www.compliance-berater.de

Compliance Berater

CB

10 / 2020

Betriebs-Berater Compliance

23.9.2020 | 8.Jg
Seiten 357–404

EDITORIAL

Arbeitsrecht als Compliance-Bremse | I
Dr. Malte Passarge, RA

AUFSÄTZE

Kuka war gestern – Neue Rahmenbedingungen für ausländische Direktinvestitionen in Deutschland | 357
Andreas Haak, RA, Dr. Maria Brakalova, RAin und Dr. Barbara Thiemann, RAin

Das Verbandssanktionengesetz im Spannungsfeld zwischen Vorstand und Aufsichtsrat – Teil 1 | 362
Dr. Christoph Klahold, RA

Compliance bei der Emission von Green Bonds | 369
Dr. Thorsten Kuthe, RA, und Meike Dresler-Lenz, RAin

Sonderkooperationen in der Corona-Krise | 374
Dr. Daisy Walzel, RAin, und Johannes Simon, FAArbR

Die psychologische Erklärung des Widerstands gegen Compliance-Systeme durch die Reaktanztheorie | 379
Dr. Manfred Rack, RA

Länderreport Finnland 2020 | 385
Antti Aalto und Dr. Bernd Federmann, RA

RECHTSPRECHUNG

BGH: Abzug von Schwarzlöhnen bei der Steuerhinterziehung | 391

LAG Köln: Zustimmung des Betriebsrats bei internen Untersuchungen | 394

LAG Mecklenburg-Vorpommern: Entschädigung wegen Videoüberwachung von Beschäftigten | 400

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

CB-BEITRAG

Dr. Daisy Walzel, LL. M. (oec.), RAin, und Johannes Simon, LL. M. (Durham), FAArbR

Sonderkooperationen in der Corona-Krise

Personalpartnerschaften und andere Kooperationsmodelle im arbeits- und kartellrechtlichen Compliance Check

Die Corona-Pandemie hat die Wirtschaft weltweit mit voller Wucht getroffen und führt zu gravierenden Verschiebungen von Bedarfen in den unterschiedlichen Branchen. Während sich z. B. Gastronomie und Tourismus einige Monate in völligem Stillstand befanden und nur mit teils erheblichen Einschränkungen den Betrieb wiederaufnehmen, können in bestimmten Bereichen des Einzelhandels, der Logistik oder im Gesundheitswesen die Bedarfe kaum gedeckt werden. Dies gibt Anlass zu ungewöhnlichen Kooperationen. Besonders prominente Beispiele sind u. a. der Einsatz von McDonald's-Mitarbeitern bei Aldi zur Befüllung von Regalen, die Zusammenarbeit von Decathlon und Isinnova zur Herstellung von Beatmungsgeräten sowie die Kooperation zwischen Sanofi und GSK zur Entwicklung eines Impfstoffs gegen COVID-19.[1] Aufgrund der Geschwindigkeit mit welcher die Corona-Pandemie die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verändert hat, bedarf es pragmatischer und schneller Lösungen. Dennoch sind rechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten. Im Folgenden sollen die Kooperationen daher aus arbeits- und kartellrechtlicher Sicht beleuchtet werden.

I. Personalpartnerschaften

Personalpartnerschaften haben sowohl für den „verleihenden" als auch den „aufnehmenden" Arbeitgeber Vorteile. Der „verleihende" Arbeitgeber kann Personalkosten senken, ohne Personal abbauen zu müssen. Entsprechende Personalabbaumaßnahmen können langwierig sowie reputationsschädigend sein und würden aufgrund von Abfindungszahlungen, Arbeitsgerichtsprozessen etc. die Unternehmensliquidität zunächst weiter belasten. Zudem müssten entsprechend qualifizierte Arbeitnehmer nach Wegfall des Pandemie-bedingten Arbeitsausfalls wieder zeit- und häufig auch kostenintensiv rekrutiert werden. Der „aufnehmende" Arbeitgeber erhält einen kurzfristigen Zugang zu qualifizierten Arbeitnehmern, ohne sich langfristig binden zu müssen. Dieser kann also auf die vorrübergehende gestiegene Nachfrage flexibel reagieren. Voraussetzung für eine erfolgreiche Personalpartnerschaft dürfte zunächst sein, dass die beim „aufnehmenden" Arbeitgeber eingesetzten Arbeitnehmer über mit dem Stammpersonal vergleichbare Qualifikationen und Fähigkeiten verfügen. Der „Austausch" von Personal bedarf überdies einer rechtlichen Grundlage. Als mögliche Lösungsansätze für eine Personalpartnerschaft sollen nachfolgend die Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), das Befristungsmodell sowie der Gemeinschaftsbetrieb näher betrachtet werden.

