



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Andreas Mascherner

**Kartellrechtliche Betrachtung von
Vergütungs- und Einstellungsabreden
im Konzern**

Kartellrechtliche Betrachtung von Vergütungs- und Einstellungsabreden im Konzern

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Andreas Maschemer
aus Deutschland

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Roger Zäch
und
Prof. Dr. Peter Krebs

Cotutelle de thèse mit der
Universität Siegen

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 5. März 2025

Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Gächter



Kartellrechtliche Betrachtung von Vergütungs- und Einstellungsabreden im Konzern Copyright © by Andreas Maschmer is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2025 – CC BY-NC-ND

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Hirschengraben 56, 8001 Zürich, eizpublishing@europa-institut.ch

Autor: Andreas Maschmer

ISBN:

978-3-03994-016-5 (Print – Softcover)

978-3-03994-017-2 (Print – Hardcover)

978-3-03994-018-9 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/6WSK-6E9R>

Version: 1.02 – 20250829

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Andreas Maschmer eingereicht und am 5. März 2025 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich auf Antrag von Herrn Professor Dr. Roger Zäch (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Peter Krebs (zweiter Referent) genehmigt.

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL: <https://eizpublishing.ch/publikationen/kartellrechtliche-betrachtung-von-verguetungs-und-einstellungsabreden-im-konzern/>.

Meinen Eltern

Préface

Préfacer une thèse de doctorat n'entre pas dans les habitudes d'un chef du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche. Ce n'est nullement lié à quelque restriction d'ordre déontologique, mais bien plutôt à la rareté des cas. L'auteur à qui ces lignes sont dédiées fait donc exception, dans la mesure où il a accompli son travail de thèse en cours d'emploi, sur son temps libre. Quiconque peut soupeser l'implication et la ténacité indispensables à une recherche académique de ce niveau saura apprécier du même coup le poids de la gageure ainsi soutenue.

Au-delà de l'enjeu personnel affleurant forcément à la surface de cette étude – et qu'il convient de saluer à sa juste mesure – je me plais à relever l'originalité du champ intellectuel ici exploré et son adéquation avec des problèmes de société éminemment actuels. En effet, une grande partie du monde économique, l'OCDE elle-même et les autorités de la concurrence ne s'intéressent que depuis peu à la question de l'impact des accords de rémunération et d'embauche sur les conditions de travail des salariés et la concurrence sur le marché du travail. L'éclairage qu'apporte l'auteur à cet égard mérite grande attention, à plus forte raison en période de pénurie chronique de main-d'œuvre qualifiée, marquée par un besoin accru de fidélisation de cette dernière par les employeurs.

Je sais gré au Dr. iur. Andreas Maschmer de l'ambition scientifique qu'il a concrétisée à la faveur de la rédaction de cette thèse. La mention dont elle est assortie atteste sa qualité et, en miroir, celle de l'expertise que son auteur met au quotidien au service de la Direction de la politique économique du SECO.



Guy Parmelin

Conseiller fédéral

Vorwort

Es gehört nicht zu den Gewohnheiten eines Vorstehers des eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung, das Vorwort einer Doktorarbeit zu verfassen. Dies hat nichts mit irgendwelchen berufsethischen Einschränkungen zu tun, sondern vielmehr damit, dass es nur selten vorkommen soll. Der Autor, dem diese Zeilen gewidmet sind, stellt diese Ausnahme dar. Als Mitarbeitender aus dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hat er seine Dissertation berufsbegleitend in seiner Freizeit verfasst hat. Jeder, der weiss, was es heisst, eine Dissertation zu schreiben, kennt die Herausforderungen und das Engagement, die damit verbunden sind.

Neben den persönlichen Herausforderungen, die sich beim Verfassen einer solchen Studie ergeben und die gebührend gewürdigt werden sollten, möchte ich auf die Originalität des hier erforschten intellektuellen Feldes und seine Relevanz für hochaktuelle gesellschaftliche Probleme hinweisen. Tatsächlich befassen sich ein Grossteil der Wirtschaft, die OECD selbst und die Wettbewerbsbehörden erst seit kurzem mit der Frage, wie sich Vergütungs- und Einstellungsabreden auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt auswirken. Die diesbezüglichen Erkenntnisse des Autors verdienen grosse Aufmerksamkeit. Und dies gerade auch insbesondere in Zeiten eines chronischen Fachkräftemangels. Die Arbeitgeber sind entsprechend gefordert.

Ich danke Dr. iur. Andreas Maschmer für das wissenschaftliche Engagement, das er mit der Erstellung dieser Dissertation unter Beweis gestellt hat. Die Auszeichnung, die mit ihr verbunden ist, zeugt von ihrer Qualität und damit auch von der Expertise, die ihr Autor tagtäglich in den Dienst der Direktion für Wirtschaftspolitik des SECO stellt.



Guy Parmelin

Bundesrat

Danksagung

Frei nach Friedrich Dürrenmatt ist das Verfassen einer Dissertation wie Schach: Bei der Eröffnung ist man frei; dann bekommt die Partie ihre eigene Logik. Zu Beginn der Arbeiten an meiner Dissertation war mir weder bewusst, wie lange diese dauern noch wo diese enden werden. Jedenfalls liegt die verzögerte Fertigstellung einzig in der Verantwortung des Autors.

Die vorliegende Arbeit entstand im Rahmen einer Cotutelle de thèse zwischen den Universitäten Zürich und Siegen, parallel zu meiner Tätigkeit für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO. Sie wurde im Frühjahr 2025 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich sowie der Fakultät III Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis zum 19. August 2024 berücksichtigt.

Zu grossem Dank verpflichtet bin ich einer Vielzahl von Personen, die zum Gelingen der vorliegenden Arbeit beigetragen haben. Ein besonderer Dank gilt meinen beiden Doktorvätern, Prof. Dr. Roger Zäch und Prof. Dr. Peter Krebs. Ihnen danke ich von Herzen für ihre unerschütterliche und exzellente Unterstützung bei diesem Vorhaben. Ohne ihre wertvollen Anmerkungen und ihre aussergewöhnliche Geduld in den vergangenen Jahren wäre die vorliegende Arbeit nicht realisierbar gewesen.

Herzlich danken möchte ich sodann Prof. Dr. Alexander Eufinger, dessen mannigfaltigen Anregungen mir sowohl während unserer gemeinsamen Assistenzzeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Peter Krebs als auch darüber hinaus stets eine grosse Hilfe waren und sind. Rebekka Bernabe danke ich von Herzen für ihre unermüdliche Unterstützung. Sie war mir insbesondere auch in den Tagen und Wochen vor Abschluss meiner Dissertation eine ausserordentliche Hilfe. Alessandro Marranchelli danke ich für die vielen Diskussionen rund um Fragestellungen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Für seine wertvollen Hinweise in volkswirtschaftlicher Hinsicht danke ich Dr. Piotr Lukaszuk. Überdies danke ich Elena Marranchelli und Dr. Anne Berkemeier herzlich für das kritische und sehr sorgfältige Lektorat der Arbeit.

Meinem Team, dem Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik des SECO und insbesondere dessen Leiter, Dr. Ronald Indergand sowie seinem Vorgänger Dr. Simon Jäggi, danke ich nicht nur für ihre wertvolle mentale Unterstützung, sondern auch für die mir eingeräumte Flexibilität in zeitlicher Hinsicht. Dieser

Dank schliesst auch meine beiden ehemaligen Kolleginnen Sarah Bochud sowie Larissa Müller mit ein.

Damien Vacheron danke ich für die vielen Gelegenheiten, Teile der vorliegenden Arbeit im schönen Crans-Montana mit Blick auf die Walliser Alpen verfassen zu können.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem Schweizerischen Nationalfonds für die grosszügige Übernahme der Kosten der Publikation im Open-Access-Format sowie dem Europa Institut der Universität Zürich für die rasche und unkomplizierte Veröffentlichung der Arbeit.

Besonders danken möchte ich auch Bundesrat Guy Parmelin, der sich bereit erklärt hat, das Vorwort für diese Arbeit zu verfassen.

Schliesslich danke ich meiner Familie, meinem Bruder Matthias und ganz besonders meinen Eltern. Ohne ihren Rückhalt und ihre liebevolle Unterstützung wäre das vorliegende Werk undenkbar gewesen. Ihnen ist diese Arbeit daher in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Bern, im Mai 2025

Andreas Maschemer

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---------------------------------------|-------|
| Préface | VII |
| Vorwort | IX |
| Danksagung | XI |
| Abkürzungsverzeichnis | XIX |
| Literaturverzeichnis | XXVII |
| Internetquellen | LXIII |

| | |
|---|----------|
| Teil 1: Einleitung | 1 |
| A. Einstieg: Rechtlicher und wirtschaftlicher Hintergrund von Vergütungs- und Einstellungsabreden | 1 |
| B. Vergütungs- und Einstellungsabreden in Konzernkonstellationen | 9 |
| C. Formale Bemerkungen | 12 |

| | |
|--|-----------|
| Teil 2: Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden | 15 |
| A. Einleitende Bemerkungen | 15 |
| B. Vergütungsabreden | 16 |
| I. Gegenstand | 16 |
| II. Ökonomischer Hintergrund | 18 |
| 1. Einleitende Bemerkungen | 18 |
| 2. Arbeitsmarkt | 18 |
| 3. Nachfragemarkt | 21 |
| a) Arbeitsmarkt als Nachfragemarkt für Unternehmen | 21 |
| b) Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt | 22 |
| III. Motivation der Arbeitgeber für Vergütungsabreden | 25 |
| C. Einstellungs- und Abwerbeverbote | 26 |
| I. Gegenstand | 26 |
| 1. Einleitende Bemerkungen | 26 |
| 2. Einstellungsverbot | 27 |
| 3. Abwerbeverbot | 29 |
| II. Motivation der Arbeitgeber für Einstellungsabreden | 31 |
| 1. Arbeitskräftemangel | 31 |
| 2. Verlust von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen | 32 |
| 3. Wettbewerb um Arbeitsbedingungen | 35 |
| D. Derzeitige Verfolgungspraxis von Vergütungs- und Einstellungsabreden im Ausland | 36 |
| I. USA | 37 |
| 1. Anfänge der Rechtsdurchsetzung | 37 |
| a) wage-fixing-Verfahren | 37 |
| b) no-poaching-Verfahren | 38 |

| | | |
|------|---|----|
| 2. | Antitrust Guidance for Human Resource Professionals | 39 |
| a) | Ziel und Zweck der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals | 39 |
| b) | Wesentliche Inhalte der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals | 40 |
| 3. | Entwicklung nach Erlass der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals | 41 |
| a) | Verlautbarungen des DoJ sowie politische Aktivitäten | 41 |
| b) | Verfahren nach Erlass der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals | 43 |
| II. | EU | 46 |
| 1. | Bisherige Ansicht der EU-Kommission | 46 |
| 2. | Verlautbarung von Vestager | 48 |
| 3. | Rechtsprechung des EuGH | 48 |
| III. | Ausgewählte Jurisdiktionen | 49 |
| 1. | Deutschland | 49 |
| a) | § 1 GWB | 49 |
| b) | § 75f HGB | 51 |
| i) | Grundsatz | 51 |
| ii) | BGH, Ents. v. 30. April 2014 – I ZR 245/12 | 51 |
| 2. | Frankreich | 53 |
| 3. | Grossbritannien | 54 |
| E. | Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in der EU | 54 |
| I. | Einleitende Bemerkungen | 54 |
| II. | Arbeitsrechtliche Bereichsausnahme | 55 |
| III. | Unternehmen | 56 |
| 1. | Einleitende Bemerkungen | 56 |
| 2. | Arbeitnehmer | 57 |
| 3. | Gewerkschaften | 59 |
| 4. | Arbeitgeber | 60 |
| a) | Grundsatz | 60 |
| b) | Gemeinnützige Organisationen | 61 |
| c) | Nachfragetätigkeit von Unternehmen | 62 |
| d) | Arbeitgeberverband | 65 |
| IV. | Kooperation | 65 |
| 1. | Vereinbarung | 66 |
| 2. | Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise | 68 |
| 3. | Beschluss | 70 |
| V. | Marktabgrenzung | 71 |
| 1. | Einleitende Bemerkungen | 71 |
| 2. | Sachlich relevanter Markt | 71 |
| 3. | Räumlich relevanter Markt | 73 |
| 4. | Zeitlich relevanter Markt | 75 |
| VI. | Wettbewerbsbeschränkung | 76 |
| 1. | Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs | 76 |
| 2. | «bezweckt» oder «bewirkt» | 78 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 3. | Spürbarkeit | 80 |
| 4. | Zwischenstaatlichkeitsklausel | 82 |
| 5. | Freistellungsfähigkeit | 84 |
| a) | Grundsatz | 84 |
| b) | Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) | 85 |
| c) | Freistellung von Einstellungs- und Abwerbverbote sowie von Vergütungsabreden | 87 |
| d) | Nebenabreden im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV | 87 |
| e) | Vergütungs- und Einstellungsabreden als zulässige Nebenabreden | 88 |
| F. | Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in der Schweiz | 88 |
| I. | Einleitende Bemerkungen | 88 |
| II. | Gesamtarbeitsverträge (GAV) | 88 |
| III. | Arbeitsrechtliche Bereichsausnahme | 91 |
| IV. | Neuere gesetzgeberische Entwicklungen | 94 |
| V. | Unternehmen | 95 |
| 1. | Einleitende Bemerkungen | 95 |
| 2. | Arbeitnehmer | 95 |
| 3. | Gewerkschaften | 97 |
| 4. | Arbeitgeber | 98 |
| a) | Grundsatz | 98 |
| b) | Gemeinnützige Organisationen | 98 |
| c) | Nachfragetätigkeit von Unternehmen | 99 |
| VI. | Kooperation | 99 |
| VII. | Marktabgrenzung | 99 |
| VIII. | Wettbewerbsbeschränkung | 100 |
| 1. | Wettbewerbsabrede | 100 |
| a) | Grundsatz | 100 |
| b) | Vergütungsabreden | 101 |
| c) | Einstellungsabreden | 102 |
| 2. | Harte Wettbewerbsabrede | 102 |
| a) | Grundsatz | 102 |
| b) | Vergütungsabreden | 103 |
| c) | Einstellungsabreden | 105 |
| 3. | Erheblichkeit | 106 |
| a) | Grundsatz | 106 |
| b) | Verhältnis zum EU-Recht | 107 |
| c) | Vergütungs- und Einstellungsabreden | 107 |
| 4. | Rechtfertigung | 108 |
| a) | Grundsatz | 108 |
| b) | Vergütungs- und Einstellungsabreden | 109 |
| 5. | Nebenabreden im Rahmen einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit | 110 |
| a) | Grundsatz | 110 |
| b) | Einstellungs- und Vergütungsabreden | 110 |
| IX. | Verfolgungspraxis der WEKO | 110 |
| 1. | KG-62 und KG-85 | 110 |

| | | |
|----|--|-----|
| 2. | Geltendes KG | 111 |
| a) | Vergütungsabreden | 111 |
| b) | Einstellungsabreden | 114 |
| X. | Zivilrechtliche Praxis | 115 |

[Teil 3: Kartellrechtliche Beurteilung von Konzernverhältnissen](#) 117

| | | |
|------|--|-----|
| A. | Zum Begriff des Konzerns im Kartellrecht | 117 |
| I. | Einleitende Bemerkungen | 117 |
| II. | Gesellschaftsrechtliches Konzernverständnis | 118 |
| 1. | Europäische Union | 118 |
| 2. | Schweiz | 120 |
| III. | Kartellrechtliches Konzernverständnis | 122 |
| 1. | Einleitende Bemerkungen | 122 |
| 2. | Europäische Union | 123 |
| a) | Einleitende Bemerkungen | 123 |
| b) | Wirtschaftliche Tätigkeit | 126 |
| c) | Wirtschaftliche Einheit | 128 |
| d) | Unabhängigkeit von Rechtsform und Finanzierung | 129 |
| e) | Konzerne | 130 |
| 3. | Schweiz | 136 |
| a) | Einleitende Bemerkungen | 136 |
| b) | Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess | 140 |
| c) | Unabhängigkeit von der Rechts- oder Organisationsform | 141 |
| d) | Konzerne | 141 |
| 4. | Abgrenzung des Konzerns von Unternehmensvereinigung und Kartell | 145 |
| IV. | Fazit | 146 |
| B. | Konzernprivileg | 148 |
| I. | Einleitende Bemerkungen | 148 |
| II. | Europäische Union | 149 |
| III. | Schweiz | 150 |
| IV. | Fazit | 152 |
| C. | Normadressat und Zurechnung im Konzern | 152 |
| I. | Einleitende Bemerkungen | 152 |
| II. | Europäische Union | 153 |
| III. | Schweiz | 156 |
| IV. | Fazit | 158 |
| D. | Rechtsfolgen für Kartellverstöße | 159 |
| I. | Einleitende Bemerkungen | 159 |
| II. | Europäische Union | 160 |
| 1. | Verwaltungsverfahren | 160 |
| 2. | Zivilverfahren | 162 |
| III. | Schweiz | 164 |
| 1. | Verwaltungsverfahren | 164 |
| 2. | Zivilverfahren | 167 |
| IV. | Fazit | 168 |

| | | |
|--|---|------------|
| Teil 4: Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in Konzernkonstellationen | | 171 |
| A. | <u>Konzerninterne Vereinbarungen</u> | <u>171</u> |
| I. | <u>Der Konzern entspricht der wirtschaftlichen Einheit</u> | <u>171</u> |
| II. | <u>Der Konzern besteht aus mehreren wirtschaftlichen Einheiten</u> | <u>172</u> |
| B. | <u>Konzernexterne Vereinbarungen</u> | <u>173</u> |
| I. | <u>Einleitende Bemerkungen</u> | <u>173</u> |
| II. | <u>Zusammenschlusskontrolle</u> | <u>174</u> |
| 1. | <u>Nebenabreden im Allgemeinen</u> | <u>174</u> |
| a) | <u>Europäische Union</u> | <u>174</u> |
| b) | <u>Schweiz</u> | <u>176</u> |
| 2. | <u>Vergütungsabreden als Nebenabreden</u> | <u>176</u> |
| 3. | <u>Einstellungs- und Abwerbeverbote als Nebenabreden</u> | <u>176</u> |
| a) | <u>Europäische Union</u> | <u>176</u> |
| b) | <u>Schweiz</u> | <u>180</u> |
| III. | <u>Zusammenarbeit unabhängiger Unternehmen</u> | <u>183</u> |
| 1. | <u>Vergütungsabreden</u> | <u>183</u> |
| a) | <u>Europäische Union</u> | <u>183</u> |
| i) | <u>Alleinstehende Vergütungsabreden</u> | <u>183</u> |
| ii) | <u>Vergütungsabreden als notwendige Nebenabreden einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit</u> | <u>184</u> |
| b) | <u>Schweiz</u> | <u>184</u> |
| 2. | <u>Einstellungs- und Abwerbeverbote</u> | <u>185</u> |
| a) | <u>Europäische Union</u> | <u>185</u> |
| i) | <u>Alleinstehende Einstellungs- und Abwerbeverbote</u> | <u>185</u> |
| ii) | <u>Einstellungs- und Abwerbeverbote als notwendige Nebenabreden einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit</u> | <u>186</u> |
| iii) | <u>Freistellung von Einstellungs- und Abwerbeverbote als Nebenabrede</u> | <u>188</u> |
| b) | <u>Schweiz</u> | <u>191</u> |
| C. | <u>Gemeinschaftsunternehmen</u> | <u>192</u> |
| I. | <u>Begriff</u> | <u>192</u> |
| 1. | <u>Einleitende Bemerkungen</u> | <u>192</u> |
| 2. | <u>Gemeinschaftsunternehmen im EU-Recht</u> | <u>194</u> |
| a) | <u>Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen</u> | <u>194</u> |
| i) | <u>Gemeinsame Kontrolle</u> | <u>194</u> |
| ii) | <u>selbstständige wirtschaftliche Einheit</u> | <u>196</u> |
| iii) | <u>auf Dauer angelegte Tätigkeit</u> | <u>196</u> |
| b) | <u>Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen</u> | <u>197</u> |
| c) | <u>Wirtschaftliche Einheit zwischen Gemeinschaftsunternehmen und den Muttergesellschaften</u> | <u>198</u> |
| 3. | <u>Gemeinschaftsunternehmen im Schweizer Recht</u> | <u>199</u> |
| a) | <u>Vollfunktionsunternehmen</u> | <u>199</u> |
| b) | <u>Wirtschaftliche Einheit zwischen Gemeinschaftsunternehmen und den Muttergesellschaften</u> | <u>201</u> |

| | | |
|-----|---|------------|
| II. | Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden | 202 |
| 1. | Vergütungsabreden | 202 |
| a) | Europäische Union | 202 |
| b) | Schweiz | 203 |
| 2. | Einstellungs- und Abwerbeverbote | 203 |
| a) | Einleitende Bemerkungen | 203 |
| b) | Europäische Union | 204 |
| c) | Schweiz | 206 |
| | Teil 5: Ergebnis und Thesen | 207 |
| | Curriculum Vitae | 213 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|--|
| a.A. | anderer Ansicht |
| AB | Amtliches Bulletin (Schweiz) |
| ABL | Amtsblatt der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| aF | alte Fassung |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Deutschland) |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis (Schweiz) |
| AktG | Aktiengesetz (Deutschland) |
| Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV | Leitlinien der EU-Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Abl. C 101 v. 27.4.2004, S. 97 |
| Anm. | Anmerkung |
| ArbSchG | Arbeitsschutzgesetz (Deutschland) |
| ArbR | Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht |
| ArG | Arbeitsgesetz; SR 822.11 (Schweiz) |
| Art. | Artikel |
| ARV | Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung |
| BAG | Bundesarbeitsgericht (Deutschland) |
| BB | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| BBl | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft |
| Bd. | Band |
| Beil. | Beilage |
| betr. | betreffend |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer | Bundesgericht (Schweiz) |
| BGH | Bundesgerichtshof (Deutschland) |
| BKartA | Bundeskartellamt (Schweiz) |

| | |
|-----------------------|--|
| Botschaft KG 1961 | Botschaft des Bundesrates vom 18. September 1961 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, BBl 1961 553 |
| Botschaft KG 1981 | Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1981 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG), BBl 1981 1293 |
| Botschaft KG 1995 | Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468 |
| Botschaft KG 2001 | Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022. |
| Botschaft KG 2012 | Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905. |
| Botschaft KG 2019 | Botschaft des Bundesrates vom 29. Mai 2019 zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes), BBl 2019 4877 |
| Botschaft KG 2023 | Botschaft des Bundesrates vom 24. Mai 2023 zur Teilrevision des Kartellgesetzes, BBl 2023 1463 |
| Brüssel-Ia-Verordnung | Verordnung Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 1. |
| BSK | Basler Kommentare |
| Bst. | Buchstabe |
| BT-Drs. | Bundestags-Drucksachen (Deutschland) |
| BVGer | Bundesverwaltungsgericht (Schweiz) |
| bzgl. | bezüglich |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | zirka |
| CB | Compliance Berater (Zeitschrift) |
| CCZ | Corporate Compliance Zeitschrift |
| Cornell L. Rev. | Cornell Law Review (Zeitschrift) |
| COVuR | COVID-19 und Recht (Zeitschrift) |

| | |
|---------------------------|---|
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| De-minimis-Bekanntmachung | Bekanntmachung der EU-Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C 291 v. 30.8.2014, S. 1 |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe(n) |
| d.h. | das heisst |
| DOJ | Department of Justice (USA) |
| E | Entwurf |
| E. | Entscheidgrund |
| ECN | European Competition Network |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGKS | Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl |
| EntsG | Entsendegesetz; SR 823.20 (Schweiz) |
| et. al. | et altera |
| etc. | et cetera |
| ErfK | Erfurter Kommentar |
| EU | Europäische Union |
| EU-Kommission | Europäische Kommission |
| EuG | Gericht (erster Instanz) der Europäischen Union |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuR | Europarecht (Zeitschrift) |
| EuZA | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift) |
| f. | folgende |
| ff. | folgende |
| FuE | Forschung und Entwicklung |

| | |
|--------------------------|--|
| FuE-GVO | Verordnung (EU) Nr. 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 143 v. 2.6.2023, S. 9 |
| FK | Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht |
| FKVO | Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen («EG-Fusionskontrollverordnung»), ABl. L 24 v. 29.1.2004, S. 1 |
| FS | Festschrift |
| FTC | Federal Trade Commission (USA) |
| GA | Generalanwalt |
| GAV | Gesamtarbeitsvertrag (Schweiz) |
| GewO | Gewerbeordnung (Deutschland) |
| GesRZ | Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHR | GmbH-Rundschau (Zeitschrift) |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) |
| GesKR | Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift) |
| GVO | Gruppenfreistellungsverordnung |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Deutschland) |
| GWR | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) |
| Harv. L. Rev. | Harvard Law Review |
| HdB WirtschaftsStrafR | Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| HGB | Handelsgesetzbuch (Deutschland) |
| h.M. | herrschende Meinung |
| Horizontalleitlinien | Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 164 v. 19.4.2022, S. 1 |

| | |
|------------------------------------|---|
| Hrsg. | Herausgeber |
| i.E. | im Ergebnis |
| i.H.v. | in Höhe von |
| ILO | International Labour Organization |
| insb. | insbesondere |
| i.S. | in Sachen |
| i.S.d. | im Sinne des |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JuS | Juristische Schulung (Zeitschrift) |
| Kap. | Kapitel |
| KG | Kartellgesetz; SR 251 (Schweiz) |
| KG-62 | Kartellgesetz in der Fassung von 1962 (Schweiz) |
| KG-85 | Kartellgesetz in der Fassung von 1985 (Schweiz) |
| KommJur | Kommunaljurist (Zeitschrift) |
| LG | Landgericht (Deutschland) |
| MHdBAR | Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht |
| m. | mit |
| Mitteilung Zuständigkeitsfragen | Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 v. 21.2.2009, S. 10 |
| Mio. | Millionen |
| MMR | Multimedia und Recht |
| Müko | Münchener Kommentar |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| N | Nationalrat (Schweiz) |
| Nebenabreden- Bekanntmachung | Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 v. 5.3.2005, S. 24 |
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift) |

| | |
|-------------------------------|---|
| NJW-RR | NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift) |
| Nr. | Nummer |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZKart | Neue Zeitschrift für Kartellrecht |
| OECD | Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organization for Economic Cooperation and Development) |
| OFK | Orell Füssli Kommentare |
| OLG | Oberlandesgericht (Deutschland) |
| OR | Obligationenrecht (Schweiz) |
| PUR | Personalpraxis und Recht (Zeitschrift) |
| RdA | Recht der Arbeit (Zeitschrift) |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift) |
| Rn. | Randnummer/n |
| RPW | Recht und Politik des Wettbewerbs |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| S | Ständerat (Schweiz) |
| S. | Seite, Satz |
| Santa Clara L. Rev | Santa Clara Law Review (Zeitschrift) |
| Schadensersatzricht- linie | Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 v. 5.12.2014, S. 1 |
| SECO | Staatssekretariat für Wirtschaft (Schweiz) |
| SHK | Stämpfli Handkommentar |
| sic! | Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Schweiz) |
| SIWR | Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung |

| | |
|----------------------|---|
| Spezialisierungs-GVO | Verordnung (EU) 2023/1067 der EU-Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 143 v. 2.6.2023, S. 20 |
| SpoPrax | Sportrecht und E-Sportrecht in der Praxis |
| sog. | so genannte |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz) |
| StGB | Strafgesetzbuch; SR 311.0 (Schweiz) |
| SWK-ArbR | StichwortKommentar Arbeitsrecht |
| SZK | Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht |
| SZW | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht |
| TT-GVO | Verordnung Nr. 316/2014 der EU-Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 93 v. 28.3.2014, S. 17 TVG Tarifvertragsgesetz (Deutschland) |
| u.a. | und andere |
| US / U.S. | United States |
| USA | Vereinigte Staaten von Amerika (United States of America) |
| u.U. | unter Umständen |
| UWG | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; SR 241 (Schweiz) |
| v. | vom/von |
| VertBek | Bekanntmachung der WEKO vom 12. Dezember 2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung), BBl 2022 3231 |
| Vertikal-GVO | Verordnung (EU) 2022/720 der EU-Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 134 v. 11.5.2022, S. 4 |
| Vertikalleitlinien | Leitlinien der EU-Kommission (2022/C 248/01) für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248 v. 30.6.2022, S. 1 |
| vgl. | vergleiche |

| | |
|-----------|---|
| VKU | Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen SR 251.4 (Schweiz) |
| VO | Verordnung |
| VO 1/2003 | Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1 |
| vs. | versus |
| VwVG | Verwaltungsverfahrensgesetz SR 172.021 (Schweiz) |
| WAK-S | Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (Schweiz) |
| WEKO | Wettbewerbskommission (Schweiz) |
| WiWO | WirtschaftsWoche (Zeitschrift) |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift) |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift) |
| WuW/E | Entscheidungssammlung der WuW |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins |
| ZD | Zeitschrift für Datenschutz |
| Ziff. | Ziffer |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZFR | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| ZfPW | Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft |
| ZK | Zürcher Kommentar |
| ZWeR | Zeitschrift für Wettbewerbsrecht |

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas

Das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit: Zur Expansion eines unionskartellrechtlichen Konzepts

in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2023, 529–565

(zit.: *Ackermann*, ZEuP 2023, S.)

Ackermann, Thomas/Rohr, Shazana

Die Bestimmung der unionsrechtlichen Bussgeldobergrenze in Konzernsachverhalten: Neuinterpretation nach Sumal?

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2023, S. 452–457

(zit.: *Ackermann/Rohr*, NZKart 2023, S.)

Alexander, Christian

Das vertragliche Verbot der Abwerbung von Mitarbeitern zwischen Unternehmen im Spannungsfeld von Kartellrecht, Handelsrecht und Lauterkeitsrecht

in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2016, S. 16–39

(zit.: *Alexander*, ZWeR 2016, S.)

Ahrens, Börries

Gemeinschaftsunternehmen als wirtschaftliche Einheit

in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, S. 899–902

(zit.: *Ahrens*, EuZW 2013, S.)

Ambrock, Jens

Eltern haften für ihre Kinder – Der funktionale Unternehmensbegriff der DS-GVO und seine praktischen Folgen

Zeitschrift für Datenschutz 2023, S. 494–498

(zit. *Ambrock*, ZD 2023, S.)

Amstutz, Marc

Konzernorganisationsrecht 2.0

in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2016, S. 2–20

(zit.: *Amstutz*, SZW 2016, S.)

Amstutz, Marc/Reinert, Mani (Hrsg.)

Basler Kommentar Kartellgesetz

2. Aufl. 2023

(zit.: *Bearbeiter* in: BSK KG, Art. Rn.)

Arnold, Allegra

«Battle for talents»: Arbeitsmarktbezogene Abreden im Schweizer Kartellrecht

in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht 2022, S. 114–124

(zit.: *Arnold*, SZK 2022, S.)

- van Bael, Ivo/ Bellis, Jean-François
Competition Law of the European Union
Alphen aan den Rijn 6. Aufl. 2021
(zit.: *van Bael/Bellis*, Competition Law of the European Union, § Ziff.)
- Baldi, Marion/Borer, Jürg
Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 1998, S. 343–356
(zit.: *Baldi/Borer*, WuW 1998, S.)
- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin
Entschädigungslose Abwerbe- und Einstellungsverbote in Arbeitsverträgen – Ein Schnittpunkt zwischen Arbeits- und Wettbewerbsrecht
in: *Festschrift für Horst Helm zum 65. Geburtstag*, S. 3–17
München 2002
(zit.: *Bauer/Diller*, FS Helm, S.)
- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin
Wettbewerbsverbote – Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Organmitglieder
München 9. Aufl. 2022
(zit.: *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, § Rn.)
- Bauermeister, Tabea
Die Rs. Vantaan kaupunki/Skanska und Biogaran – Grundbausteine einer Sippenhaft?
in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2021, S. 385–390
(zit.: *Bauermeister*, NZKart 2021, S.)
- dies.
Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie
Tübingen, 1. Aufl. 2021
(zit.: *Bauermeister*, Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie, S.)
- dies.
Das Unternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht – Zur Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit auf Rechtsverletzungs- und Haftungsebene
in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2022, S. 59–69
(zit.: *Bauermeister*, NZG 2022, S.)
- Bechtold, Rainer
Zur Anwendung des Kartellverbots auf wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge
in: *Recht der Arbeit* 1983, S. 99–101
(zit.: *Bechtold*, RdA 1983, S.)

ders.

Labenschluss, Arbeitnehmerschutz und Kartellrecht
in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 109–118
München 2010
(zit.: *Bechtold*, FS Bauer, S.)

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB
München 10. Aufl. 2021
(zit.: *Bechtold/Bosch*, GWB, § Rn.)

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo

Kommentar zum EU-Kartellrecht
München 4. Aufl. 2023
(zit.: *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, Art. Rn.)

Bosch, Wolfgang

Das Mehr-Mütter-Gemeinschaftsunternehmen und die Anwendbarkeit des Kartellverbots
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2024, S. 351–354
(zit.: *Bosch*, NZKart 2024, S.)

Hasselbach, Kai/Nawroth, Christoph/Röding, Adalbert (Hrsg.)

Beck'sches Holding Handbuch
München 3. Aufl. 2020
(zit.: *Bearbeiter* in: Beck'sches Holding Handbuch, S.)

Henssler, Martin (GesamtHrsg.)

beck-online.Grosskommentar zum Aktienrecht
München 1. Aufl. 2024
(zit.: *Bearbeiter* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § Rn.)

ders.

Beck'scher Online-Kommentar zum HGB
München, Stand: 15.12.2022
(zit.: *Bearbeiter* in: Beck'scher Online-Kommentar, § Rn.)

Behrends, Nele

Das Unionsmodell der wirtschaftlichen Einheit im Kartelldeliktsrecht
Tübingen 2019
(zit.: *Behrends*, Das Unionsmodell der wirtschaftlichen Einheit im Kartelldeliktsrecht, S.)

Belling, Detlev W.

Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht
Berlin 1984
(zit.: *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, S.)

Bellis, Jean-François

Droit européen de la concurrence
Brüssel 2. Aufl. 2017
(zit.: *Bellis*, *Droit européen de la concurrence*, S.)

Bergmann, Jan

Handlexikon der Europäischen Union
Baden-Baden, Basel 6. Aufl. 2022
(zit.: *Bergmann*, *Handlexikon der Europäischen Union*, Begriff)

Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band VI OR
Bern 2 Aufl. 2010
(zit.: *Bearbeiter* in: BK OR, Art. Rn.)

Bien, Florian

Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post –
Teil 1: Das Verfahren der Doppelkontrolle de lege lata und de lege ferenda
in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2014, S. 214–220
(zit.: *Bien*, *NZKart* 2014, S.)

ders.

Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post –
Teil 2: Die Anforderungen an den Nachweis von Spill-over-Effekten
in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2014, S. 247–253
(zit.: *Bien*, *NZKart* 2014, S.)

Bien, Florian/Doganoglu, Toker

Arbeitsmärkte in der Fusionskontrolle
in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2019, S. 185–186
(zit.: *Bien/Doganoglu*, *NZKart* 2019, S.)

Bischke, Alf-Henrik/Brack, Sebastian

Neuere Entwicklungen im Kartellrecht – US-Kartellbehörden veröffentlichen An-
titrust Guidance for Human Resource Professionals
in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2017, S. 499–502
(zit.: *Bischke/Brack*, *NZG* 2017, S.)

dies.

Neuere Entwicklungen im Kartellrecht – Auch Private Equity-Mütter haften für
ihre Töchter
in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2018, S. 1059–1061
(zit.: *Bischke/Brack*, *NZG* 2018, S.)

Böckli, Peter

«Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus Schweizer Sicht
in: Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, S. 177–196
Zürich 2017
(zit.: Böckli, FS von der Crone, S.)

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans

Gesamtes Arbeitsrecht
Baden-Baden 2. Aufl. 2023
(zit.: *Bearbeiter* in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, § Rn.)

Böni, Franz

Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kartellrechts
in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2024, S. 17–19
(zit.: Böni, EWS 2024 S.)

Böni, Franz/ Wassmer, Alex

Gemeinschaftsunternehmen – Black Box für Kartellabsprachen?
in: Wirtschaft und Wettbewerb 2014, S. 681–690
(zit.: Böni/Wassmer, WuW 2014, S.)

Borer, Jürg

Wettbewerbsrecht I. Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG)
Zürich 3. Aufl. 2011
(zit.: Borer, Kommentar KG, Art. Rn.)

Botteron, Valentin

Le contrôle de concentrations d'entreprises
Zürich 1. Aufl. 2021
(zit.: Botteron, Le contrôle de concentrations d'entreprises, S.)

Bourazeri, Konstantina

Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel soloselbständiger Crowdworker
in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2019, S. 741–746
(zit.: Bourazeri, NZA 2019, S.)

Braun, Dominik

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht
Baden-Baden 2018
(zit.: Braun, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, S.)

ders.

Zur gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Investmentbanken und Private Equity-Investoren im europäischen Wettbewerbsrecht – Anmerkung zum EuG-Urteil Goldman Sachs/Kommission
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2018, S. 405–411
(zit.: *Braun*, NZKart 2018, S.)

Bretzigheimer, Marco/Maturana, Simón

Arbeitsmärkte und Kartellrecht – Der Leitlinienentwurf der Kommission zu Tarifverträgen von Solo-Selbstständigen
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2022, S. 246–251
(zit.: *Bretzigheimer/Maturana*, NZKart 2022, S.)

Brinker, Ingo

War for talents
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2015, S. 209–210
(zit.: *Brinker*, NZKart 2015, S.)

von Büren, Roland (Hrsg.)

Band VIII/6: Der Konzern
Basel 2. Aufl. 2005
(zit.: v. *Büren*, SIWR VIII/6, S.)

von Büren, Roland/Huber, Michael

Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 1998, S. 213–220
(zit.: v. *Büren/Huber*, SZW 1998, S.)

Busch, Ralf/Dendörfer, Renate

Abwerbung von Mitarbeitern – Rechtliche Grundlagen und Regelungsmöglichkeiten
in: Betriebs-Berater 2002, S. 301–305
(zit.: *Busch/Dendörfer*, BB 2002, S.)

Buschmeyer, Jochem

«War for talents» Retention Management – Schlüssel zum langfristigen Unternehmenserfolg
in: Personalpraxis und Recht 2017, S. 62–66
(zit.: *Buschmeyer*, PuR 2017, S.)

Butzert, Clemens

Die Wirksamkeit von Abwerbverböten in Vereinbarungen zwischen Unternehmen
in: Neue Juristische Online-Zeitschrift 2015, S. 1153–1157
(zit.: *Butzert*, NJOZ 2015, S.)

- Chenaux, Jean-Luc/Beroud, Guy
Gouvernance des groupes: «E Pluribus Unum»?
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2018,
S. 342–352
(zit.: *Chenaux/Beroud*, SZW 2018, S.)
- Commandeur, Gert
Rechtsprobleme bei Abwerbe- und Beschäftigungsverboten sowie Sperrabreden
in: Recht der Arbeit 2022, S. 341–349
(zit.: *Commandeur*, RdA 2022, S.)
- Martenet, Vincent/Bover, Christian/Tercier, Pierre (Hrsg.)
Commentaire Romand – Droit de la concurrence
Basel 2. Aufl. 2013
(zit.: *Bearbeiter* in: CR-Concurrence, Art. Rn.)
- Commichau, Gerhard/Schwartz, Harald
Grundzüge des Kartellrechts
München 2. Aufl. 2002
(zit.: *Commichau/Schwartz*, Grundzüge des Kartellrechts, Rn.)
- Crozals de, Dorothee/Hartog, Johanna
Die neue Nebenabreden-Bekanntmachung der Europäischen Kommission
in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2004, S. 533–539
(zit.: *de Crozals/Hartog*, EWS 2004, S.)
- Dauses, Manfred A./Ludwig, Markus
Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1
München, 60. Ergänzungslieferung 2024
(zit.: *Bearbeiter* in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, Kap. Rn.)
- Delvaux, Thiery et. al.
Droit de l'entreprise
Belgien 2013
(zit.: *Delvaux et. al.*, Droit de l'entreprise, Rn.)
- Demmler, Horst
Einführung in die Volkswirtschaftslehre
Berlin 2018
(zit.: *Demmler*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S.)
- Zäch, Roger et. al. (Hrsg.)
Kommentar Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen
(KG)
Zürich/St. Gallen 1. Aufl. 2018
(zit.: *Bearbeiter* in: DIKE-KG, Art. Rn.)

- Heizmann, Reto/Loacker, Leander D.
Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
Zürich/St. Gallen 1. Aufl. 2018
(zit.: *Bearbeiter* in: DIKE-UWG, Art. Rn.)
- Doherty, Michael
Le « travailleur », le droit de l'UE et la négociation collective
in: *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2021, S. 60–71
(zit.: *Doherty*, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2021, S.)
- Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
München 5. Aufl. 2021
(zit.: *Bearbeiter* in: MüKo HGB, § Rn.)
- Dück, Herrmann/Eufinger, Alexander
Dezentrale Antitrust-Compliance und europäische Entscheidungspraxis zur kartellrechtlichen Haftungszurechnung im Konzern, zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 29.9.2011, Rs. C-520/09 P und C-521/09 P,
Corporate Compliance Zeitschrift 2012, S. 131–136
(zit.: *Dück/Eufinger*, *CCZ* 2012, S.)
- Dück, Herrmann/Maschemer, Andreas
Zwischen «Rule of reason» und Immanenztheorie – Zur dogmatischen Einordnung der Markenabgrenzungsvereinbarung
in: *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2013, S. 167–172
(zit.: *Dück/Maschemer*, *WRP* 2013, S.)
- Ducrey, Patrik
Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht
in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 2004, S. 401–412
(zit.: *Ducrey*, *SZW* 2004, S.)
- Ducrey, Patrik/Zimmerli, Daniel (Hrsg.)
Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)
Basel 2. Aufl. 2023
(zit.: *Bearbeiter* in: SIWR V/2, Bst. Rn.)
- Dunat, Jean-Philippe/Mahon, Pascal (Hrsg.)
Commetaire du contrat de travail
Bern 2013
(zit.: *Bearbeiter* in: *Commentaire du contrat e travail*, Art. Rn.)
- Eggert, Martin
Sperrabreden unter Arbeitgebern
Baden-Baden 2001
(zit.: *Eggert*, *Sperrabreden unter Arbeitgebern*, S.)

- Eucken, Walter
Grundsätze der Wirtschaftspolitik
Stuttgart 1990
(zit.: *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S.)
- Eufinger, Alexander
«War for talents» und Kartellrecht
in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2017, S. 481–486
(zit.: *Eufinger*, *RIW* 2017, S.)
- ders.
Zur Anwendbarkeit des Kartellrechts bei Tarifverträgen
in: *Der Betrieb* 2015, S. 192–193
(zit.: *Eufinger*, *DB* 2015, S.)
- Eufinger, Alexander/Mascherner, Andreas
Die Novellierung des schweizerischen Kartellgesetzes
in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 2013, S. 137–146
(zit.: *Eufinger/Mascherner*, *WuW* 2013, S.)
- Faull, Jonathan, Nikpay, Ali (Hrsg.)
The EU Law of Competition
Oxford 3. Aufl. 2014
(zit.: *Bearbeiter* in: *The EU Law of Competition*, Kap. Rn.)
- Favre Moreillon, Marianne
Clause de non-concurrence
in: *Der Schweizer Treuhänder* 2014, S. 344–346
(zit.: *Favre Moreillon*, *Der Schweizer Treuhänder*, S.)
- Fischer, Eva
Grundlegungen zur Konzernhaftung – Der Standard der Haftungszurechnung im Kartellrecht
in: *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*
(zit.: *Fischer*, *ZfPW* 2021, S.)
- Fischer, Eva/Zickgraf, Peter
Zur Reichweite der wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht (1/2)
in: *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 2022, S. 125–160
(zit.: *Fischer/Zickgraf*, *ZHR* 2022, S.)
- dies.
Zur Reichweite der wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht (2/2)
in: *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 2022, S. 160–189
(zit.: *Fischer/Zickgraf*, *ZHR* 2022, S.)

Fleischer, Holger

Tarifverträge und Europäisches Wettbewerbsrecht

in: *Der Betrieb* 2000, S. 821–825

(zit.: *Fleischer*, *DB* 2000, S.)

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht

Köln, 105. Ergänzungslieferung 2022

(zit.: *Bearbeiter* in: *FK*, Art. Rn.)

Franz, Wolfgang

Arbeitsmarktökonomik

Berlin Heidelberg 2013

(zit.: *Franz*, *Arbeitsmarktökonomik*, S.)

Frehner, Sebastian

Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden

Basel 2007

(zit.: *Frehner*, *Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden*, S.)

Frenz, Walter

Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht

Heidelberg 2006

(zit.: *Frenz*, *Europäisches Kartellrecht*, Rn.)

ders.

Kontrolldichte im EU-Wettbewerbsrecht

Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2013, S. 123–127

(zit.: *Frenz*, *EWS* 2013, S.)

Frick, Markus

Abwerbung von Personal und Kunden unter besonderer Berücksichtigung der Abwerbung durch Arbeitnehmer während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Bern 2000

(zit.: *Frick*, *Abwerbung von Personal und Kunden*, S.)

Forum Europaeum on Company Groups (FECC, Mitglieder: Pierre-Henri Conac, Jean Nicolas Druey, Peter Forstmoser, Mathias Habersack, Søren Friis Hansen, Peter Hommelhoff, Susanne Kalss, Gerd Krieger, Marie-Louise Lennarts, Marcus Lutter, Christoph Teichmann, Axel V. Werder, Eddy Wymeersch)

Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border Company Groups in Europe

in: *European Company and Financial Law Review* 2015, S. 299–306

(zit.: *FECC*, *ECFR* 2015, S.)

- Forum Europaeum Konzernrecht (FEK, Mitglieder: Hopt/Hommelhoff/Lutter/Doralt/
Druey/Wymeersch)
Konzernrecht für Europa
in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1998, S. 672-772
(zit.: FEK, ZGR 1998, S.)
- Funck, Gerhard
Konzerneinheit und Kartellverbot: die kartellrechtliche Beurteilung von konzern-
internen Verträgen
Heidelberg 1964
(zit.: *Funck*, Konzerneinheit und Kartellverbot, 1964, S.)
- Galle, René/Steinhaeuser, Philipp
Trends in der Kartellverfolgung – ein Überblick über die weltweite Behördenpraxis
im Jahr 2022
in: Corporate Compliance Zeitschrift 2023, S. 161-168
(zit.: *Galle/Steinhaeuser*, CCZ 2023, S.)
- Gärtner, Manfred
Macroeconomics
Harlow/London/New York 2. Aufl. 2009
(zit.: *Gärtner*, Macroeconomics, S.)
- Gehring, Stefan/Kasten, Boris/Mäger, Thorsten
Unternehmensrisiko Compliance? – Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-
wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften
in: Corporate Compliance Zeitschrift 2013, S. 1-11
(zit.: *Gehring/Kasten/Mäger*, CCZ 2013, S.)
- Geiser, Thomas/Uhlig, Kai-Peter
Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern
in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2010, S. 1-56
(zit.: *Geiser/Uhlig*, ZBJV 2010, S.)
- Geiser, Thomas
Konzernorganisation und Arbeitsrecht
in: Aktuelle Juristische Praxis 2023, S. 1032-1041
(zit.: *Geiser*, AJP 2023, S.)
- Giacobbo Peyronnel, Valérie/Verdure, Christophe (Hrsg.)
Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne
Brüssel 2017
(zit.: *Bearbeiter* in: Contentieux du droit de la concurrence de l'Union euro-
péenne, S.)
- Gibbert, Iris
Rechtsschutz gegen sittenwidrige Abwerbungen
Frankfurt am Main 1998
(zit.: *Gibbert*, Rechtsschutz gegen sittenwidrige Abwerbungen, S.)

Glöckner, Jochen

Vereinbarte Abwerbverbote – «No poaching, please!»

in: Juristische Schulung 2018, S. 1130–1138

(zit.: *Glöckner*, JuS 2018, S.)

ders.

Norm- und Zurechnungsstrukturen im Kartellrecht – Haftung von Unternehmen, Handelnden und Organen – Teil 1

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2018, S. 390–397

(zit.: *Glöckner*, NZKart 2018, S.)

ders.

Norm- und Zurechnungsstrukturen im Kartellrecht – Haftung von Unternehmen, Handelnden und Organen – Teil 2

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2018, S. 464–472

(zit.: *Glöckner*, NZKart 2018, S.)

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettersheim, Martin

Das Recht der Europäischen Union

München 80. Ergänzungslieferung August 2023

(zit.: *Bearbeiter* in: GHN AEUV, Art. Rn.)

Greßlin, Martin/Römermann, Martin

Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz von betrieblichem Know-how

in: Betriebs-Berater 2016, S. 1461–1465

(zit.: *Greßlin/Römermann* BB 2016, S.)

Grobys, Isabella/Panzer-Heemeier, Andrea (Hrsg.)

StichwortKommentar Arbeitsrecht

Baden-Baden 4. Aufl. 2022

(zit.: *Bearbeiter* in: SWK-ArbR, Stichwort, Rn.)

Grobys, Marcel

Abwerbung am Arbeitsplatz

in: Neue Juristische Wochenschrift, Spezial zu Heft 5, 2007, S. 225–226

(zit.: *Grobys*, NJW 2007, Spezial zu Heft 5, S.)

Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.)

Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Gemeinschaft

Baden-Baden 7. Auflage 2015

(zit.: *Bearbeiter* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. Rn.)

van de Gronden, Johan W./Rusu, Catalin Stefan

Competition law in the EU : principles, substance, enforcement

Cheltenham, 2021

(zit.: *van de Gronden/Rusu*, Competition law in the EU : principles, substance, enforcement, Ziff.)

Haberkorn, Kurt

Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen
in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1962, S. 449–452
(zit.: *Haberkorn*, GRUR 1962, S.)

Habersack, Mathias/Zickgraf, Peter

Deliktsrechtliche Verkehrs- und Organisationspflichten im Konzern
in: Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 252–295
(zit.: *Habersack/Zickgraf*, ZHR 2018, S.)

Haberzettl, Katja

Varianten der Kodifizierung eines Mindestlohns und ihre Vereinbarkeit mit höher-
rangigem Recht
Baden-Baden 2011
(zit.: *Haberzettl*, Varianten der Kodifizierung eines Mindestlohns, S.)

Hack, Sebastian/Leister, Thomas

Zur Zulässigkeit von Abwerbeverboten aus kartellrechtlicher Sicht
in: Der Betrieb 2018, S. 2741–2745
(zit.: *Hack/Leister*, DB 2018, S.)

Hahn, Thilo

Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fussballsport – Eine Untersuchung von
Gehaltsobergrenzen und Luxussteuern anhand des europäischen Kartellrechts,
der Grundfreiheiten und des deutschen Tarifvertragsrechts
Baden-Baden 2022
(zit.: *Hahn*, Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fussballsport, S.)

Hangartner, Yvo

Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren
in: Aktuelle Juristische Praxis 2006, S. 43–52
(zit.: *Hangartner*, AJP 2006, S.)

Harms, Wolfgang

Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Eine wirtschafts- und ge-
sellschaftsrechtliche Untersuchung
Köln 1968
(zit.: *Harms*, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.)

Hartmann, Felix

Sperrabreden zwischen Arbeitgebern
in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2019, S. 486–514
(zit.: *Hartmann*, ZfA 2019, S.)

Hartmann, Felix/Lobinger, Thomas

Die Arbeitsvertrags- und Wettbewerbsfreiheit als Grenze tarifvertraglicher Vor-
teilsregelungen
in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, S. 421–426
(zit.: *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, S.)

Hauck, Ronny

Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Arbeitnehmerrechte
in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2022, S. 530–536
(zit.: Hauck, GRUR 2022, S.)

Hauser, Patrick

Der Haftungsschuldner im Kartelldeliktsrecht: Anwendung des Grundsatzes wirtschaftlicher Kontinuität?
in: Wirtschaft und Wettbewerb 2018, S. 371–382
(zit.: Hauser, WuW 2018, S.)

Häusermann, Daniel M.

Konzernorganisationsrecht heute
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2023, S. 559–570
(zit.: Häusermann, SZW 2023, S.)

Heinichen, Christian/Schmidt, Georg A.

Konzern- und Nachfolgehaftung im Kartellschadensausgleich – Zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 14.03.2019 – RS. C-724/17, Skanska
in: Der Betrieb 2019, S. 2337–2343
(zit.: Heinichen/Schmidt, DB 2019, S.)

Heinemann, Andreas

Kartellrecht auf Arbeitsmärkten
in: Wirtschaft und Wettbewerb 2020, S. 371–382
(zit.: Heinemann, WuW 2020, S.)

ders.

Tarifverträge für Solo-Selbständige: Zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Sozialpolitik
in: Wirtschaft und Wettbewerb 2023, S. 257–264
(zit.: Heinemann, WuW 2023, S.)

ders.

Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts
in: Hochreutener, Inge/Stoffel, Walter A./Amstutz, Marc (Hrsg.)
Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext – Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, S. 43–73
Bern 2009
(zit.: Heinemann, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts, S.)

ders.

Die Zielrichtung von Kartellsanktionen
in: Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive:
Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, S. 861–878
Bern 2013
(zit.: *Heinemann*, FS Killias, S.)

Konzerne als Adressaten des Kartellrechts

in: Hochreutener, Inge/Stoffel, Walter A./Amstutz, Marc (Hrsg.)
Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsach-
verhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, S. 49–65
Zürich 1. Aufl. 2015
(zit.: *Heinemann*, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S.)

ders.

Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen
in: Hochreutener, Inge/Stoffel, Walter A./Amstutz, Marc (Hrsg.)
Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, S. 7–33
Bern 2016
(zit.: *Heinemann*, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbe-
schränkungen, S.)

Heinze, Christian

Der kartelldeliktische Schadensersatzanspruch nach der Richtlinie 2014/104/EU –
Baustein oder Fremdkörper im europäischen Haftungsrecht?
in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2020, 281–304
(zit.: *Heinze*, ZEuP 2024, S.)

Heiz, Roman

Das Arbeitsverhältnis im Konzern
Bern 2005
(zit.: *Heiz*, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, S.)

Hendriks, Birger

Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht
Bamberg 1979
(zit.: *Hendriks*, Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht, S.)

Henry, Peter/Duvoisin, Paul-Benoît

Loi sur la fusion, loi sur les cartels, loi sur les bourses: quels rapports?
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2011,
S. 333–348
(zit.: *Henry/Duvoisin*, SZW 2011, S.)

Hensch, Angela

Der Stellenwechsel, eine Quelle von Ärgernissen
in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung 2019, S. 1–23
(zit.: *Hensch*, ARV 2019, S.)

- Hochreutener, Inge/Stoffel, Walter A./Amstutz, Marc (Hrsg.)
Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht.
Zürich 1. Aufl. 2015
(zit.: *Bearbeiter* in: Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, S.)
- Holenstein, Andreas/Koller, Petra/Nedi, Rahel Aina/Hack-Leoni, Sarah/Dobrova, Vania (Hrsg.)
Neue Arbeitsformen und ihre Herausforderungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht
Baden-Baden 2019
(zit.: *Bearbeiter* in: Holenstein/Koller/Nedi/Hack-Leoni/Dobrova, S.)
- Höpfner, Clemens
Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis – Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts
Baden-Baden 2015
(zit.: *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S.)
- Holthausen, Joachim
Aktuelle Bestandsaufnahme zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten – Zehn Dinge, die man wissen sollte!
in: NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht, 2020, S. 505–515
(zit.: *Holthausen*, NZA-RR 2020, S.)
- Holzinger, Martin
Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anwendungsvoraussetzung des europäischen und des deutschen Kartellrechts
Baden-Baden 2011
(zit.: *Holzinger*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anwendungsvoraussetzung des europäischen und des deutschen Kartellrechts, S.)
- Hopt, Klaus J.
Handelsgesetzbuch
München 42. Aufl. 2023
(zit.: *Bearbeiter* in: Hopt, § Rn.)
- Hüber, Reinhard
Der Kartellcharakter von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband
Kiel 1931
(zit.: *Hüber*, Der Kartellcharakter von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband, S.)

Humbert, Denis G.

Der gerechte Lohn, eine arbeitsrechtliche Einordnung (Schranken der Lohnfestsetzungsfreiheit)

in: *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes* 2022, S. 407–415

(zit.: *Humbert, Anwaltsrevue* 2022, S.)

ders.

Ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Abwerbung von Arbeitnehmern und Kunden

in: *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes* 2017, S. 9–14

(zit.: *Humbert, Anwaltsrevue* 2017, S.)

Hunold, Wolf

Rechtsprechung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot

in: *NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht* 2007, S. 617–625

(zit.: *Hunold, NZA-RR* 2007, S.)

Hurek, Christoph R.

Abwerbungs- und Einstellungsverbote im Arbeitsvertrag

Hamburg 2008

(zit.: *Hurek, Abwerbungs- und Einstellungsverbote im Arbeitsvertrag*, S.)

Hurni, Béatrice

L'action civile en droit de la concurrence

Zürich, Basel 2017

(zit.: *Hurni, L'action civile en droit de la concurrence*, S.)

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim

Wettbewerbsrecht, Band 1 Europäisches Kartellrecht

München 6. Aufl. 2019

(zit.: *Bearbeiter* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. Rn.)

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim

Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB

München 7. Aufl. 2024

(zit.: *Bearbeiter* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 2, § Rn.)

Inderst, Roman

Die Ökonomische Analyse von Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik

in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 2008, S. 1261–1272

(zit.: *Inderst, WuW* 2008, S.)

Jung, Peter

Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf gemeinnützige Organisationen

in: *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 2019, S. 127–137

(zit.: *Jung, recht* 2019, S.)

Kamanabrou, Sudabeh

Arbeitsrecht im Binnenmarkt

in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, S. 157–179

(zit.: *Kamanabrou*, EuZA 2010, S.)

Kainer, Friedemann

Tarifverträge im Fokus des Kartellrechts

in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2017, S. 90–100

(zit.: *Kainer*, EuZA 2017, S.)

Keller, Stefan

Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?

in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, S. 214–218

(zit.: *Keller*, sic! 2009, S.)

Kersting, Christian

Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht

in: Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 8–31

(zit.: *Kersting*, ZHR 2018, S.)

Kersting, Christian/Faust, Sabine

Krankenkassen im Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrechts

in: Wirtschaft und Wettbewerb 2011, S. 9–15

(zit.: *Kersting/Faust*, WuW 2011, S.)

Kersting, Christian/Otto, Jannik

«Auf- und absteigende» Haftung in der wirtschaftlichen Einheit: Kinder haften für ihre Eltern!

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2021, S. 325–326

(zit.: *Kersting/Otto*, NZKart 2021, S.)

dies.

Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit – Teil 1 – zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen Sumal

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2021, S. 651–659

(zit.: *Kersting/Otto*, NZKart 2021, S.)

dies.

Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit – Teil 2 – zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen Sumal

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2022, S. 14–19

(zit.: *Kersting/Otto*, NZKart 2022, S.)

Keuchel, Matthias

Kann der Arbeitsmarkt dem Wettbewerb unterworfen werden?

Ein Vorschlag zur Reform der Arbeitsmarktordnung in der Bundesrepublik Deutschland

Köln 1989

(zit.: *Keuchel*, Kann der Arbeitsmarkt dem Wettbewerb unterworfen werden?, S.)

Klapperich, Julia Anna

Kollektive Selbsthilfe von Solo-Selbständigen – Koalition oder Kartell?

in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2020, S. 125–128

(zit.: *Klapperich*, *NZKart* 2020, S.)

Kling, Michael / Thomas, Stefan

Kartellrecht

München 2. Aufl. 2016

(zit.: *Kling/Thomas*, *Kartellrecht*, § Rn.)

Klumpe, Gerhard

EuGH: Wirtschaftliche Einheit in zivilrechtlichen Kartellschadensersatzverfahren

in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, S. 3583–3589

(zit.: *Klumpe*, *NJW* 2021, S.)

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar

München 41. Aufl. 2023

(zit.: *Bearbeiter* in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen UWG § 4 Rn.*)

Könen, Daniel

Die Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle

in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2018, S. 15–20

(zit.: *Könen*, *NZKart* 2017, S.)

ders.

Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand – Ein Ansatz zur Bewältigung von Zielkonflikten zwischen Wettbewerbsrecht und (nicht-)ökonomischen Gemeinwohlbelangen

in: *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 2018, S. 684–721

(zit.: *Könen*, *ZHR* 2018, S.)

Kokott/Dittert

Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte

in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 2012, S. 670–683

(zit.: *Kokott/Dittert*, *WuW* 2012, S.)

Kordel, Guido

Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht

Köln 2004

(zit.: *Kordel*, *Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht*, S.)

- Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.)
Orell Füssli Kommentar OR
Zürich 4. Aufl. 2023
(zit.: *Bearbeiter* in: OFK OR, Art. Rn.)
- Kramer, Ernst August
Juristische Methodenlehre
Bern 6. Aufl. 2019
(zit.: *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S.)
- Krauskopf, Patrick L./Henckel, Sophie
Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff
in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2006,
S. 740-751
(zit.: *Krauskopf/Henckel*, sic! 2006, S.)
- Krebs, Peter/Becker, Maximilian
Lexikon des Wettbewerbsrechts
München 1. Aufl. 2014
(zit.: *Krebs/Becker*, Lexikon des Wettbewerbsrechts, Begriff)
- Kremer, Mats
Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot
Baden-Baden 2022
(zit.: *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S.)
- Kretzschmar, Robert
Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs – zur Abgrenzung abhängiger von selbständiger Beschäftigung und zur Eröffnung kollektiver Handlungsformen für selbständig Beschäftigte durch Art. 9 Abs. 3 GG
Bern 2003
(zit.: *Kretzschmar*, Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs, S.)
- Kubli, Linda
Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern
Basel 2014
(zit.: *Kubli*, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, S.)
- dies.
Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Auslegung?
in: Aktuelle Juristische Praxis 2018, S. 199-208
(zit.: *Kubli*, AJP 2018, S.)

