich auch dabei um eine unzulässige Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO handelt.

Mit der Beschwerde zum OLG Düsseldorf wollte Asics die Aufhebung der Feststellungsverfügung des Bundeskartellamtes erreichen. Das Gericht hat die Beschwerde jedoch zurückgewiesen und die Feststellungen des Amtes bestätigt. Nach Auffassung des Gerichts stellt jedenfalls das generelle Verbot der Nutzung von Preisvergleichsportalen einen Verstoß gegen § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Insbesondere liege keine Ausnahme vom Kartellverbot vor. Bei dem Verbot handele es sich nicht um eine qualitative Vertriebsbeschränkung, die auch nicht zur Wahrung der Produktqualität oder des Produktimages der betroffenen Waren notwendig sei.

Eine Beratungsbedürftigkeit sei bei Sportschuhen nicht anzunehmen und im Regelfall auch tatsächlich gar nicht gewünscht, weil der Kunde den passenden Schuh ja schon nach vorheriger Beratung im stationären Handel gefunden habe und im Internet lediglich eine Folgebestellung tätigen würde. Bei dieser Feststellung des Gerichts handelt es sich um ein oft zu hörendes, aber zweischneidiges Argument, das

tatsächlich die Schutzbedürftigkeit des stationären Handels offenbart und qualitative Beschränkungen im Onlinehandel rechtfertigen kann. Eine solche Rechtfertigung hat das Gericht aber verneint, weil die Klausel eben gerade keine qualitativen Anforderungen an die Nutzung von Preisvergleichsmaschinen, sondern ein Totalverbot darstelle. Ein derartiges Verbot sei durch nichts gerechtfertigt und in jedem Fall unverhältnismäßig. Wie schon das Bundeskartellamt, hat auch das OLG Düsseldorf das Preisvergleichsportalverbot als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO eingestuft und somit die Möglichkeit einer Freistellung vom Kartellverbot abschließend verneint. Die Rechtsbeschwerde zum BGH wurde nicht zugelassen. Denn nach Auffassung des Gerichts sei die rechtliche Bewertung eindeutig, weshalb auch eine Vorlage an den EuGH nicht erforderlich sei.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das OLG Düsseldorf in der Urteilsbegründung vielfach auf die Entscheidung des EuGH vom 13. Oktober 2011 in Sachen Pierre Fabre Bezug nimmt. Auch das Bundeskartellamt verweist in der Pressemitteilung zur Entscheidung in Sachen Asics darauf, dass die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Pierre Fabre nach Auffassung des OLG Düsseldorf klar sei. Das ist in einem wichtigen Punkt aber gerade nicht der Fall. Die Entscheidung Pierre Fabre hat in der selektiven Vertriebspraxis nämlich zahlreiche unterschiedliche Interpretationen und damit viel Unsicherheit ausgelöst. Wenig überraschend wird deshalb schon lange gefordert, dass der EuGH seine teils missverständlichen Äußerungen im Urteil Pierre Fabre klarstellt.

## Ausblick

Die Gelegenheit zur Klarstellung erhält der EuGH in einem anhängigen Verfahren des Luxuskosmetikherstellers Coty. Die Entscheidung wird ein Meilenstein in Bezug auf die Zulässigkeit des Selektivvertriebs für hochwertige Markenprodukte („Luxusimage“) allgemein und von Verkaufsbeschränkungen im Internet im Besonderen sein. Eine erste Indikation werden die Schlussanträge des schwedischen Generalanwalts Nils Wahl sein, die für den 26. Juli 2017 angekündigt sind. Das Urteil des EuGH wird einige Monate später und noch in diesem Jahr folgen. Es wird den Onlinehandel in Europa maßgeblich beeinflussen und (hoffentlich) abschließend für deutlich mehr Rechtssicherheit sorgen. Die in der Praxis wichtigsten Fälle von Vertriebsbeschränkungen im Internethandel und weitere Hintergrundinformationen können Sie in unserem [Newsletter Kartellrecht Februar 2016](#) nachlesen.