1. Arbeitnehmerüberlassung

Als Lösungsmodell für den Einsatz von Personal bei einem anderen Unternehmen kommt zunächst die Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG in Betracht. Allerdings bedürfen Arbeitgeber, die Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen, der Erlaubnis.[2] Soweit ein Unternehmen bereits über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, kann es hiervon Gebrauch machen. Soweit ein Unternehmen allerdings über keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, dürfte diese als unmittelbarer Lösungsansatz ausscheiden. Denn die Beantragung einer entsprechenden Erlaubnis bedarf in der Regel zwischen zwei und drei Monaten[3], sodass ein kurzfristiger Einsatz bei einem anderen Unternehmen ohne bestehende Erlaubnis ausscheidet.

Neben der Erlaubnispflicht gelten nach dem AÜG weitere Beschränkungen. So gilt nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG grundsätzlich eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten.[4] Die Nichteinhaltung der

1 Vgl. PM von McDonald's vom 20.3.2020, abrufbar unter: https://www.mcdonalds.com/de/de-de/GermanyNewsroom/article/News.Recent.personalpartner.html; RP vom 3.4.2020, abrufbar unter: https://rp-online.de/panorama/coronavirus/corona-pandemie-tauchermaske-wird-zu-beatmungsgeraet-umgeruestet_aid-49904101; Mitteilung auf dem Presseportal vom 14.4.2020, abrufbar unter: https://www.presseportal.de/pm/39763/4571262.

2 Vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG.

3 Nach Ziffer 2.1.5. Abs. 1 der Fachlichen Weisungen der Agentur für Arbeit zum AÜG, Stand 1.8.2019 („FA"), sollen Anträge nach dem AÜG in der Regel innerhalb von drei Monaten nach Antragstellung abschließend bearbeitet werden.

4 In einem für das Kundenunternehmen qua Tarifbindung geltenden Tarifvertrag kann eine abweichende (d. h. kürzere oder längere) Höchstüberlassungsdauer vereinbart werden bzw. über eine entsprechende Öffnungsklausel im Tarifvertrag durch eine Betriebsvereinbarung eine abweichende Höchstüberlassungsdauer festgelegt werden. Eine Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer durch Tarifvertrag setzt die Tarifbindung des Entleihers voraus. Es dürfte sich also insoweit um eine Betriebsnorm nach §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 Tarifvertragsgesetz (TVG) handeln, sodass es auf die Tarifbindung des einzusetzenden Arbeitnehmers nicht ankommt (vgl. dazu *Simon*, CB 2017, 371).

Höchstüberlassungsdauer wird gleich in mehrfacher Hinsicht sanktioniert.[5]

Die Überlassung von Arbeitnehmern unterliegt zudem grundsätzlich einem Equal Pay/Equal Treatment-Gebot.[6] Sanktioniert werden Verstöße gegen Equal Pay/Equal Treatment gegenüber dem Verleiher mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 EUR je Einzelfall sowie dem Entzug der Erlaubnis.[7] Das neue AÜG sieht zudem vor, dass ein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nur dann vorliegt, wenn die Überlassung des Arbeitnehmers an den Kunden auch ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird (sog. Offenlegungspflicht, vgl. § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG). Diese gesetzliche Regelung zielt darauf ab, den Vertragsparteien die Umdeutung eines Scheinwerk-/Scheindienstvertrages in eine Arbeitnehmerüberlassung unter Berufung auf eine bestehende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (sog. Vorratserlaubnis) zu verwehren.[8] Ein Verstoß gegen die Offenlegungspflicht stellt für Verleiher und Kunden eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 EUR je Einzelfall geahndet wird. Um einen möglichen Missbrauch von Werk-/Dienstvertragsgestaltungen zusätzlich abzusichern, ist neben der vorgenannten Offenlegungspflicht geregelt, dass die Person des zu überlassenden Arbeitnehmers vor der jeweiligen Überlassung zu konkretisieren ist (Konkretisierungspflicht).[9] Die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes entsprechen denen im Rahmen der Offenlegungspflicht dargestellten Konsequenzen. Bei einem *kumulativen* Verstoß gegen die Offenlegungs- und die Konkretisierungspflicht ist der Arbeitsvertrag zwischen dem eingesetzten Arbeitnehmer und dem verleihenden Unternehmen unwirksam und es würde ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert (§§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 Abs. 1 AÜG).[10]