- Kühn, Philipp M./Pamme, Sarah
«War for Talents and Fight for Clients» in der IT-Branche – Wettbewerbs- und Abwerbeverbote in IT-Verträgen
in: Multimedia und Recht 2023, S. 487–493
(zit.: Kühn/Pamme, MMR 2023, S.)
- Künne, Katharina Maria Carolina
Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive – Zur Vereinbarkeit von § 8 Abs. 2 des Haushaltsgesetzes mit tarifrechtlichen Grundsätzen und seinen individualarbeitsrechtlichen Konsequenzen
Bonn 2022
(zit.: Künne, Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive, S.)
- Kunz, Peter V.
Konzernhaftungen in der Schweiz
Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht 2012, S. 282–293
(zit.: Kunz, GesRZ 2012, S.)
- Kunz, Peter V.
Unternehmensgruppen: Konzernbegriff sowie Konzernqualifikation
in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2012, S. 354–362
(zit.: Kunz, ZBJV 2012, S.)
- ders.
Beistandszwang in Konzernverhältnissen?
in: Schweizerische Juristen-Zeitung 1970, S. 1–5
(zit.: Kunz, SJZ 2013, S.)
- ders.
Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz
Bern 2016
(zit.: Kunz, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, S.)
- Waser, Astrid/Meinhardt, Marcel
Konzerne und Wettbewerbsrecht
in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/ Jörg, Florian S. (Hrsg.)
Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, S. 135–162
Bern 2013
(zit.: Waser/Meinhardt, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S.)

Kunz, Peter V.

Konzernrechtliche Skizzen zum Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne: Konzernwettbewerbsrecht sowie Konzernimmaterialgüterrecht
in: *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Roland von Büren*, S. 177–209
Basel 2009
(zit.: Kunz, FS v. Büren, S.)

Lang, Christoph G.

Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz
Zürich 2000
(zit.: Lang, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, S.)

Lang, Christoph G./Jenny, Reto M.

Keine Wettbewerbsabreden im Konzern Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht
in: *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 2007, S. 299–309
(zit.: Lang/Jenny, sic! 2007, S.)

Lange, Knut Werner

Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa
in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 2002, S. 953–961
(zit.: Lange, WuW 2002, S.)

Laskawy, Dirk Helge

Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht – Stets geliebt und doch verkannt!
in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2012, S. 1011–1018
(zit.: Laskawy, NZA 2012, S.)

Latzel, Clemens

Kartellrechtlicher Schutz von Lieferanten vor Nachfragemacht
in: *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2018, S. 86–119
(zit.: Latzel, ZWeR 2018, S.)

Latzel, Clemens/Serr, Stephan

Kartellkontrollprivileg für Tarifverträge als formeller Rahmen eines Unionstarifrechts
in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2014, S. 410–415
(zit.: Latzel/Serr, EuZW 2014, S.)

Lembke, Mark

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot von Organmitgliedern auf dem Prüfstand
in: NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht, 2019, S. 65–70
(zit.: *Lembke*, NZA-RR 2019, S.)

ders.

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote in der Praxis
in: Betriebs Berater 2020, S. 52–60
(zit.: *Lembke*, BB 2020, S.)

Lettl, Tobias

Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB) und Tarifvertrag
in: Wettbewerb in Recht und Praxis 2015, S. 294–301
(zit.: *Lettl*, WRP 2015, S.)

Leupold, Michael

Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte
des neuen schweizerischen Kartellgesetzes
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 1998,
S. 183–191
(zit.: *Leupold*, SZW 1998, S.)

Lewerth, Tobias

Nachfragemacht und internationaler Handel – Monopsonistischer und oligopso-
nistischer Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt
Wiesbaden 2013
(zit.: *Lewerth*, Nachfragemacht und internationaler Handel, S.)

Lichtenberg, Tim

Die Unternehmenseigenschaft von Arbeitnehmern
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2023, S. 296–300
(zit.: *Lichtenberg*, NZKart 2023, S.)

Lingemann, Stefan/Chakrabarti, Josefine

Kundenschutzklauseln und Abwerbeverbote bei Arbeitnehmern
in: Neue Juristische Wochenschrift, 2020, S. 2316–2318
(zit.: *Lingemann/Chakrabarti*, NJW 2020, S.)

Linsmeier, Petra/Leitz, Anna-Katharina

Kooperationen zwischen Wettbewerbern in der Krise
in: COVID-19 und Recht 2020, S. 398–401
(zit.: *Linsmeier/Leitz*, COVuR 2020, S.)

Linsmeier, Petra/Mächtle, Cathrin

Abwerbeverbote und Kartellrecht
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2015, S. 258–262
(zit.: *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, S.)

Linsmeier, Petra

«Hände weg von meinen Mitarbeitern» – Absprachen im Personalbereich in der Praxis der Kartellbehörden
in: Betriebs Berater 2018, S. 515–519
(zit.: Linsmeier, BB 2018, S.)

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/
Meyer-Lindemann, Hans Jürgen

Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht
München 4. Aufl. 2020
(zit.: Bearbeiter in: Loewenheim et al., Art./§ Rn.)

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker

Kommentar zum Tarifvertragsgesetz
München 4. Aufl. 2017
(zit.: Löwisch/Rieble, TVG, § Rn.)

Malaurie-Vignal, Marie

Droit de la concurrence interne et européen
Paris 8. Aufl. 2020
(zit.: Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, Rn.)

Mankiw, Gregory N./Taylor, Mark P.

Economics
Andover 5. Aufl. 2021
(zit.: Mankiw/Taylor, Economics, S.)

Marinescu, Ioana/Hovenkamp, Herbert J.

Anticompetitive Mergers in Labor Markets
in: Indiana Law Journal, 2018, S. 1031–1063
(zit.: Marinescu/Hovenkamp, Ind. L. J. 2018, S.)

Marinescu, Ioana/Posner, Eric A.

Why has Antitrust law failed workers?
in: Cornell Law Review 2020, S. 1343–1394
(zit.: Marinescu/Posner, Cornell L. Rev. 2020, S.)

Martenet, Vincent

Les autorités de la concurrence et la liberté économique
in: Aktuelle Juristische Praxis 2008, S. 963–982
(zit.: Martenet, AJP 2008, S.)

Martenet, Vincent/Heinemann, Andreas

Droit de la concurrence
Zürich 2. Aufl. 2021
(zit.: Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, S.)

- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter
Schweizerisches Gesellschaftsrecht
Bern 13. Aufl. 2023
(zit.: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § Rn.)
- Meier-Schatz, Christian J.
Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen
in: Aktuelle Juristische Praxis 1996, S. 811–825
(zit.: *Meier-Schatz*, AJP 1996, S.)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike
Europäisches Wettbewerbsrecht
München 3. Aufl. 2014
(zit.: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § Rn.)
- Michaels, Ed/Handfield-Jones, Helen/Axelrod, Beth
The War for Talent
Boston, Massachusetts 2001
(zit.: *Michaels/Handfield-Jones/Axelrod*, The War for Talent, S.)
- Mülbart, Peter O.
Auf dem WEG zu einem europäischen Konzernrecht?
in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 684–721
(zit.: *Mülbart*, ZHR 2015, S.)
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I
München 5. Aufl. 2022
(zit.: *Bearbeiter* in: MHdBAR, Bd. 3, § Rn.)
- Möschel, Wernhard
Kartellrecht in Deutschland seit Stein-Hardenberg – Eine Reminiszenz
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, S. 42–47
(zit.: *Möschel*, NZKart 2014, S.)
- Mohr, Jochen
Das Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht am Beispiel solo-selbständiger Unternehmer
in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2018, S. 436–462
(zit.: *Mohr*, EuZA 2018, S.)
- Mohr, Jochen/Mey, Paul
Kollektivverträge über die Tätigkeitsbedingungen von Solo-Selbständigen nach den neuen Leitlinien der Kommission
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2022, S. 665–674
(zit.: *Mohr/Mey*, NZKart 2022, S.)

Moser, Melanie

Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen – Haftet eine Muttergesellschaft auch zivilrechtlich für ihre Töchter?

Baden-Baden 1. Aufl. 2017

(zit.: Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, S.)

Moser, Yannick Alexander

Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen,

Basel 2022

(zit.: Moser, Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen, Rn.)

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5, §§ 278-328 AktG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht

München 6. Aufl. 2023

(zit.: Bearbeiter in: MüKo AktG, § Rn.)

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht

München 4. Aufl. 2023

(zit.: Bearbeiter in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd., Art. Rn.)

Mühlbach, Tatjana

Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle

Baden-Baden, 1. Auflage 2007

(zit. Mühlbach, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, S.)

Mukomilow, Lavinia

Aktuelle Entwicklungen in den USA – Die strafrechtliche Verfolgung von Absprachen im Personalbereich durch das DOJ

in: Corporate Compliance Zeitschrift 2022, S. 240-247

(zit.: Mukomilow, CCZ 2022, S.)

Murray, Michael

Antitrust Enforcement in Labor Markets: The Department of Justice's efforts

in: 59 Santa Clara Law Review 2020, S. 561-577

(zit.: Murray, 59 Santa Clara L. Rev. 2020, S.)

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

München 23. Aufl. 2023

(zit.: Bearbeiter in: ErfK, § Rn.)

Naidu, Suresh/Posner, Eric A./Weyl, Glen

Antitrust Remedies for Labor Market Power

in: 132 Harvard Law Review 2018, S. 536-601

(zit.: Naidu/Posner/Weyl, 132 Harv. L. Rev. 2018, S.)

Otto, Jannik

Die wirtschaftliche Einheit und ihre Träger in der Rechtsanwendung – Teil 1
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2020, S. 285–292
(zit.: Otto, NZKart 2020, S.)

ders.

Die wirtschaftliche Einheit und ihre Träger in der Rechtsanwendung – Teil 2
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2020, S. 355–364
(zit.: Otto, NZKart 2020, S.)

Palzer, Christoph

Kartellzivilrechtliche Haftung als «familiäre» Belastungsprobe
Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2022, S. 23–30
(zit.: Palzer, EWS 2022, S.)

Pampel, Gunnar

Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht
Baden-Baden 2004
(zit.: Pampel, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht, S.)

Pauer, Nada Ina

Die EuGH-Trilogie der Sporturteile – Unverhoffte Reformanstöße und versäumte Chancen
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2024, S. 177–182
(zit.: Pauer, NZKart 2024, S.)

Pindyck, Robert/Rubinfeld, Daniel

Mikroökonomie
München 9. Aufl. 2018
(zit.: Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, S.)

Pissarides, Christopher

Equilibrium Unemployment Theory
London 2. Aufl. 2002
(zit.: Pissarides, Equilibrium Unemployment Theory, S.)

Posner, Eric A.

How Antitrust Failed Workers
Oxford 2021
(zit.: Posner, How Antitrust Failed Workers, S.)

Räber, Joe

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag
Luzern 2020
(zit.: Räber, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, Rn.)

Reimann, Martin

Die strafrechtsähnliche Rechtsnatur der Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG
Zürich 2016

(zit.: *Reimann*, Die strafrechtsähnliche Rechtsnatur der Sanktionen von
Art. 49a Abs. 1 KG, S.)

Reinert, Mani

Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz

in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 147–163

Zäch, Roger (Hrsg.)

Bern 2006

(zit.: *Reinert* in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S.)

ders.

Konkurrenzverbote bei M&A-Transaktionen

in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht 2022, S. 190–191

(zit.: *Reinert*, SZK 2022, S.)

Reiter, Heiko

Nachvertragliche Abwerbverbote im Profisport

in: Sportrecht und E-Sportrecht in der Praxis 2021, S. 213–216

(zit.: *Reiter*, SpoPrax 2021, S.)

Rhein, Thomas

Mindestlohn, Mindestsicherung und Mindesteinkommen in wirtschaftswissen-
schaftlicher Perspektive

in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage 2009, S. 91–96

(zit.: *Rhein*, NZA-Beil. 2009, S.)

Rieble, Volker

Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfrei-
heit im Arbeitsrecht

Heidelberg 2013

(zit.: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn.)

Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.)

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

München 2010

(zit.: *Bearbeiter* in: Rieble/Junker/Giesen, S. Rn.)

Riesenhuber, Karl

Das Arbeitsverhältnis als «kommunistische Diktatur»?

in: Recht der Arbeit 2021, S. 156–162

(zit.: *Riesenhuber*, RdA 2021, S.)

Rösler, Patrick

Der relevante Markt in der Europäischen Fusionskontrolle

in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2000, S. 761–770

(zit.: *Rösler*, NZG 2000, S.)

Roth, Wulf-Henning

Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht

in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2007, S. 645–659

(zit.: Roth, GRUR 2007, S.)

Ruchin, André

Joint Ventures: neue Einordnungskonzeption im schweizerischen Wettbewerbsrecht – unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und deutschen Rechts

Zürich 1. Aufl. 2004

(zit. Ruchin, Joint Ventures: neue Einordnungskonzeption im schweizerischen Wettbewerbsrecht, S.)

Ruggli, Monika

Agentur und Kommission im Kartellrecht

in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, S. 159–166

(zit.: Ruggli, sic! 2006, S.)

Ruggli, Monika/Vischer, Markus

Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen

in: Schweizerische Juristen-Zeitung 2006, S. 294–302

(zit.: Ruggli/Vischer, SJZ 2006, S.)

Rummel, Jan

Kartellrechtliche Freistellung sozialpartnerschaftlicher Kollektivvertragsregelungen

Baden-Baden 2022

(zit.: Rummel, Kartellrechtliche Freistellung sozialpartnerschaftlicher Kollektivvertragsregelungen, S.)

Säcker, Franz Jürgen/Oetker, Hartmut

Höchstnormenbeschlüsse der Koalitionen zwischen Freiheitsschutz und Verbandsautonomie

in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1996, S. 85–113

(zit.: Säcker/Oetker, ZfA 1996, S.)

Salger, Carsten/Breitfeld, Anja

Regelungen zum Schutz von betrieblichem Know-how – die Abwerbung von Mitarbeitern

in: Betriebs-Berater 2004, S. 2574–2581

(zit.: Salger/Breitfeld, BB 2004, S.)

Schaller, Olivier/Tagmann, Christoph

Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens

in: Aktuelle Juristische Praxis 2004, S. 704–711

(zit.: *Schaller/Tagmann*, AJP 2004, S.)

Schaub, Günter/Koch, Ulrich

Arbeitsrecht von A-Z

München 27. Aufl. 2023

(zit.: *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, Stichwort)

Schaub, Günter

Arbeitsrechts-Handbuch

München 19. Aufl. 2021

(zit.: *Bearbeiter* in: Schaub, § Rn.)

Schindler, Sven

Wettbewerbsrechtlicher Unternehmensbegriff des EuGH im Rahmen des Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV)

in: Kommunaljurist 2011, S. 126–129

(zit.: *Schindler*, KommJur 2011, S.)

Schloßer, Philipp

Effektiver Schutz der Belegschaft durch vertragliche Abwerbeverbote?

in: Betriebs Berater 2003, S. 1382–1387

(zit.: *Schloßer*, BB 2003, S.)

Schluep, Walter R.

Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation

Basel 1973

(zit.: *Schluep*, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, S.)

ders.

Über privatrechtliche Freiheit und Verantwortung des kartellrechtlichen Konzerns

in: Freiheit und Verantwortung im Recht: Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, S. 345–394

Bern 1982

(zit.: *Schluep*, FS Meier-Hayoz, S.).

Schmassmann, Michael

Konzernprivileg und Joint Ventures

in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht 2022, S. 15–23

(zit.: *Schmassmann*, SZK 2022, S.)

Schroeder, Dirk

Die Anwendung des Kartellverbots auf verbundene Unternehmen

in: Wirtschaft und Wettbewerb 1988, S. 274–284

(zit.: *Schroeder*, WuW 1988, S.)

Schröder, Johannes

Haftungsdurchgriff im Konzern als kartellrechtliche Notwendigkeit

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2024, S. 200–205

(zit.: Schröder, NZKart 2024, S.)

Schubel, Christian

Das Vertragskonzernrecht Ungarns – gesetzliche Regelung und praktische Anwendung

in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 2019, S. 145–190

(zit.: Schubel, ZVglRWiss 2019 S.)

Schubert, Jens M./Jerchel, Kerstin

Die aktuelle Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts

in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 340–347

(zit.: Schubert/Jerchel, EuZW 2015, S.)

Schütz, Jörg

Interne Willensbildung und Kartellrecht

in: Wirtschaft und Wettbewerb 1998, S. 335–343

(zit.: Schütz, WuW 1998, S.)

Schwalbe, Ulrich/Zimmer, Daniel

Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle

Frankfurt a.M. 3. Aufl. 2021

(zit.: Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S.)

Schwill, Florian

Ausscheiden aus der Anwaltpartnerschaft – Sperrabreden unter Arbeitgebern

in: Neue Juristische Wochenschrift, 2017, S. 3120–3124

(zit.: Schwill, NJW 2017, S.)

Etter, Boris/Facincani, Nicolas/Sutter, Reto (Hrsg.)

Kommentar Arbeitsvertrag – Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR

Bern 1. Auflage 2021

(zit.: Bearbeiter in: SHK – Der Arbeitsvertrag, Art. Rn.)

Jung, Peter (Hrsg.)

Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Bern 3. Aufl. 2023

(zit.: Bearbeiter in: SHK UWG, Art. Rn.)

Skoczylas, Anna-Antonia

Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern

Bern 2011

(zit.: Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern, S.)

Söllner, Martin

Die Kraft des Faktischen – oder: Warum Crowdworker doch Arbeitnehmer sein können

in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2021, S. 997–1003

(zit.: Söllner, NZA 2021, S.)

Steinle, Christian/Fuhrer, Evelyne

Kartellrecht im Personalbereich: Das immer noch unterschätzte Risiko

in: Compliance Berater 2023, S. 201–205

(zit.: Steinle/Fuhrer, CB 2023, S.)

Steinle, Christian/Haufsmann, Katrin

Kartellrecht: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Tarifverträge für selbstständige Dienstleister

in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 313–317

(zit.: Steinle/Haufsmann, EuZW 2015, S.)

Stöckli, Jean-Fritz

Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkeitsprinzip

Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 2006, S. 169–180

(zit.: Stöckli, ArbR 2006, S.)

Stoffel, Walter A./Sautier Camille

Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern

in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2019, S. 509–518

(zit.: Stoffel/Sautier, SZW 2019, S.)

Stäuber, Richard

Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen

Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2020, S. 89–100

(zit.: Stäuber, GesKR 2020, S.)

Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger

Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 310–362 OR

Zürich 7. Aufl. 2012

(zit.: Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. Rn.)

Klusmann, Martin

Haften Kinder mit den Umsätzen ihrer Eltern? Zur Zurechnung von Gruppenumsätzen in der Bussgeldhaftung des deutschen Kartellrechts nach der 7. GWB-Novelle

in: Kartellrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, S. 291–306

München 2012

(zit.: Klusmann, FS Canenbley, S.)

Tagmann, Christoph

Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz,
Zürich 2007

(zit.: *Tagmann*, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S.)

Thomas, Stefan

Konzernprivileg und Gemeinschaftsunternehmen – Die kartellrechtliche Beurteilung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen mit Gemeinschaftsunternehmen

in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2005, S. 236–259

(zit.: *Thomas*, ZWeR 2005, S.)

Thüsing, Gregor

Mit Arbeit spielt man nicht! – Plädoyer für eine gerechte Ordnung des Arbeitsmarkts

München 2015

(zit.: *Thüsing*, Mit Arbeit spielt man nicht!, S.)

Treis, Bartho/Lademann, Rainer

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Lebensmitteleinzelhandel

in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1987, S. 262–268

(zit.: *Treis/Lademann*, GRUR 1987, S.)

Trölitczsch, Thomas

Es ist nicht immer so, wie ihr meint – die schleichende Erosion des konzernrechtlichen Trennungsprinzips

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2024, S. 403–406

(zit.: *Trölitczsch*, NZKart 2024, S.)

Uebele, Fabian

Haftungsfragen im Konzern und der modifizierte Unternehmensbegriff

in: Wirtschaft und Wettbewerb 2021, S. 683–686

(zit.: *Uebele*, WuW 2021, S.)

Ulrich, Stephan

Consiliul Concurentei Romania: Abwerbeverbote im Fokus europäischer Kartellbehörden

in: GmbH-Rundschau, 2022, S. R103–R104

(zit.: *Ulrich*, GmbHR 2022, S.)

Viol, Marion

Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge – Unter rechtsvergleichender Betrachtung der Rechtsordnungen der Schweiz, der USA und Deutschlands

Baden-Baden 2005

(zit.: *Viol*, Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge, S.)

Vogel, Louis

European Competition Law
Paris 2015
(zit.: Vogel, European Competition Law, S.)

Volz, Stephanie

Kartellrechtliche Zuordnung von Joint Ventures,
in: GesKR 2020 S. 481–491
(zit. Volz, GesKR 2020, S.)

Voet van Vormizeele, Philipp

Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den
nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen
in: Wirtschaft und Wettbewerb 2010, S. 1008–1019
(zit.: Voet van Vormizeele, WuW 2010, S.)

Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas/Schmitt, Lothar

Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
München 5. Aufl. 2020
(zit.: Bearbeiter in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HdB WirtschaftsStrafR, Kap. Rn.)

Wagener, Hans-Markus

Die wirtschaftliche Einheit als Schuldner im Zivilprozess: Eine für alle und alle für
eine?
in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2020, S. 238–242
(zit.: Wagener, NZKart 2020, S.)

Walzel, Daisy/Monz, Jonathan

Überraschende Schnittstellen von Kartellrecht und Arbeitsrecht: Die Sperrabrede
unter Arbeitgebern
in: Compliance Berater 2024, S. 56–60
(zit.: Walzel/Monz, CB 2024, S.)

Wank, Rolf

Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff
in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2023, S. 22–49
(zit.: Wank, EuZA 2023, S.)

Weber, Rolf H.

Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?
in: Schweizerische Juristen-Zeitung 2014,
(zit.: Weber, SJZ 2016, S.)

Wendt, Kai

Das EU-US-Privacy-Shield-Abkommen und die «Executive Order» zur Verbesse-
rung der öffentlichen Sicherheit in den USA
in: Newsdienst ZD-Aktuell, 2017, 05505
(zit.: Wendt, ZD-Aktuell 2017, 05505)

- Widmer Lüchinger, Corinne/Oser, David
Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 319–362 OR
Basel 7. Aufl. 2020
(zit.: *Bearbeiter* in: BSK OR, Art. Rn.)
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.)
Handbuch des Kartellrechts
München 4. Aufl. 2020
(zit.: *Bearbeiter* in: Wiedemann, § Rn.)
- Wiedemann, Herbert
Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften
München 9. Aufl. 2023
zit.: *Bearbeiter* in: Wiedemann, TVG, § Rn.
- Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph H.
Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen
München 6. Aufl. 2021
(zit.: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, S.)
- Wingerter, Eugen
Die Nachfragemacht
in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 2020, S. 387–389
(zit.: *Wingerter*, WuW 2020, S.)
- Wolf, Martin
Die Wirksamkeit von Anstellungs- und Abwerbverboten in Due-Diligence Prozessen im Lichte von § 75f HGB
in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2004, S. 366–370
(zit.: *Wolf*, NZG 2004, S.)
- Wüest, Jonas
Haftung von Arbeitnehmenden im Konzern
Zürich 2019
(zit.: *Wüest*, Haftung von Arbeitnehmenden im Konzern, S.)
- Wulf, Jens-Peter
Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht – Eine Analyse zur Schutzwürdigkeit und zum gesetzlichen Schutz des Arbeitsmarktwettbewerbs vor Nebentätigkeitsbeschränkungen
Berlin 2008
(zit.: *Wulf*, Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht, S.)

Wurmnest, Wolfgang

Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie

in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2017, S. 2–10

(zit.: Wurmnest, NZKart 2017, S.)

Zäch, Roger

Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen – Dargestellt am Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften

Bern 1977

(zit.: Zäch, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, S.)

Zäch, Roger

Einzelfragen der Kartellrechtspraxis

in: Das Kartellgesetz in der Praxis (Hrsg. Roger Zäch)

Zürich 2000

(zit.: Zäch, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, Rn.)

Zäch, Roger/Heizmann, Reto

Schweizerisches Kartellrecht

Bern 3. Aufl. 2023

(zit.: Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn.)

Zanetti, Gianni F./Kammerbauer, Sandra M.

Das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot – Mit Fokus auf die persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers

in: Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes 2024, S. 6–9

(zit.: Zanetti/Kammerbauer, Anwaltsrevue 2024, S.)

Zelger, Bernadette

Der Begriff des «Unternehmens» im europäischen Datenschutzrecht – Vorbild europäisches Kartellrecht?

in: Die Zeitschrift Europarecht 2021, S. 478–493

(zit.: Zelger, EuR 2021, S.)

Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.)

Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,

Der Arbeitsvertrag, Art. 356–360f OR

Zürich 4. Auflage 2006

(zit.: Bearbeiter in: ZK OR, Art. Rn.)

Internetquellen

Biden, Joe

Executive Order on Promoting Competition in the American Economy, 9.7.2021

in: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>, abgerufen am 30.6.2023

(zit.: Biden, Executive Order on Promoting Competition in the American Economy)

Buehler, Katie

DOJ's 1st Wage-Fixing Suit Ends With Not Guilty Verdicts

in: <https://www.law360.com/articles/1484191/doj-s-1st-wage-fixing-suit-ends-with-not-guilty-verdicts>, abgerufen am 30.6.2023

(zit.: Buehler, DOJ's 1st Wage-Fixing Suit Ends With Not Guilty Verdicts)

Maechtlen, Laura

DOJ To Announce Criminal Enforcement Actions For "No-Poach" Agreements

in: <https://www.workplaceclassaction.com/2018/01/doj-to-announce-criminal-enforcement-actions-for-no-poach-agreements/>, abgerufen am 30.6.2023

(zit.: Maechtlen, DOJ To Announce Criminal Enforcement Actions For "No-Poach" Agreements)

ILO

Digitalization and Employment, 2022

in: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_emp/documents/publication/wcms_854353.pdf&ved=2ahUKewiN4tKYov6HA-xUoRP4FHZFSKyMQFnoECB8QAQ&usg=AOvVaw0pjrBNKqMb9WgeqGR8rfY, abgerufen am 1.7.2024

(zit.: ILO, Digitalization and Employment, S.)

OECD

Competition in Labour Markets

in: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>, abgerufen am 21.6.2023

(zit.: OECD, Competition in Labour Markets, S.)

Prager Dreifuss AG (Zurkinder, Philipp/Lauterburg, Bernhard)

Gutachten vom 12. Januar 2023 «Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend mutmassliche Lohnabsprachen im Bankenbereich» zuhanden Basler Bankenvereinigung, Zürcher Bankenverband und Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz

in: https://bankenbasel.ch/wp-content/uploads/2023/01/230112_Gutachten.pdf, abgerufen am 13.8.2023

(zit.: Prager Dreifuss, Gutachten v. 12.1.2023 betr. Lohnabsprachen im Bankenbereich, Rn.)

Ritz, Christian/Weber, Hubertus

The EU Commissioner for Competition Vestager announces increased focus on atypical cartels, including wage fixing or no-poach agreements in the labour market

in: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/october-2021/the-eu-commissioner-for-competition-vestager-announces-increased-focus-on>, abgerufen am 3.7.2023

(zit.: Ritz/Weber, The EU Commissioner for Competition Vestager announces increased focus on atypical cartels, including wage fixing or no-poach agreements in the labour market)

Der Spiegel (online)

Deutschland fehlen fast zwei Millionen Arbeitskräfte

in: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/iab-rekord-bei-zahl-der-offenen-stellen-deutschland-fehlen-2-millionen-arbeitskraefte-a-0641ee50-6354-40d9-9052-130d781da953>, abgerufen am 17.4.2023

(zit.: SPIEGEL v. 9.3.2023)

U.S. Department of Justice / Federal Trade Commission

Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, 2016

in: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>, abgerufen am 21.6.2023

(zit.: U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S.)

U.S. Department of Justice / Federal Trade Commission

Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19 and Competition in Labor Markets.

in: https://www.ftc.gov/system/files/documents/advocacy_documents/joint-statement-bureau-competition-federal-trade-commission-antitrust-division-department-justice/statement_on_coronavirus_and_labor_competition_0413_2020_final.pdf, abgerufen am 21.6.2023

(zit.: U.S. DoJ / FTC, Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19 and Competition in Labor Markets)

U.S. Department of Justice

Former Uber Executive Sentenced To 18 Months In Jail For Trade Secret Theft From Google

in: <https://www.justice.gov/usao-ndca/pr/former-uber-executive-sentenced-18-months-jail-trade-secret-theft-google>, abgerufen am 21.6.2023

(zit.: DoJ, PM v. 4.8.2020)

U.S. Department of Justice

Remarks Delivered at The Heritage Foundation: “Trump Antitrust Policy After One Year” vom 23.1.2018

in: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1028906/download>

(zit.: DoJ, Remarks v. 23.1.2018)

Federal Trade Commission

Council of Fashion Designers of America

in: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1995/06/council-fashion-designers-america>, abgerufen am 21.6.2023

(zit.: FTC, PM v. 9.6.1995)

Tödtmann, Claudia

Abwerbeverbote – «Es besteht kein Bewusstsein, dass man hier einen Fehler begeht»

in: <https://www.wiwo.de/erfolg/management/abwerbeverbote-es-besteht-kein-bewusstsein-dass-man-hier-einen-fehler-begeht/25346028.html>

(zit.: Tödtmann, WiWO v. 18.12.2019)

Vestager, Margrethe

Speech by EVP M. Vestager at the Italian Antitrust Association Annual Conference – “A new era of cartel enforcement”

in: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/speech_by_evp_m_vestager_at_the_italian_antitrust_association_annual_conference_a_new_era_of_cartel_enforcement_european_commission.pdf?72385/ab53a9bf5e758be93de52f726420eb2f99a04962d4b57a9da18cd4a21483c51f, abgerufen am 3.7.2023

(zit.: Vestager, A new era of cartel enforcement, S.)

Teil 1: Einleitung

A. Einstieg: Rechtlicher und wirtschaftlicher Hintergrund von Vergütungs- und Einstellungsabreden

Abreden zwischen Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden auf der einen Seite und Gewerkschaften auf der anderen Seite über die Vergütung der Arbeitnehmer haben sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz eine lange Tradition. Die in diesen Tarif- bzw. Gesamtarbeitsverträgen (GAV) enthaltenen Vergütungsabreden betreffen allerdings regelmässig eine bestimmte Lohnuntergrenze, welche der Arbeitgeber bei tarifgebundenen Mitarbeitern nicht unterschreiten darf.¹ Treffen Unternehmen hingegen ohne Beteiligung von Arbeitnehmervertretungen Abreden über die Vergütung ihrer Mitarbeiter, haben derartige Vereinbarungen in der Regel deren Deckelung auf einem bestimmten Niveau (sog. Gehaltsobergrenzen) zum Ziel.² Der ökonomische Anreiz solcher Vergütungsabreden unter Unternehmen besteht darin, die Beschaffungskosten der beteiligten Unternehmen für den Inputfaktor «Arbeit» zu senken oder zumindest konstant zu halten.³ Nichtsdestotrotz kommen auch Vereinbarungen über sog. Mindestarbeitsentgelte in Betracht, wobei die kartellrechtliche Relevanz derartiger Absprachen von geringer Bedeutung ist. Oftmals soll hierdurch Forderungen der Gewerkschaften präventiv begegnet werden.⁴ Letztlich werden Massnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen getroffen, die kartellrechtlich privilegiert sind.⁵

¹ In der Schweiz enthalten zum 1. März 2021 von den insgesamt 575 GAV (denen 2 157 900 Arbeitnehmer unterstellt sind) 503 (denen 1 874 200 unterstellt sind) Regelungen zu Mindestlöhnen, vgl. Bundesamt für Statistik BFS, abrufbar unter www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Arbeit und Erwerb > Gesamtarbeitsverträge und Sozialpartnerschaft > Gesamtarbeitsverträge.

² Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 494; Ott, ZWeR 2022, 200, 204.

³ BKartA, Ents. v. 6.8. 1992 – B4-751000-A-409/61, WuW/E BKartA 502 (*Gagenstoppabkommen*); hier hatten sich Unternehmen «zur Verhinderung übertriebener Spitzengagen» gegenseitig verpflichtet, in Arbeitsverträgen mit Filmdarstellern keine Gagen zu gewähren, die über eine im Einzelnen festgelegte Gagenliste hinausgingen; hierzu ausführlich Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85 ff.

⁴ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1105.

⁵ Für das europäische Recht siehe EuGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 ff. – *Albany*; hierzu induktiv Steinle/Hausmann, EuZW 2015, 313, 316; Eufinger, DB 2015, 192. Für das Schweizer

Vergütungsabreden zwischen Unternehmen fristeten bislang ein Schattendasein und sind erst in der jüngeren Vergangenheit in den Fokus der Wettbewerbsbehörden gerückt. So äusserte sich die EU-Wettbewerbskommissarin *Margrethe Vestager* erstmals im Oktober 2021 öffentlich ausführlich zu Absprachen auf Arbeitsmärkten. In ihrer Rede bewertete sie *wage-fixing* und *no-poaching agreements* als neuartige Formen von Wettbewerbsbeschränkungen, welche direkte Auswirkungen sowohl auf Einzelpersonen als auch auf den Wettbewerb in Gänze hätten.⁶ Vergütungsabreden würden hierbei die gezahlten Löhne unmittelbar (unter dem Wettbewerbsniveau) festlegen, während hingegen Einstellungs- und Abwerbeverbote als indirektes Mittel genutzt würden, um die Löhne niedrig zu halten.⁷

Vor dem Hintergrund dieser jüngeren Positionierung der EU-Kommission verwundert es nicht, dass die kartellrechtliche Fallpraxis zu diesem Phänomen aktuell sehr überschaubar ist. Auf europäischer Ebene haben sich bislang weder der EuGH noch das EuG zu Vergütungsabreden geäussert. In den jeweiligen EU-Mitgliedstaaten hat es vereinzelt Judikate zu dieser Rechtsfrage gegeben.⁸ In der Schweiz existiert ebenfalls keine Rechtsprechung des Bundesgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts zu Vergütungsabreden. In der Schweiz hat die Wettbewerbskommission (WEKO) im Dezember 2022 Ermittlungen gegen 34 Bankinstitute in sechs Deutschschweizer Regionen betreffend einen Informationsaustausch über die Löhne und Lohnbestandteile von verschiedenen Kategorien von Angestellten aufgenommen.⁹ Es ist das erste Mal, dass das Sekretariat der WEKO mögliche Abreden auf dem Arbeitsmarkt untersucht, die in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen können, da sie gerade nicht Verhandlungsergebnisse von Sozialpartnern darstellen.¹⁰ Am 11. Juli 2024 schloss das WEKO-Sekretariat diese Vorabklärung ab, ohne eine Untersuchung i.S.d. Art. 27 KG zu eröffnen. Im Rahmen seiner Abklärun-

Recht vgl. Botschaft KG 1995, 533 f.; vgl. hierzu auch WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

⁶ *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

⁷ *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

⁸ Z. B. sanktionierte die französische Wettbewerbsbehörde (*Autorité de la concurrence*) die drei führenden Hersteller von PVC- und Linoleum-Bodenbelägen in Frankreich (*Forbo*, *Gerflor* und *Tarkett*) sowie den entsprechenden Fachverband (SFEC) aufgrund eines umfangreichen Kartelles, welches u.a. auch den Austausch über Lohninformation beinhaltete. Vgl. Ents. v. 18.10.2017, Nr. 17-D-20, insb. Rn. 67, 304 f. und 307 ff.

⁹ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats vom 5. Dezember 2022 «Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor», abrufbar unter www.admin.weko.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor.

¹⁰ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 5.12.2022.

gen stellte das WEKO-Sekretariat fest, dass über 200 Unternehmen aus verschiedenen Branchen in unterschiedlichen brancheninternen und -übergreifenden Formen über Jahre hinweg regelmässig detaillierte Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und weiteren Arbeitsbedingungen ausgetauscht hatten.¹¹ Auch wenn vorliegend Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden vorlagen, wurde auf die Eröffnung einer Untersuchung i.S.d. Art. 27 KG verzichtet. Vielmehr plant das WEKO-Sekretariat im engen Austausch mit den Sozialpartnern, Behörden und weiteren interessierten Kreisen eine «Best Practice» zu kartellrechtskonformem Verhalten auf dem Arbeitsmarkt zu erarbeiten.¹² Begründet wird diese Vorgehensweise mit dem Ziel, dadurch für den Arbeitsmarkt und seine Akteure rascher und effizienter Rechtssicherheit schaffen zu können.¹³ Allerdings beschäftigte sich das WEKO-Sekretariat bereits im Jahre 2020 im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG i.S. *Einführung Financial Fairplay in der National League* mit der angedachten Einführung eines sog. «Financial Fairplay-Konzepts» in der *National League* (der höchsten Eishockey-Liga der Schweiz).¹⁴ Die angedachte Vereinbarung sollte zwischen den Clubs dieser Liga, welche als Unternehmen im Sinne des KG gelten,¹⁵ ohne Beteiligung der Spieler geschlossen werden. Das WEKO-Sekretariat sah diese Anliegen kritisch, sodass die *National League* auf die Einführung ihres Financial Fairplay-Konzepts verzichtete. Im Rahmen der laufenden Teilrevision des Schweizer Kartellgesetzes¹⁶ schlug eine Minderheit der vorberatenden WAK-S¹⁷ – als Reaktion auf diese Beratungsanfrage – eine Privilegierung von Vergütungsabreden für Sportclubs im Sinne einer gesetzlichen Fiktion vor.¹⁸ Der Ständerat nahm am 11. Juni diesen Minderheitsantrag relativ deutlich mit 28 zu 16 Stimmen ohne Enthaltung an. Im nächsten Schritt wird die WAK-N das Dossier behandeln, bevor der Nationalrat sich der

¹¹ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

¹² Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

¹³ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

¹⁴ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

¹⁵ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 32 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

¹⁶ Vgl. hierzu Botschaft KG 2023; das Parlament führt das Dossier unter der Nummer 23.047.

¹⁷ Der Ständerat behandelt das Dossier als Erstrat. Die WAK-S begann als dessen vorberatende Kommission mit den Beratungen am 17. August 2023 und beendete diese am 2. Mai 2024.

¹⁸ Gemäss dem vorgeschlagenen Art. 6 Abs. 4 E-KG sollen Abreden im Bereich der Ligen mit professionellem Spielbetrieb, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der an den Ligen teilnehmenden Clubs sicherstellen, indem sie z. B. die Gesamtausgaben oder Teile davon (namentlich die Brutto-Lohnkosten) begrenzen, stets durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein. Vgl. die offizielle Fahne vom 2. Mai 2024, abrufbar unter www.parlament.ch > Suchen: 23.047.

Revisionsvorlage annimmt. Auch diese gesetzgeberische Initiative zeigt die zunehmende praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Beurteilung von Vergütungsabreden.

Angesichts der weitestgehend fehlenden Kasuistik ergeben sich daher eine Reihe offener Fragestellungen in kartellrechtlicher Hinsicht. Zunächst ist zu untersuchen, ob das Kartellrecht auf solche Kooperationsformen überhaupt anwendbar ist oder vorliegend eine arbeitsrechtliche Bereichsausnahme geltend gemacht werden kann. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts unterstellt, ergeben sich sodann Fragen hinsichtlich der Möglichkeiten und Grenzen zum Abschluss von Vergütungsabreden im Rahmen verschiedener Zusammenarbeitsformen zwischen Unternehmen. Von Interesse sind insbesondere Konstellationen der temporären Zusammenarbeit für einen spezifischen Zweck (z. B. im Bereich Forschung- und Entwicklung) sowie die dauerhafte Zusammenarbeit im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen. Gerade in der Schweiz ist die Zusammenarbeit in Form von Gemeinschaftsunternehmen in verschiedenen Bereichen weit verbreitet. Zur Illustration sollen hier etwa die vielen Kooperationen im Bereich Forschung und Entwicklung der Pharmabranche genannt werden. Für den Finanzsektor ist die sich wohl auf nahezu jedem Schweizer Mobiltelefon befindliche App Twint zu nennen, an der eine Vielzahl der Schweizer Banken sowie die Börsenbetreiberin der Schweiz beteiligt sind.

Hingegen hat sich im Heimatland des Kartellrechts – den USA – zur kartellrechtlichen Behandlung von Vergütungsabreden bereits eine gewisse Rechtsprechung herausgebildet. Die US-Wettbewerbsbehörden gehen bereits seit den 1990er Jahren gegen Vergütungsabreden vor.¹⁹ So ermittelte etwa das US-amerikanische *Department of Justice* («DoJ») in einem Verfahren aus dem Jahr 1994 gegen acht Krankenhäuser und zwei Verbände in Utah, welche sich zum Nachteil von Pflegekräften und unter Verstoss gegen § 1 Sherman Act über deren Gehälter abgestimmt hatten.²⁰ Ein weiteres Beispiel aus dem Jahr 2001 betrifft einen Entscheid eines US-Bundesgerichts in der Erdölindustrie. Im Rahmen dieses kartellzivilrechtlichen Verfahrens wurden die betroffenen Unternehmen von ehemaligen Mitarbeitern auf Schadensersatz verklagt, da erstere sich über Informationen zu Gehältern ausgetauscht und diese Informationen dazu genutzt hatten, das Gehaltsniveau künstlich niedrig zu halten.²¹

¹⁹ Murray, 59 Santa Clara L. Rev. 2020, 561, 567; Mukomilow, CCZ 2022, 240, 241; Linsmeier, BB 2018, 515, 517; Bischke/Brack, NZG 2017, 499, 500; Eufinger, RIW 2017, 481.

²⁰ United States District Court, District of Utah, Central Division, Ents. v. 14.9.1994 – United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration.

²¹ United States Court of Appeals for the Second Circuit, Ents. v. 20.12.2001 – 01-7091 – Todd v. Exxon Corp.

Im Unterschied zu Vergütungsabreden existiert im Hinblick auf Einstellungsabreden (im internationalen Kontext als «*no-poaching agreements*» bezeichnet) in Form von Einstellungs- und Abwerbeverboten zwischen Unternehmen eine im Vergleich weitreichendere – sowohl behördliche als auch gerichtliche – Praxis. Dies gilt nicht nur für die USA, sondern auch für die beiden vorliegend untersuchten Rechtsordnungen der EU und der Schweiz. Bei der Fallgruppe der «Einstellungsverbote» verpflichten sich zwei oder mehrere Arbeitgeber, Arbeitnehmer, welche bei einem Vertragspartner angestellt waren, nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen einzustellen.²² Unter einem «Abwerbeverbot» (im US-amerikanischen Kartellrecht auch «*Cold Calling*» genannt) versteht man hingegen die Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Arbeitgebern, das gezielte Abwerben angestellter Arbeitnehmer bei anderen Beteiligten zu unterlassen.²³ Ein solches Abwerbeverbot kann sich sowohl auf einzelne Mitarbeiter oder bestimmte Berufsgruppen als auch auf die gesamte Belegschaft beziehen.²⁴ Insbesondere Abwerbeverbote werden oftmals ohne Rücksicht darauf vereinbart, ob die beteiligten Unternehmen auf dem (nachfolgenden) Absatzmarkt miteinander in Wettbewerb stehen oder nicht.²⁵ Während im deutschen Rechtsraum überwiegend zwischen den beiden Fallgruppen der «Einstellungsverbote» einerseits sowie jener der «Abwerbeverbote» andererseits unterschieden wird, wird im angloamerikanischen Rechtskreis hinsichtlich der kartellrechtlichen Behandlung dieser Fallgruppen nicht streng differenziert. So sind nach dem U.S. DoJ bzw. der *Federal Trade Commission* («FTC») unter derartigen Abreden «*agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company's employees*» zu verstehen.²⁶ Ebenfalls sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche die Abwerbung oder Einstellung der Arbeitnehmer betreffen, vom Terminus der «*no-poaching agreements*» erfasst.²⁷

Trotz der in Bezug auf Einstellungsabreden bestehenden Kasuistik, stellen sich selbst hier einige Fragen in kartellrechtlicher Hinsicht. Unter gewissen Be-

²² Vogelsang in: Schaub, § 55 Rn. 114; Hartmann, ZfA 2019, 486; Butzert, NJOZ 2015, 1153; *Commandeur*, RdA 2022, 341; Bauer/Diller, FS Helm. 2002, S. 3, 5.

²³ Vgl. etwa den Entscheid des deutschen BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444; Glöckner, JuS 2018, 1130; Schwill, NJW 2017, 3120; Bauer/Diller, FS Helm. 2002, S. 3, 5; Heinemann, WuW 2020, 371, 377.

²⁴ Linsmeier/Mächtle, NZKart 2015, 258.

²⁵ Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129.

²⁶ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

²⁷ So bedeutet das Verb «*to poach*» übersetzt «wildern», «sich unrechtmässig aneignen» oder «abwerben» und ist damit in einem möglichst weiten Sinne zu verstehen; vgl. Glöckner, JuS 2018, 1130; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129.

dingungen, insbesondere im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle im Allgemeinen und der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen im Speziellen, können Einstellungsabreden nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen. Fallen diese Abreden hingegen grundsätzlich unter das Kartellrecht, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit ihrer Vereinbarung vor dem Hintergrund einer Effizienzrechtfertigung. So stellen sich auch bei Einstellungsabreden Fragen hinsichtlich der kartellrechtlichen Grenzen zum Abschluss von Vergütungsabreden im Rahmen verschiedener Zusammenarbeitsformen zwischen Unternehmen. Von Interesse auch hier sind insbesondere Konstellationen der temporären Zusammenarbeit für einen spezifischen Zweck (z. B. im Bereich Forschung und Entwicklung) sowie die dauerhafte Zusammenarbeit im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen.

Die ökonomische Relevanz von Einstellungsabreden entspringt dem Wunsch der beteiligten Unternehmen zur Verhinderung bzw. Reduzierung des Risikos, dass ein anderer Arbeitgeber eigene Arbeitskräfte abwirbt und/oder einstellt. Damit einher geht auch der Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, wenngleich dies mitunter nicht die Hauptmotivation darstellt. Gleichwohl sind die Beweggründe für die Vereinbarung einer Einstellungsabrede vielschichtig und aus kartellrechtlicher Sicht von Bedeutung, besteht doch die Möglichkeit, dass derartige Verbote als notwendige Nebenabreden («*ancillary restraints*») wettbewerbsrechtlich privilegiert werden könnten.²⁸

Relevant ist die Frage der notwendigen Nebenabrede insbesondere im Kontext der Zusammenschlusskontrolle²⁹, konkret bei Unternehmenskaufverträgen³⁰ sowie bei der Zusammenarbeit im Rahmen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen.³¹ Im Zuge von Zusammenschlussvorhaben sollen Abwerbverbote gewährleisten, dass das Personal im zu übertragenden Unternehmen verbleibt.³² Ohne die Vereinbarung eines Abwerbverbots bestünde die Gefahr, dass die relevanten Arbeitnehmer nach Abschluss der Transaktion umgehend wieder zurück zum Veräußerer wechseln und somit den Erwerber er-

²⁸ Stockenhuber in: GHN AEUV, Art. 101 Rn. 151 ff.; Krebs/Becker, Lexikon des Wettbewerbsrechts, Begriff «*ancillary restraints*»; van Bael/Bellis, Competition Law of the European Union, § 2.4.; ausführlich Faull et. al. in: *The EU Law of Competition*, Kap. 3 Rn. 3.235 ff.

²⁹ Vgl. Nebenabreden-Bekanntmachung.

³⁰ Vgl. v. Koppenfels in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 8 FKVO Rn. 134.

³¹ So widmet die EU-Kommission Wettbewerbsverboten in ihrer Nebenabreden-Bekanntmachung im Rahmen der Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens einen eigenen Abschnitt, vgl. Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18 ff. Zugleich hält sie fest, dass die Regeln für Wettbewerbsverbote *tel quel* auf Abwerbverbote übertragen werden können, vgl. Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 41.

³² Prümmer in DIKE, Art. 10 Rn. 211.

neut konkurrenzieren und dadurch seine Investition entwerten.³³ Ausserhalb der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle haben Wettbewerbsverbote bzw. nach Schweizer Terminologie Konkurrenzverbote³⁴ die Wettbewerbsbehörden bislang lediglich peripher beschäftigt. Als Beispiel kann hier das besonders aufsehenerregende Verfahren des DoJ gegen bekannte High-Tech-Unternehmen aus dem *Silicon Valley* genannt werden. So ermittelte das DoJ seit 2009 unter anderem gegen *Adobe*, *Apple*, *Google* und *Intel*, weil diese Unternehmen jeweils bilateral vereinbart hatten, sich gegenseitig keine Mitarbeiter durch Direktansprache, durch Anrufe oder Anschreiben abzuwerben.³⁵ Diese Vereinbarungen betrafen die gesamte Belegschaft der beteiligten Unternehmen und wurden auf höchster Managementebene getroffen. Die Unternehmen und das DoJ einigten sich schliesslich vor einem US-Bundesgericht darauf, diese Abwerbverbote zu unterlassen, ohne jedoch eine Sanktion zahlen zu müssen. Allerdings verklagten anschliessend mehr als 64.000 – meist ehemalige – Beschäftigte die beteiligten Unternehmen auf Schadensersatz im Rahmen einer sog. *class action*, da ihre Gehälter durch das *no-poaching agreement* künstlich niedrig gehalten worden seien.³⁶ Die Verfahren endeten im September 2015 mit der Zahlung einer Vergleichssumme von über 415 Mio. US-Dollar.³⁷ Der US District Court of Columbia wertete in seinem *Competitive Impact Statement* vom 24. September 2010 diese kollusiven Verhaltensweisen zwischen den beteiligten IT- Unternehmen aus dem *Silicon Valley* als Verstoss gegen § 1 Sherman Act, welche *per se* rechtswidrig gewesen sei. Aus ökonomischer Sicht hätten diese Abreden den Wettbewerb um – insbesondere hochqualifiziertes – Personal beschränkt, deren Beschäftigungsmöglichkeiten verringert und in den normalen Preissetzungsmechanismus eingegriffen.³⁸

³³ Leupold, SZW 1998, 183, 184; Prümmer in DIKE, Art. 10 Rn. 211.

³⁴ Vgl. Art. 340 OR.

³⁵ *United States District Court for the District of Columbia*, Ents. v. 17.3.2011 – 1:10-cv-01629 – *United States v. Adobe Systems et. al.*

³⁶ US District Court, Northern District of California, In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation., 1:10-cv-02509-LHK, Order Granting Plaintiffs' Motion for Final Approval of Class Action Settlement, 2.9.2015.

³⁷ Besonders öffentlichkeitswirksam war, dass das zuständige US-Bundesgericht einen ersten Vergleichsvorschlag von *Adobe*, *Apple*, *Google* und *Intel* angesichts der eindeutigen Beweise zunächst als zu niedrig ablehnte, nachdem bereits kleinere Unternehmen einen Vergleich mit den Klägern erzielt hatten. Besonders pikant war, dass in diesem Zuge eine E-Mail-Korrespondenz zwischen *Steve Jobs* von *Apple* und *Eric Schmidt* von *Google* veröffentlicht wurde, in der *Google* versprach, einen Mitarbeitenden aus der Human-Resources-Abteilung zu entlassen, der einen *Apple*-Mitarbeitenden abgeworben hatte.

³⁸ US District Court of Columbia, *Competitive Impact Statement v. 24.9.2010 – 1:10-cv-01629 – United States v. Adobe Systems et. al.*

Zusammenfassend stellen Vergütungs- und Einstellungsabreden in der Praxis die mit Abstand wichtigsten Erscheinungsformen von Vereinbarungen und Verhaltensweisen zwischen Unternehmen im Zusammenhang mit Beschäftigungsmärkten dar.³⁹ Dies gilt auch für die USA, wo in der *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* des DoJ und der FTC vorrangig auf diese beiden Fallgruppen abgestellt wird.⁴⁰ Zudem ist vorliegend die *Executive Order* des US-amerikanischen Präsidenten Joe Biden zur Förderung des Wettbewerbs in der amerikanischen Wirtschaft zu erwähnen, welche ebenfalls diese beiden Fallgruppen kollusiven Zusammenwirkens auf dem Arbeitsmarkt verstärkt in den Fokus der Kartellverfolgung rücken sollte.⁴¹

Neben kartellrechtlichen Bestimmungen bestehen in vielen nationalen Rechtsordnungen bereits seit langem arbeitsrechtliche Regelungen für die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots zwischen einem Arbeitgeber und seinen Mitarbeitern. Deren Ziel ist der Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen.⁴² Das Schweizer Recht kennt mit Art. 340 OR eine ausdrückliche Regelung zu solchen nachvertraglichen Konkurrenzverboten. Gemäss dem Regelungszweck des Schutzes von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen zugunsten des Arbeitgebers und der nicht unverhältnismässigen Erschwerung des beruflichen Weiterkommens des Arbeitnehmers darf ein Konkurrenzverbot im Sinne des OR allerdings nicht jede Tätigkeit untersagen, sondern nur eine konkurrenzierende, womit ein solches Verbot nicht über den effektiven Geschäftsbereich hinaus reichen darf.⁴³ Bereits an dieser Stelle zeigt sich ein Unterschied gegenüber Einstellungsabreden, welche lediglich zwischen Unternehmen vereinbart werden. Diese kön-

³⁹ Vgl. auch nur die Fokussierung in der einschlägigen Literatur: *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 259; *Brinker*, NZKart 2015, 209; *Glöckner*, JuS 2018, 1130; *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 241; *Eufinger*, RIW 2017, 481, 482; *Linsmeier*, BB 2018, 515, 516; *Linsmeier/Leitz*, COVuR 2020, 398, 400; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 375; *Ott*, ZWeR 2022, 200; *Steinle/Fuhrer*, CB 2023, 201; *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 179 ff.

⁴⁰ U.S. DoJ / FTC, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, S. 3; hierzu auch *Eufinger*, RIW 2017, 481, 482; *Bischke/Brack*, NZG 2017, 499, 500; *Galle/Steinhauser*, CCZ 2023, 161, 165.

⁴¹ Sec. 5 *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, 2021.

⁴² So ist ein nachvertragliches Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 Abs. 2 OR nur gültig, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hat und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.

⁴³ BGE 145 III 365 E. 3.5.2; *Favre Moreillon*, *Der Schweizer Treuhänder*, 344, 345; *Girardin* in: *Commentaire du contrat e travail*, Art. 340 Rn. 16, siehe zur Frage der konkurrenzierenden Tätigkeit ausführlich *Räber*, *Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag*, Rn. 415 ff.

nen zwar auch dem Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen dienen, wie zuvor bereits thematisiert, stellt dieses Ziel jedoch meist nicht die Hauptmotivation für solche Abreden der handelnden Arbeitgeber dar. Darüber hinaus besteht ein wesentlicher Unterschied von solchen arbeitsvertraglich vereinbarten «klassischen» Konkurrenzverboten gegenüber zwischen Unternehmen geschlossenen Einstellungsabreden dahingehend, dass den Arbeitnehmern in den erstgenannten Fällen die entsprechenden Regelungen bekannt sind und sie im Gegenzug mitunter eine Vergütung zur Kompensation erhalten. Auch wenn arbeitsvertraglich vereinbarte Konkurrenzverbote nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, kann an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass diese in jüngerer Vergangenheit vermehrt in den Fokus der Regulierungsbehörden rücken. So hat etwa die FTC am 23. April 2024 arbeitsvertraglich vereinbarte Konkurrenzverbote gemäss Abschnitt 5 und 6(g) als unlauter qualifiziert und mit wenigen Ausnahmen *per se* verboten.⁴⁴ Die FTC erwartet dadurch insbesondere einen Anstieg der Unternehmensgründungen, höhere Einkommen für die Arbeitnehmenden, Senkung der Kosten des Gesundheitswesens und Zunahme der Innovation.⁴⁵

B. Vergütungs- und Einstellungsabreden in Konzernkonstellationen

Die rechtliche Behandlung von (grenzüberschreitenden) Konzernkonstellationen und insbesondere die damit zusammenhängende Frage der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaften für Rechtsverstösse von (ausländischen) Tochtergesellschaften war in der jüngeren Vergangenheit in der Schweiz besonderer Gegenstand der öffentlichen Diskussion. Dies geschah vor dem Hintergrund der erfolgreich zustande gekommenen sog. Konzernverantwortungsinitiative,⁴⁶ für die am 29. November 2020 zwar die Mehrheit der Stimmbürger zu gewinnen war,⁴⁷ nicht jedoch das Ständemehr.⁴⁸ Die Initiative hatte keinen kartellrechtrechtlichen Fokus, sondern konzentrierte sich in erster Linie auf Fragen der Verantwortung für die Verletzung von Bestimmungen

⁴⁴ Siehe FTC, final rule, 16 CFR Part 910, RIN 3084-AB74 – *Non-Compete Clause Rule*.

⁴⁵ Siehe ausführlich FTC, Medienmitteilung «FTC Announces Rule Banning Noncompetes» vom 23.4.2024, abrufbar unter www.ftc.gov > News and Events > News > Press Releases.

⁴⁶ Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt». Zustandekommen, BBl 2016 8107.

⁴⁷ Die Initiative wurde mit 50.7% angenommen.

⁴⁸ Die Initiative verfehlte das Ständemehr, da sie von 12 5/2 der Stände abgelehnt wurde.

betreffend Menschenrechte und Umweltschutz im Ausland.⁴⁹ Fragen der kartellrechtlichen Behandlung von Vergütungs- und Einstellungsabreden stellen sich allerdings nicht nur im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen, sondern auch in Konzernkonstellationen. Konzerne haben eine überragende wirtschaftliche Bedeutung und die Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Konzerns gehören zu den Grundfragen des Kartellrechts.⁵⁰ Die Behandlung von Konzernen im Kartellrecht der untersuchten Rechtsordnungen weist einige Besonderheiten im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Gesellschaftsrecht, auf. Während im Gesellschaftsrecht – sowohl in der Schweiz⁵¹ als auch soweit ersichtlich in sämtlichen EU-Mitgliedsstaaten⁵² – das Trennungsprinzip gilt, wonach eine Konzerngesellschaft grundsätzlich⁵³ nicht für die Verbindlichkeiten anderer Konzerngesellschaften haftet,⁵⁴ ist die Rechtsform für die Annahme eines Unternehmens im kartellrechtlichen Sinne in den untersuchten Rechtsordnungen irrelevant. Vielmehr gilt im Kartellrecht ein «funktionaler Unternehmensbegriff» («*functional concept*» bzw. «*notion fonctionnelle*»), wonach jede, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit als Unternehmen gilt.⁵⁵ Hierbei ist die Rechts- oder Organisationsform ausdrück-

⁴⁹ Vgl. hierzu den von der Initiative vorgeschlagenen Art. 101a E-BV.

⁵⁰ Vgl. etwa Thomas, ZWER 2005, 236, 237; siehe auch Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern, S. 24.

⁵¹ Siehe Heinemann, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S. 52; Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, S. 108 f.; Bauermeister, Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie, S. 55 f.; Kunz, GesRZ 2012, 282, 284; Stäuber, GesKR 2020, 89, 90.

⁵² Siehe etwa Voet van Vormizeele, WuW 2010, 1008, 1015 ff.; Glöckner, NZKart 2018, 390, 396 f. mit Verweis auf GA Kokott, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 65 – Schlussanträge Schindler; siehe zum Verhältnis des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip der EU-Mitgliedsstaaten und des europäischen Kartellrechts ausführlich auch Weck, NZG 2016, 1374, 1375.

⁵³ Eine Haftung kann ausnahmsweise in besonderen Konstellationen entstehen, insbesondere wenn sich die betreffende Konzerngesellschaft dazu verpflichtet (in Form eines Schuldbeitritts, einer Bürgschaft oder einer bestimmten Patronatserklärung) oder aus Konzernvertrauen, vgl. Heinemann, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S. 52.

⁵⁴ Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, S. 33; Weck, NZG 2016, 1374, 1375; Habersack/Zickgraf, ZHR 2018, 252, 254; Wagener, NZKart 2020, 238, 240; Otto, NZKart 2020, 355, 360; Kersting/Otto, NZKart 2021, 651, 656; Fischer, ZfPW 2021, 310, 321; Schröder, NZKart 2024, 200; Trörlitzsch, NZKart 2024, 403, 404.