**Uwe Wellmann, LL.B. DLS (London),**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Gewerblichen Rechtsschutz,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin

## IV. Hintergrund

### Human Resources im Fadenkreuz des Kartellrechts

Kann Ziel einer kartellbehördlichen Durchsuchung die Personalabteilung Ihres Unternehmens sein? Sind Kartellabsprachen auf dem Arbeitsmarkt möglich? Besteht ein Bußgeldrisiko? Drohen Schadensersatzforderungen? Die schlichte Antwort auf alle Fragen lautet: Ja!

### Unternehmen als Wettbewerber auf dem Arbeitsmarkt

Unternehmen sind Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt. Als Nachfrager konkurrieren sie um Arbeitskräfte. Fragen Unternehmen vergleichbare Arbeitskräfte nach, sind sie Wettbewerber auf dem Arbeitsmarkt. Dies gilt selbst dann, wenn sie als Anbieter auf verschiedenen nachgelagerten Waren- oder Dienstleistungsmärkten tätig sind. Auf dem „Einkaufsmarkt“ für Arbeitskräfte besteht zwischen ihnen ein Wettbewerbsverhältnis. Und dieses Wettbewerbsverhältnis kann durch Absprachen beschränkt werden. Mit der Folge, dass Kartellbehörden auf solche Absprachen aufmerksam werden (können).

Sind wettbewerbsbeschränkende Absprachen auf dem Arbeitsmarkt kartellrechtlich generell verboten? Nein, nicht alle, jedoch manche. Wo aber verläuft die Grenze zwischen kartellrechtlich erlaubten und verbotenen Absprachen?

### Kartellrechtliche Freiräume

Der Arbeitsmarkt ist durch kartellrechtliche Freiräume privilegiert. So werden arbeitsvertragliche Absprachen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vom Kartellrecht regelmäßig nicht erfasst. Arbeitnehmer sind wirtschaftlich nicht selbstständig tätig. Sie sind keine Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Damit fehlt es insoweit an einer notwendigen Voraussetzung für die Anwendung des Kartellverbots.

Vergleichbares gilt – zum Schutz der verfassungsrechtlich verbürgten Tarifautonomie – für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften, soweit sie zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder tätig werden und Tarifverträge abschließen. Das Kartellrecht akzeptiert ein Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. „Preisabsprachen“ zwischen Arbeitgebern in Vorbereitung oder durch Abschluss von Flächentarifverträgen sind daher kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklich.

### Kartellrechtliche Grenzen

Ein kartellrechtlicher Grenzfall sind Abwerbverbote (no poaching). Dabei kann es sich um vertragliche Sperrabreden zwischen Unternehmen handeln, die eine Abwerbung von Mitarbeitern untersagen. Oder um Absprachen, sich gegenseitig mit dem Ziel zu informieren, Bieterkämpfe zu vermeiden, falls Mitarbeiter des jeweils anderen sich bei einem bewerben. Anlasslose Abwerbverbote verstoßen regelmäßig gegen europäisches und deutsches Kartellrecht, wenn sie den Wettbewerb um Arbeitskräfte ohne sachliche Rechtfertigung spürbar beschränken oder ganz ausschließen. Im Gegensatz dazu

können anlassbezogene Abwerbeverbote kartellrechtlich zulässig sein, wenn sie als notwendige Nebenabreden der Umsetzung einer kartellrechtsneutralen Hauptvereinbarung dienen. Anerkannt sind etwa zeitlich beschränkte Abwerbeverbote anlässlich von Unternehmensverkäufen, einschließlich der vorgelagerten Durchführung einer Due Diligence, oder anlässlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens. Dies gilt auch für die handelsrechtliche Zulässigkeit solcher Abreden. Jüngst hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit eines zweijährigen nachvertraglichen Abwerbeverbots im Rahmen einer Vertriebskooperation bestätigt.

Tarifverträge geraten in den kartellrechtlichen Graubereich, wenn sie tarifvertragsfremde Marktregelungen enthalten. So sind etwa tarifvertragliche Vereinbarungen über den Beginn und das Ende der Arbeitszeiten kartellrechtlich zulässig; tarifvertragliche Vereinbarungen über die Ladenöffnungszeiten sind dagegen kartellrechtlich unzulässig. In vergleichbarer Weise sind Streikhilfeabkommen zwischen Unternehmen kartellrechtlich relevant und bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung.