Praxistipp:
Eine Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG dürfte aufgrund der Dauer des Antragsverfahrens nur in Betracht kommen, wenn das verleihende Unternehmen bereits über eine Verleiherlaubnis verfügt. Da der Verwaltungsaufwand und die Kosten[11] relativ gering sind, könnten sich Unternehmen durch vorsorgliche Beantragung einer (zunächst auf ein Jahr befristeten) Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis aber für eine mögliche zweite Corona-Welle und einen erneuten möglichen „Lock-Down"-bedingten Arbeitsausfall entsprechend rüsten.

2. Befristungsmodell

Soweit ein Unternehmen nicht über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, dürfte insbesondere das Befristungsmodell für eine Personalpartnerschaft in Betracht kommen.[12] Das Unternehmen, das seine Mitarbeiter zur Verfügung stellen möchte, und das Unternehmen mit dem (vorrübergehenden) Personalbedarf schließen einen Vertrag über die zeitlich befristete Vermittlung von Arbeitnehmern in ein befristetes Arbeitsverhältnis.[13] Das Stammarbeitsverhältnis zwischen dem „verleihenden" Unternehmen und dem jeweiligen Arbeitnehmer wird für die Dauer des Bestehens des befristeten Arbeitsverhältnisses ruhend gestellt und es wird ein Wiederaufleben mit Ablauf der Befristung vereinbart. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) sieht zwei Befristungsmöglichkeiten vor: Die Möglichkeit der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG sowie die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG. Die sachgrundlose Befristung ist grundsätzlich bis zu einer Dauer von zwei Jahren zulässig.[14] Eine Sachgrundbefristung wäre hingegen auch über die Dauer von zwei Jahren hinaus möglich. Bei einer Corona-Pandemie-bedingten Personalpartnerschaft könnte als Sachgrund insbesondere der nur vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung in Betracht kommen.[15]

Praxistipp:
Das Befristungsmodell bietet sich dort an, wo das „verleihende" Unternehmen nicht über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt. Dieses Modell dürfte bei einer einmaligen Sonderkooperation auch keine unzulässige Umgehung des AÜG darstellen.[16]

3. Gemeinschaftsbetrieb

Als weitere Kooperationsform kommt die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes in Betracht. In einem Gemeinschaftsbetrieb setzen zwei oder mehr Unternehmen wechselseitig Personal ein, das durch einen gemeinsamen Leitungsapparat gesteuert wird.[17] Dieses Modell steht nicht in Konflikt mit dem AÜG. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) schließen sich der Gemeinschaftsbetrieb und eine Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG gegenseitig aus.[18] Vorteil des Gemeinschaftsbetriebs ist also,

---

5 Eine Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer stellt für den Verleiher gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 1e, Abs. 2 AÜG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 EUR per Einzelfall geahndet werden kann. Dem Verleiher droht zudem der Entzug der Erlaubnis im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung der Bundesagentur für Arbeit (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG). Schließlich ordnet § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer an, was wiederrum dazu führt, dass nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenden Leiharbeitnehmer und dem Kunden begründet wird.

6 Dies bedeutet, dass der eingesetzte Arbeitnehmer in allen Vergütungsbelangen so zu stellen ist, wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Kunden. Hiervon kann durch Verleiher-seitige Zeitarbeitstarifverträge für neun Monate und durch Entleiher-seitige Branchenzuschlagstarifverträge für einen Zeitraum von 15 Monaten abgewichen werden.