⁵⁵ Vgl. für das EU-Recht EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – Sumal; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 9; Roth/Ackermann in: FK, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 31; Grave/Nyberg in: Loewenheim et al., Art. 101 AEUV Rn. 100; Palzer, EWS 2022, 23, 24; Fischer/Zickgraf, ZHR 2022, 125, 127. Für das Schweizer Recht siehe Baldi/Borer, WuW 1998, S. 334; Picht in: SIWR V/2, A. Rn. 20.

lich unerheblich.⁵⁶ So kann etwa eine natürliche Person im Rahmen eines Unternehmenserwerbs als Unternehmen angesehen werden,⁵⁷ hinsichtlich ihrer übrigen, davon abtrennbaren Tätigkeiten hingegen nicht.⁵⁸ Im Hinblick auf Konzerne folgt hieraus, dass ein Konzern, der aus verschiedenen juristischen Personen besteht, in Gänze als ein Unternehmen im Kartellrecht angesehen werden kann.⁵⁹ Damit kann eine gesamtschuldnerische (verwaltungs- und zivilrechtliche) Haftung von Konzerngesellschaften für kartellrechtliche Zuwiderhandlungen anderer Konzerngesellschaften – auch ohne unmittelbare Beteiligung – einhergehen. So verhängen sowohl die *EU-Kommission* gestützt auf Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 als auch die *WEKO* gemäss Art. 49a Abs. 1 KG regelmässig umsatzabhängige – und somit im Rahmen von Konzernsachverhalten aufgrund des massgeblichen Konzernumsatzes⁶⁰ – teils sehr hohe Sanktionen. Zumindest in der europäischen Praxis wird dieses gesamtschuldnerische Haftungsrisiko durch die zunehmende Bedeutung des Kartellzivilrechts deutlich erhöht. Anfang des Jahrhunderts hat der *EuGH* in seinen beiden wegweisenden Entscheiden *Courage* und *Manfredi* festgehalten, dass die *praktische Wirksamkeit* («*effet utile*») des Kartellverbots von Art. 101 Abs. 1 AEUV beeinträchtigt wäre, wenn nicht *jedermann* Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.⁶¹ Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöhe die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln und setze Anreize, entsprechende Verhaltensweisen zu unterlas-

⁵⁶ Vgl. für das EU-Recht *EuGH*, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 – *Höfner und Elser*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 – *FENIN*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 54 – *Akzo Nobel*. Für das Schweizer Recht siehe die Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

⁵⁷ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 12; *EU-Kommission*, ABL C 132 v. 23.5.1991, S. 13 – *Asko/Jakobs/Adia*; *van de Gronden/Rusu*, *Competition law in the EU: principles, substance, enforcement*, Ziff. 2.2.1; *Vogel*, *European Competition Law*, S. 55; für das Schweizer Recht siehe *Martenet/Heinemann*, *Droit de la concurrence*, S. 67; *Ruggli/Vischer*, *SJZ* 2006, 294, 298.

⁵⁸ *Säcker/Steffens* in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 7.

⁵⁹ Siehe [Teil 3 A. III.](#)

⁶⁰ Stellt ein Konzern im konkreten Fall ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar, ist sein Gesamtumsatz relevant, vgl. für das Schweizer Recht *WEKO*, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; *Krauskopf* in: *DIKE-KG*, Art. 49a Rn. 37; *Skoczylas*, *Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern*, S. 97; a.A. *Reinert* in: *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, S. 156. Vgl. für das europäische Recht grundlegend *EuGH*, ECLI:EU:C:1983:158 – *Musique diffusion française*; siehe auch *Braun*, *Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht*, S. 53 f.; *ders.*, *NZKart* 2018, 405, 406; *Hackel*, *Konzerndimensionales Kartellrecht*, S. 132 ff.; *Palzer*, *EWS* 2022, 23, 25; *Trölitzsch*, *NZKart* 2024, 403, 405.

⁶¹ *EuGH*, ECLI:EU:C:2001:465 Rn. 57 – *Courage und Crehan*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 26 – *Manfredi*.

sen, womit ein wesentlicher Beitrag zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs einhergehe.⁶² So sehen sich Unternehmen in der jüngeren Vergangenheit vermehrt zivilrechtlichen Schadensersatzklagen ausgesetzt. Einen wesentlichen Katalysator hierfür stellte der Erlass der Schadensersatzrichtlinie der EU im Jahr 2014 dar, die eine umfangreiche Mindestharmonisierung der nationalen Zivilrechtsordnungen im Bereich des Kartellrechts eingeleitet hat.

Allerdings ist die Haftung für Verbindlichkeiten anderer Konzerngesellschaften nur eine Seite der gleichen Medaille. Das Kartellrecht kann auch Anreize zur Konzernbildung setzen. So fallen Vereinbarungen zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen regelmässig in den Anwendungsbereich des Verbots wettbewerbsschädigender Abreden nach Art. 101 Abs. 1 AEUV des europäischen bzw. Art. 5 KG im Schweizer Recht. Vereinbarungen verbundener Unternehmen dagegen unterliegen regelmässig dem Konzernprivileg («*privilège de groupe*») und stellen somit keine Wettbewerbsbeschränkungen dar.⁶³ Vor dem Hintergrund des Konzernprivilegs und der damit einhergehenden kartellrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten kann sich für Unternehmen u.U. eine Konzernierung anbieten.

C. Formale Bemerkungen

Das Schweizer Kartellrecht richtet sich grundsätzlich am EU-Kartellrecht aus. Trotz der damit einhergehenden häufigen Übernahme der jeweiligen materiellen Regelungen des EU-Rechts durch das Schweizer Recht, finden in letzterem andere Begriffe Verwendung, mit denen jedoch in der Regel der gleiche wettbewerbsrechtliche Inhalt verbunden wird. Während das EU-Kartellrecht z. B. den Begriff der «wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung» verwendet, kennt das schweizerische Kartellrecht den synonymen Begriff der «Wettbewerbsabrede». Ein weiteres Beispiel, welches im vorliegenden Kontext be-

⁶² EuGH, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage und Crehan*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 35 – *Sumal*; siehe hierzu ausführlich Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, S. 161 ff.; Kersting/Otto, NZKart 2022, 14, 18 f.

⁶³ Für das europäische Recht siehe Paschke in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 96; Huttenlauch in: Loewenheim et al., Art. 102 AEUV Rn. 24; Thomas, ZWeR 2005, 236. Für das Schweizer Recht vgl. Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 33; Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, S. 84; Reinert in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 156; Waser/Meinhardt, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 139; Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 37 f.; Schmassmann, SZK 2022, 15, 16.

sondere Bedeutung erlangt, ist im Schweizer Recht der Begriff des «Konkurrenzverbots», welcher dem europäischen Begriff des «Wettbewerbsverbots» entspricht. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird, soweit sinnvoll, einheitlich die jeweilige Schweizer Bezeichnung verwendet. Auch im Hinblick auf Grammatik, Interpunktion und Orthografie folgt die vorliegende Arbeit den Schweizer Vorgaben. Schliesslich wird zum Zwecke der besseren Lesbarkeit ausschliesslich die männliche Sprachform verwendet, wobei die weibliche Form stets mitgedacht ist.

Abschliessend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die vorliegenden Ausführungen die Meinung des Autors widerspiegeln und nicht zwingend diejenige des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO).

Teil 2: Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden

A. Einleitende Bemerkungen

Wie eingangs erwähnt, bestehen für Unternehmen durchaus ökonomische Anreize, die internen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auszutauschen bzw. sich sogar hierüber kollusiv zu verständigen.⁶⁴ Gleiches gilt für den Versuch, die gegenseitige Abwerbung und anschliessende Einstellung von Arbeitskräften zu unterbinden.

Bevor eine kartellrechtliche Betrachtung dieser beiden wichtigsten Formen der sog. Arbeitgeber-Kollusionen⁶⁵ in Konzernkonstellationen erfolgt, soll dieses Phänomen im Folgenden aus allgemeiner Sicht vorgestellt sowie wettbewerbsökonomisch und wettbewerbsrechtlich gewürdigt werden. Hierbei wird rechtsvergleichend die Rechtslage und Verfolgungspraxis in der Europäischen Union, in den Vereinigten Staaten, ausgewählten Jurisdiktionen in Europa (insbesondere der Bundesrepublik Deutschland) sowie der Schweiz dargelegt werden.

Schliesslich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Untersuchung sich auf die kartellrechtliche Beurteilung solcher Absprachen beschränkt und weitere Rechtsgebiete, wie etwa das Lauterkeitsrecht,⁶⁶ die im vorliegenden Kontext ebenfalls einschlägig sein können, allenfalls peripher behandelt.

⁶⁴ Bereits *Adam Smith* hat auf diese Gefahr hingewiesen: «whoever imagines [...] that masters rarely combine, is as ignorant of the world as of the subject. Masters are always and everywhere in a sort of tacit, but constant and uniform, combination, not to raise the wages of labour above their actual rate.»; *Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Book 1, Chapter 8.

⁶⁵ Zum Begriff *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 37.

⁶⁶ Unter bestimmten Umständen kann die Verleitung von Arbeitnehmern zum Vertragsbruch durch ein oder mehrere Unternehmen im Schweizer Recht gemäss der Generalklausel von Art. 2 UWG bzw. Art. 4 Bst. a UWG unlauter sein vgl. ausführlich *Peter* in: SHK UWG, Art. 2 Rn. 74; *Fischer* in: DIKE-UWG, Art. 4 Rn. 60; siehe auch *Frick*, Abwerbung von Personal und Kunden, S. 93; *Humbert*, Anwaltsrevue 2017, 9, 10; *Hensch*, ARV 2019, 1, 10.

B. Vergütungsabreden

I. Gegenstand

Vergütungsabreden werden vom U.S. DoJ bzw. der FTC als «*wage-fixing agreements*» bezeichnet.⁶⁷ Im deutschen Rechtsraum findet sich auch der Terminus Lohn- oder Gehaltsabsprachen.⁶⁸ Hier geht es also um Abreden zwischen Unternehmen über die Arbeitsentgelte bzw. Entlohnung ihrer Arbeitnehmer.⁶⁹ Da diese Kollusionen jedoch nicht nur das reine Grundgehalt der Mitarbeiter betreffen, sondern alle Einkommenskomponenten, wird vorliegend der Begriff der Vergütungsabreden präferiert. So umfasst die Vergütung etwa auch Boni, Provisionen, Spesensätze, Auslandspauschalen, Jubiläumzahlungen, Weihnachts- und Urlaubsgeld, freiwillige Versicherungen, Übernahme von Umzugs- und Wohnungskosten, Firmenwagen, Abfindungen und sonstige Vergünstigungen.⁷⁰

Mit derartigen Vergütungsabreden versuchen die beteiligten Unternehmen, die Nachfrage nach Arbeitskräften zu beschränken, sodass es sich bei diesen kollusiven Vereinbarungen regelmässig um Höchstgrenzen für das Arbeitsentgelt (sog. Gehaltsobergrenzen) handelt.⁷¹ Vergütungsabreden über die Beschäftigungsbedingungen können denklogisch nur von – mindestens zwei – Arbeitgebern getroffen werden. Arbeitgeber sind natürliche oder juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die mindestens einen Arbeitnehmer – auch nur vorübergehend – beschäftigen.⁷² Aus kartellrechtlicher Sicht darf man jedoch bei dieser (engen) arbeitsrechtlichen Definition nicht stehen bleiben. Für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist es unerheblich, ob zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer tatsächlich ein Arbeitsvertrag – zu abgesprochenen Konditionen⁷³ – zustande gekommen ist oder kommen würde. Insbesondere Absprachen zwischen Arbeitgebern über

⁶⁷ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

⁶⁸ Heinemann, WuW 2020, 371, 375.

⁶⁹ Bischke/Brack, NZG 2017, 499, 500.

⁷⁰ Heinemann, WuW 2020, 371, 375; Ott, ZWeR 2022, 200, 210.

⁷¹ Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 494; Ott, ZWeR 2022, 200, 204.

⁷² So etwa in Anlehnung an § 6 Abs. 2 AGG sowie § 2 Abs. 3 ArbSchG in Deutschland oder Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 ArG in der Schweiz.

⁷³ Im Schweizer Recht bedarf der Abschluss eines Einzelarbeitsvertrags gemäss Art. 320 Abs. 1 OR zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form. Art. 320 Abs. 2 OR sieht vor, dass ein solcher auch dann als abgeschlossen gilt, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.

die Vergütungsbedingungen von Beschäftigten, die zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen werden (Leih-Arbeitnehmer) sowie von freien Mitarbeitern (Soloselbstständigen) unterfallen den kartellrechtlichen Regelungen über Wettbewerbsabreden.⁷⁴ Gleiches gilt für soloselbstständige Crowdworker.⁷⁵

Zur Veranschaulichung soll auf einen Entscheid des deutschen Bundeskartellamts (BKartA) vom 26. Juli 2016 verwiesen werden. In diesem Verfahren hatte das BKartA Sanktionen i.H.v. insgesamt ca. 3.1 Mio. Euro gegen verschiedene Betreiber von Film- und Fernsehstudios wegen der Beteiligung an einem kartellrechtlich unzulässigen Informationsaustausch verhängt. Nach Erkenntnissen des BKartA hatten die beteiligten Unternehmensvertreter Informationen über Preise, Angebotsinhalte und andere wettbewerblich sensible Informationen ausgetauscht. Gegenstand des Informationsaustauschs waren aber auch Personalkostensätze für freie Mitarbeiter und sonstige Spezialkräfte. Zugleich wurden die unterschiedlichen Höhen von Wochenend- und Feiertagszuschlägen sowie Versicherungsbeiträgen dieser Freiberufler thematisiert.⁷⁶ Aus kartellrechtlicher Sicht spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob die Kartellteilnehmenden sich über die Vergütungshöhe festangestellter Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter verständigen. Der arbeits- sowie sozialversicherungsrechtliche Status der betroffenen Personen ist für diese Beurteilung nicht entscheidend. Zumal diese Abgrenzung angesichts des Auftretens hybrider Arbeitsformen ohnehin oftmals sehr schwierig sein wird.⁷⁷

Diese Abgrenzungproblematik tritt im Besonderen bei sog. Scheinselbständigen auf. Nach dem EuGH handelt es sich hierbei um *Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden*.⁷⁸ So verliert ein Dienstleistungserbringer seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern *vollkommen abhängig* von seinem Auftraggebenden ist, weil er keines der *finanziellen und wirtschaftlichen*

⁷⁴ In diese Richtung auch tendierend: *Bischke/Brack*, NZG 2017, 499, 502, wonach die kartellrechtlichen Grundsätze bei der Behandlung von freien Mitarbeitenden auch auf einen entsprechenden Informationsaustausch zu fest angestellten Arbeitnehmern anwendbar seien.

⁷⁵ Hierzu *Bourazeri*, NZA 2019, 741, 745; wobei etwa das *Bundesarbeitsgericht* (BAG) einen vermeintlich selbstständigen Crowdworker als Arbeitnehmer qualifizierte; vgl. BAG, Ents. v. 11.2.2020 – 9 AZR 102/20, NJW 2021, 1551; hierzu *Söller*, NZA 2021, 997.

⁷⁶ BKartA, Fallbericht v. 12.9.2016, B12 – 23/15.

⁷⁷ *Bretzigheimer/Maturana*, NZKart 2022, 246, 247.

⁷⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 31 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als *Hilfsorgan* in sein Unternehmen eingegliedert ist.⁷⁹ Oftmals handelt es sich also um Arbeitnehmer, die als Selbstständige getarnt werden, um die Anwendung bestimmter, aus Sicht des Arbeitgebers ungünstiger, Rechtsvorschriften (beispielsweise arbeits-, sozial- oder steuerrechtliche Regelungen) zu vermeiden.⁸⁰ Vergütungsabreden können auch die Höhe der Gegenleistung für Dienstleistungen solcher Scheinselbständigen betreffen, sodass diese ebenfalls Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen von Vergütungsabreden in Konzernkonstellationen sind.

II. Ökonomischer Hintergrund

1. Einleitende Bemerkungen

Aus ökonomischer Sicht weist der Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich des Nachfragewettbewerbs nach dem Faktor Arbeit einige Besonderheiten auf, die für die kartellrechtliche Beurteilung kollusiver Verhaltensweisen von Bedeutung sind.

2. Arbeitsmarkt

Unter dem Arbeitsmarkt ist derjenige Teil des Gesamtmarkts zu verstehen, auf dem Arbeitgeber menschliche Arbeitsleistungen nachfragen und Arbeitnehmer eine solche gegen eine monetäre Gegenleistung anbieten.⁸¹ Zutreffend – und ebenfalls nach Ansicht des Verfassers – kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob diese Arbeitsleistung in abhängiger Beschäftigung oder als sonstige Dienstleistung erbracht wird.⁸² Hier geht es letztlich um menschliche Arbeitsleistung, welche von den Marktakteuren wie jede andere Dienstleistung oder Ware gegen Geld getauscht wird.⁸³

Gleichwohl weisen Arbeitsmärkte im Gegensatz zu anderen Faktor- oder Produktmärkten eine Vielzahl von Besonderheiten auf.⁸⁴ Der entscheidende Un-

⁷⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 33 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

⁸⁰ GA Wahl, EuGH, ECLI:EU:C:2014:2215, Rn. 52 – *Schlussanträge FNV Kunsten Informatie en Media*.

⁸¹ Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, Rn. 82; Höpfner, *Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis*, S. 532; Hendriks, *Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht*, S. 27; Kordel, *Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht*, S. 4.

⁸² So auch Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, Rn. 88.

⁸³ Keuchel, *Kann der Arbeitsmarkt dem Wettbewerb unterworfen werden?*, S. 93 f.

⁸⁴ Heinemann, *WuW* 2020, 371, 372.

terschied zu anderen Waren ist, dass Unternehmen keine Arbeitnehmer physisch «kaufen», sondern lediglich deren Arbeitsleistung, welche jedoch wiederum untrennbar mit der jeweiligen Person verbunden ist.⁸⁵ Demzufolge ist das Angebot von Arbeit für viele Menschen auch nicht auf den rein ökonomischen Vorgang des Tausches von Geld gegen Leistung beschränkt, sondern stellt vielmehr einen essentiellen Teil ihres Lebens dar.⁸⁶ Aus dieser höchstpersönlichen Pflicht des Arbeitnehmers folgen einige arbeitsmarktökonomische Besonderheiten. Zunächst ist die angebotene Menge an Arbeit durch den einzelnen Arbeitnehmer nicht uneingeschränkt flexibel.⁸⁷ Einerseits ist die Angebotsmenge durch tägliche Höchstarbeitszeiten⁸⁸ und Pausenzeiten sowie die körperliche Konstitution nach oben begrenzt und andererseits muss der Arbeitnehmer ein gewisses Mindestmass an Arbeit erbringen, um seine Existenz zu sichern.⁸⁹ Diese arbeitsmarktökonomische Besonderheit der Existenzsicherung führt dazu, dass ein Arbeitnehmer auf Lohnsenkungen mit einer Erhöhung seines Arbeitsangebots reagieren müsste, um seinen Lebensstandard zu halten.⁹⁰ Dies trifft zu, wenn der sogenannte Einkommenseffekt den Substitutionseffekt dominiert⁹¹ und gilt insbesondere für Arbeitskräfte deren Gehaltsniveau sich knapp über dem Existenzminimum bewegt (etwa im Bereich eines allfälligen Mindestlohns) oder allgemeiner für Arbeitnehmer, denen aufgrund finanzieller Verpflichtungen kein wesentlicher Spielraum bei ihrem Budget besteht. In diesem Zusammenhang wird von der Anomalie des Arbeitsmarktes gesprochen.⁹² Ökonomisch sinnvoll – und auf anderen Faktor- oder Produktmärkten *ceteris paribus* üblich – wäre hingegen eine Verknappung des Angebots.⁹³ Da der Arbeitnehmer jedoch auf regelmässige Einnahmen angewiesen ist, kann er seine Arbeit nicht – auch nicht nur für einen begrenzten

⁸⁵ Franz, Arbeitsmarktökonomik, S. 14; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 90.

⁸⁶ Franz, Arbeitsmarktökonomik, S. 14; vgl. hierzu auch Thüsing, Mit Arbeit spielt man nicht!, S. 1 ff.

⁸⁷ Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 90, 91; Holler in: Holenstein/Koller/Nedi/Hack-Leoni/Dobrova, S. 189.

⁸⁸ So beträgt etwa in Deutschland die werktägliche Höchstarbeitszeit 8 Stunden, vgl. § 3 S. 1 ArbZG und in der Schweiz die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 Stunden, vgl. Art. 9 Abs. 1 ArG.

⁸⁹ Holler in: Holenstein/Koller/Nedi/Hack-Leoni/Dobrova, S. 189.

⁹⁰ Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 306; siehe auch Doherty, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2021, 60 Rn. 27.

⁹¹ Üblicherweise nimmt man an, dass das Arbeitsangebot mit einem tieferen Lohn fällt, vgl. Gärtner, *Macroeconomics*, S. 147 f.

⁹² Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, S. 43; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 91; Holler in: Holenstein/Koller/Nedi/Hack-Leoni/Dobrova, S. 189.

⁹³ Kretschmar, *Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs*, S. 171.

Zeitraum – niederlegen. Dieser Effekt wird noch durch die Tatsache verstärkt, dass ein Arbeitnehmer regelmässig nur für einen Arbeitgeber tätig ist und dieser dem Mitarbeiter gegenüber weisungsbefugt ist.⁹⁴ Zudem existieren im Hinblick auf das Angebot von und der Nachfrage nach Arbeit Asymmetrien.⁹⁵ So können etwa Löhne durch den arbeitgeberseitigen Einsatz von Marktmacht unter das langfristige Optimum fallen, da für Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt – im Gegensatz zu anderen Faktor- oder Produktmärkten – erhebliche Wechselhindernisse bestehen. So unterscheidet sich in ökonomischen Analysen einerseits generell der Faktor Arbeit von anderen Produktionsfaktoren durch eine tiefere Mobilität. Neben hohen Informationsasymmetrien kann dies etwa auch durch soziale Verbindungen getrieben werden. Andererseits bestehen auch auf der Arbeitsnachfrageseite Wechselhindernisse in Form von hohen Fixkosten. Bei einer hohen Mitarbeiterfluktuation können die Such- und Einarbeitungskosten auch die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens signifikant beeinträchtigen.⁹⁶

Diese arbeitsmarktökonomischen Besonderheiten bedingen unter anderem die Möglichkeiten der Sozialpartner kartellrechtlich privilegierte Regelungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zu treffen. Hierbei muss der Tarifvertrag bzw. im Schweizer Recht Gesamtarbeitsvertrag (GAV)⁹⁷ genannt, dem Arbeitnehmerschutz dienen und darf nur zu diesem Zweck den Arbeitgeberwettbewerb beschränken.⁹⁸ Die Kollektivvereinbarung zwischen den Sozialpartnern hat also zwingend der Verfolgung sozialpolitischer Ziele⁹⁹ zu dienen,¹⁰⁰ welche wiederum aus den zuvor beschriebenen Besonderheiten des Arbeitsmarktes folgen. Schliesslich ist zu beachten, dass GAV aus einer ökonomischen Perspektive sozialpolitisch auch ineffizient sein können, da sie zwar den Teilnehmern des Vertrags («Insider») eine Absicherung bieten, aber für Neueintretende («Outsider») eine Barriere darstellen, insbesondere wenn die Löhne oberhalb des effizienten Marktloh-

⁹⁴ Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 94.

⁹⁵ Heinemann, WuW 2020, 371, 372.

⁹⁶ Siehe hierzu ausführlich *Pissarides*, *Equilibrium Unemployment Theory*, S. 123 ff.

⁹⁷ Zum Begriff siehe [Teil 2 F. II](#).

⁹⁸ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1099; Latzel/Serr, *EuZW* 2014, 410, 415.

⁹⁹ Unter sozialpolitischen Zielen ist vorliegend die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte zu verstehen. Art. 151 AEUV definiert im Abschnitt Sozialpolitik als Sozialziele der Union u.a. «die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen». Vgl. auch Art. 66 EWR-Vertrag.

¹⁰⁰ Kamanabrou, *EuZA* 2010, 157, 159.

nes im Fall eines vollständigen Wettbewerbs liegen und somit die Einstellung weiterer Arbeitskräfte beschränken.¹⁰¹

3. Nachfragemarkt

a) Arbeitsmarkt als Nachfragemarkt für Unternehmen

Die marktwirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen kann – vereinfacht dargestellt – in zwei Märkte aufgeteilt werden. Hierbei handelt es sich um den (vorgelagerten) Beschaffungsmarkt sowie den (nachgelagerten) Absatzmarkt.¹⁰² Auf dem Beschaffungsmarkt fragen Unternehmen Arbeit und Kapital (Produktionsfaktoren) nach und bieten Waren und Dienstleistungen (Produkte) auf dem Absatzmarkt an.¹⁰³ Um also überhaupt auf dem Absatzmarkt tätig sein zu können, müssen Unternehmen als Nachfrager auf dem Beschaffungsmarkt auftreten. Vor dem Hintergrund, dass Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt den Produktionsfaktor menschliche Arbeitsleistung nachfragen, ist der Arbeitsmarkt ein Beschaffungsmarkt.¹⁰⁴ Vergütungsabreden werden damit in erster Linie den Nachfragewettbewerb zwischen Unternehmen, um von Arbeitnehmer bzw. Selbstständiger erbrachte Dienstleistungen beschränken.

Allerdings besteht die Besonderheit, dass diese Nachfrage der Unternehmen nach menschlicher Arbeitsleistung eine abgeleitete Nachfrage aus der Nachfrage nach den Waren und Dienstleistungen ist, welche das Unternehmen absetzen will und für deren Produktion es bestimmte Arbeitskräfte (sowie Wissen) braucht.¹⁰⁵ Aus ökonomischer Sicht werden Unternehmen daher nur

¹⁰¹ Siehe zur Thematik «Insider/Outsider» grundlegend Gärtner, *Macroeconomics*, S. 154 f.

¹⁰² Vgl. hierzu nur die Formulierung in Art. 2 Abs. 1 Bst. b) VO (EG) 139/2004, wonach es bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen von Unternehmen um «ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten» geht; sowie § 18 Abs. 1 GWB, wonach ein Unternehmen marktbeherrschend ist, soweit es als «Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen» auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt bestimmte Voraussetzungen erfüllt.

¹⁰³ Heinemann, WuW 2020, 371, 372; welcher zudem darauf hinweist, dass in der Praxis die kartellrechtliche Verfolgung der angebotsseitigen Wettbewerbsbeschränkungen im Mittelpunkt steht; so auch Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185.

¹⁰⁴ Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 231; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 533; Glöckner, JuS 2018, 1130; Mankiw/Taylor, *Economics*, S. 316.

¹⁰⁵ Demmler, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 308; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 533; Kordel, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 71; Mankiw/Taylor, *Economics*, S. 316.

solange neue Arbeitnehmer einstellen, wie die Ausgaben für eine zusätzlich eingesetzte Arbeitseinheit geringer sind als die zusätzlichen Erlöse, die dieses Unternehmen durch die Produktionsausweitung auf den Absatzmärkten erzielen kann.¹⁰⁶ Zumindest nach der ökonomischen Theorie sollte sich daher bei einem freien Wechselspiel von Angebot und Nachfrage die Vergütung des Arbeitnehmers bei einem Niveau einpendeln, welches dessen individueller Wertschöpfung entspricht (sog. Grenzwertproduktivität der Arbeit).¹⁰⁷ Daher wird in der juristischen Literatur diskutiert, inwiefern der Angebotswettbewerb auf Produktmärkten zumindest mittelbar von Vergütungsabreden auf dem Nachfragemarkt betroffen ist.¹⁰⁸ Dies könnte in der Tat der Fall sein, wenn die Kosten der menschlichen Arbeitsleistung einem im Wettbewerb stehenden Produkt unmittelbar – beispielsweise über entsprechende Kostenverteilungsschlüssel – zugerechnet werden können. Aus kartellrechtlicher Sicht wird es wohl in der überwiegenden Vielzahl der Fälle jedoch nicht gelingen, eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung des Absatzmarktes nachzuweisen. Allerdings ist fraglich, inwiefern der Absatzmarkt für die kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden relevant ist.

b) *Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt*

Wie bereits ausgeführt, weist der Arbeitsmarkt einige ökonomische Besonderheiten auf. Hierzu gehört auch, dass der Arbeitsmarkt als Nachfragemarkt häufig die Eigenschaft eines Monopsons bzw. Oligopsons hat (sog. *labor market power*).¹⁰⁹ Eine Hauptursache für diese Struktur auf Arbeitsmärkten wird u.a. in der zunehmenden Unternehmenskonzentration gesehen.¹¹⁰ Ein Monopson (aus dem Altgriechischen *μόνος*, *monos*, «*einzelnen*» und *ὀψωνία*, *opsōnia*, «*Einkauf*») liegt vor, wenn auf einem Nachfragemarkt nur ein Nachfrager (Monopsonist) vielen – i.d.R. kleinen – Anbietern gegenübersteht.¹¹¹ Es handelt sich also um ein Nachfrage-Monopol, welches die Nachfragemacht spiegelbildlich zur Angebotsmacht behandelt und bei welcher der Nachfrager seinen Ein-

¹⁰⁶ Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 95; Haberzettl, Varianten der Kodifizierung eines Mindestlohns, S. 48.

¹⁰⁷ Mankiw/Taylor, Economics, S. 316 f.; Gärtner, Macroeconomics, S. 144 f.

¹⁰⁸ Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135.

¹⁰⁹ Heinemann, WuW 2020, 371, 372; Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185; Rhein, NZA-Beil. 2009, 91, 95; Riesenhuber, RdA 2021, 156, 161; OECD, Competition in Labour Markets, S. 13ff.; Bretzigheimer/Maturana, NZKart 2022, 246.

¹¹⁰ Bretzigheimer/Maturana, NZKart 2022, 246, 247; Posner, How Antitrust Failed Workers, S. 17.

¹¹¹ Pindyck/Rubinfeld, Mikroökonomie, S. 456; Inderst, WuW 2008, 1261, 1263; Posner, How Antitrust Failed Workers, S. 14.

kaufspreis durch eine Reduktion der Nachfragemenge senken kann.¹¹² Typische Beispiele für Monopsonie sind etwa der Markt für militärische Produkte sowie Nischenprodukte im Bereich der Raumfahrtindustrie oder Produkte und Dienstleistungen für gewisse Behörden.¹¹³ Alternativ existiert auch das Modell des Nachfrage-Oligopols (Oligopson).¹¹⁴ In diesem Fall stehen einige wenige Nachfrager wiederum einer Vielzahl von Anbietern gegenüber.

Bezogen auf den Arbeitsmarkt hat dies zur Folge, dass der monopsonistische Arbeitgeber der einzige Nachfrager nach Arbeitskräften auf einem (lokal) begrenzten Arbeitsmarkt ist.¹¹⁵ Alternativ existieren – und sind in der Praxis häufiger anzutreffen – auf dem Arbeitsmarkt einige wenige oligopsonistische Arbeitgeber, welche wiederum einer Vielzahl von Arbeitskräften gegenüberstehen. Besonders auf lokalen oder berufsspezifischen Arbeitsmärkten sind oligopsonistische Strukturen nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis anzutreffen.¹¹⁶ Grundsätzlich wird bei beiden Modellen der Marktlohn aufgrund des Einsatzes der Marktmacht des gewinnmaximierenden Monopsonisten bzw. Oligopsonisten niedriger sein als bei freiem Wettbewerb.¹¹⁷ So kann ein Unternehmen, welches für den lokalen Arbeitsmarkt von grosser Bedeutung ist, die Zahl der eingestellten Arbeitnehmer unter das Wettbewerbsniveau senken und damit die Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen unter den effizienten Marktlohn im Fall eines vollständigen Wettbewerbs herabsetzen.¹¹⁸ Ein solcher Lohnrückgang führt folglich zu einer Rentenverschiebung von Arbeitnehmern zu Arbeitgebern.¹¹⁹ Verstärkt wird dieser Effekt durch die strukturellen Besonderheiten des Arbeitsmarktes. So sind bei einem Arbeitsplatzwechsel hohe Transaktionskosten,¹²⁰ soziale Wechselhindernisse,¹²¹

¹¹² Ewald in: Wiedemann, § 7 Rn. 141; Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 51; Inderst, WuW 2008, 1261, 1263; Latzel, ZWeR 2018, 86, 88, Wingerter, WuW 2020, 387.

¹¹³ Vgl. Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 82.

¹¹⁴ Ewald in: Wiedemann, § 7 Rn. 141; hierzu auch Lewerth, Nachfragemacht und internationaler Handel, S. 21 ff.

¹¹⁵ Heinemann, WuW 2020, 371, 372; Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185 nennen als Lehrbuchbeispiel den einzigen Arbeitgeber in einer Minenstadt; so auch OECD, Competition in Labour Markets, S. 14; siehe auch Mankiw/Taylor, Economics, S. 327 f.

¹¹⁶ Rhein, NZA-Beil. 2009, 91, 95.

¹¹⁷ Heinemann, WuW 2020, 371, 372; Rhein, NZA-Beil. 2009, 91, 95; Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185; OECD, Competition in Labour Markets, S. 14.

¹¹⁸ Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185; Rhein, NZA-Beil. 2009, 91, 95; ausführlich Mankiw/Taylor, Economics, S. 327 f.

¹¹⁹ Bretzigheimer/Maturana, NZKart 2022, 246, 250.

¹²⁰ OECD, Competition in Labour Markets, S. 22.

¹²¹ Heinemann, WuW 2020, 371, 372.

regulatorische Wechselhindernisse,¹²² räumliche Friktionen,¹²³ Bequemlichkeit und Trägheit der Arbeitnehmer¹²⁴ sowie verschiedene Präferenzen der Arbeitskräfte hinsichtlich der konkreten Arbeitsbedingungen beim jeweiligen Unternehmen zu berücksichtigen. Hierdurch wird die Nachfragemacht von oligopsonistischen Arbeitgebern sogar noch verstärkt. Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass durch die abnehmende gewerkschaftliche Organisation der Mitarbeiter die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmerschaft in der Vergangenheit geschwächt wurde, was letztlich zu einer Stärkung der Nachfragemacht oligopsonistischer und monopsonistischer Arbeitgeber geführt hat.¹²⁵ Weitere Tendenzen der Zersplitterung der Marktgegenseite, etwa durch vermehrt auftretende Erscheinungsformen der soloselbstständigen Crowdworker,¹²⁶ haben diesen Effekt noch verstärkt.¹²⁷

Gleichwohl können auch gegenläufige Tendenzen auf dem Arbeitsmarkt ausgemacht werden, welche die Nachfragemacht oligopsonistischer und monopsonistischen Arbeitgeber abschwächen. Insbesondere der Mangel an – insbesondere fachlich ausgebildeten – Arbeitskräften lässt viele Arbeitgeber davor zurückschrecken, ihre Nachfragemacht gegenüber Beschäftigten und Bewerbern offensiv auszuspielen. Auch der Aspekt der sozialen Wechselhindernisse ist bei neueren Generationen von Arbeitskräften weniger stark ausgeprägt. Insbesondere Beschäftigte der *Generation Z* wechseln häufiger den Arbeitsplatz als andere Generationen, identifizieren sie sich doch häufig nicht – oder nur eingeschränkt – mit dem sie beschäftigenden Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Arbeitnehmerkündigung eine nicht von vornherein gering zu schätzende Sanktionsmöglichkeit des Beschäftigten.¹²⁸ Schliesslich führt die Digitalisierung des Arbeitsmarktes nicht nur zu einer Zersplitterung der bestehenden Arbeitnehmerorganisationen, sie ermöglicht auch neue Einstellungsmöglichkeiten, welche auch bei geographisch abgeschotteten Märkten

¹²² OECD, *Competition in Labour Markets*, S. 23.

¹²³ So Lewerth, *Nachfragemacht und internationaler Handel*, S. 115; der von endogener räumlicher Anordnung der Arbeitnehmer im Umfeld des jeweiligen Unternehmens spricht.

¹²⁴ Kremer, *Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot*, S. 107.

¹²⁵ Heinemann, *WuW 2020*, 371, 372; Kremer, *Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot*, S. 107.

¹²⁶ Heinemann, *WuW 2020*, 371, 372, spricht zutreffend von der Ausdehnung der *gig economy*, also der Umwandlung unbefristeter Vollarbeitsverhältnisse in befristete sowie freischaffende oder projektbezogene Tätigkeiten.

¹²⁷ Kremer, *Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot*, S. 107.

¹²⁸ Riesenhuber, *RdA 2021*, 156, 161.

die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer stärken können.¹²⁹ Trotz dieser gegenläufigen Tendenzen ist ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen angezeigt, wenn Arbeitgeber durch kollusive Verhaltensweisen – oder einzeln, allenfalls nach einem Zusammenschluss – Nachfragemacht erlangen oder ausüben. Ansonsten drohen gesamtwirtschaftlich betrachtet Wohlfahrtsverluste.¹³⁰ Diese Verluste können sich in diesem Fall insbesondere nachgelagert durch ein verringertes oder stagnierendes Einkommen äussern.¹³¹ Zudem können auch monopson- bzw. oligopsonbedingt niedrigere Löhne zu geringerer Beschäftigung und damit zu ineffizienten volkswirtschaftlichen Ergebnissen führen.¹³² Auch können Nettowohlfahrtsverluste entstehen, falls durch die geringere Beschäftigung weniger produziert wird und damit auf nachgelagerten Absatzmärkten Gewinne nicht realisiert werden.¹³³

III. Motivation der Arbeitgeber für Vergütungsabreden

Die Arbeitsentgelte der Beschäftigten sind wesentliche Wettbewerbs- und Kostenfaktoren für Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt.¹³⁴ Hinsichtlich der Motivationslage der Arbeitgeber, derartige Arbeitsentgelte kollusiv abzusprechen, ist zwischen Höchstgrenzen von Arbeitsentgelten und Mindestarbeitsentgeltgrenzen zu unterscheiden. Bei Höchstarbeitsentgeltgrenzen vereinbarten Unternehmen, ihren Beschäftigten bzw. Bewerbern eine Vergütung nur bis zu einer bestimmten Höhe zu bezahlen. Gleichsam der Abstimmung der Verkaufspreise auf den Absatzmärkten besteht für Unternehmen ein gewisser ökonomischer Anreiz, auf dem Arbeitsmarkt den Bieterwettbewerb mit anderen Arbeitgebern durch verschiedene Formen der Abstimmung zu vermeiden.¹³⁵ Höhere Arbeitsentgelte führen zu höheren Kosten der Arbeitgeber und reduzieren damit – *ceteris paribus* – deren Gewinne.¹³⁶ Neben möglichen

¹²⁹ Siehe grundlegend zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Arbeitsmarkt, ILO, *Digitalization and Employment*, S. 9 ff.

¹³⁰ Kritisch hierzu Steinle/Fuhrer, CB 2023, 201, 203.

¹³¹ Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185; vgl. auch Bretzigheimer/Maturana, NZKart 2022, 246, 250; differenziert und i.E. wohl zustimmend: Heinemann, WuW 2020, 371, 373.

¹³² Heinemann, WuW 2020, 371, 373.

¹³³ Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 108.

¹³⁴ Denzel in: Rieble/Junker/Giesen, S. 146 Rn. 44; Ott, ZWeR 2022, 200, 212.

¹³⁵ Glöckner, JuS 2018, 1130.

¹³⁶ BKartA, Ents. v. 6.8.1992 – B4-751000-A-409/61, WuW/E BKartA 502 (*Gagenstoppabkommen*); hier hatten sich Unternehmen «zur Verhinderung übertriebener Spitzengagen» gegenseitig verpflichtet, in Arbeitsverträgen mit Filmdarstellern keine Gagen zu gewähren, die über eine im Einzelnen festgelegte Gagenliste hinausgingen; hierzu ausführlich Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85 ff.

Gewinneinbussen ist ein weiterer ökonomischer Anreiz, derartige Beschränkungen des Wettbewerbs um Höchsttarbeitsentgelte zu vereinbaren, zu verhindern, dass sich Arbeitskräfte aufgrund einer höheren Vergütung für einen Arbeitsplatzwechsel entscheiden.¹³⁷ Insofern ist einer Arbeitsentgeltkollusion auch immer das Element eines Einstellungs- und Abwerbeverbots inhärent.

Komplizierter ist die ökonomische Begründung für sog. Mindesttarbeitsentgeltgrenzen. Hier vereinbaren Unternehmen, ihren Beschäftigten bzw. Bewerbern einen bestimmten Mindestlohn zu zahlen – welcher selbstredend über einem allfällig bestehenden gesetzlichen Mindestlohn liegt. Sinn und Zweck einer derartigen Vereinbarung ist es, präventiv Gewerkschaftsforderungen zu unterlaufen, ohne jedoch zu riskieren, der einzige Arbeitgeber zu sein, dessen Lohnkosten sich erhöhen.¹³⁸

C. Einstellungs- und Abwerbeverbote

I. Gegenstand

1. Einleitende Bemerkungen

Einstellungs- und Abwerbeverbote werden vom DoJ bzw. der FTC als «*no-poaching agreements*»¹³⁹ bezeichnet.¹⁴⁰ Im deutschen Rechtsraum findet sich insbesondere in Bezug auf Einstellungsverbote auch der Terminus der «*Sperrabrede*».¹⁴¹ So lautet der nichtamtliche Teil des deutschen § 75f HGB sogar *expressis verbis* «*Sperrabrede unter Arbeitgebern*».¹⁴² Vereinzelt wird auch der

¹³⁷ Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 495.

¹³⁸ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1105.

¹³⁹ Der englische Begriff «poach» bedeutet übersetzt «wildern».

¹⁴⁰ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

¹⁴¹ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442; LG Mannheim, Ents. v. 22.2.2016 – 24 O 66/15, GWR 2016, 444; Thüsing in: MüKo HGB, § 75f Rn. 1; Middendorf in: SWK-ArbR, Abwerbung, Rn. 17; Lübbert/Schöner in: Wiedemann, § 23 Rn. 184; Alexander, ZWeR 2016, 16, 17; Heinemann, WuW 2020, 371, 376; Alexander, ZWeR 2016, 16, 17; Glöckner, JuS 2018, 1130; Commandeur, RdA 2022, 341.

¹⁴² Ansonsten steht nach § 75d HGB beiden Teilen im Falle einer Vereinbarung, durch die sich ein Prinzipal einem anderen Prinzipal gegenüber verpflichtet, einen Handlungsgehilfen, der bei diesem im Dienst ist oder gewesen ist, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, der Rücktritt frei.

Begriff «geheime Wettbewerbs- oder Konkurrenzklausel» verwendet.¹⁴³ Im Hinblick auf den konkreten Gegenstand der Abrede muss – zumindest im deutschsprachigen Rechtsraum – zwischen der Fallgruppe der «Einstellungsverbote» sowie der Fallgruppe der «Abwerbeverbote» unterschieden werden. Hingegen wird im angloamerikanischen Rechtskreis hinsichtlich der kartellrechtlichen Behandlung dieser Fallgruppen nicht streng differenziert. So sind nach dem U.S. DoJ bzw. der FTC unter derartigen Abreden «*agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company's employees*» zu verstehen.¹⁴⁴ Insofern sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche die Abwerbung oder Einstellung der Arbeitnehmer betreffen, vom Terminus der «*no-poaching agreements*» erfasst.¹⁴⁵

Schliesslich besteht noch eine andere und vermutlich eher seltene Konstellation einer Einstellungsabrede und zwar im Falle eines klassischen Kartells, bei dem die Kartellanten sich gegenseitig verpflichten, Mitarbeiter eines Kartellaussenseiters abzuwerben, um diesen zu schädigen.¹⁴⁶ Dieser Spezialfall wird vorliegend allerdings, insbesondere aufgrund seiner geringen praktischen Bedeutung, nicht weiter behandelt.

2. Einstellungsverbot

Bei der Fallgruppe der «Einstellungsverbote» verpflichten sich zwei oder mehrere Arbeitgeber, Arbeitnehmer, welche bei einem angestellt waren, nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen einzustellen.¹⁴⁷ Unter Einstellung versteht man hierbei zunächst die Begründung eines Arbeitsverhältnisses.¹⁴⁸ Nach dem hier vertretenen weiten Verständnis der Beschäftigung fällt aber auch die (verbotene) Tätigkeit als freier Selbstständiger wie auch eine (verbotene) Beschäftigung über ein Drittunternehmen unter ein Einstellungsverbot.¹⁴⁹ In

¹⁴³ Hunold, NZA 2007, 617; Vogelsang in: Schaub, § 55 Rn. 114; Hartmann ZfA 2019, 486; Eggert, Sperrabreden unter Arbeitgeber, S. 52 ff.

¹⁴⁴ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

¹⁴⁵ So bedeutet das Verb «*to poach*» übersetzt «wildern», «*sich unrechtmässig aneignen*» oder «*abwerben*» und ist damit in einem möglichst weiten Sinne zu verstehen; vgl. Glöckner, JuS 2018, 1130; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129.

¹⁴⁶ Siehe Ott, ZWeR 2022, 200, 206 mit Verweis auf EU-Kommission, ABl. L 24 v. 30.1.1999, S. 1 Rn. 92 – Fernwärmetechnik-Kartell.

¹⁴⁷ Vogelsang in: Schaub, § 55 Rn. 114; Hartmann ZfA 2019, 486; Butzert, NJOZ 2015, 1153; Commandeur, RdA 2022, 341; Bauer/Diller, FS Helm, 2002, S. 3, 5.

¹⁴⁸ Bauer/Diller, FS Helm, 2002, S. 3, 5.

¹⁴⁹ Commandeur, RdA 2022, 341; Roth in: Hopt, § 75f HGB Rn. 1; Oetker in: ErfK, § 75f HGB Rn. 1; Lingemann/Chakrabarti, NJW 2020, 2316, 2318; so auch BGH, Ents. v. 27.9.1983 – VI ZR 294/81, NJW 1984, 116 ff.

diesem Zusammenhang wird auch von einem «Beschäftigungsverbot» gesprochen.¹⁵⁰ Aus kartellrechtlicher Sicht macht es letztlich für die Würdigung der Absprache keinen Unterschied, ob diese nur die arbeitsrechtliche Beschäftigung oder auch die Tätigkeit auf werkvertraglicher Basis umfasst. Falls zwei oder mehrere Arbeitgeber vereinbaren, den Mitarbeiter des jeweils anderen Unternehmens nur unter bestimmten Voraussetzungen einzustellen, wird von einem Einstellungsverbot in eingeschränkter Form gesprochen.¹⁵¹ Mitunter wird auch von einer Erschwerung der Anstellung gesprochen.¹⁵² Eine derartige Voraussetzung bzw. derartige Erschwerung kann etwa die vorherige Zustimmung des bisherigen Arbeitgebers zur Einstellung,¹⁵³ die Zahlung einer Entschädigung¹⁵⁴ oder die Verpflichtung, für bestimmte Arbeitnehmer eine Mindestvergütung zu zahlen, sein.¹⁵⁵ Vereinbaren zwei oder mehrere Unternehmen die Einstellung eines (ehemaligen) Mitarbeiter des jeweiligen Vertragspartners zu unterlassen, liegt eine uneingeschränkte Form des Einstellungsverbots vor.

Von seiner Wirkung geht ein Einstellungsverbot über ein Abwerbeverbot hinaus.¹⁵⁶ So umfasst ein derartiges Verbot auch solche Fälle, bei denen ein Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb seinen bisherigen Arbeitgeber verlässt, um ein neues Beschäftigungsverhältnis zu begründen und ihm dies aufgrund der Sperrabrede nicht möglich ist.¹⁵⁷ Im Ergebnis wird also durch ein Einstellungsverbot jede Einstellung unterbunden, d.h. auch solche, der keine Abwerbaktivitäten vorausgegangen sind.¹⁵⁸ Bei einem «reinen» Abwerbeverbot wird der

¹⁵⁰ *Commandeur*, RdA 2022, 341; wonach es einem Unternehmen verboten ist, den Arbeitnehmern eines anderen Unternehmens «auf welche Art und Weise auch immer zu beschäftigen»; sowie *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, S. 1515.

¹⁵¹ *Wolf*, NZG 2004, 366, 368; *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 180.

¹⁵² *Ittmann* in: *Beckscher Online-Kommentar*, § 75f Rn. 3.

¹⁵³ *BGH*, Ents. v. 13.10.1972 – I ZR 88/71, BB 73, 427; *Ittmann* in: *Beckscher Online-Kommentar*, § 75f Rn. 3.

¹⁵⁴ *Reinhard* in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau*, § 75f Rn. 3; *Schwill*, NJW 2017, 3120, 3121; sowie *LG Hamburg*, Ents. v. 15.3.2016 – 305 O 460/15, BeckRS 2016, 126460, welches als Praxisbeispiel die Verpflichtung eines ausscheidenden Partners zu entscheiden hatte, der eine Entschädigung an die Partnerschaft zu zahlen hatte, wenn innert eines bestimmten Zeitraums nach seinem Ausscheiden Mitarbeitende der Anwaltspartnerschaft bei ihm angestellt oder beschäftigt werden.

¹⁵⁵ *Thüsing* in: *MüKo HGB*, § 75f Rn. 1; *Ittmann* in: *Beckscher Online-Kommentar*, § 75f Rn. 3.

¹⁵⁶ Vgl. *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1131; der bei Abwerbeverboten von der «schwächsten Variante», bei Einstellungsverboten von der «stärkeren Variante» und bei Vergütungsabreden wiederum von der «stärksten Variante» der Behinderung des Wettbewerbs spricht.

¹⁵⁷ *Commandeur*, RdA 2022, 341, 343.

¹⁵⁸ *Butzert*, NJOZ 2015, 1153; *Bauer/Diller*, FS Helm, 2002, S. 3, 5; *Ittmann* in: *Beckscher Online-Kommentar*, § 75f Rn. 6.

Arbeitnehmer hingegen nicht daran gehindert, sich aus eigenem Antrieb auf eine anderer Arbeitsstelle zu bewerben und ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen.¹⁵⁹

3. Abwerbeverbot

Unter einer Abwerbung wird das mittelbare oder unmittelbare sowie systematische Einwirken auf einen arbeitsvertraglich gebundenen Arbeitnehmer mit dem Ziel, diesen zur Begründung eines neuen Beschäftigungsverhältnisses mit dem Abwerbenden oder einem Dritten zu veranlassen, verstanden.¹⁶⁰ Im US-amerikanischen Kartellrecht wird auch der Terminus des «Cold Calling» verwendet,¹⁶¹ worunter das Abwerben durch Direktansprache, Anrufe oder Anschreiben verstanden wird.¹⁶² In diesem Zusammenhang kann zwischen der Abwerbung durch andere Unternehmen – und durch vom Arbeitgeber beauftragte Akteure wie sog. Headhunter oder Personalberater¹⁶³ – sowie durch ehemalige Mitarbeiter – insbesondere Führungskräfte – differenziert werden.¹⁶⁴

Bei einem Verbot solcher Abwerbungen vereinbaren die beteiligten Unternehmen, das gezielte Abwerben angestellter Arbeitnehmer bei anderen Beteiligten zu unterlassen.¹⁶⁵ Das Verbot kann sich hierbei sowohl auf einzelne Mitarbeiter oder bestimmte Berufsgruppen als auch auf die gesamte Belegschaft beziehen.¹⁶⁶ Dies geschieht übrigens oftmals ohne Rücksicht darauf, ob die beteiligten Unternehmen auf dem (nachfolgenden) Absatzmarkt miteinander in Wettbewerb stehen oder nicht.¹⁶⁷ Darüber hinaus können solche Abreden

¹⁵⁹ Schwill, NJW 2017, 3120, 3121; dahingehend auch für den Profisport: Reiter, SpoPrax 2021, 213, 214.

¹⁶⁰ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3443; Butzert, NJOZ 2015, 1153; Bauer/Diller, FS Helm, 2002, S. 3, 5; Schloßer, BB 2003, 1382; Gibbert, Rechtsschutz gegen sittenwidrige Abwerbungen, S. 5; Ruggli/Vischer, SJZ 2006, 294, 301.

¹⁶¹ Der Begriff stammt ursprünglich aus dem Bereich Marketing.

¹⁶² Linsmeier/Mächtle, NZKart 2015, 258; vgl. hierzu United States District Court for the District of Columbia, Ents. v. 18.3.2011 – 1:10-cv-01629 – United States v. Adobe Systems et. al.

¹⁶³ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444; Hurek, Abwerbungs- und Einstellungsverbote im Arbeitsvertrag, S. 2; Schlosser, BB 2003, 1382, 1383.

¹⁶⁴ Grobys, NJW 2007, Spezial zu Heft 5, 225; Commandeur, RdA 2022, 341, 342.

¹⁶⁵ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444; Glöckner, JuS 2018, 1130; Schwill, NJW 2017, 3120; Bauer/Diller, FS Helm, 2002, S. 3, 5; Heinemann, WuW 2020, 371, 377.

¹⁶⁶ Linsmeier/Mächtle, NZKart 2015, 258.

¹⁶⁷ Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129.

auch zwischen Verbänden getroffen werden.¹⁶⁸ Im europäischen Kartellrecht genügt bereits der Beschluss eines Verbandes, wie sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 AEUV ergibt. Bei Abwerbeverboten zwischen dem Arbeitgeber und seinem (ehemaligen) Arbeitnehmer wird vereinbart, dass dieser nach seinem Ausscheiden nicht zu Gunsten seines neuen Arbeitgebers oder zu seinem eigenen Nutzen, ehemalige Kollegen des alten Arbeitgebers abwirbt.¹⁶⁹ Der kartellrechtliche Fokus liegt hierbei – angesichts der Normadressateneigenschaft – auf Abwerbeverboten zwischen zwei oder mehreren Unternehmen.¹⁷⁰

Gleichwohl wird einem Unternehmen bei einem reinen Abwehrverbot nicht untersagt, einen Mitarbeiter des jeweils anderen Unternehmens einzustellen, vorausgesetzt dieser hat sich ohne vorherige Abwerbeversuche auf die Stelle beworben.¹⁷¹ Dies ist in der Praxis schwierig nachzuweisen. Angesichts dessen werden Vereinbarungen über Abwerbeverbote regelmässig mit Vereinbarungen über Einstellungsverbote kombiniert. In einer Vielzahl praktischer Konstellationen dürfte die Vereinbarung eines Abwerbeverbots ohnehin sinnenleert sein. Haben die beteiligten Unternehmen ein Einstellungsverbot vereinbart, ist die Vereinbarung eines Abwerbeverbots schlichtweg nicht mehr «erforderlich»: Kein Arbeitgeber würde in einem solchen Fall Abwerbmassnahmen ergreifen, wird er doch im Falle erfolgreicher Abwerbeversuche an der Einstellung (vertraglich) gehindert sein.¹⁷² Der Differenzierung von Einstellungs- und Abwerbeverbot zwischen Unternehmen kommt somit im Ergebnis, zumindest aus einer kartellrechtlichen Perspektive, nur eine deklaratorische Wirkung zu.¹⁷³ Von der deutschen Rechtsprechung werden sie daher auch einheitlich gewürdigt.¹⁷⁴ Auf ihre Beurteilung

¹⁶⁸ BGH, Ents. v. 13.10.1972 – 1 ZR 88/71, BB 1973, 427; *Thüsing* in: MüKo HGB, § 75f Rn. 3; *Eggert*, Sperrabreden unter Arbeitgebern, S. 43; *Commandeur*, RdA 2022, 341, 342.

¹⁶⁹ LG Mannheim, Ents. v. 22.2.2016 – 24 O 66/15, GWR 2016, 444; *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129a; *Commandeur*, RdA 2022, 341, 342; *Reiter*, SpoPrax 2021, 213, 214; nicht selten vereinbaren daher Unternehmen mit ihren Arbeitnehmern – insbesondere mit personalverantwortlichen Führungskräften – ein nachvertragliches Abwerbeverbot, welches mit einem vertraglichen Wettbewerbsverbot bzw. Kundenschutzklauseln kombiniert wird; hierzu *Holthausen*, NZA-RR 2020, 505, 509.

¹⁷⁰ So dürfte in vielen Fällen bei der Abwerbung durch Angestellte, die das Unternehmen verlassen haben, insbesondere die kartellrechtliche Normadressateneigenschaft ohnehin fraglich sein.

¹⁷¹ *Commandeur*, RdA 2022, 341, 342.

¹⁷² *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 182.

¹⁷³ *Butzert*, NJOZ 2015, 1153.

¹⁷⁴ So stellen etwa im deutschen Recht nicht nur Einstellungsverbote, sondern auch Vereinbarungen zwischen Unternehmern, sich nicht gegenseitig Arbeitskräfte abzuwerben, Sperrabreden im Sinne von § 75f HGB dar; BGH, Ents. v. 30.4.2014 – 1 ZR 245/12, NJW 2014,

im europäischen und Schweizer sowie im US-amerikanischen Kartellrecht wird noch einzugehen sein.

II. Motivation der Arbeitgeber für Einstellungsabreden

Durch eine Vereinbarung von Einstellungs- und Abwerbeverboten wollen die beteiligten Unternehmen verhindern bzw. das Risiko reduzieren, dass ein anderer Arbeitgeber eigene Arbeitskräfte abwirbt und/oder einstellt. Gleichwohl sind die Beweggründe hierfür vielschichtig und aus kartellrechtlicher Sicht von Relevanz, besteht doch die Möglichkeit, dass derartige Verbote als notwendige Nebenabreden («*ancillary restraints*») wettbewerbsrechtlich privilegiert werden könnten.

1. Arbeitskräftemangel

Vor dem Hintergrund des Mangels an – qualifiziertem wie unqualifiziertem – Personal in vielen Branchen ist es für Unternehmen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, die Arbeitsplätze abgewandelter Mitarbeiter adäquat nachzubesetzen.¹⁷⁵ Angesichts der Vielzahl offener Arbeitsstellen (sog. Vakanzen) in nahezu allen Branchen, ist der Wettbewerb um Arbeitskräfte (in erster Linie um Fachkräfte) bereits seit einigen Jahren sehr intensiv ausgeprägt.¹⁷⁶ Der Hauptbeweggrund für den Abschluss einer Vereinbarung von Einstellungs- und Abwerbeverboten ist daher die arbeitgeberseitige Befürchtung, Personal zu verlieren.¹⁷⁷ Diese Befürchtung bezieht sich nicht nur auf einen einzelnen Arbeitnehmer. So ist in der jüngeren Vergangenheit verstärkt das Phänomen zu beobachten, dass in manchen Branchen das abwerbende Unternehmen sogar ein ganzes (eingespieltes) Team anstelle nur einer Einzelperson übernehmen möchte, um die herum erst ein neues Team aufgebaut werden müsste.¹⁷⁸

3442; a.A. *Middendorf* in: SWK-ArbR, Abwerbung, Rn. 18; auch in den USA wird – wie bereits ausgeführt – bei der kartellrechtlichen Würdigung nicht streng zwischen Einstellungsverboten auf der einen Seite und Abwerbeverboten auf der anderen Seite differenziert; vgl. U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

¹⁷⁵ *Eufinger*, RIW 2017, 481; *Busch/Dendörfer*, BB 2002, 301; *Buschmeyer*, PuR 2017, 62, 63; *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1131.

¹⁷⁶ So hat die Zahl der unbesetzten Stellen in Deutschland im Jahr 2023 mit 1,98 Millionen einen neuen Höchstwert seit Beginn der statistischen Erhebungen erreicht; vgl. SPIEGEL v. 9.3.2023.

¹⁷⁷ Vgl. statt aller *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129; welche betonen, dass es den Arbeitgebern vorrangig darum geht, keine «guten Arbeitskräfte» zu verlieren.

¹⁷⁸ *Salger/Breitfeld*, BB 2004, 2574; dieses Phänomen ist insbesondere bei grösseren Anwaltskanzleien zu beobachten, wo häufig der die Sozietät verlassende Partner seine Associa-

Besonders sichtbar ist dieser Wettbewerb um Arbeitskräfte allerdings dort, wo der «War for Talents» besonders intensiv ist.¹⁷⁹ Unter dieser plakativen Formulierung wird der Konkurrenzdruck zwischen Unternehmen im Kampf um junge und qualifizierte Nachwuchstalente verstanden.¹⁸⁰ Im Zuge der digitalen Transformation soll sich dieser Trend – so die personalwirtschaftliche Forschung – fortsetzen.¹⁸¹ Es ist davon auszugehen, dass auch der demografische Wandel diesen Wettbewerbsdruck um Fachkräfte – oder überhaupt um Arbeitskräfte – noch weiter verschärfen wird.¹⁸² Darüber hinaus befürchten viele Unternehmen in diesem Kontext, langfristig geschulte Spezialisten und damit oftmals überlebenswichtiges Know-how zu verlieren, und zwar schlimmstenfalls an ein Konkurrenzunternehmen.¹⁸³ Zudem verursachen häufige Personalwechsel Kosten für die Rekrutierung, Einarbeitung und Ausbildung.¹⁸⁴ Derartige Kosten sind insbesondere bei hochqualifizierten Mitarbeitern sowie Führungskräften am höchsten.

2. Verlust von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen

Nicht selten sind Unternehmen mit dem Problem konfrontiert, dass (abgeworbene) Arbeitnehmer ihnen bekannt gewordene Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse bei ihrem neuen Arbeitgeber gewinnbringend zu verwenden suchen.¹⁸⁵ Besonders die Bereiche Forschung und Entwicklung sowie Vertrieb sind hier betroffen.¹⁸⁶ Insbesondere Führungskräfte haben in diesen Bereichen Einblick in sensible Daten und verfügen über wertvolles Know-how. Vor diesem Hintergrund können sie nach ihrem Ausscheiden dem Unternehmen

tes, Assistenten sowie weitere Mitarbeitende seines Referats «mitnimmt». Ebenfalls kann dieses Phänomen im Gesundheitswesen beobachtet werden, wo ein Chefarzt häufig seine gesamte Oberarzttruppe bei einem Wechsel des Arbeitgebers «mitnimmt».

¹⁷⁹ *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 259; *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1131; *Brinker*, NZKart 2015, 209; *Eufinger*, RIW 2017, 481.

¹⁸⁰ *Michaels/Handfield-Jones/Axelrod*, *The War for Talent*, S. 1 ff.

¹⁸¹ *Michaels/Handfield-Jones/Axelrod*, *The War for Talent*, S. 3; so auch *Glöckner*, JuS 2018, 1130.

¹⁸² *Eufinger*, RIW 2017, 481; zumindest die beendete Corona-Pandemie hat hier wie ein Katalysator gewirkt.

¹⁸³ *Butzert*, NJOZ 2015, 1153; *Commandeur*, RdA 2022, 341, 348; *Lingemann/Chakrabarti*, NJW 2020, 2316; *Salger/Breitfeld*, BB 2004, 2574; *Hack/Leister*, DB 2018, 2741; *Gresslin/Römermann* BB 2016, 1461, 1462.

¹⁸⁴ *Heinemann*, WuW 2020, 371, 377; *Hurek*, Abwerbungs- und Einstellungsverbote im Arbeitsvertrag, S. 1.

¹⁸⁵ *Salger/Breitfeld*, BB 2004, 2574; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 377; *Hunold*, NZA-RR 2007, 617.