### Austausch wettbewerblich sensibler Informationen

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen sind verboten? Nicht nur – bereits der bloße Austausch wettbewerblich sensibler Informationen birgt kartellrechtliche Risiken in sich. Dies gilt auch für den Arbeitsmarkt. Wer um das gleiche Personal konkurriert und sich über das Gehalt austauscht, begibt sich ins kartellrechtliche Risiko, soweit dieser Austausch in keinem Zusammenhang mit Tarifvertragsverhandlungen steht. Denn ein solcher Austausch über das Gehalt oder Gehaltsspannen verringert die Ungewissheit über das Einkaufsverhalten des Wettbewerbers auf dem Arbeitsmarkt. Und die Kartellbehörden unterstellen, dass sensible Informationen über einen Wettbewerber bei der Ausrichtung des eigenen Marktverhaltens berücksichtigt werden. Mehr ist für eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Kartellverbots nicht erforderlich.

### Praktische Relevanz?

Die US-Kartellbehörde ermittelte 2009 bis 2012 wegen der Vereinbarung von Abwerbeverboten gegen mehrere Silicon-Valley-Unternehmen. Nachdem sich die Unternehmen verpflichtet hatten, zukünftig auf derartige Abwerbeverbote zu verzichten, wurden keine Geldbußen festgesetzt. Es folgten jedoch mehrere Sammelklagen. Anfang 2015 einigte man sich mit den Klägern – auf eine Schadensersatzzahlung von USD 415 Millionen.

Praktische Relevanz in Europa? Der US-Fall ist von den Medien in großem Stil aufgegriffen worden. Dies hat die Aufmerksamkeit (auch) der europäischen Kartellbehörden geweckt. Noch sind Kartellverfahren mit einem Bezug zum Arbeitsmarkt in Europa eher Einzelfälle. Das aktuelle Urteil des Bundesgerichtshofs zu den Grenzen der Zulässigkeit von Abwerbeverboten zeigt jedoch, dass sich dies jederzeit ändern kann.

### Handlungsempfehlungen: HR-Compliance tut gut

Im Kartellrecht gilt das Prinzip der Selbstveranlagung. Wer wettbewerbsbeschränkende Absprachen mit konkurrierenden Nachfragern auf dem Arbeitsmarkt trifft, muss selbst beurteilen, ob sie kartellrechtlich zulässig sind. Und tut gut daran, diese Beurteilung (dokumentiert) durch einen kartellrechtlich versierten Juristen vornehmen zu lassen.

Die Personalarbeit Ihres Unternehmens folgt klaren Leitlinien? Dann ergänzen Sie diese Leitlinien um einige wenige Absätze zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken.

Schulungen sensibilisieren. Reservieren Sie in Compliance-Schulungen der Personalabteilung ein Zeitfenster für das Kartellrecht. Dafür ist kein ganzer Tag notwendig. Web-based-Trainings können Präsenzschulungen ersetzen.

HR-Compliance ist für Ihr Unternehmen noch Neuland? Dann erschließen Sie es, indem Sie das Compliance-Programm erweitern. Damit Ihre Personalabteilung „safe“ ist, falls das Kartellamt zweimal klingelt.



**Dr. Daniel Hund, LL.M.**  
(New York University)  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München



**Dr. Christian Heinichen**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [kartellrecht@bblaw.com](mailto:kartellrecht@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2017.

## Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

## Redaktion (verantwortlich)

Christoph Heinrich

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-0 • Fax: +49 30 26471-123  
Uwe Wellmann • [Uwe.Wellmann@bblaw.com](mailto:Uwe.Wellmann@bblaw.com)

**Brüssel** • Avenue Louise 489 • 1050 Brüssel  
Tel.: +32 2 6390000 • Fax: +32 2 7322353  
Dietmar O. Reich • [Dietmar.Reich@bblaw.com](mailto:Dietmar.Reich@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1342 • Fax: +49 89 35065-123  
Georg Philipp Cotta • [Philipp.Cotta@bblaw.com](mailto:Philipp.Cotta@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Kartellrecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)