7 Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG ist die Erlaubnis in diesem Fall zu versagen bzw. zu entziehen.

8 Vgl. BT-Drucksache 18/9232, Seite 16: „Künftig sollen der vermeintliche Werkvertragsunternehmer und sein Auftraggeber in diesen Fallkonstellationen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht bessergestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt."

9 Vgl. § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG.

10 Vgl. *Bissels*, in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbständige und Werkverträge, 2. Auflage, Seite 328, 329; *Förster/Simon*, in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung, Solo-Selbständige und Werkverträge, 2. Auflage, Seite 446, 447.

11 Die Gebühr für die Erteilung oder Verlängerung einer befristeten Erlaubnis beträgt derzeit 1.300 EUR.

12 Vgl. zum Befristungsmodell *Simon*, CB 2017, 371, 374/375.

13 Dies wird üblicherweise gegen Zahlung einer Vermittlungsgebühr erfolgen.

14 Neben einer einmaligen kalendermäßigen Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren kommt auch die Verlängerung einer zunächst kürzeren Befristung in Betracht. Nach § 14 Abs. 2 S. 1, 2. HS TzBfG sind insgesamt bis zu drei Verlängerungen innerhalb des Gesamtbefristungszeitraums von zwei Jahren zulässig. Eine über zwei Jahre hinausgehende Befristung kommt grundsätzlich nur im Wege der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG in Betracht.

15 Vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.

16 Sollte ein Unternehmen hingegen dauerhaft im Wege des Befristungsmodells Personal an andere Unternehmen „verleihen", könnte dies als Umgehungsversuch des AÜG zu werten sein.

17 Vgl. zu den Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebs u. a. *Seel*, ÖAT 2017, 48, 49; *Schmid/Topoglu*, Arbeitsrecht aktuell 2014, 40,41.

18 Vgl. z. B. BAG, Urt. v. 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, BeckRS 2010, 76066; BAG, Beschl. v. 18.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA – RR 2008, 583; nach der Argumentation des BAG werden bei der Arbeitnehmerüberlassung Arbeitnehmer vollständig in den fremden Betrieb eines Dritten eingegliedert und dort innerhalb der fremden Betriebsorganisation zur Förderung des Betriebszwecks des Entleihers eingesetzt, während im Gemeinschaftsbetrieb die Eingliederung in eine gemeinsame Betriebsorganisation zur Förderung eines gemeinsamen Betriebszwecks erfolgt.

dass auch hier ohne eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und die formalen Einschränkungen des AÜG die Unternehmen wechselseitig Personal einsetzen können. Allerdings geht die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes mit einem hohen organisatorischen Aufwand einher. Zudem hat die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes die Ausweitung des Kündigungsschutzes und damit auch der Sozialauswahl auf alle in dem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer zur Folge.[19] Schließlich wird zum Teil vertreten, die im Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer seien den beteiligten Unternehmen im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung über die besonderen Zurechnungsregeln des Mitbestimmungsgesetzes bzw. Drittelbeteiligungsgesetzes wechselseitig zuzurechnen, unabhängig davon, ob das einzelne beteiligte Unternehmen selbst die maßgeblichen Schwellenwerte überschreitet.[20]

Praxistipp:
Aufgrund des hohen organisatorischen Aufwandes (u.a. die Errichtung der gemeinsamen Leitung in Personalangelegenheiten) dürfte sich ein Gemeinschaftsbetrieb nur anbieten, wenn der unternehmensübergreifende Personaleinsatz längerfristig – d.h. nicht nur Pandemie-bedingt – erfolgen soll.