¹⁸⁶ *Holthausen*, NZA-RR 2020, 505; insbesondere für die IT-Branche: *Kühn/Pamme*, MMR 2023, 487, 489.

schaden, wenn sie in Konkurrenz zu ihrem ehemaligen Arbeitgeber oder bei einem Wettbewerber in Dienst treten.¹⁸⁷

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist ein Arbeitnehmer verpflichtet, Verschwiegenheit über Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse seines Arbeitgebers zu bewahren, soweit dies zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.¹⁸⁸ Die EU nahm mit der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie¹⁸⁹ aus dem Jahr 2016 eine gewisse Mindestharmonisierung der nationalen Rechtsordnungen vor. Die wesentlichen Regelungen finden sich in den Art. 3 f. Geschäftsgeheimnis-Richtlinie. Während Art. 3 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie die Arten des rechtmässigen Erwerbs, der rechtmässigen Nutzung und der rechtmässigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen aufführt, beinhaltet Art. 4 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie eine Liste des rechtswidrigen Erwerbs, der rechtswidrigen Nutzung und der rechtswidrigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass Art. 1 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie ausdrücklich vorsieht, dass keine ihrer Bestimmung so ausgelegt werden darf, dass sie eine Grundlage für die Beschränkung der Mobilität der Arbeitnehmer bildet.¹⁹⁰ Im Schweizer Recht kann die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen einen Verstoss gegen Art. 6 UWG darstellen, der – im Gegensatz etwa zum deutschen Lauterkeitsrecht – nach Art. 23 Abs. 1 UWG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren geahndet werden kann. Zudem stellt auch Art. 162 StGB die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen unter Strafe. Dennoch ist die Weitergabe bzw. Verwendung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen

¹⁸⁷ Holthausen, NZA-RR 2020, 505; Lembke, BB 2020, 55; ders., NZA-RR 2019, 65; Laskawy, NZA 2012, 1011.

¹⁸⁸ Für das Schweizer Recht siehe Art. 321a Abs. 4 OR. Für das deutsche Recht siehe BAG, Ents. v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, NJW 1988, 1686.

¹⁸⁹ Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. L 157 v. 15.6.2016, S. 1.

¹⁹⁰ Art. 1 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie hält weiter fest, dass sie insbesondere keinen Grund für die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis im Sinne ihres Art. 2 Nr. 1 darstellen, durch die Arbeitnehmer (Bst. a); die Beschränkung der Nutzung von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben (Bst. b) und die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen, sofern diese nicht aufgrund des Rechts der Union oder der Mitgliedsstaaten auferlegt werden (Bst. c).

beim neuen Arbeitgeber keine Seltenheit.¹⁹¹ Zwar darf ein ausgeschiedener Arbeitnehmer die während der Beschäftigungszeit erworbenen Kenntnisse nach Art. 321a Abs. 4 OR nicht preisgeben, ihre Verwertung ist ihm aber nicht verboten, vorausgesetzt er unterliegt keinem nachvertraglichen Konkurrenzverbot i.S.d. Art. 340 OR.¹⁹²

Ein solches nachvertragliches Konkurrenzverbot ist somit – zumindest nach der nationalen Rechtsprechung – das erste Mittel der Wahl, um die unbefugte Verwendung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zu verhindern.¹⁹³ Derartige Vereinbarungen betreffen das Verbot der nachvertraglichen konkurrenzierenden Tätigkeit.¹⁹⁴ Erfasst wird somit die Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen oder die Beteiligung daran sowie die Gründung eines konkurrenzierenden Unternehmens.¹⁹⁵ Vor dem Hintergrund des den einschlägigen Bestimmungen des OR zugrundeliegenden Gesetzeszweckes des Arbeitnehmerschutzes, sieht Art. 340 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 340a Abs. 1 OR vor, dass ein Konkurrenzverbot örtlich, zeitlich und gegenständlich schriftlich zu begrenzen ist.¹⁹⁶ Daher darf ein Konkurrenzverbot nicht jede Tätigkeit untersagen, sondern nur eine konkurrenzierende, womit ein solches Verbot nicht über den effektiven Geschäftsbereich hinaus reichen kann.¹⁹⁷ In diesem Sinne ist Konkurrenz zwischen zwei Unternehmen nach der Spruchpraxis des Bundesgerichts nur dann gegeben, wenn die beiden Unternehmen dem mindestens teilweise gleichen Kundenkreis gleichartige und folglich unmittelbar das gleiche Bedürfnis befriedigende Leistungen anbieten.¹⁹⁸ Eine Ausnahme besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings in Konstellationen, in denen zwischen dem ausscheidenden Arbeitnehmer und den von ihm betreu-

¹⁹¹ Vgl. nur den spektakulären Fall aus den USA; hier wurde ein ehemaliger Uber-Manager wegen Diebstahls von Geschäftsgeheimnissen (Technologie für selbstfahrende Autos) von Google zu 18 Monaten Gefängnis verurteilt; DoJ, Medienmitteilung v. 4.8.2020.

¹⁹² Milani in OFK OR, Art. 340 Rn. 3.

¹⁹³ Zanetti/Kammerbauer, *Anwaltsrevue* 2024, 6.

¹⁹⁴ Milani in OFK OR, Art. 340 Rn. 3; Favre Moreillon, *Der Schweizer Treuhänder*, 344. *Humbert*, *Anwaltsrevue* 2017, 9, 13 f. Vgl. für das deutsche Recht etwa § 60 Abs. 1 HGB, wonach der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen darf.

¹⁹⁵ Milani in OFK OR, Art. 340 Rn. 4; siehe ausführlich Räber, *Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag*, Rn. 430 ff.

¹⁹⁶ BGE 145 III 365 E. 3.5.2.

¹⁹⁷ BGE 145 III 365 E. 3.5.2; Zanetti/Kammerbauer, *Anwaltsrevue* 2024, 6, 7 f.; Favre Moreillon, *Der Schweizer Treuhänder*, 344, 345; Girardin in: *Commentaire du contrat e travail*, Art. 340 Rn. 16.

¹⁹⁸ BGE 92 II 22 E. 1d S. 26; BGer, Urteil 4C.44/2002 v. 9.7.2002 E. 2.4; BGE 145 III 365 E. 3.5.2.

ten Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht.¹⁹⁹ Bei Konkurrenzverboten im vorliegenden Sinne handelt es sich um eine vertragliche Regelung zwischen Arbeitgeber und ehemaligen Arbeitnehmer. Sie gelten somit regelmässig nur für die Vertragsparteien. Allerdings besteht im Schweizer Recht auch die Möglichkeit, Konkurrenzverbote mit konzernweiter Geltung und somit zugunsten anderer Konzerngesellschaften zu vereinbaren.²⁰⁰ Dabei müssen aber auch in solchen Konstellationen die vorstehend dargelegten Voraussetzungen gemäss Art. 340 ff. OR berücksichtigt werden.²⁰¹ Insbesondere muss der Arbeitgeber nach Art. 340c Abs.1 OR ein berechtigtes Interesse an einem solchen gesellschaftsübergreifenden Verbot haben, wobei vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Verbundenheit im Konzern übergeordnete Konzerninteressen zugleich jenen des Arbeitgebers entsprechen können.²⁰² Zudem ist das Verbot auf diejenigen Konzerngesellschaften zu beschränken, bei welchen der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses Einblick in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hatte.²⁰³

Einstellungs- und Abwerbeverbote werden allerdings regelmässig unabhängig davon, ob die Unternehmen Konkurrenzunternehmen sind oder nicht, vereinbart. Gleichwohl wird die Gefährdung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen häufig als Rechtfertigung für derartige Absprachen angeführt.²⁰⁴ Tatsächlich dürfte der Schutz von solchen Geheimnissen häufig jedoch nur zweitrangiger Beweggrund für den Abschluss von Einstellungs- und Abwerbeverboten sein.²⁰⁵

3. Wettbewerb um Arbeitsbedingungen

Nicht selten werden in der Praxis Vergütungsabreden sowie Einstellungs- und Abwerbeverbote von den beteiligten Unternehmen «kombiniert» vereinbart. Dies ist aus Sicht der Arbeitgeber nur stringent, denn oberstes Ziel des kollu-

¹⁹⁹ Vgl. etwa BGer, Ents. v. 20.12.2021, 4A_205/2021 E. 4.3. In diesem Fall hat das Bundesgericht ein Konkurrenzverbot zulasten eines Treuhänders für ungültig erklärt. Siehe zu Konkurrenzverboten bei den freien Berufen im Allgemeinen ausführlich *Zanetti/Kammerbauer*, *Anwaltsrevue* 2024, 6, 7 f.

²⁰⁰ *Wüest*, Haftung von Arbeitnehmenden im Konzern, S. 69 f.

²⁰¹ *Heiz*, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, S. 95; *Wüest*, Haftung von Arbeitnehmenden im Konzern, S. 70.

²⁰² *Wüest*, Haftung von Arbeitnehmenden im Konzern, S. 70.

²⁰³ *Heiz*, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, S. 96; *Wüest*, Haftung von Arbeitnehmenden im Konzern, S. 70.

²⁰⁴ *Heinemann*, *WuW* 2020, 371, 377.

²⁰⁵ *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 129.

siven Zusammenwirkens ist es, den Wettbewerb um die besten Arbeitsbedingungen der Beschäftigten zu verhindern.²⁰⁶ Dies entspricht dem – sehr selten anzutreffenden – Phänomen eines monopsonistischen Arbeitgebers, der seinen Mitarbeitern bzw. Bewerbern letztlich die Arbeitsbedingungen vorgeben kann, da er sich schlichtweg in der deutlich besseren Verhandlungsposition befindet.²⁰⁷ So fehlt es den Arbeitskräften, welche von der Vereinbarung betroffen sind, an (adäquaten) alternativen Arbeitsplatzmöglichkeiten. Von dieser Problematik dürften am häufigsten spezialisierte Führungskräfte sowie Fachkräfte betroffen sein, sind doch deren (adäquate) Beschäftigungsmöglichkeiten ohnehin deutlich eingeschränkter.²⁰⁸ Beispielsweise dürfte eine spezialisierte Führungskraft aus der Pharmabranche nicht ohne weiteres eine vergleichbare Position innerhalb einer Bank einnehmen können. Die reduzierten Ausweichmöglichkeiten schwächen so die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer und erhöhen volkswirtschaftlich betrachtet die Renten der Arbeitgeber. In gewissen Arbeitsmarktsegmenten kann der reduzierte Marktlohn auch die Arbeitsmarktpartizipation senken²⁰⁹ und somit etwa den Fachkräftemangel verschärfen.

D. Derzeitige Verfolgungspraxis von Vergütungs- und Einstellungsabreden im Ausland

Die derzeitige Verfolgungspraxis von Vergütungs- und Einstellungsabreden in verschiedenen ausländischen Jurisdiktionen ist nicht konsistent. Einige Länder befinden sich hier noch in einer Art «Dornröschenschlaf», während hingegen das Mutterland des Kartellrechts – die USA – bereits seit mehreren Jahren eine Vorreiterrolle einnimmt.

²⁰⁶ Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 19; Ulrich, GmbHR 2022, R103; Glöckner, JuS 2018, 1130.

²⁰⁷ In diese Richtung auch Glöckner, JuS 2018, 1130, der den Hauptbeweggrund für die Vereinbarung von Einstellungs- und Abwerbverboten in der Einsparung von Personalkosten sieht.

²⁰⁸ So ist es etwa bei spezialisierten Führungskräften sowie Fachkräften keine Seltenheit, dass diese für einen auf ihre Qualifikationen sowie Kompetenzen zugeschnittenen Arbeitsplatz den Wohnort wechseln sowie weite Anfahrtswege in Kauf nehmen; vgl. hierzu Kühn/Pamme, MMR 2023, 487 für Spezialisten in der IT-Branche. Dies geschieht regelmässig allerdings nicht aus Alternativlosigkeit, sondern aus den vorteilhafteren Arbeitsbedingungen, der Notwendigkeit der Anwesenheit vor Ort und der in der Relation zum Einkommen regelmässig geringen Transaktionskosten.

²⁰⁹ Siehe [Teil 2 B. II. 3. b.](#)

I. USA

1. Anfänge der Rechtsdurchsetzung

In den USA richtet sich die Verfolgung von Vergütungs- und Einstellungsabreden nach § 1 Sherman Act. In den letzten drei Jahren vor 2020 betrafen 10% der Gerichtsentscheide zu § 1 Sherman Act Beschränkungen des Wettbewerbs um Arbeitskräfte und 90% Beschränkungen des Produktwettbewerbs. Etwa die Hälfte dieser Arbeitsmarktbeschränkungen betrafen das spezielle Umfeld von Sportligen,²¹⁰ wo erfahrungsgemäss die Löhne der Spieler den wesentlichsten Kostenblock der Vereine darstellen. Diese – im Vergleich zur EU sowie europäischen Staaten – hohe Zahl von gerichtlichen Entscheiden zu Absprachen im Personalbereich verwundert angesichts der Verfolgungspraxis der US-Kartellbehörden nicht. So gehen die US-Wettbewerbschützer bereits seit den 1990er Jahren verstärkt gegen entsprechende Vereinbarungen vor.²¹¹

a) *wage-fixing*-Verfahren

Das – soweit ersichtlich – erste von der FTC angestrebte Verfahren gegen Unternehmen wegen Absprachen im Personalbereich betraf im Jahr 1992 Einrichtungen des Gesundheitswesens, welche sich über den Boykott einer Vermittlungsagentur von Krankenpflegern abgestimmt hatten.²¹² Diese Agentur hatte Preiserhöhungen für die von ihnen vermittelten Pflegekräfte angekündigt. Die beteiligten Unternehmen verpflichteten sich nach den Ermittlungen der FTC, das vorgeworfene Verhalten zu unterlassen. Das Verfahren wurde daraufhin von der FTC ohne Zahlung einer Sanktion eingestellt.

Auch im Jahr 1994 waren wiederum Unternehmen aus dem Gesundheitswesen Gegenstand eines entsprechenden Ermittlungsverfahrens. Im streitgegenständlichen Verfahren ermittelte das DoJ gegen acht Krankenhäuser und zwei Verbände in Utah, welche sich zum Nachteil von Pflegekräften und unter Verstoß gegen § 1 Sherman Act über deren Gehälter abgestimmt hatten.²¹³ Ähnlich gelagert war der von der FTC in einem Vergleich beendete Sachverhalt aus dem Jahr 1995. Hier hatten sich, zwei für die Veranstaltung grosser Modeschauen

²¹⁰ *Marinescu/Posner*, Cornell L. Rev. 2020, 1343, 1365.

²¹¹ *Murray*, 59 Santa Clara L. Rev. 2020, 561, 567; *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 241; *Linsmeier*, BB 2018, 515, 517; *Bischke/Brack*, NZG 2017, 499, 500; *Eufinger*, RIW 2017, 481.

²¹² *FTC v. 4.8.1992 in Debes Corporation, et al.*, 115 F. T. C. 701.

²¹³ *United States District Court, District of Utah, Central Division, Ents. v. 14.9.1994 – United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration.*

verantwortlichen Modeverbände, über die mit den verschiedenen Modelagenturen auszuhandelnde Entlohnung, der für die Modeschauen gebuchten Models, abgestimmt.²¹⁴

Im Jahr 2001 hatte ein US-Bundesgericht schliesslich über einen Fall aus der Erdölindustrie zu entscheiden, in welchem Unternehmen dieser Branche von ehemaligen Mitarbeitern auf Schadensersatz verklagt wurden. Die verklagten Arbeitgeber hatten sich regelmässig über Informationen zu Gehältern ausgetauscht und diese Informationen dazu genutzt, das Gehaltsniveau künstlich niedrig zu halten.²¹⁵ Besonders bemerkenswert an diesem Verfahren war, dass das zuständige Gericht klarstellte, dass der Sherman Act nicht nur für Vereinbarungen auf der Absatzseite gelte, sondern auch auf Fälle eines Wettbewerbsverstosses auf der Nachfrageseite anwendbar sei – mithin auch für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auf dem Arbeitsmarkt. Diese schlagartig skizzierten Sachverhalte demonstrieren, dass die streitgegenständlichen Verhaltensweisen bei den anfänglichen Kartellverfahren im Personalbereich in den USA hauptsächlich Vergütungsabreden (sog. *wage-fixing*-Verfahren) waren. Kartellrechtwidrige Abwerbe- und Einstellungsverbote (sog. *no-poaching*-Verfahren) sind erst in der Folge in den Fokus der US-Wettbewerbschüter gerückt.

b) *no-poaching*-Verfahren

Besonders aufsehenerregend war das Verfahren des DoJ gegen bekannte High-Tech-Unternehmen aus dem *Silicon Valley*, aufgrund des Verdachts kartellrechtwidriger Abwerbeverbote untereinander. So ermittelte das DoJ seit 2009 unter anderem gegen *Adobe*, *Apple*, *Google* und *Intel*, weil diese Unternehmen jeweils bilateral vereinbart hatten, sich gegenseitig keine Mitarbeiter durch Direktansprache, durch Anrufe oder Anschreiben abzuwerben (sog. «*Cold Calling*»)²¹⁶. Diese Vereinbarungen betrafen die gesamte Belegschaft der beteiligten Unternehmen und wurden auf höchster Managementebene getroffen. Die Unternehmen und das DoJ einigten sich schliesslich vor einem US-Bundesgericht darauf, diese Abwerbeverbote zu unterlassen, ohne jedoch eine Sanktion zahlen zu müssen. Allerdings verklagten anschliessend mehr als 64.000 – meist ehemalige – Beschäftigte die beteiligten Unternehmen auf Schadensersatz im Rahmen einer sog. *class action*, da ihre Gehälter durch das

²¹⁴ FTC, Medienmitteilung v. 9.6.1995.

²¹⁵ *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, Ents. v. 20.12.2001 – 01-7091 – *Todd v. Exxon Corp.*

²¹⁶ *United States District Court for the District of Columbia*, Ents. v. 17.3.2011 – 1:10-cv-01.629 – *United States v. Adobe Systems et. al.*

no-poaching agreement künstlich niedrig gehalten worden seien.²¹⁷ Die Verfahren endeten im September 2015 mit der Zahlung einer Vergleichssumme von über 415 Mio. US-Dollar.²¹⁸ Der *US District Court of Columbia* wertete in seinem *Competitive Impact Statement* vom 24. September 2010 die kollusiven Verhaltensweisen zwischen den beteiligten IT- Unternehmen aus dem *Silicon Valley* als Verstoss gegen § 1 Sherman Act, welcher *per se* rechtswidrig gewesen sei. Aus ökonomischer Sicht hätten diese Abreden den Wettbewerb um – insbesondere hochqualifiziertes – Personal beschränkt, deren Beschäftigungsmöglichkeiten verringert und in den normalen Preissetzungsmechanismus eingegriffen.²¹⁹

2. Antitrust Guidance for Human Resource Professionals

a) Ziel und Zweck der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals

Insbesondere angesichts dieses öffentlichkeitswirksamen und aufsehenerregend Falles erliessen im Jahr 2016 das DoJ und die FTC gemeinsam die *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*. Bei der Guidance handelt es sich letztlich um Leitlinien über die Anwendung des Kartellrechts auf die Einstellung und Vergütung von Arbeitnehmern.²²⁰ Selbst postulierter Anspruch der Leitlinien ist es, Personalverantwortliche und andere Personen, die an Einstellungs- und Vergütungsentscheidungen beteiligt sind, auf mögliche Verstösse gegen die Kartellgesetze aufmerksam zu machen.²²¹ Zudem werden *wage-fixing* und *no-poaching agreements* vom DoJ sowie der FTC als vergleichbar mit Preisabsprachen oder Absprachen über Kundenzuteilungen bewertet. Mit hin erachten die Behörden entsprechende Absprachen im Personalbereich als

²¹⁷ *US District Court, Northern District of California*, In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation., 1:10-cv-02509-LHK, Order Granting Plaintiffs' Motion for Final Approval of Class Action Settlement, 2.9.2015.

²¹⁸ Besonders öffentlichkeitswirksam war, dass das zuständige US-Bundesgericht einen ersten Vergleichsvorschlag von *Adobe*, *Apple*, *Google* und *Intel* angesichts der eindeutigen Beweise zunächst als zu niedrig ablehnte, nachdem bereits kleinere Unternehmen einen Vergleich mit den Klägern erzielt hatten. Besonders pikant war, dass in diesem Zuge eine E-Mail-Korrespondenz zwischen *Steve Jobs* von *Apple* und *Eric Schmidt* von *Google* veröffentlicht wurde, in der *Google* versprach, einen Mitarbeitenden aus der *Human-Resources-Abteilung* zu entlassen, der einen *Apple*-Mitarbeitenden abgeworben hatte.

²¹⁹ *US District Court of Columbia*, *Competitive Impact Statement v. 24.9.2010 – 1:10-cv-01629 – United States v. Adobe Systems et. al.*

²²⁰ *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 241.

²²¹ *U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*, S. 1.

sog. *hardcore-restrictions*. Vor diesem Hintergrund verwundert die behördenseitige Ankündigung nicht, derartige Absprachen nach den Leitlinien künftig strafrechtlich verstärkt verfolgen zu wollen – und zwar sowohl gegen natürliche Personen als auch gegen Unternehmen.²²²

b) *Wesentliche Inhalte der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*

In erster Linie konzentriert sich die *Guidance* auf *wage-fixing* und *no-poaching agreements*, welche *per se* als illegal erachtet – gleichgültig, ob sie direkt zwischen den Arbeitgebern oder über einen dritten Vermittler abgeschlossen werden.²²³ Hingegen sollen notwendige Nebenabreden («*ancillary restraints*»)²²⁴ zu Vergütungs- und Einstellungsfragen nicht *per se* rechtswidrig sein. So etwa, wenn derartige Abreden im Rahmen einer umfangreicheren rechtmässigen Kooperation zwischen Arbeitgebern – die *Guidance* nennt explizit *Joint Ventures* – oder im Zuge eines Unternehmenskaufes vereinbart werden.²²⁵

Unter *wage-fixing agreements* verstehen die Leitlinien Vereinbarungen zwischen Unternehmen über das Gehalt oder andere Vergütungsbedingungen, entweder in einer bestimmten Höhe oder innerhalb einer Spanne.²²⁶ Als *no-poaching agreements* werden Vereinbarungen zwischen Unternehmen verstanden, wonach keine Mitarbeiter des jeweils anderen Unternehmens abgeworben oder eingestellt werden dürfen.²²⁷ Hierbei kann die gegenseitige Verpflichtung, Mitarbeiter des anderen Unternehmens nicht aktiv abzuwerben, als schwächere Variante angesehen werden, während Vereinbarungen mit dem Inhalt, Bewerber von bestimmten anderen Unternehmen nicht einzustellen, einen schwerwiegenderen Wettbewerbseingriff darstellen.²²⁸

²²² U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 4.

²²³ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

²²⁴ Einzelne Vereinbarungen zwischen unabhängigen Unternehmen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern sie für die Durchführung einer ansonsten mindestens «kartellrechtsneutralen» Zusammenarbeit objektiv notwendig sind und zu den Zielen der Zusammenarbeit in einem angemessenen Verhältnis stehen. Vgl. für das europäische Recht EuGH, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 19 f. – *Remia*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89 – *MasterCard*; siehe auch Horizontalleitlinien, Rn. 34; siehe ausführlich auch *Faull et. al. in: The EU Law of Competition*, Kap. 3 Rn. 3.235 ff.

²²⁵ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

²²⁶ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

²²⁷ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 3.

²²⁸ *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 241.

Bei beiden Verhaltensweisen – *wage-fixing* und *no-poaching agreements* – spielt es keine Rolle, ob die Unternehmen, welche um die Einstellung oder Bindung von Mitarbeitern konkurrieren, dieselben Produkte herstellen oder um dieselben Dienstleistungen konkurrieren. Entscheidend sei vielmehr, dass die Unternehmen Wettbewerber auf dem Arbeitsmarkt seien.²²⁹ Darüber hinaus betonen das DoJ sowie die FTC, dass bereits der Austausch von wettbewerbs-sensiblen Informationen als Beweis für eine implizite illegale Vereinbarung dienen kann, selbst dann wenn die beteiligten Parteien nicht ausdrücklich vereinbarten, die Vergütung oder andere Beschäftigungsbedingungen festzulegen.²³⁰ Allerdings wird ein reiner Informationsaustausch zwischen Arbeitgebern nicht *per se* als rechtswidrig betrachtet und daher nicht strafrechtlich verfolgt werden, Arbeitgeber können aber zivilrechtlich haftbar gemacht werden, wenn der Austausch eine wettbewerbswidrige Wirkung hat.²³¹ Dennoch dürfte ein Informationsaustausch nur zulässig sein, wenn entsprechende Schutzvorkehrungen getroffen würden. So etwa, wenn der Austausch über eine neutrale Stelle erfolgt oder nur (vergleichsweise) alte oder aggregierte Daten ausgetauscht werden.²³²

3. Entwicklung nach Erlass der Antitrust Guidance for Human Resource Professionals

a) Verlautbarungen des DoJ sowie politische Aktivitäten

Nach Erlass der *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* wurde die Androhung der strafrechtlichen Verfolgung in den folgenden Jahren – 2017 und 2018 – durch Behördenvertreter in öffentlichen Stellungnahmen bekräftigt.²³³ Daher ist es auch nach dem Wechsel der *Obama*-Administration zur *Trump*-Administration nicht zu einem Kurswechsel hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung und Verfolgung von Absprachen im Personalbereich gekommen.²³⁴ Allerdings wurden diese Ankündigungen nicht sofort in die Tat umgesetzt.²³⁵ So sollte nur für Vereinbarungen, die nach dem Erlass der Leitlinien geschlossen wurden oder die vor dem Erlass der Leitlinien geschlos-

²²⁹ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 2.

²³⁰ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 4.

²³¹ U.S. DoJ / FTC, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, S. 4.

²³² Linsmeier, BB 2018, 515, 516; für einen grosszügigeren Ansatz siehe Arnold, SZK 2022 114, 120 f.

²³³ Maechtlen, DOJ To Announce Criminal Enforcement Actions For “No-Poach” Agreements.

²³⁴ Linsmeier, BB 2018, 515; Mukomilow, CCZ 2022, 240, 242.

²³⁵ Mukomilow, CCZ 2022, 240, 242.

sen, aber danach fortgesetzt wurden, eine strafrechtliche Verfolgung eingeleitet werden.²³⁶ Befürchtet wurde wohl ein Verstoss gegen das *nulla poena sine lege*-Prinzip.

Am 13. April 2020 wurde eine gemeinsame Stellungnahme zum Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt veröffentlicht.²³⁷ In der Erklärung warnten die Behörden Arbeitgeber, Personaldienstleister und Personalvermittler, dass die Kartellwächter Arbeitsmärkte genau auf unrechtmässige Koordinierungen, überwachen werden. Insbesondere Arbeitnehmergruppen, welche «*an vorderster Front bei der Bewältigung der Krise*» – gemeint war die Corona-Pandemie – agieren würden, sollten vor derartigen Vereinbarungen geschützt werden. Zu diesen Arbeitnehmergruppen zählten die Kartellbehörden insbesondere Ärzte, Pflegekräfte, Ersthelfer sowie Angestellte in Supermärkten, Apotheken und Warenhäusern.

Schliesslich wurde am 9. Juli 2021 von US-Präsident Joe Biden eine «*executive order*»²³⁸ erlassen, welche die FTC und das DoJ «ermuntern» sollte, die *Anti-trust Guidance for Human Resource Professionals* zu verschärfen, um Arbeitnehmer noch besser vor Kollusionen im Hinblick auf die Arbeitsentgelte zu schützen.²³⁹ Im Vordergrund stand hierbei der Schutz der Beschäftigten, da nach Ansicht der Biden-Administration Wettbewerbshindernisse die Löhne der Arbeitnehmer reduzieren. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn es nur wenige Arbeitgeber in einer Stadt gebe und die Arbeitnehmer weniger Möglichkeiten hätten, höhere Löhne zu verhandeln. Zudem müssten Millionen US-Amerikaner als Bedingung für eine Anstellung Konkurrenzverbote unterschreiben, welche es ihnen wiederum erschweren, zu besser bezahlten Stellen zu wechseln.²⁴⁰ An dieser Stelle wurde also mit Wohlfahrtsverlusten der Konsumenten argumentiert, welche sich durch ein verringertes oder stagnierendes Einkommen äussern. Die FTC hat daher am 23. April 2024 arbeitsvertraglich vereinbarte Konkurrenzverbote gemäss Abschnitt 5 und 6(g) als unlauter

²³⁶ U.S. DoJ, Remarks v. 23.1.2018.

²³⁷ U.S. DoJ / FTC, Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19 and Competition in Labor Markets.

²³⁸ *Executive Orders* entsprechen Verwaltungsvorschriften, mit denen der US-Präsident den ihm unterstellten Behörden Anweisungen zur Ausführung der Gesetze erteilen kann. Diese Dekrete sind für die Exekutive bindend, stellen aber keine Gesetzgebungsakte dar. Vielmehr müssen diese Anordnungen im Einklang mit dem geltenden Recht stehen; vgl. Wendt, ZD-Aktuell 2017, 05505.

²³⁹ Biden, Executive Order on Promoting Competition in the American Economy.

²⁴⁰ Biden, Executive Order on Promoting Competition in the American Economy.

qualifiziert und mit wenigen Ausnahmen *per se* verboten.²⁴¹ Die FTC erwartet dadurch insbesondere einen Anstieg der Unternehmensgründungen, höhere Einkommen für die Arbeitnehmenden, Senkung der Kosten des Gesundheitswesens und Zunahme der Innovation.²⁴²

b) *Verfahren nach Erlass des Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*

i) U.S. vs. Knorr-Bremse & Westinghouse Air Brake Technologies

Den offiziellen Ankündigungen entsprechend, wurde im ersten Verfahren nach Erlass der *Guidance* gegen die Unternehmen *Knorr-Bremse* und *Westinghouse Air Brake Technologies* wegen *no-poaching agreements* keine strafrechtliche Verfolgung eingeleitet, da die wettbewerbswidrigen Absprachen bereits vor dem Erlass der Leitlinien wieder eingestellt wurden.²⁴³ Im streitgegenständlichen Sachverhalt gingen die beteiligten Unternehmen *no-poaching*-Vereinbarungen ein, welche die Versprechen und Verpflichtungen enthielten, keine Mitarbeiter des jeweils anderen Unternehmens abzuwerben oder einzustellen. Diese Vereinbarungen betrafen in erster Linie die Rekrutierung von Mitarbeitern in den Bereichen Projektmanagement, Technik, Vertrieb und Unternehmensführung und untersagten es den beteiligten Unternehmen, aktuelle Mitarbeiter des anderen Unternehmens abzuwerben. In dem Verfahren kam es daher lediglich zu einer zivilrechtlichen Kartellklage, welche im April 2018 mit einem gerichtlichen *consent decree* endete. Selbstverständlich wurde in diesem Fall von der US-amerikanischen Kartellbehörde die Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs ebenso behandelt wie eine Beschränkung des Angebotswettbewerbs – und zwar unabhängig davon, ob sie «marktabwärts» zu einem Schaden der Endkonsumenten geführt habe oder nicht.²⁴⁴

ii) U.S. vs. Neeraj Jindal & John Rodgers

Das erste strafrechtliche Verfahren gegen Unternehmen wegen eines *wage-fixing agreements* wurde im April 2022 vor einem Bezirksgericht in Texas geführt. Es endete jedoch mit einem weitgehenden Freispruch für die beiden

²⁴¹ Siehe FTC, final rule, 16 CFR Part 910, RIN 3084-AB74 – *Non-Compete Clause Rule*.

²⁴² Siehe ausführlich FTC, Medienmitteilung «FTC Announces Rule Banning Noncompetes» vom 23.4.2024, abrufbar unter www.ftc.gov > News and Events > News > Press Releases.

²⁴³ US District Court for the District of Columbia, *US v. Knorr Bremse et al.*, 1:18-cv-00747.

²⁴⁴ *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1131.

Angeklagten.²⁴⁵ In dem Verfahren wurde dem Eigentümer eines Personalvermittlungunternehmens für Physiotherapeuten, *Neeraj Jindal*, und dessen klinischem Leiter, *John Rodgers*, vorgeworfen, im Zeitraum von März 2017 bis August 2017 durch eine Preisfestsetzung in Form von Gehaltssenkungen für Physiotherapeuten und Physiotherapieassistenten mit anderen Anbietern den Wettbewerb eingeschränkt zu haben. Im Verfahren erkannte das Gericht zunächst an, dass der streitgegenständliche Sachverhalt nicht die typischen Merkmale einer Preisabsprache aufweise. So stelle eine klassische horizontale Preisabsprache eine Vereinbarung zwischen Verkäufern dar, die Preise der von ihnen verkauften Waren festzulegen. Aber nur weil die typische Preisabsprache bestimmte Merkmale aufweise, folge hieraus nicht zwangsläufig, dass andere, weniger verbreitete Formen von Preisabsprachen nicht ebenfalls rechtswidrig seien. Vielmehr hätten die Gerichte Preisabsprachen nicht nur auf Vereinbarungen über den Kauf und Verkauf von Waren beschränkt, sondern sie auch für den Kauf und Verkauf von Dienstleistungen festgestellt.²⁴⁶ Hierunter falle selbstredend auch das «Anbieten» der menschlichen Arbeitskraft.

Obgleich die beiden Angeklagten wegen Beweisproblemen – die einzige Kronzeugin hatte im Zeugenstand ihre frühere Aussage revidiert und die Verteidigung Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit gestreut²⁴⁷ – freigesprochen wurden, wertete das DoJ das Verfahren als Erfolg. So wurde gerichtlich bestätigt, dass Vergütungsabreden zwischen Arbeitgebern als Preisabsprachen im kartellrechtlichen Sinne zu werten sind.²⁴⁸

iii) U.S. vs. DaVita Inc. & Kent Thiry

Auch das erste abgeschlossene Gerichtsverfahren wegen einem *no-poaching agreement* endete mit einem Freispruch der Angeklagten. Angeklagt waren die *DaVita Inc.*, ein Gesundheitsdienstleister und Betreiber ambulanter, medizinischer Versorgungseinrichtungen, und dessen ehemaliger CEO, *Kent Thiry*. Ihnen wurde vorgeworfen zwischen Februar 2012 und Juli 2017 mit einem Anbieter ambulanter chirurgischer Versorgungseinrichtungen vereinbart zu haben, die leitenden Angestellten des jeweils anderen Unternehmens nicht

²⁴⁵ US District Court, Eastern District of Texas, Sherman Division, US v. Neeraj Jindal and John Rodgers, 4:20-cr-00358.

²⁴⁶ US District Court, Eastern District of Texas, Sherman Division, US v. Neeraj Jindal and John Rodgers, 4:20-cr-00358, Rn. 8 ff.

²⁴⁷ *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 243.

²⁴⁸ *Buehler*, DoJ's 1st Wage-Fixing Suit Ends With Not Guilty Verdicts.

abzuwerben.²⁴⁹ Auch in diesem Verfahren wurden beide Angeklagten wegen Beweisproblemen freigesprochen. Seitens des Gerichts wurde jedoch festgestellt, dass Abwerbeverbote grundsätzlich mit Marktaufteilungsvereinbarungen gleichzusetzen sind, jedoch nicht *per se* einen Verstoss gegen § 1 Sherman Act darstellen. Allerdings wertete das Gericht Nichteinstellungsvereinbarungen («*no-hire agreements*») *per se* als unangemessen, vorausgesetzt sie teilen den Markt auf.²⁵⁰ Im Ergebnis hatte das Gericht damit der Gleichsetzung von *no-poaching agreements* und *no-hire agreements* – wie sie vom DoJ sowie der FTC in der Guidance vorgenommen wurde – eine Absage erteilt. Angesichts des unterschiedlichen Unrechtsgehalts der kollusiven Verhaltensweisen ist diese Differenzierung vom Gericht aus dogmatischer Sicht zwar grundsätzlich zu begrüssen.²⁵¹ So greifen Nichteinstellungsvereinbarungen stärker in die freien Kräfte des Marktes ein als Abwerbeverbote, wird hierdurch doch jede Einstellung untersagt, auch falls keine Abwerbeaktivitäten vorausgegangen sind.²⁵² Diese Bewertung ist nach der hier vertretenen Auffassung vergleichbar mit der Beurteilung der beiden Hauptformen von vertikalen Verkaufsverboten gemäss der europäischen Vertikal-GVO bzw. der Vertikalbekanntmachung der WEKO. Demnach können aktive²⁵³ Verkaufsverbote im Rahmen der Ausgestaltung eines Vertriebssystems häufig zulässig sein, passive²⁵⁴ Verkaufsverbote sind hingegen nur in Ausnahmefällen erlaubt.²⁵⁵ Trotz des grundsätzlich bestehenden unterschiedlichen Unrechtsgehalts von Abwerbeverboten einerseits und Einstellungsverboten andererseits bietet es sich insbesondere vor dem Hintergrund der damit einhergehenden hohen Beweisschwierigkeiten an, dem DoJ und der FTC zu folgen und in der Praxis keine unterschiedliche Behandlung von Einstellungs- und Abwerbeverboten vorzunehmen.

²⁴⁹ US District Court, District of Colorado, *US v. DaVita Inc. and Kent Thiry*, 1:21-cr-00229-RBJ.

²⁵⁰ US District Court, District of Colorado, *US v. DaVita Inc. and Kent Thiry*, 1:21-cr-00229-RBJ, Rn. 17.

²⁵¹ So auch *Mukomilow*, CCZ 2022, 240, 245.

²⁵² Vgl. auch [Teil 2 C. I. 2.](#) und [3.](#) zur Differenzierung zwischen Einstellungs- und Abwerbeverboten.

²⁵³ Art. 1 Abs. 1 Bst. I Vertikal-GVO sowie Art. 2 VertBek verstehen unter aktiven Verkauf die gezielte Ansprache von Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung und Absatzförderung, offline oder online.

²⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 Bst. m Vertikal-GVO sowie Art. 3 VertBek verstehen unter passiven Verkauf ein auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kunden zurückgehender Verkauf.

²⁵⁵ Vgl. insb. für das EU-Recht Art. 4 Vertikal-GVO sowie für das Schweizer Recht Art. 5 Abs. 4 KG und hierzu Art. 15 VertBek.

II. EU

1. Bisherige Ansicht der EU-Kommission

Anders als in den USA sind Ermittlungsverfahren gegen Unternehmen wegen illegaler Absprachen auf Arbeitsmärkten auf europäischer Ebene bis anhin sehr selten.²⁵⁶ Zwar gab es vereinzelt Fälle, in denen im Rahmen einer Kooperation (ausserhalb der Zusammenschlusskontrolle) auch ein Abwerbverbot vereinbart wurde,²⁵⁷ eine rechtliche Würdigung durch die *EU-Kommission* fand in diesem Rahmen allerdings nicht statt.²⁵⁸ Erstmals im November 2023 führte die *EU-Kommission* Hausdurchsuchungen bei Unternehmen, die Online-Plattformen im Bereich Essenslieferung betreiben, wegen dem Verdacht auf die Vereinbarung unzulässiger Abwerbverbote sowie dem Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen durch.²⁵⁹ Damit erweiterte sie ein bereits ein Jahr zuvor eröffnetes Verfahren gegen diese Unternehmen wegen des Verdachts auf Marktaufteilung.²⁶⁰ Am 23. Juli 2024 hat die *EU-Kommission* nun ein förmliches Prüfverfahren gegen die Unternehmen *Delivery Hero* und *Glovo* eröffnet. Gegenstand des Verfahrens ist unter anderem der Verdacht, dass die Unternehmen vereinbart haben könnten, keine Arbeitnehmer voneinander abzuwerben.²⁶¹ Diese Verhaltensweisen könnten durch die ab Juli 2018 bestehende Minderheitsbeteiligung von *Delivery Hero* an *Glovo* ermöglicht worden sein, bis im Juli 2022 die alleinige Kontrolle über das Unternehmen erworben wurde.²⁶²

²⁵⁶ Vgl. *Linsmeier*, BB 2018, 515, 517; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 260; *Glöckner*, JuS 2018, 1130; *Eufinger*, RIW 2017, 481, 482; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 381; *Denzel* in: *Rieble/Junker/Giesen*, S. 131 Rn. 1.

²⁵⁷ *EU-Kommission*, ABl. L 232 v. 19.8.1986, S. 15 Rn. 18 – *Dach- und Dichtungsbahnen*.

²⁵⁸ *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 260; *Arnold*, SZK 2022 114, 117.

²⁵⁹ Vgl. Medienmitteilung der *EU-Kommission* vom 21.11.2023 «Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the online food delivery sector», abrufbar www.commission.europa.eu > press corner.

²⁶⁰ Vgl. Medienmitteilung der *EU-Kommission* v. 6.7.2022 «Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the online food delivery sector», abrufbar www.commission.europa.eu > press corner.

²⁶¹ Vgl. Medienmitteilung der *EU-Kommission* v. 23.7.2024 «Online-Lieferung von Lebensmitteln/Mahlzeiten: Kommission leitet Kartellverfahren ein», abrufbar www.commission.europa.eu > press corner.

²⁶² Vgl. Medienmitteilung der *EU-Kommission* v. 23.7.2024 «Online-Lieferung von Lebensmitteln/Mahlzeiten: Kommission leitet Kartellverfahren ein», abrufbar www.commission.europa.eu > press corner.

Mittlerweile hat sich die *EU-Kommission* allerdings durchaus bereits zur rechtlichen Würdigung von Vergütungs- und Einstellungsabreden auf dem Arbeitsmarkt positioniert. Nach einer Anfrage aus dem EU-Parlament²⁶³ erklärte die *EU-Kommission*, dass «a situation where these ‘non-solicitation agreements’ between undertakings agreeing not to employ each other’s staff are concluded by companies in different Member States could potentially amount to an obstacle of free movement of workers».²⁶⁴ Zudem dürften derartige Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen als Kernbeschränkungen unter das Verbot des Art. 101 AEUV fallen, da der soziale Sektor und der Arbeitsmarkt nicht von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen sind. Somit könnte eine Abwerbeverbotsvereinbarung einer Marktaufteilungsvereinbarung über die Bereitstellung von Arbeitskräften gleichkommen.²⁶⁵

Allerdings betont die *EU-Kommission*, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, welche im direkten Zusammenhang mit Zusammenschlüssen stehen und für diese erforderlich sind, vorübergehend zulässig sein können.²⁶⁶ Für Abwerbeverbotsklauseln sollen hierbei die gleichen Grundsätze wie für Konkurrenzverbotsklauseln gelten.²⁶⁷ Daher können Abwerbeverbotsklauseln für Zeiträume von bis zu drei Jahren – bei *Joint Ventures* gibt es keine solche Befristung – gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist jedoch, dass der geografische Geltungsbereich sowie die von der Vereinbarung betroffenen Arbeitskräfte nicht über das hinausgehen, was für das Unternehmen zur ordnungsgemässen Umsetzung des Zusammenschlusses vernünftigerweise erforderlich ist.²⁶⁸ Auf die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf Vergütungsabreden sowie vereinbarte Einstellungs- und Abwerbeverbote sowohl im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle als auch gemäss der Regeln betreffend Wettbewerbsabreden wird noch im Detail einzugehen sein.²⁶⁹

²⁶³ EU-Parlament, Anfrage v. 16.10.2006 – E-4381/06; unter Verweis auf den «berühmte» *Bosman*-Entscheid des EuGH (vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 96 – *Bosman*), wonach Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden.

²⁶⁴ *EU-Kommission*, Antwort v. 18.7.2007 – E-1840/2007.

²⁶⁵ So auch *Steinle/Fuhrer*, CB 2023, 201, 202.

²⁶⁶ *Nebenabreden-Bekanntmachung*, Rn. 1.

²⁶⁷ *Nebenabreden-Bekanntmachung*, Rn. 26.

²⁶⁸ *EU-Kommission*, Antwort v. 18.7.2007 – E-1840/2007.

²⁶⁹ Siehe [Teil 4](#).

2. Verlautbarung von Vestager

Im Oktober 2021 äusserte sich die EU-Wettbewerbskommissarin *Margrethe Vestager* zu Absprachen auf Arbeitsmärkten. In ihrer Rede bewertete sie *wage-fixing* und *no-poaching agreements* als neuartige Formen von Wettbewerbsbeschränkungen, welche direkte Auswirkungen sowohl auf Einzelpersonen als auch auf den Wettbewerb in Gänze hätten.²⁷⁰ Vergütungsabreden würden hierbei die gezahlten Löhne unmittelbar festlegen, während hingegen Einstellungs- und Abwerbeverbote als indirektes Mittel genutzt würden, um die Löhne niedrig zu halten.²⁷¹ Zudem würden insbesondere «Talente» daran gehindert, dorthin zu gehen, wo sie der Wirtschaft am besten dienen könnten.²⁷² Zudem wertete die Wettbewerbskommissarin – gleichsam dem DoJ sowie der bisherigen Ansicht der EU-Kommission aus dem Jahr 2007 – *no-poaching agreements* als eine Form der Marktaufteilung.²⁷³ So gebe es Märkte, auf denen man nur konkurrieren könne, wenn man über teure Maschinen oder teures geistiges Eigentum verfüge. Darüber hinaus gebe es aber auch Märkte, in denen der Schlüssel zum Erfolg darin liege, Mitarbeiter mit den richtigen Fähigkeiten zu finden. In diesen Fällen würde die Vereinbarung, bestimmte Arbeitskräfte nicht einzustellen, *de facto* eine Marktaufteilungsvereinbarung darstellen.²⁷⁴ Zudem kündigte *Vestager* an, dass ihre Behörde eine Reihe von *dawn raids* plane, um diese neuartigen Formen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verfolgen. Angesichts der expliziten Erwähnung von *wage-fixing* und *no-poaching agreements* wurde daher vereinzelt davon ausgegangen, dass sich die EU-Kommission zukünftig verstärkt auf Wettbewerbsbeschränkungen auf Beschäftigungsmärkten engagieren werde.²⁷⁵

3. Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht mit der Frage der kartellrechtlichen Behandlung von Vergütungs- oder Einstellungsabreden befassen können. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens i.S. URBSFA/UEFA, welches eine Regelung der UEFA sowie des belgischen Fussballverbandes be-

²⁷⁰ *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

²⁷¹ *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

²⁷² *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

²⁷³ *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

²⁷⁴ *Vestager*, A new era of cartel enforcement.

²⁷⁵ So etwa *Ritz/Weber*, The EU Commissioner for Competition *Vestager* announces increased focus on atypical cartels, including wage fixing or no-poach agreements in the labour market; siehe auch *Ott*, ZWeR 2022, 200, 203.

traf, wonach eine Mindestzahl einheimischer Spieler in die jeweiligen Mannschaften aufzunehmen sei, äusserte der *EuGH* im Sinne eines *obiter dictum*s, dass die von Sportverbänden erlassenen Regelungen betreffend Löhne bzw. die Erbringung von Dienstleistungen durch (professionelle) Sportler grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln des AEUV fallen.²⁷⁶ Diese Aussage wiederholte der *EuGH* in seinem am gleichen Tag ergangenen Entscheid i.S. *SL/FIFA/UEFA*, welcher ebenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren betraf, in dem er entschied, dass die FIFA und die UEFA die Teilnahme an Fussball-Wettbewerben, die sie nicht veranstalten, nicht von ihrer Genehmigung abhängig machen dürfen und entsprechende Sanktionen gegenüber Vereinen und Spieler unzulässig sind.²⁷⁷ Darüber hinausgehende Entscheide der europäischen Gerichte sind, soweit ersichtlich, im vorliegenden Kontext noch nicht ergangen.

III. Ausgewählte Jurisdiktionen

Unmittelbar auf europäischer Ebene sind kartellrechtliche Verfahren wegen Absprachen im Personalbereich sehr selten anzutreffen, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben. Exemplarisch soll daher die derzeitige Rechtslage und Praxis in Deutschland, Frankreich sowie Grossbritannien skizziert werden.

1. Deutschland

a) § 1 GWB

Aus kartellrechtlicher Sicht werden Vergütungs- und Einstellungsabreden in Deutschland am Massstab des § 1 GWB zu bewerten sein. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. § 1 GWB läuft seit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 inhaltlich grundsätzlich mit Art. 101 Abs. 1 AEUV parallel.²⁷⁸ Daher darf die Beurtei-

²⁷⁶ *EuGH*, ECLI:EU:C:2023:1010 – *URBSFA/UEFA*; siehe zur neuesten Rechtsprechung betreffend Sportverbände ausführlich *Pauer*, NZKart 2024, 177.

²⁷⁷ *EuGH*, ECLI:EU:C:2023:1011 – *SL/FIFA/UEFA*.

²⁷⁸ *BGH*, Ents. v. 7.12.2010 – KZR 71/08, NJW-RR 2011, 835, 839; *BT-Drs.* 15/3640 S. 23; *Grave/Nyberg* in: *Loewenheim et al.*, § 1 GWB Rn. 2; *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 2, § 1 GWB Rn. 2, 48; *Bechtold/Bosch*, GWB § 1 Rn. 1.

lung nach § 1 GWB grundsätzlich nicht anders ausfallen als nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, vorausgesetzt das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit ist im Einzelfall erfüllt²⁷⁹. Aus diesem Grund wird im Folgenden, soweit es um die Auslegung einzelner Tatbestandsvoraussetzungen sowie der Anwendbarkeit auf Arbeitgeber-Kollusionen geht, auf die kartellrechtliche Würdigung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in der EU verwiesen.²⁸⁰

Gleichwohl sei noch angemerkt, dass insbesondere in Deutschland die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Kollusionen auf Arbeitsmärkten nicht selbstverständlich ist. Nach § 18 Abs. 1 GWB umfasst der Markt alle Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten «Art von Waren oder gewerblichen Leistungen». Fraglich ist, ob Arbeitsleistungen als gewerbliche Leistungen i.S.d. § 18 Abs. 1 GWB zu qualifizieren sind. Der Gesetzgeber ging ursprünglich davon aus, dass alle entgeltlichen Austauschgeschäfte in Form eines Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- oder Lizenzvertrages hierunter fallen. Hingegen sollten Abreden über den Abschluss oder Inhalt von Arbeits- oder Dienstverhältnissen ausdrücklich nicht vom Anwendungsbereich des Kartellrechts umfasst sein. So wurde apodiktisch festgestellt: Arbeitsleistungen sind «keine gewerblichen Leistungen».²⁸¹

Auch die alte Fassung des § 1 GWB sprach gegen eine Anwendbarkeit des Kartellrechts im Personalbereich.²⁸² So wurden ursprünglich nur Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen vom Kartellverbot erfasst, sodass Vergütungs- und Einstellungsabreden u.U. nicht in den Anwendungsbereich des § 1 GWB a.F. fielen, wurden diese doch auch von nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen verabredet.²⁸³ Spätestens seit der 7. GWB-Novelle ist diese Einschränkung jedoch entfal-

²⁷⁹ BGH, Ents. v. 7.12.2010 – KZR 71/08, NJW-RR 2011, 835, 839; BT-Drs. 15/3640 S. 23; *Grave/Nyberg* in: *Loewenheim et al.*, § 1 GWB Rn. 2; *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 2, § 1 GWB Rn. 2, 48; *Bechtold/Bosch*, GWB § 1 Rn. 1; *Ackermann* in: *Rieble/Junker/Giesen*, S. 23 Rn. 7; lediglich das Tatbestandsmerkmal der Zwischenstaatlichkeit («welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind») in Art. 101 Abs. 1 AEUV findet keine Entsprechung in § 1 GWB.

²⁸⁰ Siehe [Teil 2 E](#).

²⁸¹ BT-Drs. II/1158, S. 30; hierzu eingehend *Ackermann* in: *Rieble/Junker/Giesen*, S. 21 Rn. 4 ff.

²⁸² *Rieble* in: *MHdB*, Bd. 3, § 221 Rn. 13; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1089; siehe hierzu auch BAG, Ents. v. 27.6.1989 – 1 AZR 404/88, NZA 1989, 969.

²⁸³ So lautete § 1 GWB: «Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.»

len.²⁸⁴ Die Pflicht zu unionsrechtsorientierten Auslegung i.S.d. Art. 3 VO 1/2003 des deutschen Wettbewerbsrechts umfasst auch die Entscheidpraxis des EuGH zu Art. 101 Abs. 1 AEUV.²⁸⁵ Damit ist die vom EuGH in der Rechtssache *Albany*²⁸⁶ entwickelte begrenzte kartellrechtliche Bereichsausnahme auch auf das deutsche Wettbewerbsrecht zu übertragen.²⁸⁷

b) § 75f HGB

i) Grundsatz

In Deutschland existiert zumindest für vereinbarte Einstellungsverbote mit § 75f HGB eine Spezialvorschrift.²⁸⁸ § 110 S. 2 GewO erstreckt die Vorgaben des § 75f HGB auf Arbeitsverhältnisse.²⁸⁹ Zutreffend wird in der Literatur von einem «arbeitsrechtlichen Kartellverbot» gesprochen.²⁹⁰

ii) BGH, Ents. v. 30. April 2014 – I ZR 245/12

Besondere Relevanz hatte die Vorschrift des § 75f HGB in einem Entscheid des BGH im Jahr 2014 erfahren, als das Gericht über ein Abwerberverbot zwischen zwei Unternehmen zu entscheiden hatte.²⁹¹ Im streitgegenständlichen Verfahren hatten die beteiligten Unternehmen einen Kooperationsvertrag geschlossen, in dem sie sich – über eine Vertragsstrafe i.H.v. zwei Bruttojahresgehältern gesichert – dazu verpflichteten, während sowie bis drei Jahre nach Beendigung des Vertrages keine Mitarbeiter der anderen Partei direkt

²⁸⁴ Rieble in: MHdB, Bd. 3, § 221 Rn. 13; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1090; so auch *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186; *Hartman/Lobinger*, NZA 2010, 421, 423.

²⁸⁵ BGH, Ents. v. 7.12.2010 – KZR 71/08, NJW-RR 2011, 835, 839.

²⁸⁶ Vgl. EUGH, ECLI:EU:C:1999:430 – *Albany*; hierzu eingehend [Teil 2 E. II.](#)

²⁸⁷ Rieble in: MHdB, Bd. 3, § 221 Rn. 13; *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186.

²⁸⁸ Dennoch verdrängt § 75f HGB nicht § 1 GWB im Wege der Spezialität; so auch *Heinemann*, WuW 2020, 371, 376; *Alexander*, ZWeR 2016, 16, 21 ff.; *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1133; a.A. *Schlosser*, BB 2003, 1382, 1383, der argumentiert, die kartellrechtlichen Regelungen seien kein Mittel zur Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf eine unzulässige Abwerbung, da hierfür ausdrückliche spezialgesetzliche Regelungen existierten.

²⁸⁹ Nach ihrem persönlichen Geltungsbereich gelten die §§ 74 bis 75f HGB nur für Handlungsgehilfen, kraft der Regelung in § 110 S. 2 GewO finden diese Bestimmungen seit dem 1.1.2003 auf alle Arbeitsverhältnisse zwingend, unmittelbare und nicht nur entsprechende Anwendung; vgl. *Müller-Glöge* in: ErfK, § 110 GewO Rn. 1.

²⁹⁰ *Schlosser*, BB 2003, 1382, 1383; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 376; *Alexander*, ZWeR 2016, 16, 18.

²⁹¹ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442.

oder indirekt abzuwerben.²⁹² Vom I. Zivilsenat – bezeichnenderweise nicht vom Kartellsenat – wurde das GWB im gesamten Judikat nicht ein einziges Mal erwähnt, geschweige denn kartellrechtliche Erwägungen in den Entscheid einbezogen.²⁹³ Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund verwunderlich, als dass noch die Vorinstanz die Anwendbarkeit von § 1 GWB verneint hatte.²⁹⁴

Zur Begründung stellte die Vorinstanz – das OLG Hamburg – insbesondere auf die fehlende Spürbarkeit der Beschränkung ab.²⁹⁵ Ob es sich bei der im Streit stehenden Vertragsklausel tatsächlich um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.d. § 1 GWB gehandelt hat,²⁹⁶ wurde vom Instanzgericht bewusst offengelassen. Gleichwohl lassen die Ausführungen erkennen, dass das Gericht eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Abrede eher als fernliegend erachtete. So bleibe der Wettbewerb – trotz des vereinbarten Abwerbeverbots – um Arbeitnehmer, die bisher bei keiner der beiden Seiten beschäftigt sind, völlig unangestastet. Diese Argumentation vermag nach hier vertretener Ansicht nicht zu überzeugen, wird doch der Wettbewerb um bislang beschäftigte Arbeitnehmer bewusst durch die streitgegenständliche Vereinbarung eingeschränkt. Zudem dürften Abwerbeverbote regelmässig als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden,²⁹⁷ wodurch die Spürbarkeit der Beschränkung stets gegeben ist.²⁹⁸

Gleichwohl enthält auch der Entscheid des BGH einige interessante wettbewerbsrechtliche Implikationen. Apodiktisch wurde zunächst festgestellt, dass die Abwerbung von fremden Mitarbeitern grundsätzlich erlaubt ist. So hätten Arbeitgeber keinen Anspruch darauf, dass der Bestand ihrer Mitarbeiter vor Konkurrenz geschützt wird. Als Folge des *freien Wettbewerbs* müssen es Arbeitgeber hinnehmen, dass Mitarbeiter abgeworben werden.²⁹⁹ Nicht in den Anwendungsbereich des § 75f HGB sollen jedoch solche Vereinbarungen fallen, bei denen das Abwerbeverbot nicht den Hauptzweck darstellt, sondern bei denen es nur eine Nebenbestimmung ist, die einem besonderen Vertrauensverhältnis der Parteien oder einer besonderen Schutzbedürftigkeit einer der

²⁹² BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442.

²⁹³ Hierzu kritisch *Brinker*, NZKart 2015, 209, 210; *Linsmeier*, BB 2018, 515, 518; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 260.

²⁹⁴ OLG Hamburg, Ents. v. 31.10.2012 – 5 U 143/10, BeckRS 2014, 18005.

²⁹⁵ OLG Hamburg, Ents. v. 31.10.2012 – 5 U 143/10, BeckRS 2014, 18005.

²⁹⁶ OLG Hamburg, Ents. v. 31.10.2012 – 5 U 143/10, BeckRS 2014, 18005.

²⁹⁷ So auch *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1135; vgl. auch *Walzel/Monz*, CB 2024, 56, 59 f.

²⁹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 35 – *Budapest Bank*; EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 32 – *Super Bock*.

²⁹⁹ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444; so auch *Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, § 4 Rn. 4.103.

beiden vertragschliessenden Seiten Rechnung trägt.³⁰⁰ Eine solche Nebenbestimmung ist in einem vereinbarten Abwerbeverbot zu sehen, welches bei Risikoprüfungen vor dem Kauf von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen vereinbart wird (sog. *Due-Diligence*-Prüfungen). Eine vergleichbare Situation kann ebenso bei einer Abspaltung von Unternehmensteilen oder Konzerngesellschaften oder bei Vertriebsvereinbarungen zwischen selbstständigen Unternehmen bestehen.³⁰¹

2. Frankreich

Ähnlich der deutschen Verfolgungspraxis wurde eine «*clause de non-concurrence*» vor dem *Cour de Cassation* lediglich aus zivil- und arbeitsrechtlicher Sicht gewürdigt – jedoch nicht kartellrechtlich bewertet.³⁰² So stelle eine derartige Klausel einen Verstoss gegen Art. L. 1221-1 a.F. *Code du travail*, und gegen Art. 1134 a.F. und 1165 a.F. *Code civil* dar. Im streitgegenständlichen Verfahren hatten die Unternehmen *Reuters Financial Software* und *Sophis* vereinbart, bestimmte Arbeitnehmer, die Teil der Belegschaft des Vertragspartners sind, nicht einzustellen. Geklagt hatte ein Arbeitnehmer von *Reuters*, der vom *Cour de Cassation* eine Entschädigung i.H.v. 2'500.00 Euro wegen Verletzung seiner Berufsfreiheit («*liberté de travailler*») zugesprochen bekam.

In einem anderen Verfahren sanktionierte die französische Wettbewerbsbehörde (*Autorité de la concurrence*) die drei führenden Hersteller von PVC- und Linoleum-Bodenbelägen in Frankreich (Forbo, Gerflor und Tarkett) sowie den entsprechenden Fachverband (SFEC) aufgrund eines umfangreichen Kartelles, welches u.a. auch Abwerbeverbote und den Austausch über Lohninformation beinhaltete.³⁰³

Am 23. November 2023 eröffnete die *Autorité de la concurrence* eine kartellrechtliche Untersuchung, die vereinbarte Abwerbeverbote («*accords de non-débauchage*») zwischen mehreren Unternehmen aus den Bereichen Ingenieurwesen, Technologieberatung und IT-Dienstleistungen zum Gegenstand hat. Weitere Informationen zu diesem Verfahren sind bis anhin noch nicht öffentlich.³⁰⁴

³⁰⁰ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444.

³⁰¹ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444.

³⁰² *Cour de Cassation*, Cass. Soc. 2.3.2011 – 0940.547.

³⁰³ Ents. v. 18.10.2017, Nr. 17-D-20, insb. Rn. 67, 304 f. und 307 ff.