4. Zwischenfazit

Voraussetzung für eine erfolgreiche Personalpartnerschaft ist zum einen, dass im Hinblick auf das Anforderungs- und Qualifikationsprofil der einzusetzenden Arbeitnehmer eine möglichst hohe Deckungsgleichheit zwischen „verleihendem" Arbeitgeber und „aufnehmendem" Arbeitgeber besteht. Zudem bedarf es einer arbeitsrechtskonformen Umsetzung. Unternehmen die bereits über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen, können hiervon ggf. verstärkt Gebrauch machen. Als Einmallösung könnte sich das Befristungsmodell eignen. Sollte hingegen ein langfristiger Kooperationsbedarf absehbar sein, bietet sich auch der Gemeinschaftsbetrieb als rechtssichere Lösung an. Daneben kommen natürlich auch Werk-/Dienstverträge für einen Personaleinsatz in Betracht. Solche Werk-/Dienstverträge stehen jedoch – nicht nur aufgrund des jüngsten Corona-Skandals in der Fleischindustrie – im behördlichen Fokus und unterliegen hohen Compliance-Anforderungen.[21] Zudem eignen sich Werk-/Dienstverträge aufgrund der entsprechenden Compliance-Risiken dort nicht, wo das Personal durch den „aufnehmenden" Arbeitgeber weisungsabhängig und/oder stark integriert eingesetzt wird, d.h. wo dieser vorübergehend die Personalhoheit übernimmt.

II. Kartellrechtrechtliche Spielregeln für Sonderkooperationen

Auch unter dem Blickwinkel des Kartellrechts warf und wirft die aktuelle Krise durchaus schwierige Fragen auf, insbesondere, wenn Kooperationen unter Wettbewerbern im Raum stehen.

„Die Krise fordert von den Kartellbehörden gleichzeitig Aufmerksamkeit und Augenmaß."[22]

Gerade zu Beginn der Krise wurde der Ruf nach einem Kartellrechtsmoratorium laut.[23] Dem lag wohl die Vorstellung zugrunde, dass das Kartellrecht für die betreffenden Unternehmen nicht mehr gelten dürfe, weil aktuell „höherwertigere Güter", bspw. der Gesundheitsschutz oder die Versorgungssicherheit, im Vordergrund stünden. Schon diese Formulierung macht deutlich, dass – wie selbstverständlich – von dem akuten Erfordernis einer Ausnahmeregelung ausgegangen wird, die von zu engen und unnachgiebigen Vorgaben des Kartellrechts befreien müsste. Schon im Ansatz wird also vermutet, dass die betreffenden Verhaltensweisen, insbesondere unter Wettbewerbern, vom Kartellrecht untersagt *würden*.[24] Genau dies ist – so viel sei bereits vorweggenommen – jedoch nicht der Fall, und zwar auch *ohne*, dass sich die Kartellbehörden dazu erklären müssten. Dass sich die Behörden dennoch zügig zu Wort gemeldet haben,[25] ist aus praktischer Sicht zur Vermeidung von Unsicherheiten zu begrüßen. Dies ist ein guter Anlass, (auch) die kartellrechtlichen Grundregeln genauer zu betrachten. Im Zentrum sollte dabei der gesetzlich vorgegebene, zweistufige Prüfungsaufbau stehen, der ein Verbot *und* eine Rechtfertigungsmöglichkeit beinhaltet.

1. Kartellverbot

Zunächst kommt es darauf an, ob die betreffenden Unternehmen durch Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Als relevante Verhaltensweise kommt nahezu jede Form der Kooperation in Betracht; ausreichend ist „eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt"[26]. Erfasst sind also ebenso harte Verträge wie Gentlemen's Agreements. Bezüglich des weiteren Kriteriums der Wettbewerbsbeschränkung liegt die Messlatte unter Wettbewerbern bekanntlich besonders niedrig. Tauschen sich Wettbewerber bspw. über strategisch relevante Informationen wie Preise, Kunden oder geplante Absatzmengen aus, liegt stets eine (bezweckte) Wettbewerbsbeschränkung vor. Auf etwaige Wirkungen des Verhaltens auf den Markt kommt es dann nicht (mehr) an.[27] Bestimmte Formen der Kollusion werden „schon ihrer Natur nach als schädlich" und damit wettbewerbsbeschränkend angesehen.

2. Rechtfertigung

Wettbewerbsbeschränkungen – auch solche unter Wettbewerbern – können jedoch gerechtfertigt sein. Das Gesetz knüpft die Rechtfer-

19 Vgl. BAG, Urt. v. 24.2.2005 – 2 AZR 214/04, BeckRS 2005, 41739.
20 Dafür: LG Hamburg, Beschl. v. 21.10.2008 – 417 O 171/07, BeckRS 2009, 07049; Dagegen: LG Hannover, Beschl. v. 14.5.2012 – 25 O 65/11, BeckRS 2013, 12440.
21 Zur Fremdpersonal-Compliance vgl. u.a. *Vogel/Simon*, CB 2017, 193 ff.
22 *Andreas Mundt*, Präsident des BKartA, 9.4.2020.
23 Vgl. die Pressenotiz bei ARD – Tagesschau vom 20.3.2020, https://www.tagesschau.de/wirtschaft/altmaier-kartellrecht-corona-101.html.
24 Das Thema möglicher Missbräuche von Marktmacht durch exzessive Preise („profiteering") wird hier nicht weiter betrachtet.
25 Siehe das „Joint Statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis", abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf (Joint Statement); Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für die Prüfung kartellrechtlicher Fragen der Zusammenarbeit von Unternehmen in durch den derzeitigen COVID-19-Ausbruch verursachten Notsituationen, ABl. C Nr. 116 vom 8.4.2020, Seite 7 ff. (Kommissionsrahmen COVID-19); Pressemitteilung des BKartA v. 9.6.2020, Maßnahmen zur Krisenbewältigung in der Automobilindustrie – Bundeskartellamt unterstützt VDA bei der Erarbeitung der kartellrechtlichen Rahmenbedingungen (VDA-Unterstützung).
26 Siehe nur EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – C-8/08 – T-Mobile Netherlands u.a./Raad van bestuur, Rn. 26 m.w.N. zur Rechtsprechung.
27 Siehe auch dazu die Ausführungen des EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – C-8/08 – T-Mobile Netherlands u.a./Raad van bestuur, Rn. 29 m.w.N.

tigung an vier Voraussetzungen[28]: Im Mittelpunkt steht die Frage, ob mit der Kooperation sog. Effizienzvorteile[29] erzielt werden, an denen die Marktgegenseite (der vom Gesetz verwendete Begriff des Verbrauchers ist missverständlich[30]) beteiligt wird. Nicht-wirtschaftliche Zielsetzungen wie etwa die Volksgesundheit, der Arbeitnehmer-, Klima- oder Umweltschutz, werden vom Gesetz nicht angesprochen. Bedeutet das nun, dass Kooperationen, die der Volksgesundheit dienen, von vorne herein nicht erfasst werden? Das wäre sicherlich zu kurz gegriffen: denn nach dem Wortlaut können auch Maßnahmen, die zur Verbesserung der *Warenerzeugung und -verteilung* beitragen, einen zulässigen Effizienzvorteil begründen, der – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – ein nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB verbotenes Verhalten rechtfertigen kann. Die Frage, ob auch nicht-wirtschaftliche Aspekte wie der Gesundheitsschutz einen Effizienzvorteil darstellen können, ist nicht neu.[31] In der Vergangenheit stellte sich bspw. die Frage, ob Wettbewerberabsprachen zu Gunsten des Umwelt- oder Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein können. Sieht man die Union als Wertegemeinschaft, die sich vertraglich zur Förderung dieser Ziele verpflichtet hat,[32] scheint dies auf den ersten Blick logisch. Bislang hielt sich allerdings die Auffassung, dass solche Aspekte zwar bei der Prüfung „mitberücksichtigt" werden können, ein nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB verbotenes Verhalten aber nie für sich genommen rechtfertigen könnten.[33]

Das ist auch folgerichtig: Zum einen ist es in den allermeisten Fällen nicht nötig, auf die genannten Allgemeinwohlinteressen zurückzugreifen. Eine solchen Zwecken dienende Kooperation wird nämlich häufig zwanglos (gerade) als *Verbesserung der Warenerzeugung* (z. B. bei Erstellung eines besseren Produkts) oder als Maßnahme zur besseren Warenverteilung verstanden werden können (z. B. wenn Wettbewerber den Absatz bestimmter knapper Güter koordinieren). Zum anderen wirft die Einbeziehung nicht-wirtschaftlicher Zielsetzungen erhebliche kompetenzrechtliche Fragen auf. Sie widerspricht dem aktuellen System, in dem jeder Marktteilnehmer selbst zur Bewertung der kartellrechtlichen Vorgaben für das eigene Handeln aufgefordert ist (Stichworte „Legalausnahme" und „Selbsteinschätzung"). In einem solchen System müssen die Marktteilnehmer vorher – jedenfalls „einigermaßen" – vorhersehen können, welches Verhalten erlaubt/verboten ist. Damit würde es sich nicht vertragen, wenn *sie* – und nicht der Gesetzgeber – wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Zielsetzungen (wie den Gesundheitsschutz) anhand eines nicht vorhandenen Bewertungsschemas erst gegeneinander abwägen müssten, um dann zu entscheiden, ob ein bestimmtes an sich (nach Art. 101 Abs. 1 EUV oder § 1 GWB) verbotenes Verhalten doch ausnahmsweise erlaubt ist.