³⁰⁴ Vgl. Medienmitteilung der *Autorité de la concurrence* «Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence a notifié des griefs d'entente sur les marchés du travail à plusieurs entreprises des secteurs de l'ingénierie, du conseil en technologies et des services informati-

3. Grossbritannien

Nahezu rechtshistorisch mutet der – soweit ersichtlich – einzige Fall aus Grossbritannien an. Im Jahr 1959 wertete der *Court of Appeal* ein Abwerbverbot als unzulässige Handelsbeschränkung («*restraint of trade*»).³⁰⁵ Im streitgegenständlichen Verfahren vereinbarten die Unternehmen *Kores Manufacturing Company Ltd.* und die *Kolok Manufacturing Company Ltd.*, keinen Arbeitnehmer, der in den letzten fünf Jahren beim anderen Arbeitgeber angestellt war, ohne die schriftliche Zustimmung des anderen Unternehmens zu beschäftigen. Vorliegend hatte die *Kores Manufacturing Company Ltd.* gegen die *Kolok Manufacturing Company Ltd.* auf Einhaltung dieser Vereinbarung geklagt. Hintergrund war, dass ein Chemiker, der insbesondere im Forschungsbereich tätig war, den Arbeitgeber wechseln wollte. Neben den juristischen Implikationen illustriert der Sachverhalt zwei erhellende Aspekte im Hinblick auf Einstellungs- und Abwerbverbote: Zum einen, dass derartige Vereinbarungen besonders im Bereich Forschungs- und Entwicklung getroffen werden und zum anderen, dass den an der Absprache beteiligten Unternehmen oftmals das entsprechende Unrechtsbewusstsein für ihr Verhalten zu fehlen scheint.

E. Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in der EU

I. Einleitende Bemerkungen

Auf europäischer Ebene sind Vergütungs- und Einstellungsabreden aus kartellrechtlicher Sicht nach Art. 101 AEUV zu beurteilen. Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.

ques», abrufbar unter www.autoritedelaconurrence.fr > Actualités & publications > Communiqués de presse.

³⁰⁵ *Court of Appeal*, *Kores Manufacturing Co. Ltd. v. Kolok Manufacturing Co. Ltd.*; in: *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, Volume 75, Issue 8, 7 May 1958, 200 ff.

II. Arbeitsrechtliche Bereichsausnahme

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV existiert keine tatbestandliche Ausnahme für den Beschäftigungsmarkt. Allerdings hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung eine Ausnahme der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV für Regelungen, die innerhalb von Tarifverträgen bzw. nach Schweizer Terminologie Gesamtarbeitsverträgen (GAV)³⁰⁶ geschlossen wurden und der Förderung des sozialen Dialogs dienen, etabliert. Anderenfalls würden die mit den Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele (Art. 153, 154 und 155 AEUV) – insbesondere die gemeinsame Suche nach Massnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen – ernsthaft gefährdet.³⁰⁷ In der Folge wurde diese kartellrechtliche Bereichsausnahme vom EuGH auch auf die von ihm als «Scheinselbstständige» bezeichneten Arbeitnehmer ähnlichen Mitarbeiter ausgeweitet.³⁰⁸ Der EuGH begründete diese Abweichung vom Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV mit einer «sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit».³⁰⁹ Nach dem Verständnis des EuGH in der Rechtssache *Albany* müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit sich tarifvertragliche Regelungen in einem kartellrechtsfreien Raum bewegen: Die Tarifverträge werden im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geschlossen und sie müssen unmittelbar zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beitragen.³¹⁰ Daher sind Tarifverträge, die über das hinausgehen, was zur Regelung der Arbeitsverhältnisse und der betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen erforderlich ist, nicht von der kartellrechtlichen Bereichsausnahme

³⁰⁶ Siehe hierzu [Teil 2 Ziff. F II](#).

³⁰⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 60 ff. – *Albany*; EuGH, ECLI:EU:C:2000:475, Rn. 22 ff. – *van der Woude*; EuGH, ECLI:EU:C:2011:112, Rn. 28 ff. – *AG2R Prévoyance*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 22 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

³⁰⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411 – *FNV Kunsten Informatie en Media*; kritisch zu dieser «Begriffsverwirrung», bei welcher der EuGH arbeitnehmerähnliche mit Scheinselbstständigkeit «vermengte»: *Wank*, *EuZA* 2023, 22, 37; zudem ist zu beachten, dass Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Selbständigen, welche als Unternehmen zu qualifizieren sind, nicht nach der «*Albany*-Ausnahme» privilegiert sind; vgl. *Heinemann*, *WuW* 2023, 257, 258.

³⁰⁹ EuGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 60 – *Albany*. Generell richtet sich die Auslegung des supranationalen Unionsrecht grundsätzlich nach den nationalen und nicht den volkswirtschaftlichen Auslegungsmethoden; vgl. hierzu ausführlich *Pieper* in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Bd. 1, Kap. Rn. 7 ff.

³¹⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 ff. – *Albany*; hierzu induktiv *Steinle/Hausmann*, *EuZW* 2015, 313, 316; *Eufinger*, *DB* 2015, 192; *Malaurie-Vignal*, *Droit de la concurrence interne et européen*, Rn. 226; *van Bael/Bellis*, *Competition Law of the European Union*, §2.5.

erfasst.³¹¹ Beispielsweise ist es den Tarifvertragsparteien somit zwar kartellrechtlich erlaubt, die Länge der Arbeitszeit festzulegen, nicht jedoch die jeweiligen Betriebsöffnungszeiten.³¹² Kartellrechtlich privilegiert sind auch die für den Tarifabschluss notwendigen Kontakte und Verhandlungen sowie der Austausch von entsprechenden Informationen.³¹³

Nach herrschender Meinung in der Literatur handelt es sich hierbei jedoch nicht um eine Bereichsausnahme für sämtliche Aktivitäten auf dem Arbeitsmarkt, sondern nur für kollektivrechtliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften.³¹⁴ Vergütungs- und Einstellungsabreden zwischen Arbeitgebern sind damit kartellrechtlich nicht privilegiert und können somit nach den tradierten Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts behandelt werden.

III. Unternehmen

1. Einleitende Bemerkungen

Normadressaten des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, wobei von einem «funktionalen» Unternehmensbegriff («*functional concept*» bzw. «*notion fonctionnelle*») ³¹⁵ auszugehen ist.³¹⁶ In stän-

³¹¹ So bereits *Bechtold*, RdA 1983, 99, 100; *ders.*, FS Bauer, S. 109, 110; *Eufinger*, DB 2015, 192; *Malaurie-Vignal*, *Droit de la concurrence interne et européen*, Rn. 226; *van Bael/Bellis*, *Competition Law of the European Union*, §2.5.

³¹² *Viol*, *Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge*, S. 320; *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 162; *Mohr*, *EuZA* 2018, 436, 452.

³¹³ *Steinle/Fuhrer*, *CB* 2023, 201, 202.

³¹⁴ *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 161; *Grave/Nyberg* in: *Loewenheim et al.*, Art. 101 AEUV Rn. 359; *Roth/Ackermann* in: *FK*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 60; *Löwisch/Rieble*, *TVG*, § 1 Rn. 1091; *Fleischer*, *DB* 2000, 821, 822; *Kainer*, *EuZA* 2017, 90, 92; *Heinemann*, *WuW* 2020, 371, 374; *ders.*, *WuW* 2023, 257; *Lichtenberg*, *NZKart* 2023, 296, 298; *Steinle/Fuhrer*, *CB* 2023, 201, 202; *Malaurie-Vignal*, *Droit de la concurrence interne et européen*, Rn. 226; so auch die Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts *Lenz* in der Rechtssache *Bosman* (vgl. *EuGH*, *ECLI:EU:C:1995:293*, Rn. 273 – *Bosman*): «*Es gibt nämlich meines Erachtens keine Regel des Inhalts, dass Absprachen, die Arbeitsverhältnisse betreffen, generell und vollständig dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags entzogen wären. Eine solche Regel gibt es übrigens auch nicht im Recht der Vereinigten Staaten, auf das die UEFA sich beruft.*»

³¹⁵ Siehe etwa die englische und französische Version des Entscheids des *EuGH*, *ECLI:EU:C:2021:800*, Rn. 46 – *Sumal*.

³¹⁶ *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 9; *Roth/Ackermann* in: *FK*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 31; *Grave/Nyberg* in: *Loewenheim et al.*, Art. 101 AEUV Rn. 100; *Palzer*, *EWS* 2022, 23, 24; *Fischer/Zickgraf*, *ZHR* 2022, 125, 127; *Delvaux et al.*, *Droit*

diger Rechtsprechung versteht der EuGH unter einem Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von der Rechtsform und Art der Finanzierung («wirtschaftliche Einheit», «economic entity», «*unité économique*» bzw. «*unità economica*»).³¹⁷ Dies schliesst hoheitliche Leistungen aus.³¹⁸ Insbesondere das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt kennzeichnet hierbei den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit.³¹⁹ [Teil 3](#) der vorliegenden Untersuchung widmet sich im Detail dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff des europäischen Rechts. Daher wird an dieser Stelle für weitere grundsätzliche Überlegungen hierzu an die angegebene Stelle verwiesen.

2. Arbeitnehmer

Da Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung – mithin eine Dienstleistung – am Markt anbieten, ist der Gedanke nicht fernliegend, sie als Unternehmen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren.³²⁰ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Arbeitnehmer eine Person, welche während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.³²¹ Hierbei ist insbesondere zu prüfen, inwieweit ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit eingeschränkt ist.³²² Ein starkes Indiz für das Vorliegen der Eigenschaft als Arbeitnehmer ist, dass die betreffende Person während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in ein fremdes Unternehmen eingegliedert ist und mit diesem eine wirt-

de l'entreprise, Rn. 623; van *de Grienden/Rusu*, Competition law in the EU: principles, substance, enforcement, Ziff. 2.2.1; Ackermann, ZEuP 2023, 529, 532.

³¹⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 – *Höfner und Elser*; ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 112 – *Dansk Rørindustri*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 – *FENIN*; EUGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 54 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2011:21, Rn. 34 – *General Química SA*; EUGH.

³¹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1993:63, Rn. 18 f. – *Poucet und Pistre*; EuGH, ECLI:EU:C:1994:7, Rn. 30 – *SAT Fluggesellschaft*; EuGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 57 – *Wouters*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:449, Rn. 36 – *Compass-Datenbank*; EuGH, ECLI:EU:C:2024:49, Rn. 61 – *Lietuvos notary rūmai*.

³¹⁹ EUGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 47 – *Wouters*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 – *FENIN*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:127, Rn. 36 – *OTOC*.

³²⁰ Insofern ist der deutsche Terminus vom «Arbeitnehmer» eigentlich irreführend, denn aus ökonomischer Betrachtungsweise bietet der Arbeitnehmer gerade seine Arbeitsleistung als Angebot einem «Arbeitgeber» an; vgl. auch *Heinemann*, WuW 2020, 371, 372.

³²¹ EuGH, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16 f. – *Lawrie-Blum*; EuGH, ECLI:EU:C:2000:201, Rn. 45 – *Lehtonen und Castors Braine*; EuGH, ECLI:EU:C:2007:251, Rn. 67 – *Alevizos*; EuGH, ECLI:EU:C:2007:536, Rn. 25 – *Kiiski*; EUGH, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 39 – *Danosa*.

³²² EuGH, ECLI:EU:C:2004:18, Rn. 72 – *Allonby*.

schaftliche Einheit bildet.³²³ Ein Arbeitnehmer kann somit nicht als autonomer Marktteilnehmer angesehen werden.³²⁴ Hieraus folgert der EuGH, dass Arbeitnehmer selbst keine «Unternehmen» im Sinne des Wettbewerbsrecht der Union darstellen.³²⁵ Sie sind schlichtweg in das Unternehmen ihres Arbeitgebers eingegliedert und bilden mit diesem eine wirtschaftliche Einheit.³²⁶ Die gleichen Überlegungen werden für echte³²⁷ Handelsvertreter³²⁸ fruchtbar gemacht, welche ebenfalls nicht als Unternehmen gelten.³²⁹ Nach diesem Verständnis sind hingegen (echte) selbständig tätige Personen keine Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, da sie eigenständige wirtschaftliche Einheiten im wettbewerbsrechtlichen Sinne bilden.³³⁰ Neben wettbewerbsökonomischen sowie unternehmensbezogenen Überlegungen sprechen auch soziale Gründe (vgl. Art. 151 ff. AEUV), welche in allen Industriestaaten zu einem Sonderrecht der abhängigen Arbeit geführt haben, gegen die Qualifizierung der abhängigen Arbeit als eine unternehmerische Tätigkeit i.S.d. Wettbewerbsrechts.³³¹ Im Ergebnis

³²³ EuGH, ECLI:EU:C:1999:419, Rn. 26 – *Becu*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 36 – *FNV Kunsten Informatie en Media*.

³²⁴ *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 11; *van Bael/Bellis*, Competition Law of the European Union, §2.5; *Bellis*, Droit européen de la concurrence, S. 89; hingegen würde *Ackermann*, ZEuP 2023, 529, 533 eine Unternehmenseigenschaft von Arbeitnehmern vor dem Hintergrund des Wunsches nach einem umfassenden Wettbewerbsschutz begrüßen.

³²⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1999:419, Rn. 26 – *Becu*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 26 – *FENIN*; siehe hierzu ausführlich auch *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, S. 126 ff.

³²⁶ EuGH, ECLI:EU:C:1999:419, Rn. 26 – *Becu*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 36 – *FNV Kunsten Informatie en Media*. *Bourazeri*, NZA 2019, 741, 743; *Mohr*, EuZA 2018, 436, 456; *Fischer/Zickgraf*, ZHR 2022, 125, 136; *van Bael/Bellis*, Competition Law of the European Union §2.5.

³²⁷ Siehe zur Abgrenzung zwischen «echten» und «unechten» Handelsvertretern ausführlich *Vertikalleitlinien*, Rn. 29 ff.; siehe auch *Stockenhuber* in: GHN AEUV, Art. 101 Rn. 171 ff.

³²⁸ Nach Schweizer Terminologie spricht man von «Agenten», vgl. Art. 418a ff. OR.

³²⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2006:784, Rn. 43 f. – *Confederación Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*; EuGH, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 36 ff. – *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*; EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rn. 85 f. – *DaimlerChrysler/Kommission*; siehe hierzu auch *Stockenhuber* in: GHN AEUV, Art. 101 Rn. 171 ff.; *Delvaux et. al.*, Droit de l'entreprise, Rn. 629; *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 66; *Vogel*, European Competition Law, S. 58; *Bellis*, Droit européen de la concurrence, S. 89 f.; *Ackermann*, ZEuP 2023, 529, 533.

³³⁰ *Mohr/Mey*, NZKart 2022, 665, 667; *Bourazeri*, NZA 2019, 741, 743; *Klapperich*, NZKart 2020, 125, 127; *Mohr*, EuZA 2018, 436, 454; *Malaurie-Vignal*, Droit de la concurrence interne et européen, Rn. 226; *Doherty*, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2021, 60 Rn. 33.

³³¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 51; *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 66; a.A. *Böni*, EWS 2024, 17, 19; siehe zu dieser Thematik im weiteren Sinne auch *Glöckner*, NZKart 2018, 464, 465, der die Beschränkung des per-

fällt damit das Angebot von (abhängiger) Arbeit nicht in den Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts.³³²

3. Gewerkschaften

Unter Gewerkschaften werden Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern und Beamten zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder verstanden.³³³ Regelmässig wird dieser Zweck durch den Abschluss von Tarifverträgen verwirklicht.³³⁴ Aus wettbewerbsökonomischer Sicht handelt es sich bei Gewerkschaften um Kartelle, welche die Beschäftigten durch die Bildung von Marktmacht nach dem Gegenmachtprinzip in die Lage versetzen sollen, ihre Arbeitsbedingungen auf kollektiver Ebene auszuhandeln.³³⁵ In diesem Zusammenhang kommt dem Tarifvertrag eine Kartellwirkung zu, welche den Schutzzweck des Gegenmachtprinzips gewährleisten soll, werden doch durch diesen Vertrag Mindestinhalte der Arbeitsbedingungen gleichförmig festgelegt.³³⁶

sönlichen Anwendungsbereichs des Kartellrechts auf Unternehmen als nicht gerechtfertigt erachtet. Vor dem Hintergrund des Wunsches nach einem umfassenden Wettbewerbsschutz würde auch Ackermann die Unternehmenseigenschaft von Arbeitnehmern begrüssen, vgl. Ackermann, ZEuP 2023, 529, 533.

³³² Dies entspricht der h. M. in der Literatur: *Grave/Nyberg* in: Loewenheim et al., Art. 101 AEUV Rn. 104; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 51; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn. 17; *Wiedemann* in: Wiedemann, § 4 Rn. 1a; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 11; *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 66; *Hoffmann* in: Dausen/Ludwigs, EU-WirtschaftsR HdB, H I § 1 Rn. 64; *Heinemann*, WuW 2023, 257, 262; *Mohr/Mey*, NZKart 2022, 665, 667 f.; *Kainer*, EuZA 2017, 90, 92; *Bourazeri*, NZA 2019, 741, 743; *Mohr*, EuZA 2018, 436, 456; differenzierend *Heinemann*, WuW 2020, 371, 373, nach dem Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des Kartellrechts nur entzogen sind, solange ihre Arbeitstätigkeit betroffen ist, wird darüber hinaus eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt – etwa aufgrund eines selbständigen Nebenerwerbs – ist der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV eröffnet; a.A. *Lichtenberg*, NZKart 2023, 296, 299; *Roth/Ackermann* in: FK, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 53; *Ackermann* in: Rieble/Junker/Giesen, S. 26 Rn. 12.

³³³ GA Jacobs, EUGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 221 – Schlussanträge Albany.

³³⁴ *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, Stichwort Gewerkschaften; lapidar insoweit EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 22 – FNV *Kunsten Informatie en Media*, wonach Gewerkschaften «Organisationen sind, die die Arbeitnehmer vertreten».

³³⁵ *Hüber*, Der Kartellcharakter von Gewerkschaft und Arbeitgeberband, S. 50 ff., 119 f.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1114; *ders.* in: MHdBAR, Bd. 3, § 221 Rn. 3.

³³⁶ *Rummel*, Kartellrechtliche Freistellung sozialpartnerschaftlicher Kollektivvertragsregelungen, S. 179, 180; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen, Rn. 44; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 124; *Schubert/Jerchel*, EuZW 2015, 340, 346; *Steinle/Hausmann*, EuZW 2015, 313, 316; so auch EUGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 – Albany; EUGH,

Angesichts dieses Verständnisses wäre es denkbar, Gewerkschaften als Unternehmensvereinigungen i.S.d. Art. 101 AEUV zu qualifizieren.³³⁷ Bei einer solchen Vereinigung handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen, deren Zweck darin besteht, die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen.³³⁸ Nicht erforderlich ist, dass der Zusammenschluss eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist. Mitglieder einer Gewerkschaft sind jedoch keine Unternehmen, sondern Arbeitnehmer, die selbst nicht Adressat des Kartellverbots i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV sind.³³⁹ Daher können Gewerkschaften demnach keine Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen sein. Eine Mindermeinung in der Literatur will hingegen die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreichen lassen, um Gewerkschaften als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ansehen zu können.³⁴⁰

Verhandelt eine Gewerkschaft die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder, insbesondere die Lohnhöhe, ist der Anwendungsbereich des Kartellrechts nicht eröffnet. Die Gewerkschaft wird hier lediglich als Bevollmächtigter tätig und ist blosses Exekutivorgan einer Vereinbarung zwischen ihren Mitgliedern, die selbst nicht Adressaten des Kartellverbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV sind und deren Verhalten nach der *Albany*-Doktrin kartellrechtlich privilegiert ist.³⁴¹

4. Arbeitgeber

a) Grundsatz

Arbeitgeber ist der andere Teil des Arbeitsverhältnisses. Also derjenige, der die Dienstleistungen vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrags fordern kann und damit die wirtschaftliche und organisatorische Dispositionsbefugnis über

ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 22 und 23 – *FNV Kunsten Informatie en Media*, wonach mit Tarifverträgen zwangsläufig den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden sind.

³³⁷ So auch *Hoffmann* in: Dausen/Ludwigs, EU-WirtschaftsR HdB, H I § 1 Rn. 64; *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, S. 134.

³³⁸ *Dannecker/Müller* in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HdB WirtschaftsStrafR, 19. Kap. Rn. 238.

³³⁹ *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 60; *Heinemann*, WuW 2020, 371, 373; *van Bael/Bellis*, Competition Law of the European Union, §2.5. ist man hingegen der Ansicht, dass es sich bei Arbeitnehmern um Unternehmen handelt, stellen auch Gewerkschaften konsequenterweise regelmässig Unternehmensvereinigungen dar; so *Roth/Ackermann* in: FK, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 35.

³⁴⁰ Vgl. *Böni*, EWS 2024, 17, 19.

³⁴¹ GA *Jacobs*, EuGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 224 – Schlussanträge *Albany*.

die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und den Nutzen aus ihr hat.³⁴² In aller Regel handelt es sich hierbei um juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften, welche einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen und hierfür auf die Arbeitskraft des Mitarbeiters angewiesen sind. Sie üben regelmäßig eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind damit als Unternehmen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren.³⁴³ Liegt keine wirtschaftliche Tätigkeit vor, gilt ein Arbeitgeber im kartellrechtlichen Sinne demnach auch nicht als Unternehmen.

b) *Gemeinnützige Organisationen*

Dieser Gleichklang zwischen Arbeitgeber und Unternehmen muss jedoch nicht zwangsläufig der Fall sein. Arbeitgeber können auch natürliche Personen sein,³⁴⁴ welche gerade keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.³⁴⁵ Aber auch nicht auf Gewinnerzielung gerichtete Organisationen könnten als Arbeitgeber dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen sein. So sind insbesondere Organisationen, welche allein soziale Aufgabe ohne Gewinnerzielungsabsicht wahrnehmen, lediglich bestehende Gesetze befolgen und auf Beitragshöhe und Leistungsumfang keinen Einfluss haben, keine Adressaten des Art. 101 Abs. 1 AEUV.³⁴⁶ Dies darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, dass sich Vergütungs- und Einstellungsabreden, welche von derartigen Organisationen getroffen werden, in einem kartellrechtsfreien Raum bewegen. Grundsätzlich genügen das Fehlen eines Gewinnerzielungszwecks und die Solidaritätsgesichtspunkte nicht, um einem Arbeitgeber die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsregeln des Vertrages zu nehmen.³⁴⁷ Vielmehr gelten sie wiederum als Unternehmen i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, sobald sie sich im Geschäftsverkehr betätigen.³⁴⁸ Vor diesem Hintergrund wird eine gemeinnützige Organisation bei Absprachen zu Lasten der (potenziellen)

³⁴² BAG, Ents. v. 27.9.2012 – 2 AZR 838/11, NJW 2013, 1692; so auch BAG, Ents. v. 21.1.1999 – 2 AZR 648/97, NJW 1999, 539, 541, wonach Arbeitgeber ist, wer zumindest einen Arbeitnehmer beschäftigt.

³⁴³ So auch Glöckner, JuS 2018, 1130, 1134.

³⁴⁴ Vgl. § 2 Abs. 3 ArbSchG; die rechtliche Organisationsform ist für den Arbeitgeberbegriff irrelevant; so Preis in: ErfK, § 611a BGB Rn. 203; Gerbsbach/Gross in: SHK – Der Arbeitsvertrag, Art. 319 Rn. 2; Grebski in: OFK OR, Art. 319 Rn. 13.

³⁴⁵ Hier sind insbesondere Angestellte in privaten Haushalten zu nennen (Reinigungskraft, Koch, Servicekraft etc.).

³⁴⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2004:150, Rn. 35, 63 ff. – AOK-Bundesverband.

³⁴⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1980:248, Rn. 88 – *van Landewyck*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 85 – *Albany*.

³⁴⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1997:160, Rn. 16 – *Diego Cali*.

Arbeitskräfte unternehmerisch tätig und ist vom Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts erfasst.³⁴⁹

Diese Überlegungen gelten gleichsam für Gewerkschaften. Auch Gewerkschaften können sich unternehmerisch betätigen.³⁵⁰ Denkbar ist insbesondere die Erbringung von bestimmten Dienstleistungen, wie etwa das Angebot bestimmter Versicherungen oder Serviceleistungen.³⁵¹ Wenn Gewerkschaften selbst einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, finden die Wettbewerbsregeln insoweit auf sie Anwendung.³⁵²

Bei den hier zu untersuchenden Vergütungs- und Einstellungsabreden wird eine Gewerkschaft regelmässig keine Vertragspartei sein. Sollte dies dennoch der Fall sein, beispielsweise wenn mehrere Gewerkschaften vereinbaren, sich gegenseitig keine Mitarbeiter abzuwerben oder deren Vergütung kollusiv festlegen, ist der persönliche Geltungsbereich des Kartellrechts eröffnet. In diesem Fall ist die fragliche Tätigkeit der Gewerkschaft selbst zuzurechnen und diese Tätigkeit ist wirtschaftlicher Natur.³⁵³

c) Nachfragetätigkeit von Unternehmen

Nach dem EuGH soll eine wirtschaftliche Tätigkeit insbesondere dann vorliegen, wenn eine Organisation Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anbietet.³⁵⁴ Bei einem kollusiven Arbeitgeberverhalten verhält es sich jedoch genau entgegengesetzt. Hier erfolgt durch den Arbeitgeber bzw. das Unternehmen eine Nachfrage nach Arbeit. Die Arbeitsleistung als solche bietet der Arbeitnehmer an. In diesem Zusammenhang ist daher zu diskutieren, ob der

³⁴⁹ Vgl. nur den US-amerikanische Fall aus dem Gesundheitswesen, der bei einer anderen Sichtweise kartellrechtlich privilegiert gewesen wäre: Im streitgegenständlichen Sachverhalt wurde den medizinischen Fakultäten der Duke University und der University of North Carolina vorgeworfen, ein gegenseitiges Nichtanstellungsabkommen (*no-hire-agreement*) für ihr medizinisches Fachpersonal vereinbart zu haben; das Verfahren endete mit der Zahlung einer Vergleichssumme (*United States District Court, Middle District of North Carolina*, 4.1.2018 – 1:15-CV-00462 – Document 185, *Seaman v. Duke University et al.*).

³⁵⁰ *Van Bael/Bellis*, *Competition Law of the European Union*, §2.5.

³⁵¹ *GA Jacobs*, EuGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 226 – *Schlussanträge Albany*; nennt gar den Betrieb von Sparkassen, Reisebüros und anderen Geschäften.

³⁵² *GA Jacobs*, EuGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 226 – *Schlussanträge Albany*; *van Bael/Bellis*, *Competition Law of the European Union*, §2.5.

³⁵³ *GA Jacobs*, EuGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 225 – *Schlussanträge Albany*; so auch *Ackermann* in: *Rieble/Junker/Giesen*, S. 27 Rn. 13.

³⁵⁴ EuGH, ECLI:EU:C:1997:160, Rn. 16 – *Diego Cali*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:303, Rn. 36 – *Kommission/Italien*; EUGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 – *FENIN*.

FENIN-Entscheid³⁵⁵ des EuGH Vergütungs- und Einstellungsabreden dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV entzieht.

In besagtem Entscheid hatte der EuGH die Nachfragetätigkeit von Unternehmen nach Erzeugnissen untrennbar mit der späteren Verwendung dieser verknüpft, mit der Folge, dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmte.³⁵⁶ Die Nachfragetätigkeit von Unternehmen wird also nur akzessorisch erfasst (sog. *upstream-downstream-Modell*).³⁵⁷ Demnach stellt die reine Nachfragetätigkeit – ohne anschließende Weiterverarbeitung oder des Handels dieser Güter und Dienstleistungen auf einem Absatzmarkt – keine unternehmerische Tätigkeit dar.³⁵⁸ Insbesondere das Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand – aber auch von Organisationen wie den Kirchen – ist angesichts dessen nicht als unternehmerische Teilnahme am Wirtschaftsleben i.S.d. Art. 101 AEUV zu qualifizieren und damit dem Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts entzogen.³⁵⁹ Obgleich die FENIN-Rechtsprechung viel Kritik³⁶⁰ erfahren hat und im Widerspruch zur Spruchpraxis der Mitgliedstaaten steht,³⁶¹ ist sie auf europäischer Ebene für die Praxis allein massgeblich.³⁶²

Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob die FENIN-Rechtsprechung auch auf dem Arbeitsmarkt zur Anwendung kommt. Zunächst ist festzustellen, dass

³⁵⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2006:453 – FENIN.

³⁵⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 26 – FENIN; zuvor EuG, ECLI:EU:T:2003:50 – FENIN.

³⁵⁷ Zum Begriff *Holzinger*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anwendungsvoraussetzung des europäischen und des deutschen Kartellrechts, S. 122 ff.; siehe auch *Malaurie-Vignal*, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Rn. 179, 197; *Vogel*, *European Competition Law*, S. 182.

³⁵⁸ *Van de Gronden/Rusu*, *Competition law in the EU: principles, substance, enforcement*, Ziff. 2.2.1; a.A. für das deutsche Kartellrecht: BGH, Ents. v. 12.11.2002 – KZR 11/01, NJW 2003, 2748 – *Feuerweherschläuche*.

³⁵⁹ Lübbig in: *Wiedemann*, § 8 Rn. 3; *Grave/Nyberg* in: *Loewenheim et al.*, Art. 101 AEUV Rn. 112; *van de Gronden/Rusu*, *Competition law in the EU: principles, substance, enforcement*, Ziff. 2.2.1.

³⁶⁰ *Schindler*, *KommJur* 2011, 126, 128 ff.; *Kersting/Faust*, *WuW* 2011, 6, 9; Könen, *ZHR* 2018, 684, 702; *Ackermann* in: *Rieble/Junker/Giesen*, S. 25 Rn. 10; *Roth*, *GRUR* 2007, 645, 652; *Hoffmann* in: *Dauses/Ludwigs*, *EU-WirtschaftsR HdB*, H I § 1 Rn. 61; pointiert insofern *Möschel*, *NZKart* 2014, 42, 45, der von «*geistiger Umnachtung im Kartellrecht*» spricht.

³⁶¹ Vgl. für das deutsche Recht BGH, Ents. v. 12.11.2002 – KZR 11/01, NJW 2003, 2748 – *Feuerweherschläuche*; *Roth*, *GRUR* 2007, 645, 652, kritisiert zutreffend, dass die Entscheidung im Gegensatz zu mehr als 40 Jahren bewährter deutscher Kartellrechtspraxis stehe.

³⁶² *Kremer*, *Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot*, S. 141; *Ackermann* in: *Rieble/Junker/Giesen*, S. 25 Rn. 10.

das Grundmodell der FENIN-Rechtsprechung durchaus auf Arbeitsmärkte übertragbar ist: Unternehmen erwerben menschliche Arbeitskraft als Dienstleistung und treten somit als Nachfrager von dieser auf.³⁶³ Arbeitgeber, welche diese Arbeitsleistung für hoheitliche oder soziale Tätigkeiten einsetzen, wären von den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ausgenommen.³⁶⁴ Im Ergebnis würde damit die Anwendbarkeit des Kartellrechts davon abhängen, welcher Tätigkeit die Arbeitgeber auf den nachgelagerten Absatzmärkten nachgehen.³⁶⁵ Gegen diese Sichtweise lässt sich zunächst einwenden, dass der EuGH in der Rechtssache FENIN nur auf den Kauf eines «Erzeugnisses» und dessen «späterer Verwendung» abstellte.³⁶⁶ Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter einem Erzeugnis lediglich ein Produkt verstanden.³⁶⁷ Menschliche Arbeitsleistung als Dienstleistung wäre damit vom Wortlaut der FENIN-Rechtsprechung nicht erfasst.³⁶⁸ Allerdings hat der EuGH in einem weiteren Entscheid den Anwendungsbereich der FENIN-Rechtsprechung sogar erweitert. So sei bei der Beurteilung der Natur der Tätigkeit einer Organisation der «*Erwerb von Waren oder Dienstleistungen*» nicht von deren späterer Verwendung zu trennen, da die wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Natur der späteren Verwendung die Natur der Tätigkeit der betreffenden Einrichtung bestimme.³⁶⁹ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der EuGH die Nachfrage nach Arbeitsleistung durch öffentliche Arbeitgeber, aber auch frei-gemeinnützige Einrichtungen sowie Religionsgemeinschaften, mangels Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs nicht dem Kartellrechtsregime des Art. 101 Abs.1 AEUV unterwerfen wird, vorausgesetzt, die Arbeitnehmer werden für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten eingesetzt.³⁷⁰ Dies folgt bereits daraus, dass die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer an sich eine Dienstleistung i.S.d. Spruchpraxis des EuGH darstellt.³⁷¹ Einziges Differenzierungskriterium zwischen Dienst- und Arbeitsleistung ist das Merkmal der Unselbstständigkeit.

³⁶³ Insofern ist auch in diesem Zusammenhang der deutsche Terminus vom «Arbeitgeber» irreführend, denn aus ökonomischer Betrachtungsweise fragt der Arbeitgeber eine Arbeitsleistung nach; vgl. auch Heinemann, WuW 2020, 371, 372.

³⁶⁴ Ackermann in: Rieble/Junker/Giesen, S. 25 Rn. 10.

³⁶⁵ So auch Heinemann, WuW 2020, 371, 374.

³⁶⁶ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 26 – FENIN.

³⁶⁷ Vgl. DUDEN, Stichwort Erzeugnis.

³⁶⁸ So Heinemann, WuW 2020, 371, 374.

³⁶⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2020:450, Rn. 48 – *Dôvera*.

³⁷⁰ Ackermann in: Rieble/Junker/Giesen, S. 25 Rn. 10; Roth/Ackermann in: FK, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 60; i.E. auch Glöckner, JuS 2018, 1130, 1134, 1135; Kainer, EuZA 2017, 90, 93.

³⁷¹ Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186, wonach sich Arbeitsleistungen zwanglos in die Kategorie der Dienstleistungen einordnen lassen.

d) Arbeitgeberverband

Spiegelbildlich zu Gewerkschaften versteht man unter einem Arbeitgeberverband einen Zusammenschluss von Arbeitgebern zum Zwecke gemeinsamer Interessenvertretung gegenüber Gewerkschaften und Staat. Da es sich nach hier vertretener Ansicht bei Arbeitgebern regelmässig um Unternehmen handelt, bilden Arbeitgeberverbände Unternehmensvereinigungen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV und sind damit ebenfalls Normadressaten des europäischen Kartellverbots.³⁷² Eine wichtige Variante der Arbeitgeberverbände ist die wirtschaftliche Betätigung von Sportverbänden, wobei diese auch selbst als Unternehmen gelten können.³⁷³ Beschlüsse eines Arbeitgeberverbandes fallen in den potenziellen Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn sie nicht im Zusammenhang zu Tarifverhandlungen stehen, sondern eine dem Wirtschaftsleben zuzurechnende Tätigkeit betreffen.³⁷⁴

IV. Kooperation

Gegen das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV kann durch Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen sowie durch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen verstossen werden. Alle drei Tatbestände haben gemeinsam, dass es sich nicht um einseitige Verhaltensweisen handelt, sondern um Formen der Kollusion, welche in ihrer Art übereinstimmen und sich nur in ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden.³⁷⁵ Das gemeinsame Element dieser drei Verhaltensweisen ist, dass die betreffenden Unternehmen ihr Verhalten am Markt nicht mehr selbständig

³⁷² GA Lenz, EuGH, E-CLI:EU:C:1995:293, Rn. 256 – Schlussanträge *Bosman*; GA Jacobs, EuGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 236 – Schlussanträge *Albany*; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 62; Kordel, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 243; Ackermann in: Rieble/Junker/Giesen, S. 17 Rn. 11; Bourazeri, NZA 2019, 741, 743; Lettl, WRP 2015, 294, 300.

³⁷³ EuGH, ECLI:EU:T:2005:22, Rn. 69 – *Piau*; EuGH, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 27 – *MOTOE*.

³⁷⁴ GA Szpunar, ECLI:EU:C:2024:375, Rn. 46 – Schlussanträge *FIFA*; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 62.

³⁷⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 23 – *T-Mobile Netherlands*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:796, Rn. 53 – *Solvay*.

bestimmen (sog. Selbstständigkeitspostulat³⁷⁶), sondern mit ihren Wettbewerbern unmittelbar oder mittelbar «Führung aufnehmen».³⁷⁷

1. Vereinbarung

Eine Vereinbarung liegt vor, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.³⁷⁸ Hierbei ist völlig unerheblich, ob sich die betreffenden Unternehmen rechtlich, tatsächlich oder moralisch verpflichtet halten, sich absprachegemäss zu verhalten.³⁷⁹ Daher sind weder der rechtliche Rahmen, in dem eine Vereinbarung geschlossen wird, noch die rechtliche Einordnung dieses Rahmens durch die nationalen Rechtsordnungen für die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV erheblich.³⁸⁰ Auch die Ausdrucksform der Vereinbarung ist unerheblich.³⁸¹ Dennoch umfasst der Begriff der Vereinbarung insbesondere zivilrechtliche Verträge nach nationalem Verständnis, darüber hinaus aber auch sonstige Abreden.³⁸²

Vergütungsabreden können unter das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV subsumiert werden.³⁸³ In diesem Fall bringen die Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck, die Vergütung ihrer Mitarbeiter auf eine bestimmte Höhe zu fixieren bzw. nicht weiter zu erhöhen.³⁸⁴ Spiegelbildlich kann zur Begründung auch auf Tarifverträge verwiesen werden, welche nicht als Kartellvereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV qua-

³⁷⁶ Das Selbstständigkeitspostulat steht jeder unmittelbaren oder mittelbaren Führungsnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht; vgl. *EuGH, ECLI:EU:C:1975:174*, Rn. 173/174 – *Suiker Unie*.

³⁷⁷ *EuGH, ECLI:EU:C:1975:174*, Rn. 173/174 – *Suiker Unie*; *EuGH, ECLI:EU:C:1981:178*, Rn. 13 – *Züchner*; *EuGH, ECLI:EU:C:1993:120*, Rn. 63 – *Ahlström Osakeyhtiö*; *EuGH, ECLI:EU:C:1998:256*, Rn. 87 – *John Deere*; *EuGH, ECLI:EU:C:2009:343*, Rn. 32 – *T-Mobile Netherlands*

³⁷⁸ *EuGH, ECLI:EU:C:2004:2*, Rn. 118 – *Kommssion/Bayer*; *EuG, ECLI:EU:T:1998:101*, Rn. 65 – *Mayr-Melnhof*; *EuG, ECLI:EU:T:2013:449*, Rn. 35 – *Wabco Europe*, m. w. N. aus der Rspr.

³⁷⁹ *EuG, ECLI:EU:T:1998:101*, Rn. 65 – *Mayr-Melnhof*.

³⁸⁰ *EuGH, ECLI:EU:C:1985:33*, Rn. 17 – *BNIC/Clair*.

³⁸¹ *EuGH, ECLI:EU:C:2004:2*, Rn. 118 – *Kommssion/Bayer*.

³⁸² *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 69; *Alexander*, *ZWeR* 2016, 16, 25.

³⁸³ *Eufinger*, *RIW* 2017, 481, 484; *Ott*, *ZWeR* 2022, 200, 209; *Steinle/Fuhrer*, *CB* 2023, 201, 202.

³⁸⁴ *Kremer*, *Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot*, S. 500.

lifiziert werden.³⁸⁵ Hier vereinbaren die Tarifvertragsparteien eine bestimmte Mindestvergütung, während hingegen bei arbeitgeberseitig vereinbarten Vergütungsabreden eine bestimmte Höchstvergütung verabredet wird. Derartige Vergütungsabreden können sowohl auf horizontaler Ebene als auch auf vertikaler Ebene getroffen werden, wobei die erst genannte Variante am häufigsten in der Praxis anzutreffen sein wird. Allerdings wohnt dieser Unterscheidung nach der hier vertretenen Auffassung, wonach Vergütungsabreden den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt beschränken, keine praktische Bedeutung inne.

Einstellungs- und Abwerbeverbote werden ebenfalls die Voraussetzungen einer Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, bringen die beteiligten Arbeitgeber (Unternehmen) doch ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck, keine Mitarbeiter der jeweils anderen Partei abzuwerben oder gar mit diesen ein Beschäftigungsverhältnis einzugehen.³⁸⁶ In diesem Zusammenhang ist völlig unerheblich, ob die Arbeitgeber ihren Willen ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebracht haben. Ob das vereinbarte Einstellungs- und Abwerbeverbot tatsächlich (gerichtlich) durchsetzbar ist, spielt für das Vorliegen einer Vereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV ebenfalls keine Rolle.³⁸⁷ Daher stehen etwa nationale Regelungen,³⁸⁸ welche bei Abwerbeverboten die Klagbarkeit ausschliessen, dem Vorliegen einer Vereinbarung im kartellrechtlichen Sinne nicht entgegen.³⁸⁹ Ohnehin wäre eine derartige Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 2 AEUV unwirksam und damit nicht gerichtlich durchsetzbar.³⁹⁰

Bei vereinbarten Einstellungs- und Abwerbeverboten handelt es sich regelmässig um horizontale Vereinbarungen von Nachfragern.³⁹¹ So stehen die an

³⁸⁵ EUGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 59 f. – *Albany*; GA Szpunar, EuGH, ECLI:EU:C:2024:375, Rn. 46 – Schlussanträge FIFA; in der Literatur vgl. statt aller Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1089.

³⁸⁶ So auch Ott, ZWeR 2022, 200, 207; Eufinger, RIW 2017, 481, 484; Alexander, ZWeR 2016, 16, 25; Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135; Hack/Leister, DB 2018, 2741, 2743; Heinemann, WuW 2020, 371, 377.

³⁸⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1987:34, Rn. 32 – *Verband der Sachversicherer*; EuG, ECLI:EU:T:2000:242, Rn. 68 – *Bayer/Kommission*.

³⁸⁸ So etwa § 75f HGB, wonach auf Sperrabreden unter Arbeitgebern weder Klage noch Einrede stattfinden.

³⁸⁹ Alexander, ZWeR 2016, 16, 25.

³⁹⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 22 – *Courage*; vgl. hierzu auch Zäch, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, S. 77.

³⁹¹ Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1049; Kordel, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 91; Schlosser, BB 2003, 1382, 1383; Wolf, NZG 2004, 366, 367; Heinemann, WuW 2020, 371, 377; Eufinger, RIW 2017, 481, 485.

der Abrede beteiligten Unternehmen regelmässig in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander, und zwar um dieselben Mitarbeiter.³⁹² Dabei ist nicht entscheidend, ob sie auf den nachgelagerten Produktmärkten ebenfalls in Konkurrenz zueinander stehen.³⁹³ Dies ist bei vereinbarten Einstellungs- und Abwerbverboten um Arbeitskräfte nicht zwangsläufig der Fall. Neben einem horizontalen Einstellungs- und Abwerbverbot können aber auch Unternehmen im Vertikalverhältnis eine solche Vereinbarung treffen.³⁹⁴ So etwa zwischen zwei Vertriebspartnern³⁹⁵ oder zwischen einem Franchisegeber und seinem Franchisenehmer.³⁹⁶

2. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise («*pratiques concertées; concerted practices*») um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.³⁹⁷ Eine von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasste Abstimmung setzt insoweit also voraus, dass sich die Unternehmen in irgendeiner Weise über ihr zukünftiges Marktverhalten verständigt haben und ein dieser Abstimmung entsprechendes Marktverhalten zeigen.³⁹⁸

Gleichwohl ist – im Unterschied zur Vereinbarung – ein unmittelbarer Kontakt nicht erforderlich. So stellt etwa die Weiterleitung von Preislisten – oder Lohnlisten – eines Unternehmens zu einem Branchenverband, der diese wiederum an die anderen Mitglieder weiterleitet, wodurch ein einheitliches Preisniveau erreicht wird, einen Kontakt i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.³⁹⁹ Andererseits liegt eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV bei einem rein einseitigen Verhalten des Unternehmens – also einem Verhalten, das ohne

³⁹² *Marinescu/Hovenkamp*, Ind. L. J. 2018, 1031, 1051, 1052; *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186; *Hack/Leister*, DB 2018, 2741, 2743.

³⁹³ *Marinescu/Hovenkamp*, Ind. L. J. 2018, 1031, 1051, 1052; *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186; *Hack/Leister*, DB 2018, 2741, 2743.

³⁹⁴ *Heinemann*, WuW 2020, 371, 377; *Alexander*, ZWeR 2016, 16, 25.

³⁹⁵ *Alexander*, ZWeR 2016, 16, 25.

³⁹⁶ *Heinemann*, WuW 2020, 371, 377.

³⁹⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1975:174, Rn. 26 – *Suiker Unie*; EuGH, ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 63 – *Ahlström Osakeyhtiö*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 26 – *T-Mobile Netherlands*; EuG, ECLI:EU:T:2013:449, Rn. 37 – *Wabco Europe*, m. w. N. aus der Rspr.

³⁹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 115, 119 – *ICI*.

³⁹⁹ *Commichau/Schwartz*, Grundzüge des Kartellrechts, Rn. 597.

Mitwirkung einer anderen Partei erfolgt – nicht vor.⁴⁰⁰ Vielmehr müssen die Unternehmen ihre Selbstständigkeit im Marktverhalten zugunsten einer Verhaltenskoordinierung aufgeben und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und der Durchführungshandlung bestehen (zweigliedriger Tatbestand).⁴⁰¹ Daher liegt beim bewussten Parallelverhalten noch keine von Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotene Kollusion vor.⁴⁰² Ansonsten wäre das Recht des Unternehmens, sich dem Verhalten seiner Konkurrenten mit «wachem Sinn anzupassen»⁴⁰³ – als Ausprägung des Selbstständigkeitspostulats – obsolet. Gleichwohl kann ein derartiges Verhalten als ein wichtiges Indiz für eine verbotene Koordinierung gewertet werden.⁴⁰⁴

Im Hinblick auf die kartellrechtliche Qualifizierung von Einstellungs- und Abwerbeverboten sowie Vergütungsabreden ist zu differenzieren. Einstellungs- und Abwerbeverbote werden in der Praxis wohl überwiegend über ausdrückliche oder zumindest stillschweigende Vereinbarungen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV verabredet⁴⁰⁵ – und sind in der Wirtschaft (immer noch) weit verbreitet.⁴⁰⁶ Dieser Umstand könnte daraus folgen, dass eine Verhaltenskoordinie-

⁴⁰⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1985:340, Rn. 21 – *Ford-Werke*.

⁴⁰¹ EuGH, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 118 – *Anic Participazioni*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:362, Rn. 125 – *Montecatini*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 160 – *Hüls*; vgl. auch *Grave/Nyberg* in: Loewenheim et al., Art. 101 AEUV Rn. 206, die von einem dreigliedrigen Tatbestand sprechen, der die Abstimmung zwischen den Unternehmen (a), ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten (b) und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden (c) erfordert.

⁴⁰² *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 90; *Lübbig* in: *Wiedemann*, § 7 Rn. 12; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 9 Rn. 30.

⁴⁰³ EuGH, ECLI:EU:C:1975:174, Rn. 173/174 – *Suiker Unie*; EuGH, ECLI:EU:C:1981:178, Rn. 14 – *Züchner/Bayerische Vereinsbank*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 87 – *John Deere*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 33 – *T-Mobile Netherlands*.

⁴⁰⁴ EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 64 ff. – *ICI*; EuGH, ECLI:EU:C:1975:174, S. 1700 – *Suiker Unie*; *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 101; *Lübbig* in: *Wiedemann*, § 8 Rn. 14.

⁴⁰⁵ *Alexander*, *ZWeR* 2016, 16, 25.

⁴⁰⁶ Vgl. *Tödtmann*, *WiWO* v. 18.12.2019; anekdotisch kann an dieser Stelle auch auf die erste Vorabklärung des WEKO-Sekretariats im Bereich Vergütungsabreden verwiesen werden (vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 5.12.2022). Nachdem im Dezember 2022 Ermittlungen gegen 34 Bankinstitute in sechs Deutschschweizer Regionen betreffend einen Informationsaustausch über die Löhne und Lohnbestandteile von verschiedenen Kategorien von Angestellten aufgenommen wurden, gab das WEKO-Sekretariat bei Abschluss der Vorabklärung (vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024) bekannt, dass sie während der Vorabklärungen festgestellt habe, dass 200 Unternehmen in unterschiedlichen brancheninternen und -übergreifenden Formen über Jahre hinweg regelmässig detaillierte Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und weiteren Arbeitsbedingungen ausgetauscht hatten.

rung bzgl. der zukünftigen Einstellungs- und Recruitingpolitik sicherlich nicht so einfach zu erreichen ist, wie ein aufeinander abgestimmtes Verhalten beim Arbeitsentgelt. Hierfür kann bereits ein Informationsaustausch über Entgeltkonditionen genügen.

3. Beschluss

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind auch wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder von Zusammenschlüssen derartiger Vereinigungen grundsätzlich verboten. Beschlüsse sind alle Akte, durch die eine Unternehmensvereinigung ihren Willen bildet.⁴⁰⁷ Dieser Beschluss, welcher im Wege der Abstimmung gebildet ist, muss für die Mitglieder nicht rechtlich verbindlich sein. Es reicht aus, dass das Wettbewerbsverhalten der Mitglieder koordiniert werden soll.⁴⁰⁸

Wie bereits ausgeführt, werden Arbeitgeberverbände als Unternehmensvereinigungen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV gewertet.⁴⁰⁹ Deren Verlautbarungen und Empfehlungen zur Vergütungs- und Einstellungs politik ihrer Mitgliedsunternehmen sind daher als Beschlüsse i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu werten. Insbesondere ein einseitig vom Arbeitgeberverband festgelegter «Höchstnormenbeschluss» kann einen solchen Beschluss darstellen. Hierbei handelt es sich um den gebildeten Gesamtwillen eines Arbeitgeberbands, der es seinen Mitgliedsunternehmen untersagt, ihre Beschäftigten übertariflich zu entlohnen.⁴¹⁰ Teilweise sollen solche Verbote sogar unmittelbar in der Satzung des Verbands enthalten sein,⁴¹¹ und würden damit eine *smoking gun*⁴¹² darstellen. Aus tarifrechtlicher Sicht wird ein derartiger Beschluss nach h.M. – im Gegensatz

⁴⁰⁷ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 10 Rn. 27; Grave/Nyberg in: Loewenheim et al., Art. 101 AEUV Rn. 210.

⁴⁰⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1987:34, Rn. 32 – *Verband der Sachversicherer*.

⁴⁰⁹ GA Lenz, EuGH, E-CLI:EU:C:1995:293, Rn. 256 – Schlussanträge *Bosman*; GA Jacobs, EuGH, ECLI:EU:C:1999:28, Rn. 236 – Schlussanträge *Albany*; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 62; Kordel, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 243; Ackermann in: Rieble/Junker/Giesen, S. 17 Rn. 11; Bourazeri, NZA 2019, 741, 743; Lettl, WRP 2015, 294, 300; siehe auch [Teil 2 E. III. 4. d.](#)

⁴¹⁰ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, S. 91; Künne, Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive, S. 167.

⁴¹¹ Künne, Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive, S. 167.

⁴¹² Hierbei handelt es sich um Unterlagen, die einen kartellrechtlichen Verstoss eindeutig dokumentieren.

zu Höchsttarbeitsbedingungen – als zulässig erachtet.⁴¹³ Kartellrechtlich dürfte ein derartiger Beschluss einen Verstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen.⁴¹⁴ Das Gegenteil von einem «Höchstnormenbeschluss» ist die einseitig von einem Arbeitgeberverband ausgesprochene Empfehlung an sämtliche Mitgliedsunternehmen die Löhne der Arbeitnehmer zu erhöhen, etwa um Forderungen der Gewerkschaft zu unterhöhlen sowie der eigenen Branche einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Branchen im Kampf um qualifizierte Arbeitnehmer zu sichern, oder einer gesetzlichen Lohnregelung wie etwa einem Mindestlohn zuvorzukommen. Auch eine derartige Empfehlung in Form eines Beschlusses dürfte nach Art. 101 Abs. 1 AEUV unzulässig sein.⁴¹⁵

V. Marktabgrenzung

1. Einleitende Bemerkungen

Grundsätzlich spielt die Definition des relevanten Marktes in einem Fall des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht dieselbe Rolle wie in einem Fall des Art. 102 AEUV. Gleichwohl ist auch im Rahmen des Kartellverbots der relevante Markt zu definieren, um zu bestimmen, ob die Vereinbarung, der Beschluss der Unternehmensvereinigung oder die abgestimmte Verhaltensweise, um die es geht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine spürbare Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezweckt oder bewirkt.⁴¹⁶

2. Sachlich relevanter Markt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfolgt grundsätzlich aus Sicht der jeweiligen Marktgegenseite.⁴¹⁷ Danach erfasst der sachlich relevante Markt alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merk-

⁴¹³ Treber in: Schaub, § 207 Rn. 21; Wank in: Wiedemann, TVG, § 4 Rn. 396; so auch BVerwG, Ents. v. 8.3.1974 – BVerwG VII C 47.72, AP TVG § 4 Angleichungsrecht Nr. 10 (m. Anm. Wiedemann).

⁴¹⁴ Rieble in: MHdB, Bd. 3, § 221 Rn. 9.

⁴¹⁵ Rieble in: MHdB, Bd. 3, § 221 Rn. 9.

⁴¹⁶ EuGH, ECLI:EU:T:2012:260, Rn. 171 – *MasterCard*.

⁴¹⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1980:289, Rn. 25 – *L'Oreal*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 33 – *Bronner*; Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rn. 7; Kerber/Schwalbe in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Grundlagen Rn. 241 f.; van de Gronden/Rusu, Competition law in the EU: principles, substance, enforcement, Ziff. 2.2.2; Bellis, Droit européen de la concurrence, S. 107 f.; Vogel, European Competition Law, S. 72 ff.

male und Eigenschaften zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs besonders eignen und nicht oder nur in geringem Masse mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen austauschbar sind (sog. Bedarfsmarktkonzept).⁴¹⁸ Ausschlaggebendes Kriterium im Rahmen des Bedarfsmarktkonzepts ist ein «hinreichender Grad an Austauschbarkeit zwischen allen zum gleichen Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick auf die gleiche Verwendung».⁴¹⁹ Ein weiteres zentrales Abgrenzungskriterium ist im Verwendungszweck des fraglichen Produkts oder der fraglichen Dienstleistung zu sehen. Danach können alle Leistungen einem einheitlichen Markt zugeordnet werden, die aufgrund ihrer Merkmale zum gleichen Zweck aus Sicht der Marktgegenseite verwendet werden können und daher zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs («*besoins constants*») besonders geeignet sind.⁴²⁰ Dabei indiziert eine konstante Nachfrage, dass für dieses Produkt keine Austauschbarkeit besteht.⁴²¹

Wie bereits ausgeführt,⁴²² stellt der Arbeitsmarkt einen Nachfragemarkt dar, sodass die Marktabgrenzung zunächst aus Sicht der ihre Arbeitskraft anbietenden Arbeitnehmer bzw. Bewerber zu erfolgen hat.⁴²³ Diese Betrachtung entspricht der Definition der relevanten Einkaufsmärkte in den Horizontalleitlinien der *EU-Kommission*, wonach der einzige Unterschied zur Definition der «Verkaufsmärkte» darin besteht, dass die Substituierbarkeit aus der Sicht des Angebots und nicht aus der Sicht der Nachfrage zu definieren ist.⁴²⁴ Entscheidend dürfte also sein, welche Arbeitgeber aus Sicht der Arbeitnehmer eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit darstellen und somit in ihren Augen austauschbar sind.⁴²⁵ Massgeblich für diese Austauschbarkeit wird insbesondere das Qualifikations- und Spezialisierungsniveau des fraglichen Arbeitnehmers

⁴¹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 32 – *Continental Can*; EuGH, ECLI:EU:C:1980:289, Rn. 25 – *L'Oréal*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 37 – *Michelin*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 33 – *Bronner*; EuG, ECLI:EU:T:1991:70, Rn. 64 – *Hilti*.

⁴¹⁹ EuGH, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 28 – *Hoffmann-La Roche*; daher wird das Bedarfsmarktkonzept auch als «Konzept der funktionellen Austauschbarkeit» bezeichnet, vgl. *Steinvorth* in: *Wiedemann*, § 20 Rn. 16.

⁴²⁰ Dies entspricht den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH, vgl. nur EuGH, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 32 – *Continental Can*; vgl. *Bergmann* in: *Loewenheim et al.*, Art. 102 AEUV Rn. 39; *Rösler*, NZG 2000, 761, 763; *Treis/Lademann*, GRUR 1987, 262, 263.

⁴²¹ EuGH, ECLI:EU:C:1996:436, Rn. 13 – *Tetra Pak II*.

⁴²² Vgl. [Teil 2 B. II. 3. a\)](#).

⁴²³ *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186; *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 262; demgegenüber existieren in der Literatur aber auch Stimmen, welche den relevanten Arbeitsmarkt aus Sicht der Arbeitgeber abgrenzen wollen; vgl. *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 5; *Eufinger*, RIW 2017, 481, 482.

⁴²⁴ Horizontalleitlinien, Rn. 198.

⁴²⁵ *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 280.

sowie dessen finanzielle Vorstellungen sein.⁴²⁶ Grundsätzlich gilt in diesem Zusammenhang, dass je spezialisierter und qualifizierter ein Arbeitnehmer ist, desto geringer dürfte die Zahl der alternativen Arbeitsplatzmöglichkeiten für ihn sein.⁴²⁷ So dürfte für einen auf das Kartellrecht spezialisierten Juristen die Zahl der verfügbaren und auch finanziell gleichwertigen Alternativen deutlich geringer sein, als dies beispielsweise für eine zum Mindestlohn beschäftigte Servicekraft der Fall ist. Zur Konkretisierung dieses Qualifikations- und Spezialisierungsgrades des jeweiligen Arbeitnehmers bietet es sich an, auf die Internationale Standardklassifikation der Berufe (International Standard Classification of Occupations 2008; ISCO-08) der ILO zurückzugreifen.⁴²⁸ Die ISCO-08 klassifiziert Berufe anhand von Tätigkeiten (*skill level*) sowie beruflichen Anforderungen (*skill specialization*) und bietet damit einen ersten Anhaltspunkt zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Für eine granularere Betrachtungsweise kann dann ggf. auf das Qualifikations- und Spezialisierungsniveau der jeweiligen Branche abgestellt werden. Gleichsam muss allerdings im Einzelfall eine Abweichung von der Heranziehung der ISO-Klassifikation möglich bleiben

Jedenfalls ist es für die Abgrenzung des sachlich relevanten Arbeitsmarktes unerheblich, welche Produkte oder Dienstleistungen diese nachfragenden Unternehmen nach menschlicher Arbeitsleistung selbst am Markt anbieten.⁴²⁹ Musterbeispiel hierfür ist die Stelle eines Buchhalters. Der sachlich relevante Markt umfasst hier die substituierbare Dienstleistung «Buchhaltung». Diese Arbeitsleistung stellt einen eigenständigen Markt dar, unabhängig davon, aus welcher Branche die nachfragenden Unternehmen stammen.⁴³⁰ Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass die vom nachfragenden Unternehmen angebotenen Produkte oder Dienstleistungen – zumindest mittelbar – Auswirkungen auf ihr Nachfrageverhalten auf dem Arbeitsmarkt haben werden.

3. Räumlich relevanter Markt

Neben der sachlichen Abgrenzung des relevanten Arbeitsmarktes ist dieser auch in räumlicher Hinsicht zu bestimmen. Der räumliche Markt umfasst dabei

⁴²⁶ Wulf, Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht, S. 126; Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186; Linsmeier/Mächtle, NZKart 2015, 258, 262.

⁴²⁷ Wulf, Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht, S. 126; Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186; Linsmeier/Mächtle, NZKart 2015, 258, 262.

⁴²⁸ So der praktisch handhabbare Vorschlag von Heinemann, WuW 2020, 371, 379; Marinescu/Posner, Cornell L. Rev. 2020, 1343, 1352.

⁴²⁹ Eufinger, RIW 2017, 481, 482; Heinemann, WuW 2020, 371, 379.

⁴³⁰ Eufinger, RIW 2017, 481, 482; Heinemann, WuW 2020, 371, 379.

einen Wirtschaftsraum, in dem für die jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und eine deutliche Heterogenität gegenüber benachbarten Gebieten aufweisen.⁴³¹ Dies ist besonders der Fall, wenn sich die in einem Gebiet herrschenden Wettbewerbsbedingungen deutlich von denen in anderen Gebieten unterscheiden.⁴³² Auch die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes erfolgt grundsätzlich aus Sicht der jeweiligen Marktgegenseite (sog. Bedarfsmarktkonzept).⁴³³ Arbeitsleistungen können hierbei zwanglos in die Kategorie der «Nachfrage nach Dienstleistungen» i.S.d. von der Rechtsprechung aufgestellten Formel eingeordnet werden.⁴³⁴

Entscheidend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes dürfte besonders die räumliche Mobilität der Arbeitnehmer sein.⁴³⁵ Insbesondere in den letzten Jahren wurde die Mobilität der Arbeitnehmer durch die Möglichkeit der partiellen *Remote*-Tätigkeit allerdings teilweise wesentlich erhöht. Zur Ermittlung dieser geografischen Ausweichmöglichkeiten kann zunächst auf die durchschnittliche Pendelentfernung der Arbeitnehmers abgestellt werden.⁴³⁶ Darüber hinaus muss die Bereitschaft der Arbeitskräfte, für eine neue Arbeitsstelle den Wohnort zu wechseln, berücksichtigt werden.⁴³⁷ Die Bereitschaft zum Pendeln sowie zum Wohnortwechsel hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und wird wiederum massgeblich vom Qualifikations- und Spezialisierungsniveau der betreffenden Arbeitnehmer beeinflusst. So werden sich etwa Hochschullehrer mindestens innerhalb des jeweiligen Staates bewerben, während hingegen Studierende für eine Nebentätigkeit regelmässig an ihren jeweiligen Studienort gebunden sind.⁴³⁸

⁴³¹ EuGH, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 44 – *United Brands*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:257, Rn. 77 – *New Holland Ford*; EuG, ECLI:EU:T:1997:155, Rn. 92 – *Deutsche Bahn*; EuG, ECLI:EU:T:1997:84, Rn. 102 – *Tiercé Ladbroke*; Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rn. 12 Bst. b); Rösler, NZG 2000, 761, 767.

⁴³² So ausdrücklich Art. 9 Abs. 7 FKVO; siehe auch Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rn. 12 Bst. b).