Für wettbewerbsbeschränkende Kooperationen in der Krise bedeutet dies, dass sie grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes bzw. der Warenverteilung gerechtfertigt werden können, sofern der Bezug zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung gelingt. Wichtig ist aber, dass die Wettbewerbsbeschränkung auf das absolut notwendige (also das „unerlässliche") Maß beschränkt bleibt, um das betreffende Ziel zu erreichen. Stimmen sich bspw. Lebensmittellieferanten oder Kfz-Teile-Zulieferer ab, um sicherzustellen, dass ihre Produkte weiterhin im gesamten Bundesgebiet verfügbar sind bzw. die Lieferketten aufrechterhalten bleiben, rechtfertigt dies zwar einen Austausch zu Liefermengen, nicht aber einen Austausch zu Verkaufspreisen. Denn letzteres ist für die Durchführung der Kooperationen unnötig. Dies gilt auch ohne, dass sich dazu eine Kartellbehörde erklären müsste. Solche Erklärungen haben ohnehin nur deklaratorischen Charakter.[34]

Praxistipp:
Kooperationen sind inhaltlich und zeitlich auf das absolut erforderliche Maß zu beschränken. Im Zweifel ist ein Austausch von unternehmensindividuellen Informationen, insbesondere von Preisen, nicht erforderlich. Maßnahmen sollten befristet werden.

3. Stellungnahmen der Kartellbehörden

Die diversen Stellungnahmen der Kartellbehörden zu Kooperationen in der Krise sind dennoch sinnvoll: Denn sie machen gerade für Unternehmen, die nicht ständig mit Kartellrecht befasst sind, deutlich wo die Grenze des Zulässigen verläuft. Alle Behörden betonen dabei das Erfordernis der Erforderlichkeit („Unerlässlichkeit") von Informationsaustauschen zu strategischen Informationen, insbesondere Preisen.[35] Ebenso wichtig ist die klare zeitliche Befristung von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen.[36] Mit anderen Worten: Die Corona-Krise schafft – selbstverständlich – keinen Deckmantel für Kartelle, die auch unter normalen Umständen verboten wären. Unternehmen müssen mit Augenmaß vorgehen.

4. Zwischenfazit

Kooperationen, die zur Verbesserung von Warenerzeugung oder -verteilung beitragen und damit (indirekt) anderen Zielen dienen, etwa dem Gesundheitsschutz, sind schon jetzt zulässig. Dafür bedarf es keiner „Ausnahmegenehmigung". Die Stellungnahmen der Kartellbehörden sind dennoch zu begrüßen. Denn sie geben den Unternehmen eine gute Orientierungshilfe, so dass diese bei hohem Handlungsdruck nicht unnötig in langwierige Zulässigkeitsprüfungen eintreten müssen. Eine Grenze besteht dort, wo die betreffende Kooperation das notwendige Maß überschreitet, bspw. indem zwischen Wettbewerbern strategische Informationen ausgetauscht wer-

---

28 Der Wortlaut von Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB lautet: „Vom Verbot freigestellt sind […] Vereinbarungen oder […] abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten."

29 So werden zusammengefasst die in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten zu erzielenden Vorteile (also die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung u. a.) auch genannt.

30 Ausführlich dazu *Kersting/Walzel*, in: Kö/Ko, Kartellrecht, 2016, Band 3, Art. 101 AEUV, Rn. 659 m. w. N.; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 101 AEUV, Rn. 159; siehe auch EuGH, Urt. v. 13.7.1966 – 56, 58/64 – Consten & Grundig, Seiten 322 ff., 396.