⁴³³ EuG, ECLI:EU:T:1994:258, Rn. 56 – *Fiatagri*.

⁴³⁴ So ausdrücklich *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186.

⁴³⁵ *Heinemann*, WuW 2020, 371, 379.

⁴³⁶ *Naidu/Posner/Weyl*, 132 Harv. L. Rev. 2018, 536, 539.

⁴³⁷ *Kremer*, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 285.

⁴³⁸ *Wulf*, Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht, S. 116; *Bien/Doganoglu*, NZKart 2019, 185, 186.

Neben der räumlichen Mobilität der Arbeitskräfte spielen auch sprachliche Barrieren, kulturelle Gepflogenheiten⁴³⁹ sowie rechtliche Hürden⁴⁴⁰ – insbesondere nationale Berufszulassungsbeschränkungen oder Unterschiede bei der Anerkennung von Abschlüssen – eine wichtige Rolle und führen oftmals zu einer faktischen Marktabgrenzung anhand von Staatsgrenzen.⁴⁴¹ Schliesslich darf man davon ausgehen, dass aufgrund der Möglichkeiten mobiler Arbeit (Homeoffice, Telearbeit etc.) der räumlich relevante Markt durchaus weiter abzugrenzen sein kann.⁴⁴² Dies hängt jedoch wiederum von der konkreten Tätigkeit ab, welche der Arbeitnehmer als Dienstleistung anbietet. Demnach dürfte die räumliche Mobilität bei IT-Spezialisten sicherlich eine deutlich geringere Rolle spielen, als dies etwa bei Servicekräften im Bereich der Gastronomie der Fall ist.

4. Zeitlich relevanter Markt

Unter Umständen kommt neben der Bestimmung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht, auch eine Abgrenzung unter zeitlichen Gesichtspunkten in Betracht. Dies folgt daraus, dass bestimmte Waren und Dienstleistungen nur dann substituierbar sind, wenn sie auch im gleichen Zeitraum oder zu einem bestimmten Zeitpunkt angeboten werden. Die jeweiligen Marktteilnehmer müssen also *gleichzeitig* zum Leistungsaustausch bereit sein.⁴⁴³ Bei der Abgrenzung von Arbeitsmärkten kann diese zeitliche Komponente etwa bei der saisonalen Nachfrage nach Arbeitskräften (Saisonarbeiter bei der Ernte, Servicekräfte bei der Veranstaltung von Messen oder Weihnachtsmärkten etc.) oder bei Spitzen in der Produktion mit erhöhtem Arbeitskräftebedarf eine Rolle spielen. Dies gilt gleichsam für Arbeiten in der Nacht oder am Wochenende. Letztlich kommt der zeitlichen Marktabgrenzung bei Arbeitsmärkten – wie auch bei sonstigen Märkten⁴⁴⁴ – keine grosse Bedeutung zu.

⁴³⁹ Eufinger, RIW 2017, 481, 482.

⁴⁴⁰ Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186.

⁴⁴¹ Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 285.

⁴⁴² Bien/Doganoglu, NZKart 2019, 185, 186; welche aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung den räumlichen Einsatzbereich von Arbeitnehmer beinahe als «unendlich» erachten.

⁴⁴³ Wiedemann in: Wiedemann, § 23 Rn. 23; Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 102 AEUV Rn. 68 ff.

⁴⁴⁴ Wiedemann in: Wiedemann, § 23 Rn. 23; Fuchs in: Immenga/Mestmäcker AEUV Art. 102 Rn. 68 ff.; Bechtold/Bosch, GWB § 18 Rn. 28; Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 176.

VI. Wettbewerbsbeschränkung

1. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Die Vergütungs- oder Einstellungsabrede muss eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. In der Praxis wird regelmässig vom ungeschriebenen Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen, in dem die drei Tatbestandsformen der Verhinderung, der Einschränkung und der Verfälschung des Wettbewerbs aufgehen.⁴⁴⁵ Der Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung wird konkretisiert in der Beispielsliste der Art. 101 Abs. 1 AEUV. Hinsichtlich der konkreten Einordnung in diesen Beispielkatalog muss zwischen der Vereinbarung von Einstellungs- und Abwerbverboten sowie Vergütungsabreden differenziert werden.

Bei Absprachen über die Vergütungshöhe kommt eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 Bst. a) AEUV in Betracht, wonach die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen verboten ist. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich beim Arbeitsmarkt um einen Nachfragemarkt, sodass Absprachen über Ankaufspreise zwischen Unternehmen zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbes führen. Vereinbaren also zwei Unternehmen, die Vergütungshöhe der Beschäftigten auf ein bestimmtes Niveau zu begrenzen (sog. Gehaltsobergrenzen), ist darin die «Festsetzung der Ankaufspreise» i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Bst. a) AEUV für den Faktor Arbeit zu sehen.⁴⁴⁶ Auch die *EU-Kommission* hat in ihren überarbeiteten Horizontalleitlinien ausdrücklich festgehalten, dass es sich bei der «Festsetzung von Löhnen» in der Regel um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in Form eines *Einkaufskartelles* (und nicht um eine kartellrechtlich deutlich weniger problematische *gemeinsame Einkaufsregelung*) handelt.⁴⁴⁷

Vereinbarungen von Einstellungs- und Abwerbverboten werden im US-amerikanischen Recht überwiegend als horizontale Marktaufteilungsvereinbarun-

⁴⁴⁵ Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 124; Kling/Thomas, Kartellrecht, § 5 Rn. 89.

⁴⁴⁶ Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135; Eufinger, RIW 2017, 481, 485; Heinemann, WuW 2020, 371, 375; Ott, ZWeR 2022, 200, 205; Steinle/Fuhrer, CB 2023, 201, 202; Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 504; zweifelnd Mukomilow, CCZ 2022, 240, 245.

⁴⁴⁷ Horizontalleitlinien, Rn. 316 a); im Ergebnis so bereits Heinemann, WuW 2020, 371, 376; Ott, ZWeR 2022, 200, 205; a.A. Arnold, SZK 2022 114, 119 f.

gen klassifiziert.⁴⁴⁸ Im europäischen Kartellrecht könnten derartige Abreden ebenfalls unter die Wettbewerbsbeschränkung der Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen nach Art. 101 Abs. 1 Bst. c) AEUV subsumiert werden. Die ausdrückliche Erwähnung der «Versorgungsquellen» demonstriert, dass auch Nachfragemärkte aufgeteilt werden können.⁴⁴⁹ In diesem Fall stimmen sich die beteiligten Unternehmen in ihrer Eigenschaft als Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen miteinander ab.⁴⁵⁰

Bei verabredeten Einstellungs- und Abwerbeverboten stimmen sich die beteiligten Arbeitgeber also in ihrer Eigenschaft als Nachfrager nach der Dienstleistung «menschlicher Arbeit» ab.⁴⁵¹ Hierdurch wird der Nachfragemarkt zwischen diesen Unternehmen aufgeteilt, wodurch diese vom Wettbewerbsdruck befreit werden und in der Folge die Einkaufspreise (d.h. die Löhne) senken können. Selbst für den Fall, dass man in Vereinbarungen von Einstellungs- und Abwerbeverboten keine Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen nach Art. 101 Abs. 1 Bst. c) AEUV sieht, werden derartige Verhaltensweisen von der Generalklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst.⁴⁵²

Grundsätzlich liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn das autonome wirtschaftliche Verhalten der an der Verhaltenskoordination beteiligten Unternehmen eingeschränkt wird.⁴⁵³ Dies erfolgt unter besonderer Berücksichtigung des Selbstständigkeitspostulats. Daneben wird auch die Handlungsfreiheit Dritter geschützt.⁴⁵⁴ Abgestimmte Einstellungs- und Abwerbeverbote beschränken sowohl die Handlungsmöglichkeiten der an der Absprache beteiligten Unternehmen als auch die Handlungsmöglichkeiten der von der Absprache betroffenen Arbeitnehmer.⁴⁵⁵ So verzichten die beteiligten Arbeitgeber darauf, Mitarbeiter anderer Unternehmen abzuwerben und schränken damit ihre Wettbewerbsfreiheit ein, neue Arbeitskräfte zu gewinnen und einzustel-

⁴⁴⁸ US District Court, District of Colorado, *US v. DaVita Inc. and Kent Thiry*, 1:21-cr-00229-RBJ, Rn. 17.

⁴⁴⁹ Lübbig in: Wiedemann, § 8 Rn. 24; gleichwohl ist die Aufteilung der Versorgungsquellen gegenüber der Marktaufteilung von untergeordneter praktischer Bedeutung.

⁴⁵⁰ Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV Rn. 163.

⁴⁵¹ Vgl. Steinle/Fuhrer, CB 2023, 201, 202.

⁴⁵² So auch Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135.

⁴⁵³ EuGH, ECLI:EU:C:1984:65, Rn. 46 – *Hasselblad*; EuGH, ECLI:EU:C:1995:344, Rn. 19 – *Bayेरische Motorenwerke AG*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 13 – *Javico*; *Hahn*, Rechtliche Zulässigkeit von Salary Caps im Fussballsport, S. 148; Wiedemann in: Wiedemann, § 2 Rn. 3; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 127.

⁴⁵⁴ EuGH, ECLI:EU:C:1966:41, S. 387 – *Consten und Grundig*.

⁴⁵⁵ Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 42; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 308; Alexander, ZWeR 2016, 16, 26.

len. Für die von der Abrede betroffenen Arbeitskräfte verschlechtern sich die Möglichkeiten eines Wechsels des Beschäftigungsverhältnisses oder sie müssten bei einem möglichen Wechsel höchstwahrscheinlich schlechtere Konditionen in Kauf nehmen.⁴⁵⁶

2. «bezweckt» oder «bewirkt»

Eine solche Wettbewerbsbeschränkung muss entweder *bezweckt* oder *bewirkt* werden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, sind diese Voraussetzungen – wie die Konjunktion «oder» erkennen lässt – alternativ zu verstehen, so dass sich die Notwendigkeit ergibt, zunächst den eigentlichen Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind.⁴⁵⁷ Dabei ist ein wettbewerbsbeschränkender Zweck objektiv zu verstehen. Auf die subjektive Absicht der beteiligten Unternehmen kommt es nicht an, sie kann jedoch bei der Auslegung berücksichtigt werden.⁴⁵⁸ Die EU-Kommission prüft regelmässig zuerst, ob ein Bezwecken gegeben ist.⁴⁵⁹

Nach der Rechtsprechung des EuGH beeinträchtigen bestimmte Arten der Koordinierung zwischen Unternehmen den Wettbewerb hinreichend, um als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert zu werden, sodass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht erforderlich ist.⁴⁶⁰ Hierfür sind hinreichend belastbare und solide Erfahrungswerte erforderlich, dass eine Vereinbarung als ihrem Wesen (bzw. ihrer Natur)⁴⁶¹ nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden könne.⁴⁶² So stehe fest, dass bestimmte kollusive Verhaltensweisen, wie etwa diejenigen, die zur horizontalen Festsetzung der Preise durch Kartelle, als derart geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen auf insbesondere den Preis, die Menge oder die Qualität der Waren und Dienstleistungen haben, dass für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf

⁴⁵⁶ Alexander, ZWeR 2016, 16, 26.

⁴⁵⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1966:38, S. 303 – *Maschinenbau Ulm*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 35 – *Allianz Hungaria*.

⁴⁵⁸ EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 54 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*.

⁴⁵⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 31 – *Super Bock*.

⁴⁶⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 35 – *Budapest Bank*; EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 32 – *Super Bock*.

⁴⁶¹ EuGH, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 31 – *T-Mobile Netherlands*.

⁴⁶² EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 58 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 76 – *Budapest Bank*.

den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann.⁴⁶³ Die Erfahrung zeigt nach Ansicht des EuGH, dass solche Verhaltensweisen Minderungen der Produktion und Preiserhöhungen nach sich ziehen, welche zu einer schlechten Verteilung der Ressourcen zulasten insbesondere der Verbraucher⁴⁶⁴ führen.⁴⁶⁵

Demnach liege das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthält, in der Feststellung, dass eine solche Vereinbarung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, die die Annahme rechtfertigt, dass eine Prüfung ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich ist.⁴⁶⁶ Zur Beurteilung, ob eine bezweckte Wettbewerbsabrede vorliegt, ist folglich auf den Inhalt der Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen.⁴⁶⁷

Die Tatsache, dass eine Massnahme ein *legitimes Ziel verfolgt*, schliesst nicht aus, dass dieser zugleich ein wettbewerbsbeschränkender Zweck innewohnt.⁴⁶⁸ Auch wenn die Regelbeispiele von Art. 101 AEUV nicht abschliessend zu verstehen sind, ist der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen, da andernfalls die EU-Kommission von der Verpflichtung ent-

⁴⁶³ EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 36 – *Budapest Bank*.

⁴⁶⁴ Entgegen des allenfalls missverständlichen deutschen und englischen (auch die englische Fassung kann durch die Verwendung des Begriffs «consumers» gleichfalls missverstanden werden) Wortlautes (hingegen sind etwa sowohl die französische als auch die italienische Sprachfassung klarer, indem sie von «utilisateurs» bzw. «utilizzatori» sprechen) werden unter dem Begriff des Verbrauchers nicht nur private Endkonsumenten, sondern «alle potenziellen bzw. tatsächlichen Kunden der Parteien der Vereinbarung» verstanden, mithin auch Unternehmen, vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 49; siehe auch Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 84.

⁴⁶⁵ EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 51 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 64 – *Generics (UK)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 36 – *Budapest Bank*.

⁴⁶⁶ EuGH, EU:C:2015:784, Rn. 20 – *Maxima Latvija*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 67 – *Generics (UK)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 37 – *Budapest Bank*; EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rn. 34 – *Super Bock*.

⁴⁶⁷ EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 53 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 51 – *Budapest Bank*.

⁴⁶⁸ EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 70 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 52 – *Budapest Bank*.

bunden würde, die konkreten Auswirkungen auf den jeweiligen Markt zu beweisen, bei denen überhaupt nicht feststeht, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind.⁴⁶⁹

Lässt die Prüfung einer Art von Koordinierung zwischen Unternehmen keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, liegt kein wettbewerbsbeschränkender Zweck vor. In diesem Fall kann allerdings eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Für diese Prüfung sind die Auswirkungen der Abrede zu untersuchen, wobei hier Merkmale vorliegen müssen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist.⁴⁷⁰

Bei Vereinbarungen von Einstellungs- und Abwerbverboten sowie Vergütungsabreden wird objektiv eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs im Hinblick auf einen besonders wichtigen Wettbewerbsparameter angestrebt, der auch wesentliche Auswirkungen auf nachgelagerte Märkte haben kann. In soweit kann hier von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden.⁴⁷¹

3. Spürbarkeit

Zudem müssen die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen auf dem Arbeitsmarkt diesen auch *spürbar* beeinträchtigen. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist ein vom EuGH entwickeltes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 101 AEUV. Begründet wird diese teleologische Reduktion des Art. 101 AEUV mit dem Integrationsziel der Union, welches durch lediglich geringfügige Beeinträchtigungen nicht gefährdet wird.⁴⁷² Es soll verhindern, dass das Kartellverbot auch auf Bagatellfälle angewendet wird (sog. *de-minimis*-Regel oder Bagatellklausel).⁴⁷³ D.h. Wettbewerbsbeschränkungen

⁴⁶⁹ EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 58 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 54 – *Budapest Bank*.

⁴⁷⁰ EuGH, EU:C:2013:160, Rn. 34 – *Allianz Hungária Biztosító*; EuGH, EU:C:2014:2201, Rn. 52 – *Groupement des cartes bancaires (CB)*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:265, Rn. 38 – *Budapest Bank*.

⁴⁷¹ So auch Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135; vgl. auch Walzel/Monz, CB 2024, 56, 59 f. Für Vergütungsabreden siehe auch die Auffassung der EU-Kommission, die in [Teil 2 E. VI. 2.](#) dargelegt wurde.

⁴⁷² Kirchoff in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 Rn. 822. In Bezug auf die Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit siehe auch ausdrücklich EuGH, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 25 – *Javico*.

⁴⁷³ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1971:47 – *Cadillon/Höss*; EuGH, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 16 – *Béguelin*; EuGH, ECLI:EU:C:1980:186, Rn. 27, 28 – *Distillers Company*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:374, Rn. 8 – *Kerpen*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 85 – *Musique diffusion française*; EuGH,

auf dem Arbeitsmarkt, die nur geringfügig oder unbedeutend sind, fallen nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁷⁴ Die EU-Kommission hat zur Konkretisierung dieses ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals die sog. *De-minimis*-Bekanntmachung⁴⁷⁵ erlassen.

Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gelten nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁴⁷⁶ und der *De-minimis*-Bekanntmachung der EU-Kommission stets als *spürbar* («*appreciable*», «*sensible*» bzw. «*sensibile*»)⁴⁷⁷.⁴⁷⁸ Ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb müssen daher auch nicht geprüft werden.⁴⁷⁹ Diese sind erst bei der Prüfung der Effizienzrechtfertigung gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV relevant. Entsprechend gilt die *De-minimis*-Bekanntmachung auch nicht für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁸⁰ Die *De-minimis*-Bekanntmachung enthält eine sog. schwarze Liste von Abreden, die im Allgemeinen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gelten (sog. Kernbeschränkungen).⁴⁸¹ Zu nennen sind insbesondere Preisabsprachen, Vereinbarungen über die Aufteilung von Märkten und Kunden sowie Beschränkungen des Absatzes oder der Produktion. Vergütungsabreden sowie Vereinbarungen über Einstellungs- und Abwerbeverbote können, wie bereits ausgeführt, unter diesen Beispielkatalog subsumiert werden. Würden entsprechende Vereinbarungen hingegen keine Kernbeschränkung darstellen, ist deren Spürbarkeit festzustellen, indem der Wettbewerb, mit und ohne die zu beurteilende Hand-

ECLI:EU:C:1984:65, Rn. 19 – *Hasselblad*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 12 – *Javico*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:257, Rn. 91 – *New Holland Ford*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 88 – *John Deere*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 46 – *Bagnasco*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*.

⁴⁷⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 10 Rn. 80.

⁴⁷⁵ Bekanntmachungen und Leitlinien binden nur die EU-Kommission selbst, wobei die Gerichte und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden von der entsprechenden Auffassung der EU-Kommission jederzeit abweichen können, vgl. hierzu EuGH, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 31 – *Expedia*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 59 – *Ziegler*. Allerdings sind die in den Leitlinien und Mitteilungen dargelegten Grundsätze für die EU-Kommission im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes sowie des Gleichheitsgebots bindend, vgl. hierzu ausführlich *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht, S. 12; *Frenz*, Kontrolldichte im EU-Wettbewerbsrecht, EWS 2013, 123.

⁴⁷⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 35 ff. – *Expedia*.

⁴⁷⁷ Vgl. *De-minimis*-Bekanntmachung, Rn. 1. Dabei wird der Begriff der Spürbarkeit sowohl im Hinblick auf die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung als auch der Zwischenstaatlichkeit gleichermaßen verwendet. Dies gilt dabei zumindest für die deutsche, englische, französische und italienische Fassung gleichermaßen.

⁴⁷⁸ Vgl. *De-minimis*-Bekanntmachung, Rn. 2.

⁴⁷⁹ Vgl. [Teil 2 E. V.](#)

⁴⁸⁰ Vgl. *De-minimis*-Bekanntmachung, Rn. 2.

⁴⁸¹ Vgl. *De-minimis*-Bekanntmachung, Rn. 13.

lung, verglichen wird.⁴⁸² Hierfür ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, wobei insbesondere die Stellung und Bedeutung, welche die Unternehmen auf dem betreffenden Markt innehaben von grosser Relevanz ist.⁴⁸³ Ausschlaggebend ist daher der Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt.⁴⁸⁴ Die De-minimis-Bekanntmachung differenziert zwischen horizontalen⁴⁸⁵ und vertikalen⁴⁸⁶ Vereinbarungen, wobei für Absprachen zwischen Wettbewerbern eine Marktanteilsschwelle von 10% und für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern eine Schwelle von 15% gilt.⁴⁸⁷

Massgeblich für Kollusionen zwischen Arbeitgebern dürfte die Marktanteilschwelle von 10% sein, da Vergütungsabreden sowie Vereinbarungen über Einstellungs- und Abwerbeverbote den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt beschränken. Bei dieser Betrachtung spielt es keine Rolle, ob die Unternehmen auf dem nachgelagerten Absatzmarkt miteinander in Konkurrenz stehen oder nicht. Angesichts einer potenziell sehr engen Abgrenzung von Arbeitsmärkten – insbesondere bei hochspezialisierten und -qualifiziertem Personal – dürfte diese Schwelle in der Praxis durchaus des Öfteren überschritten werden.

4. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Schliesslich muss eine Vergütungs- oder Einstellungsabrede geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Anderenfalls scheidet ein Verstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV aus. Eine tatsächlich eingetretene Beeinträchtigung oder Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels muss nicht nachgewiesen werden.⁴⁸⁸ Es genügt der Nachweis, dass die Vereinbarung der Arbeitgeber zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels geeignet ist.⁴⁸⁹ Das Kriterium der Beeinträchtigung des zwischen-

⁴⁸² EuGH, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 16 – *Béguelin*; EuGH, ECLI:EU:C:1980:289, Rn. 19 – *L'Oréal*.

⁴⁸³ EuGH, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 13 – *Béguelin*.

⁴⁸⁴ EuGH, ECLI:EU:C:1978:19, Rn. 9, 10 – *Miller*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:293, Rn. 58 – *AEG*; EuGH, ECLI:EU:C:1984:65, Rn. 19 – *Hasselblad*.

⁴⁸⁵ Unter einer horizontalen Abrede versteht man eine Absprache zwischen tatsächlich oder potentiell miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen.

⁴⁸⁶ Unter einer vertikalen Abrede, versteht man eine Absprache zwischen Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen.

⁴⁸⁷ De-minimis-Bekanntmachung, Rn. 8 a), b).

⁴⁸⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1978:19, Rn. 15 – *Miller*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:257, Rn. 92 – *New Holland Ford*.

⁴⁸⁹ EuGH, ECLI:EU:C:1978:19, Rn. 15 – *Miller*; EuGH, ECLI:EU:C:1986:421, Rn. 20 – *British Leyland*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 48 – *Bagnasco*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 43 – *Asnef-Equifax*; EuGH, ECLI:EU:C:2017:716, Rn. 19 – *Ferriere Nord*.

staatlichen Handelns schränkt den Anwendungsbereich der Norm auf solche Verhaltensweisen ein, die der Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes nachteilig sein können und damit die innergemeinschaftlichen Handelsströme – worunter sowohl Produkte als auch Dienstleistungen wie menschliche Arbeitsleistung zu verstehen sind – behindern.⁴⁹⁰

Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel anhand einer Vielzahl objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände zu untersuchen, ob die Vereinbarung den Verkehr von Waren und Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann.⁴⁹¹ Um dies festzustellen, ist auf die Lage abzustellen, die bestünde, wenn es die entsprechende Vergütungs- oder Einstellungsabrede nicht gäbe.⁴⁹²

Auch die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung muss weiterhin geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten *spürbar* («*appreciable*», «*sensible*» bzw. «*sensibile*») zu beeinträchtigen.⁴⁹³ Auch dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal soll geringfügige Beschränkungen des Wettbewerbs, die nicht geeignet sind den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, vom Verbot des Art. 101 AEUV ausnehmen.⁴⁹⁴ Begründet wird auch dieses zweite Spürbarkeitskriterium und somit die Abweichung vom Wortlaut des Primärrechts mit dem Integrationsziel der Union, welches durch lediglich

⁴⁹⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1966:38, S. 303 – *Maschinenbau Ulm*; EuGH, ECLI:EU:C:1966:41 – *Grundig*; EuGH, ECLI:EU:C:1969:35, Rn. 5 – *Völk/Vervaecke*; EuGH, ECLI:EU:C:1975:174, Rn. 33 – *Suiker Unie*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 85 – *Musique diffusion française*; EuGH, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 22 – *Remia*; EuGH, ECLI:EU:C:1993:120, Rn. 143 – *Ahlström Osakeyhtiö*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 47 – *Bagnasco*.

⁴⁹¹ EuGH, ECLI:EU:C:1969:35, Rn. 5 – *Völk/Vervaecke*; EuGH, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 22 – *Remia*; EuGH, ECLI:EU:C:1995:434, Rn. 18 – *Oude Luttikhuis u.a.*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 47 – *Bagnasco*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:362, Rn. 170 – *Montecatini*; EuGH, ECLI:EU:C:2004:255, Rn. 27 – *British Sugar*.

⁴⁹² EuGH, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 16 – *Béguelin*.

⁴⁹³ EuGH, ECLI:EU:C:1969:35, Rn. 5 – *Völk/Vervaecke*; EuGH, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 16 – *Béguelin*; EuGH, ECLI:EU:C:1984:65, Rn. 19 – *Hasselblad*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:12, Rn. 47 – *Bagnasco*; EuGH, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 97 – *Pavlov*; EuGH, ECLI:EU:C:2001:577, Rn. 48 – *Ambulanz Glöckner*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 20 – *Expedia*. Siehe hierzu ausführlich Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABL C 101 v. 27.4.2004, S. 81.

⁴⁹⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 4 Rn. 33; *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 181; *Lübbig* in: *Wiedemann*, § 7 Rn. 47; *Frenz*, Europäisches Kartellrecht, Rn. 680.

geringfügige Beeinträchtigungen nicht gefährdet wird.⁴⁹⁵ Nach ständiger Spruchpraxis des EuGH ist hierbei insbesondere auf die Stellung und Bedeutung der Unternehmen auf dem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt abzustellen.⁴⁹⁶ Grundsätzlich gilt in diesem Zusammenhang, dass je stärker die Stellung der Unternehmen auf dem betreffenden Markt ist, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung eine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten bewirkt bzw. bezweckt.⁴⁹⁷ Verfügt der Arbeitgeber auf dem sachlich und räumlich abgegrenzten Markt über einen Marktanteil von 5 % und mehr, kann sein Verhalten den Handel grundsätzlich spürbar beeinträchtigen.⁴⁹⁸

Besonders bei grossen internationalen Arbeitgebern, welche für bestimmte Tätigkeiten spezialisierte und hochqualifizierte Arbeitskräfte nachfragen, wird dieser Marktanteil in der Praxis häufig überschritten werden, wird doch der sachlich und räumlich relevante Markt relativ eng abgegrenzt sein. Zu denken ist etwa an die *Cold Calling*-Vereinbarung zwischen den *Silicon Valley*-Unternehmen *Adobe*, *Apple*, *Google* und *Intel* bei der jedes an der Vereinbarung beteiligte Unternehmen die geforderten Marktanteilsschwelle der Spürbarkeit aufgrund ihrer marktstarken Stellung überschritten haben dürfte.⁴⁹⁹

5. Freistellungsfähigkeit

a) Grundsatz

Liegt eine spürbare wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. AEUV vor, bedeutet dies nicht, dass diese *per se* unzulässig ist. Das europäische Recht kennt – mit Ausnahme von wettbewerbsbeseitigenden Wettbewerbsabreden – keine *per-se*-Verbote.⁵⁰⁰ Vielmehr können solche Vereinbarungen aus Gründen der ökonomischen Effizienz gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt bzw. nach Schweizer Terminologie gerechtfertigt werden. Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt für eine Freistellung einer nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotenen Abrede vier Voraussetzungen auf. Erstens müssen mit der Vereinba-

⁴⁹⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 25 – *Javico*; siehe auch *Delvaux et. al.*, *Droit de l'entreprise*, Rn. 611.

⁴⁹⁶ EuGH, ECLI:EU:C:1971:113, Rn. 16 – *Béguelin*; EuGH, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 17 – *Javico*; EuG, ECLI:EU:T:1993:31, Rn. 138 – *BPB Industries and British Gypsum*.

⁴⁹⁷ EuG, ECLI:EU:T:1993:31, Rn. 138 – *BPB Industries and British Gypsum*.

⁴⁹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1978:19, Rn. 9, 10 – *Miller*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:293, Rn. 58 – *AEG*.

⁴⁹⁹ Vgl. [Teil 2 D. I. 1. b\)](#).

⁵⁰⁰ Siehe hierzu etwa die Übersicht bei *Graber/Mascherner* in: *DIKE-KG*, Art. 6 Rn. 25.

zung ökonomische Effizienzgewinne einhergehen.⁵⁰¹ Zweitens muss die einhergehende Wettbewerbsbeschränkung verhältnismässig sein, d.h. nicht über das hinaus gehen, was zur Erreichung der angestrebten Effizienzgewinne erforderlich ist.⁵⁰² Drittens darf durch die Vereinbarung nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren (oder Dienstleistungen) den Wettbewerb zu beseitigen.⁵⁰³ Viertens müssen die Verbraucher angemessen an den entstehenden Effizienzgewinnen beteiligt werden.⁵⁰⁴ Entgegen des allenfalls missverständlichen deutschen und englischen Wortlautes⁵⁰⁵ werden hierunter nicht nur private Endkonsumenten, sondern «alle potenziellen bzw. tatsächlichen Kunden der Parteien der Vereinbarung» verstanden, mithin auch Unternehmen.⁵⁰⁶ Die Beweislast, ob die Voraussetzung einer Freistellung gegeben sind, obliegt gemäss Art. 2 VO 1/2003 den Unternehmen, die sich auf eine solche berufen.

b) Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)

In Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) legt die EU-Kommission gewisse Voraussetzungen fest, bei deren Einhaltung Wettbewerbsabreden als ökonomisch gerechtfertigt im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV gelten. In diesen Fällen erübrigt sich eine Freistellung im Einzelfall.⁵⁰⁷ Der EuGH legt die GVO in Zweifel eng aus, da stets eine Prüfung unmittelbar nach Art. 101 Abs. 3 AEUV möglich ist.⁵⁰⁸ Die GVO werden stets so ausgestaltet, dass sie hinter den Freistellungsmöglichkeiten von Art. 101 Abs. 3 AEUV zurückbleiben, um ein in einer GVO angelegtes systematisches Überschreiten der Grenzen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verhindern.⁵⁰⁹ GVO sind Verordnungen i.S.d. Art. 288 AEUV. Demnach sind sie direkt und unmittelbar in jedem EU-Mitgliedsstaat anwendbar. Sie haben als europäische Verordnungen Gesetzescharakter und sind sowohl

⁵⁰¹ Vgl. hierzu ausführlich Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Abl. C 101 v. 27.4.2004, S. 97 (nachfolgend: Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV), Rn. 48 ff.

⁵⁰² Vgl. hierzu ausführlich Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 73 ff.

⁵⁰³ Vgl. hierzu ausführlich Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 83 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu ausführlich Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 105 ff.

⁵⁰⁵ Auch die englische Fassung kann durch die Verwendung des Begriffs «consumers» gleichfalls missverstanden werden. Hingegen sind etwa sowohl die französische als auch die italienische Sprachfassung klarer, indem sie von «utilisateurs» bzw. «utilizzatori» sprechen.

⁵⁰⁶ Horizontalleitlinien, Rn. 49; vgl. auch Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 84.

⁵⁰⁷ Ellger in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 334; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 14 Rn. 23 f.; Graber/Mascherner in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 27; Bellis, Droit européen de la concurrence, S. 79.

⁵⁰⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2011:649, Rn. 57 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

⁵⁰⁹ Wolf in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 1201.

für die europäischen als auch die mitgliedsstaatlichen Behörden und Gerichte verbindlich.⁵¹⁰ Erfüllt eine Wettbewerbsabrede nicht die in einer GVO aufgestellten Voraussetzungen, folgt hieraus nicht zwangsläufig, dass sie generell nicht freistellungsfähig ist.⁵¹¹ Sie muss sich vielmehr unmittelbar an den Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV messen. Ist eine Wettbewerbsabrede gruppenfreigestellt, ist sie in jedem Fall zulässig. Dies gilt sowohl für verwaltungs- als auch für zivilrechtliche Verfahren.⁵¹² Die *EU-Kommission* kann von Amts wegen oder auf Beschwerde hin nach Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. den entsprechenden Regelungen in den einzelnen GVO den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung im Einzelfall lediglich mit Wirkung *ex nunc*⁵¹³ entziehen. Voraussetzung hierfür ist gemäss Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003, dass im Einzelfall durch eine Vereinbarung, einen Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, für die die GVO gilt, Wirkungen auftreten, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind.

Die kartellrechtlichen GVO werden ergänzt durch Leitlinien und Mitteilungen der *EU-Kommission*, welche Unternehmen bei der Anwendbarkeit der Prüfung der Vereinbarkeit ihrer Wettbewerbsabreden mit den EU-Wettbewerbsregeln im Allgemeinen und den GVO im Besonderen unterstützen sollen.⁵¹⁴ Die Bekanntmachungen und Leitlinien binden jedoch – im Gegensatz zu den GVO – nur die *EU-Kommission* selbst.⁵¹⁵ Für die Gerichte der EU und der EU-Mitgliedsstaaten sowie für die nationalen Wettbewerbsbehörden entfalten sie keine Bindungswirkung.⁵¹⁶ Vor dem Hintergrund der strengen Rechtsprechung des *EuGH*, wonach Unternehmen bei der Beurteilung ihres Verhaltens im Rahmen von Art. 101 AEUV weder ein Beurteilungsspielraum zusteht, noch sie sich auf einen Verbotsirrtum berufen können, der auf dem Rat eines Anwalts oder sogar einem Entscheid einer nationalen Wettbewerbsbehörde beruht, kommt der durch die GVO geschaffenen Rechtssicherheit eine umso höhere Bedeutung zu.⁵¹⁷

⁵¹⁰ Siehe neben dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 288 AEUV auch *EuGH*, ECLI:EU:C:1991:91, Rn. 45 f.; *Graber/Mascherner* in: *DIKE-KG*, Art. 6 Rn. 29; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 14 Rn. 24.

⁵¹¹ Vgl. etwa *Horizontalleitlinien*, Rn. 217, siehe auch

⁵¹² *Allgemeine Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV*, Rn. 2.

⁵¹³ *Horizontalleitlinien*, Rn. 125.

⁵¹⁴ Vgl. *Horizontalleitlinien*, Rn. 1.

⁵¹⁵ *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:513, Rn. 59 – *Ziegler*; *Schmidt* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 1 VO 1/2003 Rn. 19; *Bellis*, *Droit européen de la concurrence*, S. 80.

⁵¹⁶ *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 21 – *Pfleiderer*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 29 ff. – *Expedia*.

⁵¹⁷ Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:404, Rn. 41 f. – *Schenker*; *Graber/Mascherner* in: *DIKE-KG*, Art. 6 Rn. 34.

c) *Freistellung von Einstellungs- und Abwerbeverbote sowie von Vergütungsabreden*

Auf die Freistellungsfähigkeit von Einstellungs- und Abwerbeverbote sowie von Vergütungsabreden wird in [Teil 4](#) im Detail eingegangen.

d) *Nebenabreden im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV*

Hat die Zusammenarbeit von zwei oder mehr Unternehmen neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb, fällt sie nicht unter das Kartellverbot i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern die Beschränkung für die Durchführung der Zusammenarbeit *objektiv notwendig* ist und zu den Zielen der Zusammenarbeit in einem *angemessenen Verhältnis* steht.⁵¹⁸ In diesem Zusammenhang wird von Nebenabreden («*ancillary restraints*») gesprochen.⁵¹⁹ Gemäss dieser Nebenabrede-Doktrin (im deutschen Rechtsraum auch «*Immanenztheorie*» bzw. «*Immanenzgedanke*» genannt)⁵²⁰ sind an das Vorliegen einer solchen Nebenabrede strenge Anforderungen zu stellen. Massstab ist, ob die Zusammenarbeit ohne die fragliche Beschränkung *unmöglich wäre*.⁵²¹ Demnach genügt es nicht, dass ohne die konkrete Beschränkung die Zusammenarbeit nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre.⁵²² Beispiele mit Praxisrelevanz lassen sich vor allem im Bereich vertikaler Abreden finden.⁵²³ Zu nennen sind hier etwa die Vereinbarung über Franchising,⁵²⁴ das auf einer gesetzlichen oder behördlichen Regelung basierende Verkaufsverbot einzelner Wa-

⁵¹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 19 f. – *Remia*; EuGH, ECLI:EU:C:2018:25, Rn. 69 – *Novartis et. al.*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89 – *MasterCard*; Horizontalleitlinien, Rn. 34; Wolf in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 499.

⁵¹⁹ Stockenhuber in: GHN AEUV, Art. 101 Rn. 151 ff.; Krebs/Becker, Lexikon des Wettbewerbsrechts, Begriff «*ancillary restraints*»; *van Bael/Bellis*, Competition Law of the European Union, § 2.4; Vogel, European Competition Law, S. 129; ausführlich *Faull et. al. in: The EU Law of Competition*, Kap. 3 Rn. 3.235 ff.

⁵²⁰ Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 148; Pohlmann in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 603; Dück/Mascherner, WRP 2013, 167, 170 f.; Krebs/Becker, Lexikon des Wettbewerbsrechts, Begriff «*Immanenztheorie*».

⁵²¹ Horizontalleitlinien, Rn. 34.

⁵²² Horizontalleitlinien, Rn. 34.

⁵²³ Wolf in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 499 und 569.

⁵²⁴ Vor dem Hintergrund der dem Franchising innewohnenden besonderen Merkmale können Bestimmungen, die für das Funktionieren eines Franchisesystems unbedingt notwendig sind, nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Vgl. hierzu EuGH, ECLI: EU:C:1986:41, Rn. 16 – *Pronuptia*; siehe auch Vertikalleitlinien, Rn. 166.

ren an bestimmte Kunden⁵²⁵ oder die Vereinbarung eines aktiven Verkaufsverbots aufgrund einer *echten* Markterprobung eines neuen Produkts in einem begrenzten Gebiet.⁵²⁶

e) *Vergütungs- und Einstellungsabreden als zulässige Nebenabreden*

Die Frage, inwiefern Einstellungs- und Vergütungsabreden als Nebenabreden im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen und im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zulässig sein können, ist Gegenstand der entsprechenden Ausführungen in [Teil 4](#).

F. Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in der Schweiz

I. Einleitende Bemerkungen

Im Schweizer Recht sind Vergütungs- und Einstellungsabreden aus kartellrechtlicher Sicht nach den Art. 4 und 5 KG zu beurteilen. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Art. 5 Abs. 1 KG verbietet Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.

II. Gesamtarbeitsverträge (GAV)

Das Pendant zum «Tarifvertrag» im europäischen und deutschen Recht ist in der Schweiz der «Gesamtarbeitsvertrag (GAV)» («*convention collective de travail, CCT*»). Das Schweizer Recht kennt keine ausdrückliche Definition des Begriffs des GAV. Allerdings hält Art. 356 OR fest, dass durch einen GAV Ar-

⁵²⁵ Die EU-Kommission nennt hier als Beispiel ein vereinbartes Verkaufsverbot gefährlicher Stoffe an bestimmte Kunden aus Gründen der Sicherheit oder Gesundheit, vgl. Vertikalleitlinien, Rn. 180.

⁵²⁶ Vertikalleitlinien, Rn. 184.

beitgeber (Firmen-GAV) oder deren Verbände (Verbands-GAV) und Arbeitnehmerverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufstellen können (Abs. 1).⁵²⁷ Ein Konzern-GAV ist – aufgrund der mangelnden Rechtsfähigkeit des Konzerns – vom Gesetzgeber zwar nicht vorgesehen, wird in der Praxis aber allgemein anerkannt.⁵²⁸ Neben Bestimmungen, die über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse hinausgehen, kann ein GAV auch weitere Bestimmungen enthalten (Abs. 2). Voraussetzung hierfür ist, dass diese weiteren Bestimmungen das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen, oder sich auf die Aufstellung solcher Bestimmungen beschränken. Überdies kann ein GAV Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter sich sowie seine Kontrolle und Durchsetzung regeln (Abs. 3). Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit gemäss Art. 19 Abs. 1 OR kann ein GAV sämtliche Bestimmungen enthalten, die im weitesten Sinne die Arbeitsbedingungen der Vertragsparteien und Beteiligten untereinander verbindlich festlegen.⁵²⁹

Nach Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen⁵³⁰ kann ein GAV auf Antrag der Vertragsparteien durch den Bundesrat als allgemeinverbindlich erklärt werden, womit er auch auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgedehnt wird, die nicht am GAV beteiligt sind. GAV müssen gemäss Art. 2 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen für eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung drei Bedingungen kumulativ erfüllen. Erstens muss sich die Allgemeinverbindlichkeit als notwendig erweisen (Ziff. 1). Dies ist der Fall, wenn ohne die Allgemeinverbindlichkeitserklärung erhebliche Nachteile für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erwarten sind. Zweitens darf die Allgemeinverbindlichkeit dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen. Darüber hinaus muss sie in diesem Rahmen den, auf regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten beruhenden, Minderheitsinteressen innerhalb des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes angemessen Rechnung tragen (Ziff. 2). Drittens müssen dem gegenständlichen GAV grundsätzlich mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt werden soll, beteiligt sein (Ziff. 3). Erklärt der Bundesrat ei-

⁵²⁷ Decurtins in: OFK OR, Art. 356 Rn. 2.

⁵²⁸ Siehe hierzu ausführlich Geiser, AJP 2023,1032, 1033; Geiser/Uhlig, ZBJV 2010, 1 ff.

⁵²⁹ Keller, sic! 2009, 214.

⁵³⁰ SR 221.215.311, eine amtliche Abkürzung existiert vorliegend nicht.

nen GAV für allgemeinverbindlich gelten dessen Regelungen nach Art. 4 Abs. 1 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen für sämtliche Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die in der betroffenen Branche tätig sind.

Die Vereinheitlichung von Löhnen und Arbeitsbedingungen durch einen GAV beschränkt regelmässig den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt.⁵³¹ Während GAV zwar Bestimmungen betreffend die Löhne enthalten, sind Einstellungs- und Abwerbeverbote kein Bestandteil eines GAV.⁵³² Der wesentliche Unterschied von GAV innewohnenden Lohnvereinbarungen gegenüber Vergütungsabreden besteht darin, dass bei einem GAV die Vertragsparteien regelmässig eine bestimmte Mindestvergütung vereinbaren,⁵³³ während hingegen bei arbeitgeberseitig vereinbarten Vergütungsabreden regelmässig eine bestimmte Höchstvergütung verabredet wird.⁵³⁴ Gemäss dem in Art. 357 Abs. 2 OR geregelten Günstigkeitsprinzip ist die Vereinbarung eines höheren Lohns für einen Arbeitnehmer stets zulässig.⁵³⁵ Die Vorschrift hat zwingenden Charakter und ist unabdingbar.⁵³⁶ Entsprechend ist die Vereinbarung von Höchstlöhnen im Rahmen eines GAV unzulässig.⁵³⁷

In der Praxis haben GAV in der Schweiz eine überragende Bedeutung, welches mit der Öffnung des Arbeitsmarktes durch das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU weiter zugenommen hat.⁵³⁸ So stellen die für allgemeinverbindlich erklärten GAV gemeinsam mit einer verstärkten Kon-

⁵³¹ Keller, sic! 2009, 214, 214 f.

⁵³² Vgl. hierzu etwa die für allgemeinverbindlich erklärten GAV auf Ebene Bund, abrufbar auf der Website des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, www.seco.admin.ch > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Gesamtarbeitsverträge > Gesamtarbeitsverträge Bund. Diese enthalten keine Regelungen betreffend Einstellungs- oder Abwerbeverbote.

⁵³³ Gemäss dem Bundesamt für Statistik BfS gab es zum 1. März 2021 insgesamt 575 GAV in der Schweiz, denen 2 157 900 Arbeitnehmer unterstellt sind. Hiervon enthalten 503 GAV mit 1 874 200 unterstellten Arbeitnehmern Regelungen zu Mindestlöhnen, www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Arbeit und Erwerb > Gesamtarbeitsverträge und Sozialpartnerschaft > Gesamtarbeitsverträge.

⁵³⁴ Siehe hierzu [Teil 2 B. I](#). Zur Vereinbarkeit von Spitzenlöhnen mit dem kollektivrechtlichen Zumutbarkeitsprinzip siehe Stöckli, ArbR 2006 S. 169.

⁵³⁵ BGE 140 III 391, 400 E. 3.3; Vischer/Albrecht in: ZK OR, Art. 357 Rn. 28 ff.; Humbert, Anwaltsrevue 2022, 407, 413.

⁵³⁶ Vischer/Albrecht in: ZK OR, Art. 357 Rn. 28 ff.

⁵³⁷ BGE 140 III 391, 400 E. 3.3; Humbert, Anwaltsrevue 2022, 407, 413 f.

⁵³⁸ So auch Keller, sic! 2009, 214, 217.

trolle durch die tripartiten Kommissionen⁵³⁹ sowie dem verschärften EntsG den wesentlichen Teil der flankierenden Massnahmen nach Einführung des freien Personenverkehrs mit den EU-Mitgliedsstaaten dar.⁵⁴⁰

III. Arbeitsrechtliche Bereichsausnahme

Das KG-62 hielt in seinem Art. 1 S. 1 fest, dass das Gesetz «auf Kartelle und ähnliche Organisationen» anwendbar ist. Art. 1 S. 2 KG-62 sah *expressis verbis* vor, dass das Gesetz nicht anwendbar ist auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen. Gemeint waren damit GAV sowie die Mittel des Arbeitskampfes, d.h. Streik seitens der Gewerkschaften sowie die Gegenmassnahmen der Arbeitgeber.⁵⁴¹ Mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1985 wurde die Regelung von Art. 1 S. 1 KG-62 unverändert in einen neuen Art. 1 Abs. 1 KG-85 verschoben und um einen Nebensatz ergänzt, wonach das Gesetz sowohl Unternehmen des privaten wie des öffentlichen Rechts erfasst. Art. 1 S. 2 KG-62 wurde unverändert in einen neuen Art. 1 Abs. 2 KG-85 verortet.

Der persönliche Geltungsbereich des geltenden KG knüpft weiterhin an der Unternehmenseigenschaft an. Allerdings wurde die ausdrückliche Ausnahme von Verträgen, Beschlüssen und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen in Gestalt des Art. 1 Abs. 2 KG-85 ersatzlos gestrichen. Begründet wurde dieser Schritt damit, dass mit der Verwendung des Begriffs des Unternehmens im Sinne einer ökonomischen Begriffsausrichtung das Verständnis einhergehe, dass weder Konsumenten noch Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden.⁵⁴²

Bereits die Botschaft⁵⁴³ zum geltenden KG statuierte, dass «Abreden, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen» nicht durch das KG erfasst wer-

⁵³⁹ Gemäss Art. 360b OR setzen sowohl der Bund als auch jeder Kanton eine tripartite Kommission ein, die zu gleichen Teilen aus Vertretern der Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Behörden besteht. Sie beobachten laufend den Arbeitsmarkt, um Missbräuche zu verhindern. Ihre Kompetenzen sind insbesondere in Art. 360b OR aufgeführt.

⁵⁴⁰ Keller, sic! 2009 S. 214, 217.

⁵⁴¹ Botschaft KG 1961, 571.

⁵⁴² Vgl. Botschaft KG 1995, 533 f.; vgl. hierzu auch WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

⁵⁴³ Unter dem Begriff der «Botschaft» wird in der Schweiz die Gesetzesbegründung verstanden, welche vom Bundesrat verfasst wird. Wird dieser im Rahmen der parlamentarischen Beratungen nicht ausdrücklich widersprochen, zeigt sie auf, welchen Sinn der historische Gesetzgeber einer Vorschrift unbestrittenermassen zumessen wollte. Vgl. hierzu ausführlich Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 161 f. und 173.

den.⁵⁴⁴ Auch die parlamentarischen Beratungen zur damaligen Botschaft untermauerten dieses Verständnis.⁵⁴⁵ Hiermit werden in erster Linie GAV erfasst, auch wenn an diesen neben den Arbeitnehmern- bzw. den Arbeitnehmerverbänden regelmässig eine Vielzahl von Unternehmen bzw. Arbeitgeberverbänden beteiligt sind.⁵⁴⁶ Die Ausnahme von GAV aus dem sachlichen Geltungsbereich des KG findet allerdings dort ihre Grenze, wo Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen.⁵⁴⁷ Als Beispiel für eine Wettbewerbsbeschränkung, welche nicht ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betrifft, kann etwa ein GAV angesehen werden, der von den Arbeitgebern verlangt, nur Rohstoffe schweizerischer Herkunft zu verwenden.⁵⁴⁸ Hiermit geht keine Regulierung des Arbeitsmarktes einher, sondern es wird vielmehr die Einkaufsfreiheit der Arbeitgeber beschränkt.⁵⁴⁹ Auch Einstellungs- und Abwerbverbote betreffen nicht ausschliesslich das Arbeitsverhältnis, sondern beschränken Unternehmen in ihrer Freiheit, Personal zu rekrutieren, womit sie nicht dem Geltungsbereich des KG entzogen werden.⁵⁵⁰

Das WEKO-Sekretariat scheint ebenfalls davon auszugehen, dass Abreden, die das Verhandlungsergebnis von Sozialpartnern darstellen, grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des KG fallen. Dies folgt zumindest aus ihrer Medienmitteilung hinsichtlich des ersten kartellrechtlichen Verfahrens zu Vergütungsabreden in Form einer Vorabklärung⁵⁵¹ nach Art. 26 KG.⁵⁵² Hingegen unterliegen Massnahmen auf dem Arbeitsmarkt, die lediglich «Vehikel unerlaubter Abreden auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt sind, wie bei-

⁵⁴⁴ Botschaft KG 1995, 534.

⁵⁴⁵ Amstutz/Gohari in BSK-KG, Art. 2 Rn. 128 mit Verweis auf Ständerat *Simmen*, AB S 1995 846 bis 852; Nationalrat *Ledergerber*, AB N 1995 1058 sowie Nationalrat *Stucky*, Ab N 1995 1061.

⁵⁴⁶ *Heizmann/Mayer* in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 41.

⁵⁴⁷ *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 308.

⁵⁴⁸ *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 308.

⁵⁴⁹ *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 308.

⁵⁵⁰ *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 308; *Picht* in: SIWR V/2, A. Rn. 32.

⁵⁵¹ Bei einer Vorabklärung handelt es sich um ein in Art. 26 KG geregeltes Verfahren, welches vor einer Untersuchung nach Art. 27 KG erfolgen kann, aber nicht muss. Im Rahmen einer Vorabklärung kann das WEKO-Sekretariat lediglich Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Darüber hinausgehende Rechte stehen der WEKO oder ihrem Sekretariat in diesem Verfahren nicht zu.

⁵⁵² Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 5.12.2022 «Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor», abrufbar unter www.admin.weko.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor.

spielsweise die Behinderung Dritter durch das Sperren von Arbeitskräften» der Beurteilung durch das KG.⁵⁵³

Profittiert ein GAV nicht von der Bereichsausnahme des KG, können die kartellrechtlichen Vorschriften dennoch nicht anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn der Bundesrat einen GAV für allgemeinverbindlich erklärt.⁵⁵⁴ So unterliegen nach Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b) nicht dem KG. Art. 3 Abs. 1 KG ist bereits aufgrund seines Wortlauts («soweit sie ... Wettbewerb nicht zulassen») restriktiv auszulegen.⁵⁵⁵ Die *ratio legis* der Vorschrift besteht darin, dass die Regelungen des KG derartige staatliche Markt- oder Preisordnungen nicht in Frage stellen sollen, sofern der Gesetzgeber bewusst das Wettbewerbsprinzip partiell ausgeschaltet hat.⁵⁵⁶ Erklärt der Bundesrat einen GAV für allgemeinverbindlich, sind seine Vorschriften für alle Betroffenen auf dem jeweiligen Markt zwingend. Ein Wettbewerb hinsichtlich der betroffenen Wettbewerbsparameter ist somit gar nicht mehr – oder zumindest nur noch sehr eingeschränkt – möglich. Allerdings handelt es sich hier *cum grano salis* eher um eine theoretische Frage, da der Bundesrat – soweit ersichtlich – noch keinen GAV für allgemeinverbindlich erklärt hat, dessen Inhalt über die Regelung der Arbeitsverhältnisse hinausgeht. Insbesondere existiert kein GAV, der Vergütungsabreden im Sinne von Lohndeckeln oder Einstellungs- und Abwerbverbote zum Gegenstand hat. Eine solche Begrenzung zulasten des Arbeitnehmers stünde ohnehin im Widerspruch zum Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 357 Abs. 2 OR, wonach stets zugunsten des Arbeitnehmers von den Bestimmungen eines GAV abgewichen werden darf.⁵⁵⁷

Im Rahmen der parlamentarischen Beratung der erste Teilrevision des KG im Jahr 2001 und somit im Nachgang zur entsprechenden Botschaft des Bundesrates⁵⁵⁸ wurde mit Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs in das Gesetz eingeführt. Daher enthält die Botschaft keine Ausführ-

⁵⁵³ Vgl. Botschaft KG 1995, 534; vgl. hierzu bereits die Botschaft KG 1961, 571.

⁵⁵⁴ Siehe zur Frage der Allgemeinverbindlichkeitserklärung im Allgemeinen und zu den Voraussetzungen im Speziellen [Teil 2 F. II](#).

⁵⁵⁵ BGE 141 II 66 E. 2.2.3 – *Hors-Liste Medikamente*; Weber in: DIKE-KG, Art. 3 Rn. 19; Schott in: BSK-KG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 10; Schaller/Tagmann, AJP 2004, 704, 707.

⁵⁵⁶ BGE 141 II 66 E. 2.2.2 – *Hors-Liste Medikamente*; Botschaft KG 1995, 539.

⁵⁵⁷ Siehe hierzu im Detail [Teil 2 F. II](#).

⁵⁵⁸ Vgl. Botschaft 2001.

rungen hierzu. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG statuiert, dass sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, als Unternehmen gelten. Mit dieser Gesetzesanpassung ging allerdings keine Änderung hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des Schweizer Kartellrechts auf Arbeitnehmer oder Gewerkschaften einher.⁵⁵⁹

IV. Neuere gesetzgeberische Entwicklungen

Das WEKO-Sekretariat beschäftigte sich im Jahr 2020 im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG i.S. *Einführung Financial Fairplay in der National League* mit der angedachten Einführung eines sog. «Financial Fairplay-Konzepts» in der *National League* (der höchsten Eishockey-Liga der Schweiz).⁵⁶⁰ Die angedachte Vereinbarung sollte zwischen den Clubs dieser Liga, welche als Unternehmen im Sinne des KG gelten,⁵⁶¹ ohne Beteiligung der Spieler geschlossen werden. Das WEKO-Sekretariat sah diese Anliegen kritisch,⁵⁶² sodass die *National League* soweit ersichtlich auf die Einführung ihres Financial Fairplay-Konzepts verzichtete. Im Rahmen der laufenden Teilrevision des Schweizer Kartellgesetzes⁵⁶³ schlägt eine Minderheit der vorberatenden WAK-S⁵⁶⁴ – als Reaktion auf diese Beratungsanfrage – eine Privilegierung von Vergütungsabreden für Sportclubs im Sinne einer gesetzlichen Fiktion vor. Gemäss dem eingebrachten Art. 6 Abs. 4 E-KG⁵⁶⁵ sollen Abreden im Bereich der Ligen mit professionellem Spielbetrieb, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der an den Ligen teilnehmenden Clubs sicherstellen, indem sie z. B. die Gesamtausgaben oder Teile davon (namentlich die Brutto-Lohnkosten) begrenzen, stets durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein. Die Erfolgchancen dieses Partikularanliegens sind gegenwärtig schwierig abzuschätzen. Allerdings hat der Ständerat am 11. Juni 2024 diesen Minderheits-

⁵⁵⁹ So auch Keller, sic! 2009, 214, 217.

⁵⁶⁰ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

⁵⁶¹ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 32 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

⁵⁶² WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 75 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

⁵⁶³ Vgl. hierzu Botschaft KG 2023; das Parlament führt das Dossier unter der Nummer 23.047.

⁵⁶⁴ Der Ständerat behandelt das Dossier als Erstrat. Die WAK-S begann mit den Beratungen am 17. August 2023 und beendete diese am 2. Mai 2024.

⁵⁶⁵ Vgl. die offizielle Fahne vom 2. Mai 2024, abrufbar unter www.parlament.ch > Suchen: 23.047.

antrag zumindest relativ deutlich mit 28 zu 16 Stimmen ohne Enthaltung angenommen.⁵⁶⁶ Im nächsten Schritt wird die WAK-N das Dossier behandeln, bevor der Nationalrat sich der Revisionsvorlage annimmt. Der Abschluss der parlamentarischen Beratungen zur laufenden KG-Teilrevision ist nicht vor Sommer 2025 zu erwarten.

V. Unternehmen

1. Einleitende Bemerkungen

Art. 5 Abs. 1 KG richtet sich an Unternehmen, wobei auch im Schweizer Recht von einem «funktionalen» Unternehmensbegriff auszugehen ist,⁵⁶⁷ wie sich aus der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ergibt. Hiernach gelten als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG richten sich die kartellrechtlichen Vorschriften des Schweizer Rechts ausschliesslich an Unternehmen. Unternehmensvereinigungen werden somit – nach dem beabsichtigten Schweigen des Gesetzgebers und im Gegensatz zum EU-Recht – nicht erfasst.⁵⁶⁸ Die Vorschriften des KG können lediglich auf Unternehmensvereinigungen angewendet werden, wenn diese selbst unternehmerisch im kartellrechtlichen Sinne tätig sind. [Teil 3](#) der vorliegenden Untersuchung widmet sich im Detail dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff des Schweizer Rechts. Daher wird hier für weitere grundsätzliche Überlegungen dazu an die angegebene Stelle verwiesen.

2. Arbeitnehmer

Bereits das erste Schweizer Kartellrecht aus dem Jahr 1962 schloss Arbeitnehmer von seinem persönlichen Geltungsbereich aus. Der Gesetzgeber begründete diese Ausnahme insbesondere damit, dass Arbeitnehmer aufgrund ihrer grossen Anzahl ganz besonders darauf angewiesen seien, durch Zusammenfassung ihrer Einzelangebote die Verhandlungsposition gegenüber den (mut-

⁵⁶⁶ Vgl. AB 2024 S 553.

⁵⁶⁷ BVGer, Ents. v. 18.12.2018, B-831/2011 E. 37 – DCC; *Heinemann* in: FS Killias, S. 861, 871; *Skoczylas*, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 27 f.; *Stäuber*, GesKR 2020, 89, 90.

⁵⁶⁸ *Graber/Maschmer* in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 25; *Heinemann*, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, 7, 9; *ders.* in: FS Killias, S. 861, 876; *Tagmann*, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 20 f.

masslich verhandlungsstarken) Arbeitgebern zu verstärken.⁵⁶⁹ Das KG 1985 hielt an diesem ausdrücklichen Ausschluss fest.⁵⁷⁰ Der persönliche Geltungsbereich des geltenden KG 1996 knüpft weiterhin an der Unternehmenseigenschaft an. Gemäss dessen ökonomischer Begriffsausrichtung werden weder Konsumenten noch Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst.⁵⁷¹ Zwar nehmen Arbeitnehmer am Wirtschaftsprozess durch die Zurverfügungstellung ihre Arbeitsleistung intensiv teil, dies geschieht jedoch im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses, sodass sie nicht wirtschaftlich selbstständig am Markt auftreten.⁵⁷² In materieller Hinsicht wird der Ausschluss der Arbeitnehmer vom Anwendungsbereich des Kartellrechts damit begründet, dass der Arbeitsmarkt durch ein strukturelles Ungleichgewicht gekennzeichnet ist und sich die Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern in einem Zustand atomistischer Konkurrenz befinden.⁵⁷³ Daher kann ein Gleichgewicht nur durch gemeinsames Vorgehen der Arbeitnehmer erreicht werden.

Bei der Definition des Begriffs des Arbeitnehmers stützt sich das KG auf das Zivilrecht – und nicht etwa auf das Sozialversicherungsrecht.⁵⁷⁴ Dieses Verständnis verfolgt insbesondere den Zweck, die vom KG ausgenommen Bereiche möglichst begrenzt zu halten.⁵⁷⁵ Insbesondere bei der Abgrenzung von Arbeitnehmern zu Beauftragten (im Sinne des Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR) kann diese Sichtweise eine gewisse Relevanz zeitigen. Beauftragte gelten vor dem Hintergrund ihrer Tätigkeit im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie der Tragung des unternehmerischen Risikos als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne und werden demzufolge vom KG erfasst.⁵⁷⁶ Hingegen

⁵⁶⁹ Botschaft KG 1961, 571.

⁵⁷⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 2 KG-85 und hierzu ausführlich Botschaft 1981, 1319 ff.

⁵⁷¹ Vgl. Botschaft KG 1995, 533 f.; WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*; Martenet/Killias in: CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 49 ff.; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 19; Humi, L'action civile en droit de la concurrence, S. 285.

⁵⁷² Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 39; Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 9; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 305; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 19; Kubli, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, S. 137.

⁵⁷³ WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*; Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 40; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 306.

⁵⁷⁴ WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

⁵⁷⁵ WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

⁵⁷⁶ Vgl. hierzu etwa WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 8 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*.

werden echte *Agenten*⁵⁷⁷ i.S.d. Agenturrechts gemäss Art. 418a ff. OR nicht als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne qualifiziert, vorausgesetzt sie sind für den Auftraggeber tätig.⁵⁷⁸ Auf dem Markt für Agenturleistungen gelten sie hingegen als Unternehmen.⁵⁷⁹

3. Gewerkschaften

Wie zuvor ausgeführt, gelten Arbeitnehmer im kartellrechtlichen Sinne nicht als Unternehmen.⁵⁸⁰ Die gleichen Überlegungen können auf ihre gewerkschaftliche Organisation übertragen werden.⁵⁸¹ Auch wenn mit der gewerkschaftlichen Organisation eine Verstärkung der wirtschaftlichen Macht der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt einhergeht, führt dies regelmässig nicht zu einem unabhängigen Auftritt auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt und einer damit einhergehenden Beeinflussung von diesem.⁵⁸² Allenfalls indirekte Effekte auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt reichen für die Annahme einer Unternehmenseigenschaft nicht aus.⁵⁸³ Schliesslich spricht auch der klare Wortlaut der bundesrätlichen Botschaft, wonach *auch* unter dem geltende KG «Abreden, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen», nicht von den kartellrechtlichen Bestimmungen erfasst sind,⁵⁸⁴ gegen die Qualifizierung von Gewerkschaften als Unternehmen.⁵⁸⁵ Gleichwohl kann Gewerkschaften die Unternehmenseigenschaft zugesprochen werden, wenn sie – ausserhalb der Verhandlungen von GAV – selbst unternehmerisch tätig werden.⁵⁸⁶

⁵⁷⁷ Nach europäischer Terminologie handelt es sich hierbei um «Handelsvertreter».

⁵⁷⁸ Amstutz/Gohari in BSK-KG, Art. 2 Rn. 133; Bangertler/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 24; Picht in: SIWR V/2, A. Rn. 30.

⁵⁷⁹ Reinert in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 366; Ruggli, sic! 2006, 159, 162.

⁵⁸⁰ Siehe [Teil 2 F. V. 2](#).

⁵⁸¹ WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*, Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 9; Picht in: SIWR V/2, A. Rn. 31; Martenet/Killias in: CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 52.

⁵⁸² Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 9.

⁵⁸³ Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 9.

⁵⁸⁴ Botschaft KG 1995, 534.

⁵⁸⁵ Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 9.

⁵⁸⁶ WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 345 Rn. 6 – *Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)*; Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 42; Picht in: SIWR V/2, A. Rn. 31; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 308; siehe darüber hinaus auch die entsprechenden Überlegungen zum EU-Kartellrecht in [Teil 2 F. V. 3](#), welche vorliegend *tel quel* übertragen werden können.

Würde man Arbeitnehmer entgegen der h.M. als Unternehmen ansehen, würde dies nicht dazu führen, dass eine Gewerkschaft somit selbst den Vorschriften des KG unterliegt. Im Gegensatz zum europäischen Recht ist das Schweizer Kartellrecht nur auf Unternehmen und nicht auf Unternehmensvereinigungen anwendbar.⁵⁸⁷ Unternehmensvereinigungen werden nur erfasst, wenn sie selbst unternehmerisch i.S.d. Kartellrechts tätig werden.

4. Arbeitgeber

a) Grundsatz

Als Arbeitgeber gilt jedermann, der sich im Rahmen eines Einzelarbeitsvertrages weisungsgebundene Arbeit versprechen lässt.⁵⁸⁸ Während ein Arbeitnehmer nur eine natürliche Person sein kann, wie sich aus Art. 321 OR ergibt, kommen als Arbeitgeber sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht.⁵⁸⁹ Arbeitgeber üben häufig eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, wofür sie auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers angewiesen sind. Sind Arbeitgeber nicht wirtschaftlich tätig, liegt im kartellrechtlichen Sinne kein Unternehmen vor. Allerdings stellt die Vereinbarung der hier untersuchten Vergütungs- und Einstellungsabreden eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, womit der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes eröffnet wird.⁵⁹⁰

b) Gemeinnützige Organisationen

Das Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit gilt regelmässig auch für nicht auf Gewinnerzielung gerichtete Organisationen. Vor dem Hintergrund des funktionalen Unternehmensbegriffs im Schweizer Kartellrecht geltende solche Organisationen nicht als Unternehmen, sodass sie dessen Anwendungsbereich entzogen sind. Gleichsam wie im europäischen Recht können sie allerdings in einzelnen Bereichen wirtschaftlich tätig sein.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ Graber/Maschmer in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 25.

⁵⁸⁸ Grebski in: OFK OR, Art. 319 Rn. 13.

⁵⁸⁹ Gerbsbach/Gross in: SHK – Der Arbeitsvertrag, Art. 319 Rn. 2; Grebski in: OFK OR, Art. 319 Rn. 13.

⁵⁹⁰ Ebenso Picht in: SIWR V/2, A. Rn. 32.

⁵⁹¹ Siehe hierzu ausführlich Jung, recht 2019, 127 ff.

c) *Nachfragetätigkeit von Unternehmen*

Das Schweizer Recht erfasst – im Gegensatz zum EU-Recht – bereits bei der Unternehmensdefinition i.S.d. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ausdrücklich die Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen als unternehmerische Tätigkeit.⁵⁹² Allerdings wird die Nachfrage nur insofern erfasst, als diese der eigenen Produktion von Waren und Dienstleistungen dient.⁵⁹³

VI. Kooperation

Im Hinblick auf die Form ist für eine Wettbewerbsabrede i.S.d. Art. 4 Abs. 1 KG eine rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise erforderlich.⁵⁹⁴ Auch diese Tatbestandselemente wurden durch Art. 101 Abs. 1 AEUV inspiriert.⁵⁹⁵ Im Hinblick auf die vorliegend untersuchten Vergütungs- und Einstellungsabreden dürften die Schweizer Wettbewerbsbehörden daher zum gleichen Ergebnis kommen, wie es für das EU-Recht zu erwarten ist. Entsprechend kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.⁵⁹⁶ Lediglich im Bezug auf Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen besteht ein Unterschied zum EU-Recht. Der Begriff der Wettbewerbsabrede im Schweizer Recht erfasst Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen nicht.⁵⁹⁷ Ist eine Unternehmensvereinigung selbst unternehmerisch tätig, kann sie jedoch Partei einer Wettbewerbsabrede sein, die durch eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise begründet wurde.

VII. Marktabgrenzung

Das Schweizer Kartellrecht folgt auch in Fragen der Marktabgrenzung dem europäischen Kartellrecht.⁵⁹⁸ Insbesondere findet in der Schweiz zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auch das sog. Bedarfsmarktkonzept An-

⁵⁹² Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 298.

⁵⁹³ Botschaft KG 1995, 533; Waser/Meinhardt, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 136.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu ausführlich Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 408 ff.

⁵⁹⁵ Bangarter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 15.

⁵⁹⁶ Siehe [Teil 2 E, IV](#).

⁵⁹⁷ Graber/Maschmer in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 25; Heinemann, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, 7, 9; ders. in: FS Killias, S. 861, 876; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 20 f.

⁵⁹⁸ Siehe etwa BVGer, Ents. v. 18.12.2018, B-831/2011 E. 253 – DCC.

wendung, welches grundsätzlich in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert ist.⁵⁹⁹ Im Hinblick auf die vorliegend untersuchten Vergütungs- und Einstellungsabreden dürften die Schweizer Wettbewerbsbehörden daher zum gleichen Ergebnis kommen, wie es für das EU-Recht zu erwarten ist. Entsprechend kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.⁶⁰⁰

VIII. Wettbewerbsbeschränkung

1. Wettbewerbsabrede

a) Grundsatz

Art. 4 Abs. 1 KG definiert den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede. Nach dieser Legaldefinition⁶⁰¹ gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Die Frage des Bezweckens oder Bewirkens hat im Schweizer Recht eine andere Bedeutung als im EU-Recht,⁶⁰² insbesondere geht mit ihr keine Aussage über die Erheblichkeit⁶⁰³ einer Wettbewerbsabrede einher.⁶⁰⁴ Die Frage erstreckt sich ausschliesslich auf das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede. Bei der Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede lehnt sich das Schweizer Recht eng an das EU-Recht an, welches auch hier als Vorbild diente.⁶⁰⁵ Falls eine Wettbewerbsabrede gegeben ist, geht mit ihr zwangsläufig noch keine Aussage über deren Zulässigkeit einher.⁶⁰⁶ Hiermit wird lediglich die Anwendbarkeit des KG eröffnet. Für die Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede ge-

⁵⁹⁹ BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 – *Publigroupe*; BVGer, Ents. v. 18.12.2018, B-831/2011 E. 253 – DCC; Stäubli/Schraner in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 37 ff; Clerc/Kéllez in: CR-Concurrence, Art. 4 Abs. 2 Rn. 68 ff.; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 660 ff.

⁶⁰⁰ Siehe [Teil 2 E. V.](#)

⁶⁰¹ BGE 143 II 297 E. 5.4.2 – *Gaba*.

⁶⁰² Siehe hierzu [Teil 2 E. VI. 2.](#)

⁶⁰³ Das Pendant zur «Spürbarkeit» im europäischen Recht i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist die «Erheblichkeit» nach Art. 5 Abs. 1 KG im Schweizer Recht. Siehe hierzu im Detail auch [Teil 2 E. VI. 3.](#)

⁶⁰⁴ Bangerter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 140.

⁶⁰⁵ Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3 – *Sammelrevers*; Bangerter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 14 f. Ein Unterschied besteht lediglich im Verzicht auf das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit (vgl. [Teil 2 E. VI. 4.](#)) sowie auf die Nichterfassung von Unternehmensvereinigungen (vgl. [Teil 2 F. V. 1.](#)).

⁶⁰⁶ Bangerter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 140.

mäss Art. 5 KG bedarf es der Erfüllung weiterer Kriterien, auf die nachfolgend eingegangen werden soll. Ein Bezwecken liegt vor, wenn bereits der Gegenstand der Kooperation der beteiligten Unternehmen in einer «Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist».⁶⁰⁷ Dabei ist eine objektive Eignung ausreichend, auf die subjektive Absicht der beteiligten Unternehmen kommt es nicht an.⁶⁰⁸ Bezweckt eine Zusammenarbeit keine Wettbewerbsbeschränkung, ist zu untersuchen, ob sie eine solche bewirkt.⁶⁰⁹ Ein Bewirken ist gegeben, wenn die Abrede «aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist».⁶¹⁰

b) Vergütungsabreden

Vergütungsabreden bezwecken regelmässig eine Wettbewerbsbeschränkung. Die im Rahmen der Ausführungen zur kartellrechtlichen Beurteilung solcher Abreden im europäischen Kartellrecht aufgezeigten Kriterien können *tel quel* im Schweizer Recht verwendet werden.⁶¹¹ Selbst wenn man vorliegend nicht von einer bezweckten Wettbewerbsabrede ausgehen würde, dürfte in der Praxis regelmässig eine bewirkte Wettbewerbsabrede vorliegen, stellen doch Vergütungsabreden regelmässig eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe dar.

Bei Absprachen über die Vergütungshöhe kommt eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 Bst. a) AEUV in Betracht, wonach die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen verboten ist. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich beim Arbeitsmarkt um einen Nachfragemarkt, sodass Absprachen über Ankaufspreise zwischen Unternehmen zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs führen. Vereinbaren also zwei Unternehmen, die Vergütungshöhe der Beschäftigten auf ein bestimmtes Niveau zu begrenzen (sog. Gehaltsobergrenzen), ist darin die «Festsetzung der Ankaufspreise» i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Bst. a)

⁶⁰⁷ BVGer, Ents. v. 19.12.2017, B-846/2015 E. 303 – *Hallenstadion*.

⁶⁰⁸ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 138; *Stoffel* in: SIWR V/2, B. Rn. 32 ff.

⁶⁰⁹ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 142.

⁶¹⁰ BVGer, Ents. v. 19.12.2017, B-846/2015 E. 303 – *Hallenstadion*; siehe hierzu auch *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 142.

⁶¹¹ Vgl. für Vergütungsabreden [Teil 2 E. VI. 1.](#) und [2.](#)

AEUV für den Faktor Arbeit zu sehen.⁶¹² Auch die EU-Kommission hat in ihren überarbeiteten Horizontalleitlinien ausdrücklich festgehalten, dass es sich bei der «Festsetzung von Löhnen» in der Regel um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in Form eines *Einkaufskartelles* (und nicht um eine kartellrechtlich deutlich weniger problematische *gemeinsame Einkaufsregelung*) handelt.⁶¹³

c) *Einstellungsabreden*

Einstellungsabreden bezwecken regelmässig eine Wettbewerbsbeschränkung. Die zur kartellrechtlichen Beurteilung solcher Abreden im europäischen Kartellrecht gemachten Ausführungen können *tel quel* auf Schweizer Recht übertragen werden.⁶¹⁴ Selbst wenn man vorliegend nicht von einer bezweckten Wettbewerbsabrede ausgehen würde, dürfte in der Praxis regelmässig eine bewirkte Wettbewerbsabrede vorliegen, stellen doch Einstellungsabreden regelmässig eine Beschränkung des Nachfragemarktes zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe dar.

2. **Harte Wettbewerbsabrede**

a) *Grundsatz*

Liegt eine Wettbewerbsabrede i.S.d. Art. 4 Abs. 1 KG vor, ist diese im nächsten Schritt am Massstab des Art. 5 KG zu prüfen. Art. 5 Abs. 1 KG verbietet einerseits Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* («*notable; notevolmente*») beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie andererseits Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Eine Rechtfertigung von wettbewerbsbeseitigenden Wettbewerbsabreden ist somit sowohl aufgrund des Wortlauts von Art. 5 Abs. 1 KG als auch aufgrund der zweiten Rechtfertigungsvoraussetzung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG ausgeschlossen.⁶¹⁵

⁶¹² Glöckner, JuS 2018, 1130, 1135; Eufinger, RIW 2017, 481, 485; Heinemann, WuW 2020, 371, 375; Ott, ZWeR 2022, 200, 205; Steinle/Fuhrer, CB 2023, 201, 202; Kremer, Arbeitgeber-Kollusionen und das Kartellverbot, S. 504; zweifelnd Mukomilow, CCZ 2022, 240, 245.

⁶¹³ Horizontalleitlinien, Rn. 316 a); a.A. Arnold, SZK 2022 114, 119 f.

⁶¹⁴ Vgl. für Vergütungsabreden [Teil 2 E. VI. 1](#) und [2](#).

⁶¹⁵ Bangerter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 244 ff.; Krauskopf/Schaller in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 264 ff.; Stoffel in: SIWR V/2, B. Rn. 219.

Art. 5 Abs. 3 und 4 KG führen abschliessend fünf Arten von Wettbewerbsabreden auf, bei denen die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. In diesem Zusammenhang wird auch von harten Abreden gesprochen.⁶¹⁶ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bei drei Typen horizontaler (Preis-, Mengen- und Gebiets- bzw. Kundenabsprachen) sowie gemäss Art. 5 Abs. 4 KG bei zwei Typen vertikaler Abreden (Preisbindung zweiter Hand und absoluter Gebietsschutz) vermutet. Kann die Vermutung nicht widerlegt werden, ist die entsprechende Abrede verboten.⁶¹⁷ Eine Rechtfertigung ist in diesem Fall, wie eingangs bereits ausgeführt, ausgeschlossen. Kann die Vermutung hingegen widerlegt werden – was in der Praxis regelmässig der Fall ist⁶¹⁸ – ist eine solche harte Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen. Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn im konkreten Fall wirksamer Wettbewerb in Form von Innen-⁶¹⁹ oder Aussenwettbewerb⁶²⁰ besteht.⁶²¹ Bei allen anderen Abredetypen – also Abreden, welche nicht den Tatbestand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen – gilt die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht. In diesen Fällen liegt eine *nicht-harte* bzw. *weiche* Abrede i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG vor.⁶²²

b) Vergütungsabreden

Vergütungsabreden erfüllen den Vermutungstatbestand der horizontalen Preisabrede i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und sind somit als harte Abrede anzusehen. Als Preis ist die monetäre Gegenleistung für eine Ware oder Dienstleistung zu verstehen.⁶²³ Der Begriff der Preisabrede erfährt im Schweizer Recht eine weite Auslegung, sodass auch die Festsetzung einzelner Preiselemente

⁶¹⁶ Botschaft KG 1995, 566; *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 3; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 511.

⁶¹⁷ *Stoffel* in: SIWR V/2, B. Rn. 268 ff.; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 615.

⁶¹⁸ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 369; *Stoffel* in: SIWR V/2, B. Rn. 219 und 340; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 498.

⁶¹⁹ «Innenwettbewerb» liegt vor, wenn die Handlungsfreiheit der an der konkreten Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen nicht beschränkt ist.

⁶²⁰ «Aussenwettbewerb» liegt vor, wenn die Handlungsfreiheit der an der konkreten Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen beschränkt ist.

⁶²¹ BGE 143 II 297 E. 4.1 – *Gaba*.

⁶²² *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 203.

⁶²³ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 381; *Krauskopf/Schaller* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 375.

oder Preiskomponenten erfasst werden.⁶²⁴ Hierunter fallen etwa Rabatte.⁶²⁵ Erfasst werden sowohl Verkaufs- als auch Einkaufspreise.⁶²⁶ Löhne stellen Inputfaktoren für Unternehmen dar und stellen somit einen Einkaufspreis dar. Gemäss Art. 319 Abs. 1 OR ist Lohn eine Entschädigung für geleistete Arbeit im Dienst des Arbeitgebers, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach geleisteter Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.⁶²⁷ Dabei wird gemäss Art. 322 OR nach dem Geldlohn (Abs. 1) und dem Naturallohn (Abs. 2) unterschieden. Lohnbestandteile können nach Art. 322 OR auch Anteile am Geschäftsergebnis, Provisionen gemäss Art. 322b und 322c OR sowie die Überstundenentschädigung i.S.d. Art. 321c Abs. 3 OR sein. Darüber hinaus sieht das ArG weitere (zwingende) Lohnbestandteile für Überzeitzeit gemäss Art. 12 Abs. 1 ArG, vorübergehende Nacharbeit nach Art. 17b Abs. 1 OR und vorübergehende Sonntagsarbeit i.S.d. Art. 19 Abs. 3 ArG vor. Auch wenn das OR sich nicht ausdrücklich zu anderen vertraglich vereinbarten Arbeitsvergütungen äussert, wird der Lohnbegriff weit verstanden.⁶²⁸ Daher gelten überdies als Lohn auch etwa ein privat nutzbarer Firmenwagen, ein privat nutzbares Mobiltelefon, eine Dienstwohnung, Pauschal- oder Repräsentationsspesen, die den tatsächlichen, arbeitsbezogenen Aufwand übersteigen, freie Kraftstoffbezüge, Bezahlung von Beratungshonoraren und Umzugskosten, der Bezug von Produkten des eigenen Betriebs, Trinkgelder, unter dem Verkehrswert abgegebene Aktien und Optionen sowie Schicht-, Schmutz- und Teuerungszulagen.⁶²⁹ Gratifikation, etwa zu Weihnachten oder zum Abschluss des Geschäftsjahres i.S.d. Art. 322d OR gelten hingegen arbeitsrechtlich nicht als Lohnbestandteile, sofern sie nicht vertraglich vereinbart sind,⁶³⁰ da es sich in diesem Fall um im Ermessen des Arbeitgebers liegende freiwillige Sondervergütungen handelt.⁶³¹ Vor dem Hintergrund der weiteren Auslegung des Tatbestands des (Einkauf-)Preises im

⁶²⁴ BGE 129 II 18 E. 6.5.5 – *Buchpreisbindung*; WEKO, RPW 2019/3b, 927 Rn. 2292 ff. – *Badezimmer (2. Teil)*; Botschaft KG 1995, 567; *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 380; *Krauskopf/Schaller* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 375; *Stoffel* in: SIWR V/2, B. Rn. 289; a.A. *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 558.

⁶²⁵ Botschaft KG 1995, 567; *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 382.

⁶²⁶ WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 73 ff. – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; *Borer*, Kommentar KG, Art. 5 Rn. 34; *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 382; *Stoffel* in: SIWR V/2, B. Rn. 289.

⁶²⁷ *Humbert*, Anwaltsrevue 2022, 407, 409.

⁶²⁸ *Humbert*, Anwaltsrevue 2022, 407, 409.

⁶²⁹ *Humbert*, Anwaltsrevue 2022, 407, 409; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Art. 322 Rn. 2 und 22; *Portmann/Rudolph* in: BSK OR Art. 322 Rn. 24 f.

⁶³⁰ *Humbert*, Anwaltsrevue 2022, 407, 410.

⁶³¹ Vgl. etwa BGer, Ents. v. 25.7.2018, 4A_215/2018 E. 3.1.2; BGer, Ents. v. 3.3.2021, 4A_280/2020 E. 3.3.

kartellrechtlichen Kontext werden vorliegend sämtliche Einkommenskomponenten, einschliesslich freiwilliger Gratifikationen i.S.d. Art. 322d OR erfasst.⁶³² Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum EU-Kartellrecht verwiesen werden, wonach Vergütungsabreden Absprachen über Ankaufspreise von Unternehmen darstellen und somit als Einkaufskartell zu beurteilen sind.⁶³³

c) *Einstellungsabreden*

Einstellungs- und Abwerbeverbote erfüllen regelmässig den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG, der die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern erfasst. Auch wenn dessen Wortlaut im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 1 Bst. c) AEUV nicht ausdrücklich eine Marktaufteilung nach «Versorgungsquellen» kennt, erfasst der vorliegende Vermutungstatbestand auch Nachfragemärkte.⁶³⁴ Auch an dieser Stelle kann grundsätzlich auf die entsprechenden Ausführungen zum EU-Kartellrecht verwiesen werden.⁶³⁵

Ein bedeutender Unterschied zum europäischen Recht kann allerdings bei Einstellungs- und Abwerbeverboten gegeben sein, die zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vereinbart werden. Teilt man die Meinung, dass Einstellungs- und Abwerbeverbote den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt beschränken und es somit nicht darauf ankommt, ob die beteiligten Unternehmen auf nachgelagerten Marktstufen miteinander im Wettbewerb stehen,⁶³⁶ explizit nicht, hat dies im Schweizer Recht Folgen für die kartellrechtliche Beurteilung, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Im Gegensatz zum europäischen Recht, wonach bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen stets spürbar sind,⁶³⁷ führt die Feststellung des Vorliegens einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Schweizer Recht lediglich zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.d. Art. 4 Abs. 1 KG. Auswirkungen auf die Erheblichkeit einer Abrede hat eine solche Feststellung indes nicht.⁶³⁸ Sieht man ein zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vereinbartes Einstellungs- oder Abwerbeverbot als vertikale Abrede an, dürfte keiner der beiden Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sein. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst lediglich Fälle vertikaler Preisbindung und absoluten Gebietsschutz.

⁶³² Siehe hierzu auch die Ausführungen zu Vergütungsabreden im Allgemeinen, [Teil 2 B. I.](#)

⁶³³ Vgl. [Teil 2 E. VI. 1.](#) und [2.](#)

⁶³⁴ Vgl. Botschaft KG 1995, 568; WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 75 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; Meier-Schatz, AJP 1996, 815.

⁶³⁵ Vgl. [Teil 2 E. VI. 1.](#) und [2.](#)

⁶³⁶ Vgl. [Teil 2 E. V. 2.](#)

⁶³⁷ Vgl. [Teil 2 E. VI. 3.](#)

⁶³⁸ Siehe hierzu ausführlich [Teil 2 F. VIII. 1. a\).](#)

Einstellungsabreden stellen keine Form der vertikalen Preisbindung dar. Auch können Einstellungsabreden nicht unter den Tatbestand des absoluten Gebietsschutz subsumiert werden.

Somit wären Einstellungs- und Abwerbeverbote ausschliesslich am Massstab des Art. 5 Abs. 1 KG zu messen und die Erheblichkeit entsprechend der Regelung für nicht-harte Wettbewerbsabreden festzustellen. Darüber hinaus sind nicht-harte Wettbewerbsabreden nicht direkt sanktionierbar, worauf im Folgenden noch eingegangen wird.⁶³⁹

3. Erheblichkeit

a) Grundsatz

Bei der «Erheblichkeit» handelt es sich – im Gegensatz zum europäischen Pendant der «Spürbarkeit» – nicht um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Der Gesetzgeber hat dieses Kriterium direkt in das Gesetz aufgenommen. Art. 5 Abs. 1 KG verbietet Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Demnach sei das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel.⁶⁴⁰ Die Wettbewerbsbehörden sollen sich nicht mit jeder geringfügigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs beschäftigen.⁶⁴¹ Das *Bundesgericht* hält ferner fest, dass eine quantitative, auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen weniger geeignet sei, die Aufschwelle in der gebotenen zeitlichen Kürze zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund seien qualitative Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu präferieren.⁶⁴² Anerkannt sei, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden kann, woraus allerdings keineswegs folge, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedürfe. Vielmehr verlange Art. 5 Abs. 1 KG nur *eine* Erheblichkeit.⁶⁴³ Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedürfe es nahezu keines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine quali-

⁶³⁹ Siehe [Teil 3 D. III. 1.](#)

⁶⁴⁰ BGE 143 II 297 E. 5.1.2 – *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 – BMW.

⁶⁴¹ So ausdrücklich Botschaft KG 1995, 554.

⁶⁴² BGE 143 II 297 E. 5.2.1 – *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 – BMW.

⁶⁴³ BGE 143 II 297 E. 5.2.2 – *Gaba*.

tativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so sei die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen.⁶⁴⁴

Für die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten fünf Typen besonders schädlicher Abreden – d.h. horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen sowie absoluter Gebietsschutz bedeutet dies, dass sie nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichts* bereits aufgrund ihres Gegenstands *grundsätzlich* das Kriterium der Erheblichkeit⁶⁴⁵ i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen.

b) Verhältnis zum EU-Recht

Zwar gilt das EU-Recht für die Schweizer Wettbewerbsbehörden und Gerichte grundsätzlich nicht. Allerdings ist das europäische Wettbewerbsrecht nach Rechtsprechung des *Bundesgerichts* nicht nur rechtsvergleichend im Sinne eines zu berücksichtigenden Auslegungselements zu respektieren.⁶⁴⁶ Zumindest in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden hat das *Bundesgericht* sogar *expressis verbis* festgestellt, dass der Gesetzgeber eine «materiell identische Regelung» zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht – trotz fehlenden dynamischen Verweises – schaffen wollte.⁶⁴⁷ Angesichts der deckungsgleichen Struktur von Art. 5 Abs. 3 KG einerseits und Art. 5 Abs. 4 KG andererseits, darf davon ausgegangen werden, dass diese Beurteilung erst recht für horizontale Wettbewerbsabreden Geltung beansprucht.⁶⁴⁸

c) Vergütungs- und Einstellungsabreden

Wie zuvor gezeigt, erfüllen Vergütungsabreden den Vermutungstatbestand der horizontalen Preisabrede i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und sind somit als harte Abrede anzusehen.⁶⁴⁹ Einstellungsabreden erfüllen hingegen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG, der die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern erfasst.⁶⁵⁰ Da es sich somit sowohl bei Vergütungs- als auch bei Einstellungsabreden um harte Abreden handelt sind sie grundsätzlich erheblich.

⁶⁴⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2.2 – *Gaba*.

⁶⁴⁵ BGE 143 II 297 E. 5.6 – *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 – *BMW*.

⁶⁴⁶ BGE 143 II 297 E. 6.2.3 – *Gaba*.

⁶⁴⁷ BGE 143 II 297 E. 6.2.3 – *Gaba*.

⁶⁴⁸ So ebenfalls *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 244.

⁶⁴⁹ Siehe [Teil 2 F. VIII. 2. b\)](#).

⁶⁵⁰ Siehe [Teil 2 F. VIII. 2. c\)](#).

4. Rechtfertigung

a) Grundsatz

Liegt eine erhebliche Wettbewerbsabrede i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG vor, kann diese nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sein. Beseitigt eine Wettbewerbsabrede – vermutungsweise i.S.d. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG – den Wettbewerb und kann diese Vermutung nicht widerlegt werden, ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen. Eine Rechtfertigung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG statuiert drei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, um eine Wettbewerbsabrede als gerechtfertigt anzusehen.⁶⁵¹ Das Schweizer Recht verzichtet somit – im Gegensatz zum europäischen Recht – auf die Voraussetzung der angemessenen Verbraucherbeteiligung an den ökonomischen Effizienzgewinnen.⁶⁵² Zunächst muss ein Effizienzgrund gegeben sein. Auch das Schweizer Kartellrecht geht von einem volkswirtschaftlichen Effizienzbegriff aus, sodass die erforderliche Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein muss.⁶⁵³ Hierunter fallen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG die Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren,⁶⁵⁴ Förderung der Forschung und die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie eine rationellere Nutzung der Ressourcen. Dabei genügt es, wenn lediglich einer dieser Effizienzgründe gegeben ist.⁶⁵⁵

Zudem muss die Beschränkung gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG *notwendig* sein, um den angestrebten Effizienzgrund zu erreichen. Eine Wettbewerbsabrede ist notwendig, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar ist, wobei Zumutbarkeit Verhält-

⁶⁵¹ BGE 129 II 18 E. 10.3 – *Buchpreisbindung*; BGE 143 II 297 E. 7.1 – *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2 – *Pfizer*.

⁶⁵² Der bundesrätliche Vorschlag zum geltenden KG enthielt die Voraussetzung der Verbraucherbeteiligung in Art. 5 Abs. 2 Bst. b E-KG, vgl. Botschaft KG 1995, 638 ff. Diese Voraussetzung wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens allerdings gestrichen. Siehe hierzu auch *Heinemann*, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, 7, 9; *Graber/Mascherner* in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 24; *Meier-Schatz*, AJP 1996, 819.

⁶⁵³ BGE 143 II 297 E. 7.1 – *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2 – *Pfizer*.

⁶⁵⁴ Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen, vgl. BGE 144 II 246 E. 13.2 – *Altimum*. Dieser Effizienzgrund beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst etwa auch die Umweltverträglichkeit von Produkten, vgl. BGE 129 II 18 E. 10.3.2 – *Buchpreisbindung*; BGE 147 II 72 E. 7.4.1. – *Hors-Liste Medikamente*; Botschaft KG 1995, 558 f.; *Borer*, Kommentar KG, Art. 5 Rn. 48.

⁶⁵⁵ BGE 129 II 18 E. 10.3 – *Buchpreisbindung*; BGE 143 II 297 E. 7.1 – *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2 – *Pfizer*.

nismässigkeit i.e.S. bedeutet.⁶⁵⁶ Hieraus folgt wiederum, dass mit der Wettbewerbsabrede im Verhältnis zum angestrebten Ziel keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs einhergehen darf.⁶⁵⁷

Schliesslich darf drittens durch die in Frage stehende Wettbewerbsabrede den Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet werden, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Eine Wettbewerbsabrede ist somit dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird.⁶⁵⁸

An dieser Stelle ist ebenfalls auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinzuweisen, wonach zumindest in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG das europäische Kartellrecht nicht nur rechtsvergleichend zu berücksichtigen ist, sondern der Gesetzgeber eine «materiell identische Regelung» zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem europäischen Kartellrecht schaffen wollte.⁶⁵⁹ Angesichts der deckungsgleichen Struktur von Art. 5 Abs. 3 KG einerseits und Art. 5 Abs. 4 KG andererseits, darf davon ausgegangen werden, dass diese Beurteilung erst recht für horizontale Wettbewerbsabreden Geltung beansprucht.⁶⁶⁰ Aufgrund der Kohärenz von Art. 5 KG muss dies auch für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede aus Gründen der ökonomischen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gelten.⁶⁶¹ Damit kann sich der Schweizer Rechtsanwender auch in Bezug auf die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede aus Gründen der ökonomischen Effizienz stets an der umfassenden Praxis der EU orientieren.

b) Vergütungs- und Einstellungsabreden

Auf die Rechtfertigung von Vergütungs- und Einstellungsabreden wird in [Teil 4](#) der vorliegenden Arbeit im Detail eingegangen.

⁶⁵⁶ BGE 143 II 297 E. 7.1 – *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2 – *Pfizer*.

⁶⁵⁷ BGE 143 II 297 E. 7.1 – *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2 – *Pfizer*; vgl. Botschaft KG 1995, 560.

⁶⁵⁸ BGE 143 II 297 E. 7.1 – *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2 – *Pfizer*.

⁶⁵⁹ BGE 143 II 297 E. 6.2.3 – *Gaba*.

⁶⁶⁰ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 244.

⁶⁶¹ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 41; siehe ausführlich auch *Kubli*, AJP 2018, 199 f.

5. Nebenabreden im Rahmen einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit

a) Grundsatz

Auch das Schweizer Kartellrecht kennt die Nebenabreden-Doktrin des europäischen Rechts.⁶⁶² Soweit ersichtlich unterscheidet sich die rechtliche Beurteilung von notwendigen Nebenabreden im Rahmen von Art. 4 bzw. Art. 5 KG nicht von jener im europäischen Recht. Daher wird an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

b) Einstellungs- und Vergütungsabreden

Die Frage, inwiefern Einstellungs- und Vergütungsabreden als notwendige Nebenabreden zulässig sein können, ist Gegenstand der entsprechenden Ausführungen in [Teil 4](#) der vorliegenden Arbeit.

IX. Verfolgungspraxis der WEKO

1. KG-62 und KG-85

Untersuchungen der damaligen Kartellkommission betrafen gemäss Art. 29 Abs. 1 KG-85 die Frage, ob ein Kartell oder eine ähnliche Organisation volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigt. Nach Art. 29 Abs. 2 KG-85 waren bei der Prüfung dieser Frage sowohl nützliche als auch schädliche Auswirkungen zu würdigen.⁶⁶³ Im Falle erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Wettbewerbsverfälschungen musste die Kartellkommission nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander abwägen und hierbei neben den Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsausmass auch alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen berücksichtigen.⁶⁶⁴ Unter diesen bedeutsamen Auswirkungen waren gemäss Art. 29 Abs. 2 KG-85 explizit auch die Interessen der Arbeitnehmer zu verstehen. Diese Prüfungsmethode, welche durch die Kartellkommission entwickelt und mit der KG-Revision 1985 Eingang in das Schweizer Kartellrecht gefunden hat,⁶⁶⁵ wird

⁶⁶² Moser, Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen, Rn. 503 ff.

⁶⁶³ Botschaft KG 1981, 1356 f.; Moeckli in: DIKE-KG, Art. 1 Rn. 49.

⁶⁶⁴ Botschaft KG 1981, 1356 f.

⁶⁶⁵ Vgl. Botschaft KG 1981, 1355 ff.

als *Saldomethode* bezeichnet.⁶⁶⁶ Aufgrund der äusserst permissiven Ausgestaltung des Schweizer Kartellrechts in materieller Hinsicht bis zum Inkrafttreten des geltenden KG im Jahr 1996, wonach regelmässig auch harte horizontale Kartelle aufgrund diverser nicht-ökonomischer Faktoren als gerechtfertigt angesehen wurden, ist es nicht verwunderlich, dass weder Einstellungs- noch Vergütungsabreden jemals Gegenstand einer Untersuchung der Kartellkommission waren. Inwiefern Vergütungsabreden unter der *Saldomethode* beurteilt worden wären, ist unklar, da für die Abwägung gemäss der *Saldomethode* keine klaren Kriterien bestanden und die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsabrede letztlich einen rein politischen Entscheid darstellte. Dies gilt gleichsam für Einstellungsabreden.

2. Geltendes KG

a) Vergütungsabreden

Vergütungsabreden waren bis im Dezember 2022 noch kein Gegenstand der Ermittlungen der WEKO und ihres Sekretariates. Am 5. Dezember 2022 gab das WEKO-Sekretariat via einer Medienmitteilung bekannt, dass es gegen 34 Bankinstitute in sechs Deutschschweizer Regionen eine Vorabklärung zu Informationsaustauschen über die Löhne und Lohnbestandteile von verschiedenen Kategorien von Angestellten eröffnet hat.⁶⁶⁷ Dieses Verhalten könnte kartellrechtlich problematisch sein. Weitere Informationen zu diesem Verfahren seitens der Wettbewerbsbehörden lagen bis im Juli 2024 nicht vor. Öffentlich zugänglich ist allerdings ein Gutachten zum vorliegenden Verfahren, welches von der Basler Bankenvereinigung, dem Zürcher Bankenverband und dem Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz in Auftrag gegeben wurde.⁶⁶⁸ Gemäss diesem Gutachten betrifft die Vorabklärung des WEKO-Sekretariats konkret die Löhne und Lohnbestandteile von Auszubildenden (Lernende und allenfalls auch Praktikanten) und Berufseinsteigern.⁶⁶⁹ Darin kommen die Autoren – wenig verwunderlich – zu dem Schluss, dass das KG vorliegend nicht

⁶⁶⁶ Botschaft KG 1981, 1356; Botschaft KG 1995, 475 ff.; Moeckli in: DIKE-KG, Art. 1 Rn. 49; Krauskopf/Schaller in: DIKE-KG, Art. 5 Rn. 24.

⁶⁶⁷ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 5.12.2022 «Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor», abrufbar unter www.admin.weko.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor.

⁶⁶⁸ Vgl. Prager Dreifuss, Gutachten v. 12.1.2023 betr. Lohnabsprachen im Bankenbereich.

⁶⁶⁹ Prager Dreifuss, Gutachten v. 12.1.2023 betr. Lohnabsprachen im Bankenbereich, Rn. 26.

anwendbar sei⁶⁷⁰ bzw. im Falle seiner Anwendbarkeit auf den konkreten Fall die Kollusion ökonomisch gerechtfertigt sei⁶⁷¹.

Am 11. Juli 2024 schloss das WEKO-Sekretariat diese Vorabklärung ab, ohne eine Untersuchung i.S.d. Art. 27 KG zu eröffnen. Das WEKO-Sekretariat stellte im Laufe seiner Abklärungen fest, dass über 200 Unternehmen aus verschiedenen Branchen in unterschiedlichen brancheninternen und -übergreifenden Formen über Jahre hinweg regelmässig detaillierte Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und weiteren Arbeitsbedingungen ausgetauscht hatten.⁶⁷² Auch wenn vorliegend Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gegeben waren, wurde auf die Eröffnung einer Untersuchung i.S.d. Art. 27 KG verzichtet. Vielmehr plant das WEKO-Sekretariat im engen Austausch mit den Sozialpartnern, Behörden und weiteren interessierten Kreisen eine «Best Practice» zu kartellrechtskonformem Verhalten auf dem Arbeitsmarkt zu erarbeiten.⁶⁷³ Begründet wurde dieses Vorgehen mit dem Ziel, für den Arbeitsmarkt und seine Akteure rascher und effizienter Rechtssicherheit schaffen zu können.⁶⁷⁴ Weitere Informationen zu diesem Verfahren liegen noch nicht vor.

Es ist verwunderlich, dass keine formelle Untersuchung i.S.d. Art. 27 KG eröffnet wurde. Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 27 Abs.1 KG hat das WEKO-Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung zu eröffnen, wenn «Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung» vorliegen. Gemäss der Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats lagen «Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden auf dem Arbeitsmarkt» vor.⁶⁷⁵ Zwar steht dem WEKO-Sekretariat hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein gewisser Ermessensspielraum zu, dieser muss allerdings im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens und somit nach objektiven Kriterien erfolgen.⁶⁷⁶ Ein Verzicht kann auf mangelndes öffentliches Interesse,⁶⁷⁷ Verhältnismässigkeits-⁶⁷⁸ oder Opportunitätsüberlegungen⁶⁷⁹ ge-

⁶⁷⁰ Prager Dreifuss, Gutachten v. 12.1.2023 betr. Lohnabsprachen im Bankenbereich, Rn. 99 ff.

⁶⁷¹ Prager Dreifuss, Gutachten v. 12.1.2023 betr. Lohnabsprachen im Bankenbereich, Rn. 120 f.

⁶⁷² Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

⁶⁷³ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

⁶⁷⁴ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

⁶⁷⁵ Vgl. Medienmitteilung des WEKO-Sekretariats v. 11.7.2024.

⁶⁷⁶ Ducrey/Carron, CR-Concurrence, Art. 27 Rn. 14; Izumi/Baur in: DIKE-KG, Art. 27 Rn. 16 f.

⁶⁷⁷ Das ist etwa der Fall, wenn in erster Linie private Interessen zur Diskussion stehen, vgl. hierzu BGE 147 II 27 E. 2.4 mit Verweis auf BGE 130 II 149 E. 2.9.

⁶⁷⁸ Izumi/Baur in: DIKE-KG, Art. 27 Rn. 19.

⁶⁷⁹ Izumi/Baur in: DIKE-KG, Art. 27 Rn. 17.

stützt werden. Darüber hinaus hat das WEKO-Sekretariat keinen Spielraum, auf eine Untersuchungseröffnung zu verzichten.⁶⁸⁰ Unter welchen dieser Ausnahmetatbestände der Wunsch zur Ausarbeitung einer «Best Practice» zu subsumieren ist, geht aus der Medienmitteilung nicht hervor und ist auch sonst nicht ersichtlich. Aufgrund der Vielzahl der betroffenen Unternehmen und der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Arbeitsmarktes im Allgemeinen und im Rahmen des vorliegenden Falles im Speziellen kann vorliegend von einem hinreichenden öffentlichen Interesse ausgegangen werden. Dies spricht zugleich für die Verhältnismässigkeit einer Untersuchungseröffnung. Da mit der Ausarbeitung einer «Best Practice» auch ein beträchtlicher Arbeitsaufwand auf Seiten der Wettbewerbsbehörden einhergehen dürfte, kann wohl auch nicht mit Opportunitätsüberlegungen argumentiert werden. Schliesslich ist auch vor dem Hintergrund, dass mit der Untersuchungseröffnung keine Vorverurteilung einhergeht, die Passivität der Wettbewerbsbehörden bedenklich. Vielmehr hätte aufgrund der klaren Rechtslage eine Untersuchung eröffnet werden müssen. Zuvor beschäftigte sich das WEKO-Sekretariat bereits im 2020 im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG i.S. *Einführung Financial Fairplay in der National League* mit der angedachten Einführung eines sog. «Financial Fairplay-Konzepts» in der *National League* (der höchsten Eishockey-Liga der Schweiz).⁶⁸¹ Die angedachte Vereinbarung sollte zwischen den Clubs dieser Liga, welche als Unternehmen im Sinne des KG gelten,⁶⁸² ohne Beteiligung der Spieler geschlossen werden.

Die hiermit einhergehende (faktische) Begrenzung der Löhne sollte zwei Ziele verfolgen. Einerseits sollte die wirtschaftliche Stabilität der Clubs gesteigert und andererseits ein Beitrag zur sportlichen Ausgeglichenheit der Liga geleistet werden.⁶⁸³ Die an der Meisterschaft teilnehmenden Clubs sollten eine sog. «Fairplay-Schwelle» für die Brutto-Gesamtlohnkosten einer Saison einführen, wobei keine Vorgaben für die maximalen Lohnkosten eines einzelnen Spielers vorgesehen waren. Vielmehr hätte es einem Club grundsätzlich freistehen sollen, von der definierten Fairplay-Schwelle abzuweichen, wobei das Unter- respektive Überschreiten der Grenzwerte allerdings jeweils mit einer Sanktion

⁶⁸⁰ So ebenfalls Izumi/Baur in: DIKE-KG, Art. 27 Rn. 19.

⁶⁸¹ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

⁶⁸² WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 32 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

⁶⁸³ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 4 – *Einführung Financial Fairplay in der National League*.

in Form einer reduzierten Entschädigung für die Überlassung der Marketing- und Medienrechte bedroht gewesen wäre.⁶⁸⁴

Das WEKO-Sekretariat hielt fest, dass die Vereinbarung zwischen Unternehmen über Gehaltsobergrenzen für ihr Personal, eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern betreffend den Preis eines Produktionsfaktors darstellt.⁶⁸⁵ Vor diesem Hintergrund sei es denkbar, dass Gehaltsobergrenzen wie *Salary Caps* usw. – je nach Ausgestaltung – als Festlegung von Maximal- oder Höchstpreisen anzusehen seien.⁶⁸⁶ Dies schliesse im Ergebnis nicht aus, dass das ange-dachte Financial Fairplay-Konzept eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstelle.⁶⁸⁷

Das WEKO-Sekretariat erachtete die Einführung des Financial Fairplay-Konzepts hingegen unter Einbezug der Arbeitnehmerseite im Sinne einer Regelung via GAV in der Schweiz ausdrücklich als «eine valable Alternative».⁶⁸⁸ So könnten auch möglicherweise bewirkte Preisfestsetzungen der kartellrechtlichen Prüfung entzogen werden. Zugleich betonte das WEKO-Sekretariat, dass auch bei einer solchen Vorgehensweise «Grenzen existieren und selbstredend nicht jede beliebige Abrede unter dem Deckmantel eines Gesamtarbeitsvertrages legitimiert werden» könne.⁶⁸⁹

b) Einstellungsabreden

Die Schweizer Wettbewerbsbehörden haben sich bis anhin nur vereinzelt mit der Thematik der Abwerbeverbote beschäftigt. Relevant waren solche bislang lediglich im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen. Dabei orientiert sich die WEKO in ständiger Rechtsprechung an den Grundsätzen des EU-Rechts, insbesondere an der Nebenabreden-Bekanntmachung der EU-Kom-

⁶⁸⁴ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 7 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

⁶⁸⁵ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 26 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

⁶⁸⁶ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 27 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

⁶⁸⁷ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 34, 37 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

⁶⁸⁸ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 33 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

⁶⁸⁹ WEKO-Sekretariat, RPW 2021/3, 603 Rn. 33 – Einführung Financial Fairplay in der National League.

mission.⁶⁹⁰ In sprachlicher Hinsicht ist vorliegend darauf hinzuweisen, dass Begriff des «Konkurrenzverbots» bzw. der «*non-competition-clause*» im Schweizer Recht jenem des «Wettbewerbsverbots» im EU-Recht entspricht.⁶⁹¹ Auf die spärliche Praxis der WEKO zu Einstellungsabreden wird noch einzugehen sein.⁶⁹²

X. Zivilrechtliche Praxis

Das Kartellzivilrecht spielt in der Schweiz bis anhin traditionell lediglich eine rudimentäre Rolle. Nicht nur aufgrund der relativen Neuheit der Diskussion um die kartellrechtliche Zulässigkeit von Einstellungs- und Vergütungsabreden, sondern auch vor dem Hintergrund der kaum existierenden zivilrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Allgemeinen sind, soweit ersichtlich, keine zivilrechtlichen Verfahren mit Bezug zu Einstellungs- und Vergütungsabreden in der Schweiz bekannt.

⁶⁹⁰ Vgl. etwa WEKO, RPW 2006/4, 689 Rn. 35 ff. – ISS/*Edelweissfm*; WEKO, RPW 2010/3, 504 Rn. 63 ff. – *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; WEKO, RPW 2012/1, 150 Rn. 63 – *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; EKO, RPW 2018/4, 859 Rn. 57 – *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*.

⁶⁹¹ Vgl. hierzu WEKO, RPW 2020/2, 643 Rn. 17 – *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*.

⁶⁹² Siehe hierzu ausführlich [Teil 4](#).

Teil 3: Kartellrechtliche Beurteilung von Konzernverhältnissen

A. Zum Begriff des Konzerns im Kartellrecht

I. Einleitende Bemerkungen

Ob der wirtschaftlichen Bedeutung verwundert es, dass der Konzern in den beiden untersuchten Rechtsordnungen weitestgehend nicht gesetzlich kodifiziert ist. Vielmehr entspringen die einzelnen Regelungen neben den verschiedensten Rechtssetzungsgebieten, wie insbesondere dem Gesellschafts-, Rechnungslegungs-, Steuer-, Bank- und schliesslich dem Kartellrecht überdies der Selbstregulierung sowie der Rechtsanwendung. Eine einheitliche Definition existiert nicht, indes ist sein Inhalt abhängig vom jeweiligen Normgefüge und der jeweiligen Funktion. Bereits die Begründung eines Konzernverhältnisses kann neben der aktienrechtlichen auch der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen. Während erstere primär Aktionäre und Gläubiger schützen will, zielt letztere primär auf den Schutz des Wettbewerbs ab. Die rechtliche Behandlung von (grenzüberschreitenden) Konzernkonstellationen und insbesondere die damit zusammenhängende Frage der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaften für Rechtsverstösse von (ausländischen) Tochtergesellschaften war in der jüngeren Vergangenheit in der Schweiz besonderer Gegenstand der öffentlichen Diskussion. Dies geschah vor dem Hintergrund der erfolgreich zustande gekommenen sog. Konzernverantwortungsinitiative⁶⁹³, für die am 29. November 2020 zwar die Mehrheit der Stimmbürger zu gewinnen war,⁶⁹⁴ sie schlussendlich jedoch am Ständemehr⁶⁹⁵ scheiterte.⁶⁹⁶ Die Initiative hatte keinen kartellrechtlichen Fokus, sondern konzentrierte sich in erster Linie auf Fragen der Verantwortung für die Verletzung von Bestimmungen betreffend Menschenrechte und Umweltschutz im Ausland.⁶⁹⁷

⁶⁹³ Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt». Zustandekommen, BBl 2016 8107.

⁶⁹⁴ Die Initiative wurde mit 50.7% angenommen.

⁶⁹⁵ Die Initiative verfehlte das Ständemehr, da sie von 12 5/2 der Stände abgelehnt wurde.

⁶⁹⁶ Für die Konsequenzen einer Annahme für das Schweizer Recht vgl. Botschaft des Bundesrates vom 17. September 2017 zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2017 6335; Weber, SJZ 2016, 25.

⁶⁹⁷ Vgl. hierzu den von der Initiative vorgeschlagenen Art. 101a E-BV.

II. Gesellschaftsrechtliches Konzernverständnis

1. Europäische Union

Das europäische Recht kennt keine Regelung, die sämtliche organisations- und schutzrechtlichen Aspekte des Konzernphänomens umfasst.⁶⁹⁸ Ältere Harmonisierungsbemühungen hierzu sind gescheitert. Bereits in den 1970er Jahren hatte die *EU-Kommission* einen Vorentwurf einer Konzernrechts-Richtlinie⁶⁹⁹ erarbeitet. In einem zweiten Anlauf legte die *EU-Kommission* 1984 einen Entwurf einer Konzernrechts-Richtlinie⁷⁰⁰ vor. Beide Entwürfe scheiterten schlussendlich aufgrund des politischen Widerstands einiger EU-Mitgliedsstaaten.⁷⁰¹ Es bestehen heute lediglich für einzelne Rechtsgebiete spezielle Regelungen auf europäischer Ebene. Eine erste Regelung stellte die Bilanzrichtlinie von 1983⁷⁰² dar, die Bestimmungen über den konsolidierten Konzernabschluss festlegte. Diese wurde zwischenzeitlich mehrfach überarbeitet. Die aktuelle Version der Bilanzrichtlinie⁷⁰³ stammt aus dem Jahr 2013. Im gleichen Jahr führte etwa die Transparenzrichtlinie⁷⁰⁴ gewisse Transparenzpflichten für Konzerne ein. Die im Jahr 2017 verabschiedete Aktionärsrechte-Richtlinie⁷⁰⁵ bezweckt die Stärkung der

⁶⁹⁸ *Veil/Walla* in: beck-online.Grosskommentar, § 291 AktG Rn. 59 ff.; Mülberr, ZHR 2015, 645, 651.

⁶⁹⁹ Vorentwurf einer neunten Richtlinie auf der Grundlage des Art. 54 Abs. 3g) des EWG-Vertrags zur Angleichung des Konzernrechts, abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 187 ff.

⁷⁰⁰ Entwurf einer neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Konzernrechts-RL) von 1984, abgedruckt bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 244 ff.

⁷⁰¹ *Altmeppen* in: MüKo AktG, Einleitung §§ 291 ff., Rn. 47; *Veil/Walla* in: beck-online.Grosskommentar, § 291 AktG Rn. 60.

⁷⁰² Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss, ABl. L 193 v. 18.7.1983, S. 1.

⁷⁰³ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. L 182 v. 29.6.2013, S. 19.

⁷⁰⁴ Richtlinie 2004/109/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 v. 31.12.2004, S. 38, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2013/50/EU vom 22.10.2013, ABl. L 294 v. 6.11.2013, S. 13.

⁷⁰⁵ Richtlinie 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. L 132 v. 20.5.2017, S. 1.

Corporate Governance innerhalb von Konzernen, um durch gewisse Offenlegungspflichten und gesellschaftsinterne Zustimmungserfordernisse die Aktionäre und Stakeholder vor einem Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen durch Geschäfte mit nahestehenden Personen (sog. «related party transactions») zu schützen.⁷⁰⁶ Überdies enthält das Wirtschaftsaufsichtsrecht, insbesondere in den Bereichen Banken, Versicherungen sowie Kapitalmarkt- und Investementaufsicht zunehmend Regelungen zur konzernweiten Compliance.⁷⁰⁷ Mit Blick auf die vorliegenden Fragestellungen von Interesse ist jedoch, dass – soweit ersichtlich – sämtliche mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip kennen.⁷⁰⁸ Nach diesem Trennungsprinzip haftet eine Konzerngesellschaft grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten anderer Konzerngesellschaften, unabhängig davon, ob es sich um die Mutter- oder eine Tochter- bzw. Schwestergesellschaft handelt.⁷⁰⁹ Zugleich besteht – wenn auch im unterschiedlichen Masse – Einigkeit über ein Recht zur einheitlichen Leitung, aber auch über die Existenz einer Konzernverantwortung.

Erwähnenswert ist an dieser Stelle schliesslich die aus dem französischen Recht stammende «Rozenblum»-Doktrin, die in Europa hinsichtlich des konzernorganisationsrechtlichen Nachteilsausgleichs grossen Zuspruch erfährt.⁷¹⁰ Sie basiert auf einem (strafrechtlichen) Entscheid⁷¹¹ des französischen *Cour de Cassation* und trägt im Grundsatz dem Umstand Rechnung, dass die Einbettung in einen Konzern auch Vorteile bringt und das unter gewissen Voraussetzungen die Interessen des Gesamtkonzerns Vorrang vor jenen einer Konzerngesellschaft haben können.⁷¹² Sie beeinflusste nicht nur das revidierte Konzernrecht Italiens⁷¹³ und anderer EU-Mitgliedsstaaten⁷¹⁴, sondern wurde

⁷⁰⁶ *Veil/Walla* in: beck-online.Grosskommentar, § 291 AktG Rn. 62; *Veil*, NZG 2017, 521.

⁷⁰⁷ *Veil/Walla* in: beck-online.Grosskommentar, § 291 AktG Rn. 63.

⁷⁰⁸ *Voet van Vormizeele*, WuW 2010, 1008, 1015 ff.; *Glöckner*, NZKart 2018, 390, 396 f. mit Verweis auf GA Kokott, ECLI:EU:C:2013:248, Rn. 65 – Schlussanträge *Schindler*; siehe zum Verhältnis des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip der EU-Mitgliedsstaaten und des europäischen Kartellrechts ausführlich auch *Weck*, NZG 2016, 1374, 1375.

⁷⁰⁹ *Moser*, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstössen, S. 33; *Weck*, NZG 2016, 1374, 1375; *Habersack/Zickgraf*, ZHR 2018, 252, 254; *Wagener*, NZKart 2020, 238, 240; *Otto*, NZKart 2020, 355, 360; *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 656; *Fischer*, ZFPW 2021, 310, 321; *Schröder*, NZKart 2024, 200; *Trölitzsch*, NZKart 2024, 403, 404.

⁷¹⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Amstutz*, SZW 2016, 2, 7; *Böckli*, FS von der Crone, S. 177, 182 ff.

⁷¹¹ *Cour de Cassation*, Ents. v. 4.5.1985, Az. 84-91.581.

⁷¹² *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 24 Rn. 89; *Mülberr*, ZHR 2015, 645, 657 f.

⁷¹³ Vgl. Art. 2497 Codice Civile.

⁷¹⁴ Allgemein siehe *Böckli*, FS von der Crone, S. 177, 183; *Chenaux/Beroud*; SZW 2018, 342, 345; für das Konzernrecht Ungarns im Speziellen siehe ausführlich, *Schubel*, ZVgIRWiss 2019, 145 ff.

auch bereits mehrfach für einen Vorschlag eines europäischen Konzernrechts⁷¹⁵ herangezogen.⁷¹⁶

2. Schweiz

Das Schweizer Recht kennt ebenfalls keine umfassende Regelung von Konzernen, die sämtliche organisations- und schutzrechtlichen Aspekte umfasst.⁷¹⁷ Die Grundnorm, aus der sich die Möglichkeit der Konzernbildung ergibt ist Art. 620 Abs. 1 OR, wonach sich Aktiengesellschaften an juristischen Personen beteiligen dürfen.⁷¹⁸ Für das Schweizer Rechnungslegungsrecht enthielt der mittlerweile ausser Kraft gesetzte Art. 663e Abs. 1 OR aF – zumindest für die Aktiengesellschaft – immerhin eine Legaldefinition des Begriffs des Konzerns, eine einheitliche Definition und somit ein einheitlicher Rechtsrahmen existierten allerdings auch hier nicht.⁷¹⁹ So sah Art. 663e Abs. 1 OR aF juristisch selbstständige Gesellschaften als Konzern an, sofern eine Gesellschaft «durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung» zusammenfasst. Aufgrund der Bedingung der einheitlichen Leitung sprach man vom «Leitungsprinzip».⁷²⁰

⁷¹⁵ Der Arbeitskreis *Forum Europaeum Konzernrecht* orientierte sich an seinem Vorschlag zur Neugestaltung des europäischen Konzernrechts im Jahr 1998 u.a. an der Rozenblum-Doktrin, vgl. FEK, ZGR 1998, S. 672 ff. Gleiches gilt für eine Veröffentlichung des Arbeitskreises in seiner heutigen Zusammensetzung (*Forum Europaeum on Company Groups*) aus dem Herbst 2015, vgl. FECCG, ECFR 2015, S. 299 ff.

⁷¹⁶ Ausführlich zum Einfluss der Rozenblum-Doktrin auf die europäische Diskussion zum Konzernrecht siehe, Böckli, FS von der Crone, S. 177, 182 ff.

⁷¹⁷ Amstutz/Gohari in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 106; Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern, S. 13 f.; Ducrey, SZW 2004, 401, 406; Kunz, ZBJV 2012, 354, 355 f.; ders., GesRZ 2012, 282, 284; Stäuber, GesKR 2020, 89; siehe auch das Bundesgericht in BGE 138 II 61 E. 4.1, wonach das Schweizer Recht «kein eigentliches Konzernrecht [kennt] und (...) jede Gesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde mit eigenen Organen, welche die Geschäfte im Interesse der besagten Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilinhabers zu tätigen haben.»

⁷¹⁸ Vgl. Amstutz, SZW 2016, 2, 7, der allerdings noch auf Art. 625 aOR verweist, welcher mit der Neufassung der Legaldefinition der Aktiengesellschaft i.S.d. geltenden Art. 620 OR im Zuge der Aktienrechtsrevision 2020 obsolet wurde, vgl. Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2016 399, 485.

⁷¹⁹ Vgl. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 5; Heinemann, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S. 50; Ducrey, SZW 2004, 401, 406.

⁷²⁰ Amstutz/Gohari in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 112; Kunz, ZBJV 2012, 354, 356; Häusermann, SZW 2023, 559, 563; Heinemann, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S. 50.

Mit Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision⁷²¹ per 1. Januar 2013 fand ein Wechsel zum «Kontrollprinzip» statt, wonach eine Kontrolle eines Unternehmens durch eine (andere) juristische Person gemäss Art. 963 Abs. 2 OR vorliegt, wenn diese direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt (Ziff. 1); direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen (Ziff. 2); oder aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Ziff. 3). Somit genügt bereits das Bestehen einer *Beherrschungsmöglichkeit* und eine tatsächliche Ausübung ist nicht (mehr) erforderlich, um von einem Konzern im kartellrechtlichen Sinne zu sprechen.⁷²²

Ohne an dieser Stelle den nachfolgenden Ausführungen zur kartellrechtlichen Behandlung von Konzernsachverhalten im Kartellrecht vorgreifen zu wollen, ist bereits hier auf das gesellschaftsrechtliche *Trennungsprinzip* hinzuweisen. Demnach haftet eine Konzerngesellschaft grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten anderer Konzerngesellschaften, unabhängig davon, ob es sich um die Mutter- oder eine Tochter- bzw. Schwestergesellschaft handelt.⁷²³ Eine Haftung kann ausnahmsweise nur in besonderen Konstellationen entstehen, insbesondere wenn sich die betreffende Konzerngesellschaft dazu verpflichtet (in Form eines Schuldbeitritts, einer Bürgschaft oder einer bestimmten Patronatserklärung) oder aus Konzernvertrauen⁷²⁴, wobei die zuletzt genannten Konstellation restriktiv zu handhaben ist.⁷²⁵

⁷²¹ Vgl. hierzu insb. die Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1722 f.

⁷²² WEKO, RPW 2014/1, 82 Rn 24 – *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*; WEKO, RPW 2021/4, 807 Rn. 38 – *Vorabklärung TV-/Radiovermarktung*; Kunz, ZBJV 2012, 354, 36 f.; Heinemann, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, S. 50; Kunz, *GesRZ* 2012, 282 f.; Häusermann, *SZW* 2023, 559, 563.

⁷²³ Siehe etwa Heinemann, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, S. 52; Moser, *Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstössen*, S. 108 f.; *Bauernmeister*, *Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie*, S. 55 f.; Kunz, *GesRZ* 2012, 282, 284; Stäuber, *GesKR* 2020, 89, 90.

⁷²⁴ Das Konzernvertrauen kann sich in Ausnahmefällen aus einer besonderen Nähebeziehung zwischen einem Geschädigten und einer Muttergesellschaft eines Konzerns ergeben. Vgl. hierzu grundlegend BGE 120 II 331 – *Swissair*; siehe hierzu ausführlich *Stoffel/Sautier*, *SZW* 2019 S. 509, 512 ff.; Kunz, *GesRZ* 2012, 282, 291 f. allgemein zum Beistandszwang im Konzern vgl. Kunz, *SJZ* 2013, 1, 2.

⁷²⁵ Heinemann, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, S. 52; siehe hierzu auch BGer, *Ents. v. 8.2.2010, 4A_306/2009 E. 5.1*, wonach das «blosse Bestehen einer Konzernverbindung (...) keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung abzugeben» vermag. Vielmehr setze «schutzwürdiges Vertrauen» ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken».