31 Siehe die ausführliche Auseinandersetzung bei *Kersting/Walzel*, in: Kö/Ko, Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 694 ff.

32 Siehe etwa Art. 11 und Art. 12 AEUV. Art. 11 lautet: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen […] einbezogen werden." Art. 12 lautet: „Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen."

33 Siehe ausführlich dazu *Kersting/Walzel*, in: Kö/Ko, Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 Rn. 696 u. a.

34 Siehe umfassend zu Stellungnahmen der Europäischen Kommission und anderer Kartellbehörden *Walzel*, Die Bindungswirkungen ungeregelter Vollzugsinstrumente der EU Kommission, Seite 320 ff.

35 Siehe das Joint Statement, 3. Bulletpunkt: „[…] the ECN will not actively intervene against *necessary* and temporary measures, put in place in order to avoid a supply shortage"; Kommissionsrahmen, Rn. 13 und 15 u. a. VDA-Unterstützung, 6. und 7. SpStr. u. a.

36 Siehe etwa den Kommissionsrahmen, Rn. 15, ii).

den, die für die Durchführung der Kooperation nicht erforderlich sind.

Tab.: Wichtige Äußerungen von Kartellbehörden zu Verhalten in der Krise

Behörde(n)	Bezeichnung	Quelle
European Competition Network	Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis	https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Corona_ECN_Statement.pdf?__blob=publicationFile&v=2
Europäische Kommission	Befristeter Rahmen für die Prüfung kartellrechtlicher Fragen der Zusammenarbeit von Unternehmen in durch den derzeitigen COVID-19-Ausbruch verursachten Notsituationen	Amtsblatt EU vom 8.4.2020, Nr. C 116 I, S. 7 ff.
Europäische Kommission	Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients	https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html
Bundeskartellamt	Maßnahmen zur Krisenbewältigung in der Automobilindustrie	PM des BKartA vom 9.6.2020
Competition & Markets Authority (CMA) in England	Diverse Kurzstellungnahmen zu Einzelfragen, insbesondere zu Preishöhenmissbrauch	https://www.gov.uk/government/collections/cma-covid-19-response

III. Fazit

Man darf davon ausgehen, dass es eine Vielzahl weiterer Kooperationen gibt und geben wird, die dazu beitragen (sollen), der Krise und ihren Folgen zu begegnen. Auch wenn man über Einzelheiten streiten mag, so sind die beschriebenen Formen der Zusammenarbeit im Grundsatz sehr zu begrüßen. Sie verdeutlichen auch, wie agil die Marktteilnehmer sein können, um sowohl im Eigeninteresse, als auch im Interesse der größeren Gemeinschaft neuartige und ungewöhnliche Lösungen anzubieten. Dabei sind jedoch bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten. Bei personalbezogenen Kooperationen sind vor allem arbeitsrechtliche Vorgaben zu beachten. Denn der Einsatz von Dritt-/Fremdpersonal wurde in den letzten Jahren durch Gesetzgeber und Behörden zunehmend reguliert. Bei anderen Kooperationsformen – wie z. B. der (gemeinsamen) Warenerzeugung – sind insbesondere kartellrechtliche Regeln zu beachten. Die Corona-Krise darf nicht als Deckmantel zur „Wettbewerbsverzerrung" genutzt werden. Vielmehr sollen zur Deckung von Bedarfen im Lichte des Allgemeinwohls pragmatische Lösungen ermöglicht werden.

AUTOREN

Dr. Daisy Walzel, LL. M. (oec.) *ist Partnerin bei der DWF Germany Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Düsseldorf und leitet dort den Bereich Kartellrecht. Sie berät nationale und internationale Unternehmen zu allen Fragen des Kartellrechts, einschließlich des Vertriebskartellrechts und der kartellrechtlichen Compliance sowie zur Fusionskontrolle.*

Johannes Simon, LL. M. (Durham), Fachanwalt für Arbeitsrecht, *ist Partner am Düsseldorfer Standort der Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft mbB im Bereich Arbeitsrecht. Er berät schwerpunktmäßig zu Fremdpersonal Compliance, Personalflexibilisierung sowie arbeitsrechtlichen Restrukturierungen.*