Mit der per 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision⁷²⁶ gingen keine wesentlichen konzernrechtlichen Änderungen einher. Neu finden sich im Gesetz nun an zwei weiteren Stellen Regelungen für *Konzerne*, und zwar in Art. 659b OR betreffend eigene Aktien im Konzern und bei Art. 735d OR betreffend unzulässige Vergütungen im Konzern.⁷²⁷

III. Kartellrechtliches Konzernverständnis

1. Einleitende Bemerkungen

Die Frage, inwiefern der Konzern als Ganzes oder Teile davon in Form einzelner oder mehrerer Gruppengesellschaften Adressat der kartellrechtlichen Regelungen ist, hat für die Betroffenen in beiden untersuchten Rechtsordnungen wesentliche Folgen. Das Kartellrecht richtet sich an Unternehmen (*enterprise; impresa*).⁷²⁸ Betrachtet man einen Konzern als eigenständiges Unternehmen, kann der Verstoss einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet werden, auch wenn diese nicht unmittelbar an der Zuwiderhandlung beteiligt ist.⁷²⁹ Darüber hinaus bestimmt sich die Sanktion einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung regelmässig gemäss dem Umsatz der beteiligten Unternehmen.⁷³⁰ Wird einem Konzern und nicht einer einzelnen Gruppengesellschaft eine entsprechende Zuwiderhandlung zu Last gelegt, ist entsprechend auch ein höherer Umsatz relevant.⁷³¹ Hat bereits eine Gruppengesellschaft einen kartellrechtlichen Verstoss begangen, kann bei einem «Erstverstoss» einer anderen Gruppengesellschaft der Konzern als wirtschaftliche Einheit als «Wiederholungstäter»

⁷²⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2017 399.

⁷²⁷ Häusermann, SZW 2023, 559, 564.

⁷²⁸ Martenet/Killias in: CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 19; Kersting, ZHR 2018, 8, 13.

⁷²⁹ Vgl. für das europäische Recht grundlegend EuGH, ECLI:EU:C:1983:158 – *Musique diffusion française*. Siehe für das Schweizer Recht etwa WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

⁷³⁰ Vgl. für das europäische Recht Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 und für das Schweizer Recht Art. 49a Abs. 1 KG.

⁷³¹ Vgl. für das europäische Recht grundlegend EuGH, ECLI:EU:C:1983:158 – *Musique diffusion française*; Braun, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 53 f.; ders., NZKart 2018, 405, 406; Hackel, Konzerndimensionales Kartellrecht, S. 132 ff.; Palzer, EWS 2022, 23, 25; Trörlitzsch, NZKart 2024, 403, 405. Siehe für das Schweizer Recht WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; Krauskopf in: DIKE-KG, Art. 49a Rn. 37; Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 97; a.A. Reinert in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 156.

angesehen werden,⁷³² was regelmässig als erschwerender Umstand sanktionserhöhend wirkt. Darüber hinaus besteht auch im Kartellzivilrecht die Gefahr, dass ein Konzern als wirtschaftliche Einheit als Schuldner von Schadensersatz für sämtliche Schäden, die eine Gruppengesellschaft verursacht hat, angesehen wird.⁷³³ Schliesslich ist das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit für die Frage konzerninterner Abreden sowie konzerninterner Umstrukturierungen sowie die Missbrauchskontrolle von Relevanz.⁷³⁴

2. Europäische Union

a) Einleitende Bemerkungen

Das europäische Kartellrecht kennt den Begriff des Konzerns nicht.⁷³⁵ Der persönliche Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts hängt vielmehr von der Unternehmenseigenschaft ab, wie sich aus dem Wortlaut der beiden kartellrechtlichen Vorschriften des Primärrechts (Art. 101 und 102 AEUV) ergibt. Dies wird durch den Standort eben dieser in Kapitel VII., Kapitel 1, Abschnitt 1 AEUV, welches mit der Überschrift *Vorschriften für Unternehmen* versehen ist, unterstrichen. Eine Legaldefinition des *Unternehmens* im kartellrechtlichen Sinne existiert, im Gegensatz zu dem mittlerweile ausser Kraft getretenen EGKS-Vertrag (Art. 80 EKGSV) sowie dem EAG-Vertrag (Art. 106 Bst. b EAGV), nicht. Auch das Sekundärrecht⁷³⁶ kennt keine entsprechende Definition.

⁷³² Vgl. für das europäische Recht EuGH, ECLI:EU:C:2015:150, Rn. 91 – *Versalis*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 49 – *Sumal*. Siehe für das Schweizer Recht WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

⁷³³ Siehe etwa EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 50 – *Sumal*.

⁷³⁴ Abreden und Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns fallen regelmässig unter das Konzernprivilegs, siehe hierzu ausführlich [Teil 3 B](#). Im Rahmen der Missbrauchskontrolle wird ein Konzern regelmässig als ein Unternehmen angesehen. Für das Schweizer Recht vgl. etwa BVGer, Ents. 16.9.2016, B-581/2012 E. 4.1.3 – *Nikon*; BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.1 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; *Amstutz/Gohari* in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 119; *Borer*, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 11; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 302. Für das europäische Recht siehe *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim et al., Art. 102 AEUV Rn. 146; *Ackermann*, ZEuP 2023, 529, 553.

⁷³⁵ So bereits *Haberkorn*, GRUR 1962, 449, 451; siehe auch *Klusmann*, FS Canenbley, S. 291, 296 f.; *Moser*, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstössen, S. 45.

⁷³⁶ Als Sekundärrecht wird das von den Organen der EU nach Massgabe der Verträge erlassene Recht bezeichnet, vgl. *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, Begriff «Unionsrecht (primäres, sekundäres)»; *van de Gronden/Rusu*, Competition law in the EU: principles, substance, enforcement, Ziff. 3.

Einzig das Protokoll 22 zum EWR-Abkommen enthält in seinem Art. 1 eine Legaldefinition des Unternehmens. Demnach gilt «jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt» als Unternehmen. Trotz der unterschiedlichen Formulierung zu jener des EuGH, auf die sogleich zurückzukommen sein wird, sind die beiden Definitionen inhaltlich als synonym anzusehen.⁷³⁷

Wenngleich es an einer Legaldefinition des Unternehmensbegriffs fehlt, handelt es sich bei diesem um einen eigenständigen unionsrechtlichen Begriff, der Geltung in sämtlichen Mitgliedsstaaten aufweist.⁷³⁸ Dabei ist der Unternehmensbegriff vom nationalen Recht der Mitgliedsstaaten unabhängig.⁷³⁹ In der Literatur wird vereinzelt diskutiert, inwieweit aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*), der Schadensersatzrichtlinie und der ECN Plus-Richtlinie⁷⁴⁰ der Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts auch für die nationalen Kartellrechtsordnungen verbindlich ist.⁷⁴¹ Darüber hinaus bestehen hier keine Unterschiede zwischen dem Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV und dem Missbrauchsverbot gemäss Art. 102 AEUV.⁷⁴² Zudem ist der kartellrechtliche Unternehmensbegriff deckungsgleich mit jenem des Beihilferechts der EU (Art. 106 AEUV).⁷⁴³ Somit geht das europäische Wettbewerbsrecht von einem einheitlichen Unternehmensbegriff aus. Allerdings kennt auch das europäische Beihilferecht keine entsprechende Legaldefinition. Lediglich der Begriff des «öffentlichen Unternehmens» wird in Art. 2 der beihilferechtlichen

⁷³⁷ Säcker/Stepfens in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 3.

⁷³⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1985:33, Rn. 17 – *BNIC/Clair*.

⁷³⁹ Otto, NZKart 2020, 285; Palzer, EWS 2022, 23, 24; Fischer/Zickgraf, ZHR 2022, 125, 154; Fischer, ZfPW 2021, 310, 311.

⁷⁴⁰ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L 11 v. 14.1.2019, S. 3.

⁷⁴¹ Vgl. hierzu etwa Kersting, ZHR 2018, 8, 31 mit Verweis auf EuGH, ECLI:EU:C:2015:150, Rn. 92 – *Versalis*: «Das Ziel, gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstoßende Verhaltensweisen zu ahnden und ihrer Wiederholung durch abschreckende Sanktionen vorzubeugen, würde beeinträchtigt, wenn ein Unternehmen, das eine an einer ersten Zuwiderhandlung beteiligte Tochtergesellschaft umfasst, in der Lage wäre, die Sanktionierung des Wiederholungsfalls dadurch unmöglich zu machen oder besonders zu erschweren und damit abzuwenden, dass es seine Rechtsstruktur ändert, indem es neue Tochtergesellschaften gründet, gegen die nicht wegen der ersten Zuwiderhandlung ermittelt werden konnte, die aber an der neuen Zuwiderhandlung beteiligt sind.»; a.A. Glöckner, NZKart 2018, 464, 469 f.; Gehring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1, 6; Könen, NZKart 2017, 15, 16 f.

⁷⁴² Huttenlauch in: Loewenheim et al., Art. 102 AEUV Rn. 12; Fischer, ZfPW 2021, 310, 334.

⁷⁴³ EuGH, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 – *Höfner und Elser*.

Transparenzrichtlinie⁷⁴⁴ definiert, wobei sich diese Definition auf den ersten Begriffsteil beschränkt und den zweiten Begriffsteil des Unternehmens nicht näher ausführt.

Vor dem Hintergrund dieses gesetzgeberischen Schweigens oblag es dem EuGH, ein Begriffsverständnis herauszuarbeiten. Gemäss dessen Rechtsprechung versteht man unter einem Unternehmen «jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von der Rechtsform und Art der Finanzierung».⁷⁴⁵

Diese Definition knüpft an der konkreten Tätigkeit und nicht an irgendwelchen formalen Kriterien an. Man spricht daher von einem «funktionalen Unternehmensbegriff».⁷⁴⁶ Dieser funktionale Ansatz kann dazu führen, dass ein und dieselbe Einheit für gewisse abtrennbare Tätigkeiten als Unternehmen anzusehen ist, während diese Voraussetzungen für andere Tätigkeiten nicht gegeben sind.⁷⁴⁷ So kann nach der fusionsrechtlichen Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen etwa eine natürliche Person im Rahmen eines Unternehmenserwerbs als Unternehmen angesehen werden,⁷⁴⁸ hinsichtlich ihrer übrigen, davon abtrennbaren Tätigkeiten hingegen nicht.⁷⁴⁹ Relevant ist die Frage allerdings eher für öffentliche Institutionen, die in gewissen Teilbe-

⁷⁴⁴ Richtlinie 2006/111/EG der EU-Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. L 318 v. 17.11.2017, S. 17.

⁷⁴⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 112 – *Dansk Rørindustri*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 – *FENIN*. EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 54 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2011:21, Rn. 34 – *General Química SA*.

⁷⁴⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 9; *Roth/Ackermann* in: FK, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 31; *Grave/Nyberg* in: Loewenheim et al., Art. 101 AEUV Rn. 100; *Otto*, NZKart 2020, 285; *Palzer*, EWS 2022, 23, 24; *Fischer/Zickgraf*, ZHR 2022, 125, 127.

⁷⁴⁷ *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 7; *Lange*, WuW 2002, 953; *van de Gronden/Rusu*, Competition law in the EU: principles, substance, enforcement, Ziff. 2.2.1; *Bellis*, Droit européen de la concurrence, S. 88.

⁷⁴⁸ Vgl. Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 12; EU-Kommission, ABl. C 132 v. 23.5.1991, S. 13 – *Asko/Jakobs/Adia*.

⁷⁴⁹ *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 7.

reichen wirtschaftlich und in anderen hoheitlich tätig sind.⁷⁵⁰ Insoweit spricht man auch von einem «relativen Unternehmensbegriff».⁷⁵¹

Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Überlegungen zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff – auf die nachfolgend im Detail eingegangen wird – seit Erlass der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)⁷⁵² und der mit ihr einhergehenden relativ hohen Sanktionsmöglichkeiten von bis zu vier Prozent des weltweiten Umsatzes gemäss Art. 83 Abs. 5 und 6 DSGVO grosse Beachtung finden.⁷⁵³ Dies geschieht insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Erwägungsgrund⁷⁵⁴ 150 der DSGVO hinsichtlich der Sanktionierung eines Unternehmens gegen die Regeln der DSGVO ausdrücklich auf eine analoge Anwendung des Unternehmensbegriffs des europäischen Kartellrechts verweist.⁷⁵⁵

b) Wirtschaftliche Tätigkeit

Für das Vorliegen eines Unternehmens im kartellrechtlichen Sinne ist somit zuerst eine wirtschaftliche Tätigkeit massgeblich. Insbesondere das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt kennzeichnet hierbei den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit.⁷⁵⁶ Eine solche wird gemeinhin bei dem gewerblichen⁷⁵⁷ Anbieten oder Nachfragen von Gütern oder Dienstleistungen gleich welcher Art im Wirtschaftsprozess angenommen.⁷⁵⁸

⁷⁵⁰ Vgl. hierzu EuGH, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 25 – MOTOE; EuGH, ECLI:EU:C:2012:449, Rn. 37 f. – *Compass-Datenbank*; EuGH, ECLI:EU:C:2024:49, Rn. 62 – *Lietuvos notarių rūmai*; *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 7; *Delvaux et. al.*, *Droit de l'entreprise*, Rn. 626.

⁷⁵¹ *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 20; *Ackermann*, ZEuP 2023, 529, 545; siehe auch *Bauermeister*, NZG 2022, 59, 69.

⁷⁵² Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 119 v. 4.5.2016, S. 1. Die DSGVO hat seit ihrem Erlass drei Änderungen erfahren, vgl. ABl. L 314 v. 22.11.2016, ABl. L 127 v. 23.5.2018 sowie ABl. L 74 v. 4.3.2021.

⁷⁵³ Vgl. hierzu ausführlich *Ambrock*, ZD 2023, 494; *Zelger*, EuR 2021, 478, 481 ff.

⁷⁵⁴ Die Erwägungsgründe in sekundärrechtlichen Erlassen der EU dienen der teleologischen Auslegung des jeweiligen Rechtsaktes, vgl. *Pieper* in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Bd. 1, Kap. B. I. Rn. 35 und 44.

⁷⁵⁵ Hierzu eingehend EuGH, ECLI:EU:C:2023:950, Rn. 55 ff. – *Deutsche Wohnen*.

⁷⁵⁶ EUGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 47 – *Wouters*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 – *FENIN*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:127, Rn. 36 – *OTOC*.

⁷⁵⁷ EuG, ECLI:EU:T:2003:50 – *FENIN*, bestätigt durch EuGH, ECLI:EU:C:2006:453.

⁷⁵⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1997:160, Rn. 16 – *SEPG*; EUGH, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 112 – *Dansk Rørindustri*; *EU-Kommission*, ABl. L 92 v. 30.3.1985, S. 1 und 37 – *Aluminiumausfuhren aus Osteuropa*.

Sektorspezifische Ausnahmen existieren nicht.⁷⁵⁹ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist grundsätzlich unerheblich,⁷⁶⁰ hinreichend soll bereits sein, dass die fragliche Tätigkeit «normalerweise» gegen Entgelt erbracht wird.⁷⁶¹ Zwingend ist diese Voraussetzung jedoch nicht, wie insbesondere die Datenökonomie zeigt.⁷⁶² So hat etwa der deutsche Gesetzgeber kürzlich ausdrücklich mit § 18 Abs. 2a GWB klargestellt, dass auch unentgeltliche⁷⁶³ Leistungen auf einem Markt angeboten werden können.⁷⁶⁴ Unklar ist nach der neuesten Rechtsprechung allerdings, inwiefern eine Dauerhaftigkeit für die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit erforderlich ist.⁷⁶⁵

Die Generalanwälte *Tesauro* und *Léger* sehen eine wirtschaftliche Betätigung in den Fällen als gegeben an, in denen eine solche «*zumindest grundsätzlich auch von einem privaten Unternehmen zum Zweck der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte*».⁷⁶⁶ Die EU-Kommission⁷⁶⁷ übernimmt diese Formel und geht immer dann von einer *wirtschaftlichen Tätigkeit* aus, wenn diese folgende Kriterien erfüllen: «*d'être exercée, du moins en principe, par une entreprise privée et dans un but lucratif*».⁷⁶⁸ Hat eine Tätigkeit hingegen keinen Bezug zum

⁷⁵⁹ EuGH, ECLI:EU:C:1974:35, Rn. 32 – *Kommission/Frankreich*; EuGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 48 f. – *Wouters*; EuGH, ECLI:EU:C:2006:492, Rn. 31 – *Meca-Medina und Majcen*; EuG, ECLI:EU:T:1994:267 – *Scottish Football Association*.

⁷⁶⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1995:392, Rn. 22 – *FFSA*; EuGH, ECLI:EU:C:1999:430, Rn. 79 – *Albany*; EuGH, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 27 f. – *MOTOE*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:191, Rn. 116 – *SELEX*; EU-Kommission, ABl. L 179 v. 22.7.1993 – *EBU/Eurovision-System*; *Grave/Nyberg* in: *Loewenheim et al.*, Art. 101 AEUV Rn. 102.

⁷⁶¹ EuGH, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 22 – *Höfner und Elser*; EuGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 47 f. – *Wouters*.

⁷⁶² *Säcker/Steffens* in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 20.

⁷⁶³ Zu beachten ist hierbei jedoch, dass es sich nur scheinbar um unentgeltliche Leistungen handelt. Die persönlichen Daten sind die Gegenleistung, die wiederum monetarisiert werden können.

⁷⁶⁴ Siehe zu dieser Thematik auch die Auffassung der EU-Kommission im Rahmen der Übernahme von WhatsApp durch Facebook, COMP/M.7215, Rn. 20 ff. (der Entscheid wurde nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

⁷⁶⁵ Für das Erfordernis einer Dauerhaftigkeit, vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1962:30, S. 687 – *Klöckner und Hoesch/Hohe Behörde*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 41 – *Sumal*. Zwischenzeitlich sprach sich der EuGH gegen diese Bedingung für die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit aus, vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1991:161 – *Höfner und Elser*.

⁷⁶⁶ *GA Tesauro*, EuGH, ECLI:EU:C:1993:63, Rn. 8 – *Schlussanträge Poucet und Pistre*; *GA Léger*, EuGH, ECLI:EU:C:2001:390, Rn. 80 – *Schlussanträge Wouters*.

⁷⁶⁷ EU-Kommission, ABl. L 216 v. 12.9.1995, S. 8 Rn. 2 – *Régie des Voies Aériennes/Regie der Luchtwegen*.

⁷⁶⁸ Der Entscheid ist nur auf Französisch verfügbar.

Wirtschaftsleben oder hängt sie mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammen, liegt keine unternehmerische Tätigkeit vor.⁷⁶⁹

c) *Wirtschaftliche Einheit*

Die wirtschaftliche Tätigkeit muss von einer «Einheit» ausgeübt werden, um von einem Unternehmen ausgehen zu können. Massgeblich ist somit die *autonome* Teilnahme am Markt.⁷⁷⁰ Dieses *Selbstständigkeitspostulat* setzt voraus, dass die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgende Einheit aus einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel besteht und an einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsvorschriften des AEUV beteiligt sein kann.⁷⁷¹ Man spricht insofern von einer *wirtschaftlichen Einheit*.

Innerhalb einer juristischen Person bestehende Teile, wie etwa einzelne Betriebsteile, Abteilungen, Büros oder Niederlassungen gelten aufgrund ihrer mangelnden Selbstständigkeit regelmässig nicht als Unternehmen.⁷⁷² Massgebliches Abgrenzungskriterium ist die Frage, ob der betroffene Teil finanzielle und wirtschaftliche Risiken trägt.⁷⁷³ Hingegen können mehrere juristische und/oder natürliche Personen gemeinsam eine wirtschaftliche Einheit bilden.⁷⁷⁴

Eine einheitliche Organisation setzt eine einheitliche Leitung voraus. Letztere stellt somit den Anknüpfungspunkt für die Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbstständiger Unternehmen zu einem wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen dar. Voraussetzung zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit ist die Weisungsabhängigkeit der Tochtergesellschaften und der entspre-

⁷⁶⁹ EuGH, ECLI:EU:C:1993:63, Rn. 18 f. – *Poucet und Pistre*; EuGH, ECLI:EU:C:1994:7, Rn. 30 – *SAT Fluggesellschaft*; EuGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 57 – *Wouters*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:449, Rn. 36 – *Compass-Datenbank*; EuGH, ECLI:EU:C:2024:49, Rn. 61 – *Lietuvos notary rūmai*.

⁷⁷⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 49 ff. – *Viho*; EuGH, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 117 – *Dansk Rørindustri u.a.*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 – *Akzo Nobel*.

⁷⁷¹ EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 50 – *Viho*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 38 – *Sumal*; EuG, ECLI:EU:T:1991:74, Rn. 235 – *Enichem*; EuG, ECLI:EU:T:1992:33, Rn. 311 – *Shell*.

⁷⁷² *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 51; *Fischer/Zickgraf*, ZHR 2022, 125, 142.

⁷⁷³ EuGH, ECLI:EU:C:2014:2411, Rn. 33 – *FNV Kunsten Informatie en Media*; *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 51; *Fischer/Zickgraf*, ZHR 2022, 125, 142.

⁷⁷⁴ EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 50 – *Viho*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 55 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 41 – *Sumal*.

chende Mangel an autonomen Handlungsmöglichkeiten.⁷⁷⁵ Nach der Praxis ist darauf abzustellen, ob die Tochtergesellschaft über keine «*Entscheidungsautonomie gegenüber der Muttergesellschaft*» verfügt,⁷⁷⁶ im Wesentlichen die Weisungen ihrer Muttergesellschaft befolgen muss und somit nicht selbstständig im Wettbewerb auftreten kann.⁷⁷⁷ Somit steht ein allfälliges Weisungsrecht der Muttergesellschaft im Zentrum der Frage der Entscheidungsautonomie.

d) Unabhängigkeit von Rechtsform und Finanzierung

Die letzten beiden Voraussetzungen vollenden den funktionalen Unternehmensbegriff, indem sie klarstellen, dass die gewählte Rechtsform sowie die Finanzierung für die Einstufung einer wirtschaftlichen Einheit als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne unerheblich sind. Somit legt allein das EU-Recht die Anwendbarkeit der EU-Wettbewerbsregeln fest. Die Mitgliedsstaaten können durch nationales Recht die Einordnung einer Verhaltensweise als unternehmerische Tätigkeit nicht unterbinden.⁷⁷⁸ Eine eigene Rechtspersönlichkeit und somit eine eigene Rechtsfähigkeit nach nationalem Recht ist folglich irrelevant.⁷⁷⁹ Somit können auch der Staat selbst oder eine staatliche Einheit im kartellrechtlichen Sinne unternehmerisch tätig sein.⁷⁸⁰ Nicht als unternehmerische Tätigkeit gelten hingegen hoheitliche Handlungen, die somit den Wettbewerbsregeln des AEUV entzogen sind.⁷⁸¹ Ist eine hoheitliche Tätigkeit untrennbar mit einer unternehmerischen Tätigkeit verbunden, gelten sämtliche dieser Tätigkeiten als Ausübung hoheitlicher Befugnisse.⁷⁸² Dieser funktionale Ansatz steht auch im Einklang mit dem seit der Jahrtausendwende eingeleiteten «*more economic approach*» des europäischen Kartellrechts. Ein Rückzug auf die rechtliche Selbstständigkeit würde dieser Entwicklung zuwiderlaufen.⁷⁸³

⁷⁷⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 132, 135 – ICI; EuGH, ECLI:EU:C:1983:293, Rn. 49 – AEG; EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 51 – *Viho*; EUGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 – *Akzo Nobel*.

⁷⁷⁶ EU-Kommission, ABl. L 38 v. 10.2.2004, S. 18 Rn. 204 – *Methylglukamin*.

⁷⁷⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 132 f. – ICI; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2017:52, Rn. 146 – *Villeroy & Boch AG*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:73, Rn. 32 – *Goldmann Sachs*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

⁷⁷⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2013:127, Rn. 55 ff. – *Ordem dos Técnicos*; EuG, ECLI:EU:T:2000:298, Rn. 128 – *Aéroports de Paris*.

⁷⁷⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 113 – *Dansk Rørindustri u.a.*

⁷⁸⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1985:120, Rn. 16 ff. – *Italien/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 25 – *MOTOE*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:449, Rn. 38 – *Compass-Datenbank*.

⁷⁸¹ EuGH, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 24 – *MOTOE*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:449, Rn. 36 – *Compass-Datenbank*; EuGH, ECLI:EU:C:2024:49, Rn. 61 – *Lietuvos notarų rūmai*.

⁷⁸² EuGH, ECLI:EU:C:2009:191, Rn. 72 ff. – *SELEX Sistemi Integrati*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:449, Rn. 38 – *Compass-Datenbank*.

⁷⁸³ Ebenso Schröder, NZKart 2024, 204; siehe auch Fischer, ZfPW 2021, 310, 333.

e) *Konzerne*

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und insbesondere der Unerheblichkeit der Rechtsfähigkeit als konstitutive Bedingung können auch Konzerne – als regelmässig nicht rechtsfähige Gebilde⁷⁸⁴ – als Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechts angesehen werden. Hinsichtlich der Frage, wann eine Tochtergesellschaft und eine Muttergesellschaft als gemeinsames Unternehmen angesehen werden, ist der Grad der Autonomie der betroffenen Tochtergesellschaft entscheidend.

Nach den Verbundklauseln⁷⁸⁵ der europäischen GVO⁷⁸⁶ gelten rechtlich selbstständige Gesellschaften dann als zu einem Konzern gehörend, wenn eine (Mutter-)Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar, allein oder gemeinsam mit anderen Unternehmen, die Befugnis hat, mehr als die Hälfte der Stimmrechte auszuüben, oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen, oder das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen.

Nach ständiger Rechtsprechung kann einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft insbesondere dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.⁷⁸⁷ Dabei ist nicht erforderlich, dass die Tochtergesellschaft alle Weisungen der Muttergesellschaft befolgt, sondern es genügt, dass die Nichtbefolgung der Weisungen nicht den Regelfall darstellt.⁷⁸⁸ Folglich ist grundsätzlich die Beherrschungsmöglichkeit massgeblich, wobei die Mittel, die das herrschende Unternehmen dazu befähigen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen, unerheblich sind.⁷⁸⁹ Allerdings ist eine rechtliche Möglichkeit zur Einflussnahme nicht ausreichend, vielmehr muss diese auch tatsächlich ausgeübt werden.⁷⁹⁰ Lediglich zufällige und einmalige

⁷⁸⁴ So bereits *Haberkorn*, GRUR 1962, 449, 451; *Schröder*, NZKart 2024, 200; differenzierend *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 653, die von einer Teilrechtsfähigkeit im Sinne einer «Kartellrechtsfähigkeit» ausgehen; a.A. *Klumpe*, NJW 2021, 3583, 3589.

⁷⁸⁵ Zu den einzelnen Verbundklauseln der einzelnen GVO, vgl. *Pohlmann*, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht, S. 66 ff.

⁷⁸⁶ Vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 Vertikal-GVO und hierzu Vertikalleitlinien, Rn. 115.

⁷⁸⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 132 f.- ICI; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2017:52, Rn. 146 – *Villeroy & Boch AG*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:73, Rn. 32 – *Goldmann Sachs*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

⁷⁸⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2015:416, Rn. 96 – *Fresh Del Monte Produce*.

⁷⁸⁹ *Funck*, Konzerneinheit und Kartellverbot, 1964, S. 18 f.

⁷⁹⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 – *Akzo Nobel*.

Ereignisse scheiden aus, um die genannten Anforderungen zu erfüllen.⁷⁹¹ Liegt eine wie auch immer geartete effektive Beherrschungsmöglichkeit vor und wird diese von der Muttergesellschaft auch genutzt, so ist im Hinblick auf den Gesamtkonzern von einem einheitlichen Unternehmen auszugehen.⁷⁹² Massgeblich ist somit grundsätzlich eine Einzelfallbetrachtung.⁷⁹³

Nach der Rechtsprechung des EuGH wird die tatsächliche Einflussnahme in denjenigen Fällen widerleglich vermutet, in denen die Muttergesellschaft 100 %⁷⁹⁴ oder nahezu 100 %⁷⁹⁵ des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält. Der Muttergesellschaft obliegt es in diesem Fall, die Vermutung zu widerlegen, in dem sie ausreichende Beweise dafür erbringt, dass die Tochtergesellschaft auf dem Markt eigenständig auftritt.⁷⁹⁶ Auch wenn die Widerlegung der Vermutung gemäss den Worten des EuGH «schwierig» sei, führe dies nicht dazu, dass sie «tatsächlich unwiderlegbar» ist.⁷⁹⁷ Allerdings liegt ein entsprechendes Judikat des EuGH, in dem die Vermutung erfolgreich widerlegt werden konnte, soweit ersichtlich bis anhin noch nicht vor. Die Vermutung gilt auch für reine Finanzbeteiligungen,⁷⁹⁸ wenngleich ihre Widerlegung hier einfacher fallen dürfte als in anderen Konstellationen. Seit dem Entscheid des EuGH in der Rechtssache *Sumal* dürfte die Widerlegung der Vermutung insofern leichter gelingen, da eine wirtschaftliche Einheit nur für diejenigen Gesellschaften eines Konzerns angenommen werden soll, bei denen ein konkreter Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit dieser Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der vorgeworfenen Zuwiderhandlung besteht.⁷⁹⁹

Zwar besteht für tiefere Beteiligungsquoten und insbesondere bei Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich keine Vermutung des Vorliegens einer wirt-

⁷⁹¹ So bereits *Funck*, *Konzerneinheit und Kartellverbot*, 1964, S. 19.

⁷⁹² EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 136 f. – *ICI*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 – *Akzo Nobel*; EU-Kommission, ABl. L 28 v. 2.2.1991, S. 32 Rn. 23 – *IJsselcentrale et. al.*

⁷⁹³ Vgl. *Kokott/Dittert*, WuW 2012, 670, 680.

⁷⁹⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2000:630, Rn. 29 – *Stora Kopparbergs Bergslags*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 – *Akzo Nobel*; siehe grundlegend auch *Hackel*, *Konzerndimensionales Kartellrecht*, S. 154 ff.

⁷⁹⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2016:446, Rn. 28 f. – *Evonik Degussa und AlzChem/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:2017:52, Rn. 147 ff. – *Villeroy & Boch AG*; siehe hierzu auch ausführlich *Kokott/Dittert*, WuW 2012, 670, 676 ff.

⁷⁹⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2000:630, Rn. 28 – *Stora Kopparbergs Bergslags*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 61 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2016:446, Rn. 28 f. – *Evonik Degussa und AlzChem/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:73, Rn. 32 – *Goldmann Sachs*.

⁷⁹⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2016:446, Rn. 44 – *Evonik Degussa und AlzChem/Kommission*.

⁷⁹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2021:73 – *Goldmann Sachs*; *Bischke/Brack*, NZG 2018, 1059; *Heinichen/Schmidt*, DB 2019, 2337, 2341.

⁷⁹⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

schaftlichen Einheit.⁸⁰⁰ Dies gilt jedoch nicht, wenn die Muttergesellschaft trotz einer Minderheitsbeteiligung über sämtliche Stimmrechte verfügt. In diesem Fall besteht ebenfalls die Vermutung der tatsächlichen Ausübung eines bestimmenden Einflusses. Der *EuGH* argumentiert hier damit, dass nicht das bloße Halten des gesamten oder nahezu gesamten Kapitals der Tochtergesellschaft als solches die Vermutung begründet, sondern die diesem Kapitalbesitz innewohnende Kontrollmöglichkeit.⁸⁰¹ Entsprechend befindet sich eine Muttergesellschaft, die über sämtliche mit den Anteilen ihrer Tochtergesellschaft einhergehenden Stimmrechte verfügt, in einer ähnlichen Situation wie eine Muttergesellschaft, die das gesamte oder nahezu gesamte Kapital der Tochtergesellschaft hält, da in beiden Fällen die Muttergesellschaft in der Lage ist, die Wirtschafts- und Handelsstrategie der Tochtergesellschaft zu bestimmen.⁸⁰²

Allerdings kann auch eine tatsächliche Einflussnahmemöglichkeit bei einer Minderheitsbeteiligung ohne das gleichzeitige Halten sämtlicher Stimmrechte, angenommen werden. Dies ist etwa der Fall, wenn die Muttergesellschaft über Rechte verfügt, die über die Rechte hinausgehen, die üblicherweise Minderheitsaktionären zum Schutz ihrer finanziellen Interessen gewährt werden.⁸⁰³ Für den Nachweis der tatsächlichen Ausübung dieser Einflussnahmemöglichkeit kann ein Bündel «übereinstimmender Indizien rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur» ausreichend sein, auch wenn die einzelnen Indizien «für sich genommen», nicht hinreichend beweiskräftig sind.⁸⁰⁴ So nimmt der *EuGH* bei Vorliegen verschiedener Kriterien regelmässig eine wirtschaftliche Einheit an, wobei diese nicht kumulativ vorliegen müssen.⁸⁰⁵ Beeinflusst und überwacht die Muttergesellschaft die Preispolitik,⁸⁰⁶ die Verkaufsziele, die Bruttomargen, die Verkaufskosten, den *cash-flow*, die Lagerbestände⁸⁰⁷ oder die Herstellungs- und Vertriebsaktivitäten,⁸⁰⁸ übernimmt die Tochtergesellschaft die von der Konzernspitze stammenden Leitlinien⁸⁰⁹ oder vertritt die Muttergesellschaft auch die Tochtergesellschaft in

⁸⁰⁰ *Faull et. al. in: The EU Law of Competition*, Kap. 3 Rn. 3.59.

⁸⁰¹ *EuGH*, ECLI:EU:C:2021:73, Rn. 35 f. – *Goldmann Sachs*; *Fischer/Zickgraf*, ZHR 2022, 125, 134 f.

⁸⁰² *EuGH*, ECLI:EU:C:2021:73, Rn. 35 – *Goldmann Sachs*.

⁸⁰³ *EuG*, ECLI:EU:T:2011:344, Rn. 183 – *Fuji Electric*.

⁸⁰⁴ *EuG*, ECLI:EU:T:2011:344, Rn. 183 – *Fuji Electric*.

⁸⁰⁵ *Dück/Eufinger*, CCZ 2012, 131, 132.

⁸⁰⁶ *EuGH*, ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 137 – *ICI*; *EuGH*, ECLI:EU:C:1972:74, Rn. 45 – *Geigy*.

⁸⁰⁷ *EuGH*, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 15 – *Viho*.

⁸⁰⁸ *EuGH*, ECLI:EU:C:1974:18, Rn. 37 ff. – *Commercial Solvents (Zoja)*.

⁸⁰⁹ *EUGH*, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 53 – *Akzo Nobel*.

einem Verfahren vor der EU-Kommission,⁸¹⁰ so ist eine Widerlegung faktisch ausgeschlossen.⁸¹¹ Gleiches gilt neben der unmittelbaren Mitwirkung der Muttergesellschaft auch im Falle der (positiven) Kenntnis der Zuwiderhandlung bei gleichzeitigem Nichteinschreiten⁸¹² sowie im Falle der Besetzung der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft durch die Mutter.⁸¹³ Auch kann die Einrichtung eines zentralen konzernweiten Compliance-Programmes dazu führen, dass die Tochter ihr Verhalten eben nicht autonom bestimmen kann.⁸¹⁴ Spiegelbildlich kann die Einrichtung einer dezentralen Compliance-Organisation, in der jede Konzerngesellschaft zwar grundsätzlich gezwungen wird ein Compliance-Programm zu implementieren, dieses aber völlig eigenverantwortlich und ohne weitere Vorgabe von der Konzernspitze umsetzen kann, als ein Indiz der Eigenständigkeit der Tochter gesehen werden.⁸¹⁵ Allerdings sind die genannten Kriterien nicht abschliessend, da grundsätzlich weitere wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Verbindungen zwischen den Konzerngesellschaften die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit rechtfertigen können.⁸¹⁶

Schliesslich ist festzuhalten, dass nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH ein und dieselbe Muttergesellschaft – innerhalb des gleichen Konzerns – Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein kann.⁸¹⁷ Je nach der betroffenen wirtschaftlichen Tätigkeit bildet die Muttergesellschaften mit den Tochtergesellschaften, die auf den gleichen Märkten tätig sind, eine wirtschaftliche Einheit. Mit anderen Tochtergesellschaften, die auf anderen Märkten tätig sind, bildet sie wiederum eine andere wirtschaftliche Einheit. Dies kann zu Überlappungen verschiedener wirtschaftlicher Einheiten innerhalb eines Konzerns führen.⁸¹⁸ Dies hat der EuGH für die zivilrechtliche Haftung einer Tochtergesellschaft im Hinblick auf einen Verstoss der Muttergesellschaft gegen Art. 101 AEUV, an dem die Tochtergesellschaft nicht beteiligt war, im Rah-

⁸¹⁰ EuG, ECLI:EU:T:2006:272, Rn. 158 – *Cascades SA*; EuG, ECLI:EU:T:2006:396, Rn. 330 – *Raiffaisen Zentralbank Österreich*.

⁸¹¹ Ausführlich *Dück/Eufinger*, CCZ 2012, 131, 132.

⁸¹² EuG, ECLI:EU:T:2006:272, Rn. 158 – *Cascades SA*; EuG, ECLI:EU:T:2006:396, Rn. 330 – *Raiffaisen Zentralbank Österreich*.

⁸¹³ EU-Kommission, ABl. L 110 v. 30.4.2005, S. 44 Rn. 386 – *Organische Peroxide*.

⁸¹⁴ EuG, ECLI:EU:T:2012:47, Rn. 88 – *The Dow Chemical Company*; *Dück/Eufinger*, CCZ 2012, 131, 132 f.; Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstössen, S. 88.

⁸¹⁵ *Dück/Eufinger*, CCZ 2012, 131, 132 f.

⁸¹⁶ EUGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 74 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 43 – *Sumal*; *Dück/Eufinger*, CCZ 2012, 131, 132 f.

⁸¹⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 47 – *Sumal*; siehe hierzu auch ausführlich *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 654 f.

⁸¹⁸ *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 655.

men eines spanischen Vorabentscheidungsersuchens gemäss Art. 267 AEUV entschieden. Hierbei hat er allerdings ausdrücklich festgehalten, dass der Unternehmensbegriff im Zivilverfahren identisch mit jenem im Verwaltungsverfahren gemäss der VO 1 /2003 ist.⁸¹⁹ Demnach seien Unternehmensgruppen des Typs *Konglomerat* vor der Haftung für das unrechtmässige Verhalten anderer Tochtergesellschaften aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu bewahren, da andernfalls eine Tochtergesellschaft eines solchen Konzerns Gefahr liefe, für Zuwiderhandlungen haftbar gemacht zu werden, die im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten begangen wurden, die in keinem Zusammenhang mit ihrer eigenen Tätigkeit stehen und an denen sie in keiner Weise, auch nicht mittelbar, beteiligt war.⁸²⁰ Folglich brauche es den Nachweis eines «konkreten Zusammenhangs» zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit dieser Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für den die Muttergesellschaft haftbar gemacht wurde.⁸²¹ Dies bedeute, dass im Zivilverfahren der Kläger grundsätzlich nachweisen muss, dass das wettbewerbswidrige Verhalten der Muttergesellschaft, dieselben Produkte betrifft wie die von der Tochtergesellschaft vermarkteten.⁸²² Aufgrund des materiell einheitlichen Unternehmensbegriffs des Kartellzivil- und des Kartellverwaltungsrechts⁸²³ müssen diese Überlegungen auch für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren Geltung erlangen. Zu Recht wird dieser Entscheid des EuGH in der Literatur – insbesondere im Hinblick auf die mit diesem einhergehende Gefährdung des Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*) – stark kritisiert.⁸²⁴ Durch diesen neuen produktbezogenen Ansatz besteht für Kartelldeliquenten etwa auch die Möglichkeit, Haftungsmasse in Konzerngesellschaften zu verschieben, die in keinem Zusammenhang mit einem Kartellrechtsverstoss stehen.⁸²⁵ Darüber hinaus führt die Annahme von mehreren wirtschaftlichen Einheiten innerhalb eines Konzerns auch zu praktischen Probleme im Hinblick auf die kartellrechtlich grundsätzlich privilegierte Zusammenarbeit innerhalb einer Unternehmensgruppe (Konzernprivileg).⁸²⁶

⁸¹⁹ EuGH, EU:C:2019:204, Rn. 47 – *Skanska Industrial Solutions u.*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 38 – *Sumal*.

⁸²⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 45, 52 – *Sumal*.

⁸²¹ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

⁸²² EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

⁸²³ Vgl. EuGH, EU:C:2019:204, Rn. 47 – *Skanska Industrial Solutions u.*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 38 – *Sumal*.

⁸²⁴ Siehe hierzu etwa *Ackermann/Rohr*, NZKart 2023, 452.

⁸²⁵ *Uebele*, WuW 2021, 683, 685; *Ackermann/Rohr*, NZKart 2023, 452, 455.

⁸²⁶ Siehe hierzu ausführlich [Teil 3 B. II](#).

Neben der berechtigten Kritik an der Entscheidung des EuGH i.S. *Sumal*, ist darüber hinaus auch das Verständnis des EuGH im Hinblick auf die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit im Allgemeinen zu kritisieren. Mit dem Abstellen auf die tatsächliche Ausübung einer zu jedem Zeitpunkt möglichen Beherrschungsmöglichkeit gehen verschiedene Probleme einher. So verläuft die Organisation eines Konzerns in der Praxis nicht notwendigerweise entlang den gesellschaftsrechtlichen Grenzen der einzelnen Konzerngesellschaften.⁸²⁷ Darüber hinaus sind die Möglichkeiten der Einflussnahme auf eine Tochtergesellschaft mannigfaltig und nicht notwendigerweise dokumentiert und nachvollziehbar, wodurch eine sachgerechte Abgrenzung zwischen einer jederzeit möglichen und einer tatsächlichen Einflussnahme in der Praxis kaum sinnvoll möglich ist.⁸²⁸ Da die tatsächliche Einflussnahme *kaum nachzuweisen* ist, wechselte etwa der Schweizer Gesetzgeber im Rahmen der Aktienrechtsrevision⁸²⁹ im Hinblick auf die Konzernrechnungslegung per 1. Januar 2013 vom «Kontrollprinzip» auf das «Leistungsprinzip».⁸³⁰

Darüber stellt die Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung einer Beherrschungsmöglichkeit einen Wertungswiderspruch zu den Verbundklauseln⁸³¹ der europäischen GVO sowie des Kontrollbegriffs der FKVO dar. Die Verbundklauseln⁸³² der europäischen GVO⁸³³ sehen vor, dass rechtlich selbstständige Gesellschaften dann Teil einer wirtschaftlichen Einheit sind, wenn eine (Mutter-)Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar, allein oder gemeinsam mit anderen Unternehmen, die Befugnis hat, mehr als die Hälfte der Stimmrechte auszuüben, oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen, oder das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen. Eine tatsächliche Ausübung der Kontrolle sieht der Wortlaut nicht vor und sie ist auch sonst nicht erforderlich.⁸³⁴ Art. 3 Abs. 2 FKVO sieht vor, dass *Kontrolle*

⁸²⁷ So ebenfalls BVGer, Ents. v. 18.12.2018, B-831/2011 E. 44 – DCC.

⁸²⁸ So ebenfalls BVGer, Ents. v. 18.12.2018, B-831/2011 E. 44 – DCC.

⁸²⁹ Vgl. hierzu insb. die Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1722 f.

⁸³⁰ Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1723. Siehe hierzu auch [Teil 3. A. II. 2.](#)

⁸³¹ Zu den einzelnen Verbundklauseln der einzelnen GVO, vgl. Pohlmann, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht, S. 66 ff.

⁸³² Zu den einzelnen Verbundklauseln der einzelnen GVO, vgl. Pohlmann, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht, S. 66 ff.

⁸³³ Vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 Vertikal-GVO und hierzu Vertikalleitlinien, Rn. 115.

⁸³⁴ Ellger in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 380; Baron in: Loewenheim et al., Art. 1 Vertikal-GVO Rn. 76; Chrocziel/Giedke in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 1 FuE-GVO Rn 47.

im Sinne der Prüfung eines Unternehmenszusammenschluss dann vorliegt, wenn durch Rechte, Verträge oder andere Mittel, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die «Möglichkeit» gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens (Bst. a) oder durch Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren. Somit genügt auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle die Möglichkeit der Kontrolle und auf deren tatsächliche Ausübung kommt es nicht an.⁸³⁵ Schliesslich führt die zuvor dargestellte Möglichkeit verschiedener wirtschaftlicher Einheiten innerhalb des gleichen Konzerns auch zu praktisch kaum lösbaeren Problemen bei der konzerninternen Zusammenarbeit, kann doch nur innerhalb der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit das Konzernprivileg fruchtbar gemacht werden.⁸³⁶

3. Schweiz

a) Einleitende Bemerkungen

Der persönliche Geltungsbereich des Schweizer Kartellrechts erstreckt sich gemäss Art. 2 Abs. 1 KG auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Ein einheitlicher, rechtsformübergreifender Unternehmensbegriff ist dem Schweizer Recht unbekannt.⁸³⁷ Allerdings kennt das geltende Kartellrecht einen eigenständigen Unternehmensbegriff und beinhaltet mit Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, der mit der Teilrevision des Kartellgesetzes 2001 auf Wunsch des Parlaments in Reaktion auf den Entscheid des *Bundesgerichts* i.S. SMA, in das Gesetz eingeführt wurde, sogar eine entsprechende Legaldefinition. Dieser kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist grundsätzlich eigenständig und kann nicht unbesehen auf andere Rechtsgebiete übertragen werden.⁸³⁸ Ein kartellrechtlicher Konzernbegriff existiert hingegen nicht.⁸³⁹

⁸³⁵ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 16; Wessely/Wegner in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 3 FKVO Rn. 22 ff.; Schröter/Voet van Vormizeele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 3 FKVO Rn. 23.

⁸³⁶ Siehe hierzu ausführlich [Teil 3 B. II](#).

⁸³⁷ Amstutz/Gohari in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 51; Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 6 ff.; Heinemann in: FS Killias, S. 861, 870 f.; Kubli, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, S. 137.

⁸³⁸ Siehe grundlegend Heinemann, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S. 49 ff.; vgl. auch Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 8;

⁸³⁹ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.3 – DCC.

Nach Ansicht des *Bundesgerichts* in seinem SMA-Entscheid aus dem Jahr 2001 hatten Unternehmen im Sinne des Kartellrechts rechtlich und wirtschaftlich selbstständig zu sein.⁸⁴⁰ Die WEKO stellte zuvor fest, dass die *Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA)*, welche als Verwaltungseinheit der Zentralverwaltung des Bundes galt, ihre marktbeherrschende Stellung in den internationalen Märkten für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz, für Klimadaten zur Schweiz sowie für Radarbilder zur Schweiz missbraucht habe. Das *Bundesgericht* hob diesen Entscheid auf, da das KG vorliegend aufgrund der mangelnden Unternehmenseigenschaft der SMA nicht anwendbar sei. Begründet wurde die fehlende Unternehmenseigenschaft in erster Linie mit der fehlenden Rechtspersönlichkeit der SMA. Das Kriterium der rechtlichen Selbstständigkeit für die Qualifizierung einer Organisation als Unternehmen habe gemäss *Bundesgericht* insbesondere gegolten, da die Bestimmungen des KG auf *Organisationseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie auf Bereiche der privatrechtlichen bzw. -wirtschaftlichen Preisbildung zugeschnitten* seien.⁸⁴¹ Das *Bundesgericht* führte weiter aus, dass die Anwendung der kartellrechtlichen Verwaltungsmassnahmen auf Verwaltungseinheiten der Zentralverwaltung der Systematik der Verwaltungsorganisation widerspreche. Zudem bestünde für «*sich benachteiligt fühlende Private*» uneingeschränkter Rechtsschutz im Rahmen des allgemeinen öffentlichen Rechts, sodass im Ergebnis eine Anwendbarkeit des KG vorliegend nicht erforderlich sei.⁸⁴² Die Anwendung eines *funktionalen Unternehmensbegriffs* lehnte das *Bundesgericht* ausdrücklich ab, da eine solche Betrachtungsweise die verwaltungsorganisatorischen und -verfahrensrechtlichen Probleme übersehe, welche im Bereich des öffentlichen Unternehmens damit einhergehen würden.⁸⁴³ Im Ergebnis setzte die massgebliche Unternehmensqualität im Kartellrecht «*wirtschaftliche und rechtliche Selbstständigkeit voraus*».⁸⁴⁴ Dies sei gerade im Hinblick auf öffentliche Unternehmen «*wegen der sonst unlösbaren organisatorischen und verfahrensrechtlichen Fragen als sachlich und systematisch logisch und zwingend*» anzusehen.⁸⁴⁵

⁸⁴⁰ BGE 127 II 32 E. 3. c) – SMA.

⁸⁴¹ BGE 127 II 32 E. 3. c) – SMA.

⁸⁴² BGE 127 II 32 E. 3. c) – SMA.

⁸⁴³ BGE 127 II 32 E. 3. d) – SMA.

⁸⁴⁴ BGE 127 II 32 E. 3. d) – SMA.

⁸⁴⁵ BGE 127 II 32 E. 3. d) – SMA.

Als Reaktion auf den SMA-Entscheid des *Bundesgerichts* führte das Parlament im Rahmen der Kartellgesetzrevision 2001⁸⁴⁶ mit Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs in das Gesetz ein. Demnach gelten als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts «*sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform*».

Diese Ergänzung war nicht Gegenstand der bundesrätlichen Revisionsvorlage. Entsprechend enthält die Botschaft⁸⁴⁷ des Bundesrates keine Ausführungen hierzu. Das Anliegen wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen durch Alt-Ständerat This Jenny eingebracht, nachdem in der vorberatenden Kommission ein Antrag zu dieser Frage von Alt-Ständerat Anton Cottier zurückgezogen wurde.⁸⁴⁸ Gemäss den entsprechenden Ausführungen von Alt-Ständerat This Jenny im Plenum sollte damit eine Gleichbehandlung von privaten und staatlichen Unternehmen erreicht werden, wobei sein Fokus vor allem auf der Nachfragemacht der öffentlichen Hand lag.⁸⁴⁹

Im Nationalrat war die Regelung umstritten. Die vorberatende Kommission lehnte sie ab und schlug eine alternative Formulierung vor.⁸⁵⁰ Alt Nationalrat Caspar Baader, der im Plenum einen Minderheitsantrag im Sinne des Entscheids des Ständerates einreichte hielt fest, dass das Ziel dieser Bestimmung sei, eine Gleichberechtigung zwischen privaten Unternehmen und staatlichen Unternehmen (ohne eigene Rechtspersönlichkeit) zu gewährleisten.⁸⁵¹ Dabei sollte neben der Nachfragemacht, die im Ständerat besonders hervorgehoben wurde, ausdrücklich auch die Angebotsmacht von staatlichen Unternehmen adressiert werden.⁸⁵² Der Nationalrat lehnte diesen Antrag im ersten Anlauf jedoch ab und folgte dem Entscheid seiner vorberatenden Kommission.⁸⁵³ Erst im Rahmen des Differenzbereinigungsverfahrens nahm der Nationalrat den Vor-

⁸⁴⁶ Anlass der Revision 2001 war die Einführung der direkten Sanktionen, mithin die Möglichkeit bei einem Erstverstoss eine Sanktion zu verfügen. Vgl. hierzu ausführlich Botschaft KG 2001.

⁸⁴⁷ Vgl. Botschaft KG 2001.

⁸⁴⁸ Vgl. AB 2003 S 325.

⁸⁴⁹ Vgl. AB 2003 S 325.

⁸⁵⁰ Vgl. AB 2003 N 828. Die alternative Formulierung lautete: «Unternehmen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden ohne Rechtspersönlichkeit haben die Rechte und Pflichten einer Partei im Verfahren nach diesem Gesetz.»

⁸⁵¹ Vgl. AB 2003 N 828 f.

⁸⁵² Vgl. AB 2003 N 828 f.

⁸⁵³ Vgl. AB 2003 N 830.

schlag des Ständerates zur Einführung eines Art. 2 Abs. 1^{bis} KG unverändert an.⁸⁵⁴ Die Bestimmung trat per 1. April 2004 in Kraft.

Die Botschaft zum geltenden Kartellrecht aus dem Jahr 1994 sah als Unternehmen diejenigen Marktteilnehmer an, die sich – sei es als Anbieter oder als Nachfrager – selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen,⁸⁵⁵ wenngleich der Gesetzesentwurf selbst noch auf eine Legaldefinition verzichtete. Dabei sollte nicht zwischen Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts unterschieden werden, mithin sei es für die Anwendung des Gesetzes grundsätzlich unbedeutend, ob eine Wettbewerbsbeschränkung von einem öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Unternehmen ausgehe.⁸⁵⁶ Zudem seien auch die Eigentumsverhältnisse nicht von Bedeutung.⁸⁵⁷

Das Delta zwischen der Auffassung der Botschaft und der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG besteht darin, dass letztere auf die Kriterien der Selbstständigkeit sowie des Produzierens von Gütern und Dienstleistungen verzichtet. Während das Weglassen des zuerst genannten Kriteriums auf den SMA-Entscheid des *Bundesgerichts* zurückgeht, dürfte der Verzicht auf das zweite Kriterium dem Wunsch des Parlaments geschuldet sein, die staatliche Beschaffungstätigkeit ausdrücklich dem Kartellrecht zu unterstellen. Eine weitergehende Ausweitung des Anwendungsbereichs auf die Nachfragetätigkeit, etwa von Endkonsumenten dürfte mit der vorliegenden Formulierung nicht gemeint sein.⁸⁵⁸ Jedenfalls geben die umfangreichen Voten in beiden Räten zu Art. 2 Abs. 1^{bis} KG hierzu keinen Anlass. Sowohl vor dem Hintergrund der Normhierarchie als auch des jüngeren Ursprungs der Legaldefinition, sind die Ausführungen der Botschaft aus dem Jahr 1994 nur noch bedingt für die Auslegung des Unternehmensbegriffs heranzuziehen.

Zusammenfassend sind somit gemäss der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zwei Elemente für das Vorliegen eines Unternehmens von Relevanz, und zwar einerseits die Nachfrage oder das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und andererseits die Unabhängigkeit

⁸⁵⁴ Vgl. AB 2003 N 969 f.

⁸⁵⁵ Botschaft KG 1995, 532.

⁸⁵⁶ Botschaft KG 1995, 533.

⁸⁵⁷ Botschaft KG 1995, 533.

⁸⁵⁸ Die Botschaft zum geltenden KG hielt jedenfalls noch ausdrücklich fest, dass aufgrund der ökonomischen Begriffsausrichtung des Gesetzes insbesondere *private* Konsumenten nicht vom Gesetz erfasst seien, vgl. Botschaft KG 1995, 533, vgl. auch *Waser/Meinhardt*, *Konzerne und Wettbewerbsrecht*, S. 135, 136 f.

der Rechts- oder Organisationsform.⁸⁵⁹ Somit spricht man spätestens seit der Einführung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG auch im Schweizer Recht von einem «funktionalen» Unternehmensbegriff.⁸⁶⁰ Im Unterschied zum europäischen Recht erfasst der persönliche Anwendungsbereich des KG keine Unternehmensvereinigungen.⁸⁶¹ Die Vorschriften des KG können lediglich auf Unternehmensvereinigungen angewendet werden, wenn diese selbst unternehmerisch im kartellrechtlichen Sinne tätig sind.

b) *Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess*

Wenngleich durch die KG-Revision 2003 das Kriterium der rechtlichen Selbstständigkeit aufgegeben wurde, gilt dies nicht für jenes der wirtschaftlichen Selbstständigkeit.⁸⁶² Die Frage, wann ein Anbieter oder Nachfrager im Wirtschaftsprozess wirtschaftlich selbstständig ist, ist Dreh- und Angelpunkt der kartellrechtlichen Behandlung von Konzernsachverhalten.

Dabei wird gemäss dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG nicht jedes Anbieten oder Nachfragen von Gütern und Dienstleistungen erfasst. Vielmehr muss dies im Rahmen der Teilnahme *im Wirtschaftsprozess* stattfinden. Dieses Kriterium zeigt ebenfalls die Funktionalität des Unternehmensbegriffs und bedeutet, dass auf die konkrete Tätigkeit abzustellen ist.⁸⁶³ Bereits die Botschaft zum geltenden KG sah einen weiteren persönlichen Geltungsbereich vor, wonach «sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit» erfasst werden sollen, «sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann».⁸⁶⁴ Dabei ist weder eine Dauerhaftigkeit noch eine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich.⁸⁶⁵ Entsprechend gelten Endkonsumenten nicht als Unternehmen.⁸⁶⁶ Darüber hinaus ist hoheitliches Handeln ebenfalls dem Kartellrecht entzogen, da

⁸⁵⁹ Heizmann/Mayer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 12; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 298 f.

⁸⁶⁰ Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 27 f.; Baldi/Borer, WuW 1998, 334; Stäuber, GesKR 2020, 89, 90.

⁸⁶¹ Graber/Maschmer in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 25; Heinemann, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, 7, 9; ders. in: FS Killias, S. 861, 876; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 20 f.

⁸⁶² Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 31; Baldi/Borer, WuW 1998, 334.

⁸⁶³ Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 16.

⁸⁶⁴ Botschaft KG 1995, 533.

⁸⁶⁵ Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 16; Krauskopf/Henckel, sic! 2006, 740, 745; Picht in: SIWR V/2, A. Rn. 21.

⁸⁶⁶ Botschaft KG 1995, 533.

hier kein Anbieten oder Nachfragen von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess erfolgt.⁸⁶⁷

c) *Unabhängigkeit von der Rechts- oder Organisationsform*

Die Unabhängigkeit von der Rechts- oder Organisationsform vollendet den funktionalen Unternehmensbegriff. Mit dem Begriff der Rechtsform meint der Gesetzgeber die rechtliche «Ausgestaltung des Unternehmensträgers», wie etwa in Form einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Kollektivgesellschaft.⁸⁶⁸ Gleichermassen werden grundsätzlich auch sämtliche öffentlich-rechtliche Rechtsformen erfasst,⁸⁶⁹ wie etwa öffentlich-rechtliche Anstalten. Dies wird darüber hinaus durch Art. 2 Abs. 1 KG klargestellt, der den persönlichen Geltungsbereich des KG für *Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts* eröffnet.

Der Begriff der Organisationsform stellt klar, dass auch die Eigenschaft als Teil eines grösseren Organisationsgefüges und die Frage der bestehenden Rechtszuständigkeit bzw. Handlungsfähigkeit für die unternehmerischen Aktivitäten unerheblich für die Einordnung als Unternehmen ist.⁸⁷⁰ Daraus ergibt sich, dass eine rechtliche Selbstständigkeit nicht erforderlich ist, wie dies auch das erklärte Ziel des Gesetzgebers bei Einführung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG war.⁸⁷¹ Hiermit besteht ein fundamentaler Unterschied zum Zivilrecht, welches ausschliesslich an die rechtliche Selbstständigkeit anknüpft.⁸⁷²

d) *Konzerne*

Wenngleich mit Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ein eigenständiger kartellrechtlicher Unternehmensbegriff existiert, ist dem KG hingegen eine eigenständige Konzerndefinition unbekannt.⁸⁷³ Zwar galt im schweizerischen Kartellrecht nach Art. 4 Abs. 1 Bst. c KG-85 die Zusammenfassung von Unternehmen durch Ka-

⁸⁶⁷ Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 16.

⁸⁶⁸ Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 17.

⁸⁶⁹ Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 17; Baldi/Borer, WuW 1998, 334.

⁸⁷⁰ Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 17.

⁸⁷¹ Vgl. hierzu [Teil 2 F. V. 1](#).

⁸⁷² Siehe zum Spannungsverhältnis zwischen Zivil- und Kartellrecht in Bezug auf Konzerne ausführlich etwa Stäuber, GesKR 2020, 89.

⁸⁷³ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.3 – DCC; Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 27; Waser/Meinhardt, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 136.

pitalbeteiligung oder andere Mittel als kartellrechtsähnliche Organisation,⁸⁷⁴ eine entsprechende Regelung findet sich jedoch im geltenden KG nicht mehr. Lediglich Art. 5 VKU verwendet zwei Begriffe aus dem «Konzernspektrum», namentlich «Mutterunternehmen» und «Tochterunternehmen».

Abhängige Unternehmen in einem Konzern sind rechtlich selbstständig, regelmässig jedoch wirtschaftlich unselbstständig.⁸⁷⁵ Um einen Konzern als Ganzes unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff fassen zu können, muss dieser als ein einzelner Anbieter oder Nachfrager auftreten.⁸⁷⁶ Insofern ist eine einheitliche Leitung massgeblich. Sodann werden nicht die einzelnen Konzerngesellschaften, sondern der Konzern als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG betrachtet.⁸⁷⁷ Dies bedeutet zugleich, dass weder eine (abhängige) Tochtergesellschaft noch die (beherrschende) Muttergesellschaft als eigenständiges kartellrechtliches Unternehmenssubjekt angesehen werden können.⁸⁷⁸ Die einzelnen Gruppengesellschaften fungieren allerdings als Repräsentantinnen des Konzerns, da sie vor dem Hintergrund der mangelnden allgemeinen Rechtsfähigkeit eines Konzerns nicht rechtswirksam als deren Stellvertreterin auftreten können.⁸⁷⁹

Entscheidend ist somit die *wirtschaftliche Kontrolle*.⁸⁸⁰ Solange die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaften effektiv kontrollieren kann und von dieser Kontrollmöglichkeit auch Gebrauch macht,⁸⁸¹ wird deren wirtschaftlicher Handlungsspielraum eingeschränkt und sie sind nicht als eigenständige, son-

⁸⁷⁴ Vgl. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 7.

⁸⁷⁵ WEKO, RPW 2006/3, 513 Rn. 76 – *Zwischenverfügung i.S. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, bestätigt durch WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 26 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 302; Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, S. 67; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 17; Schaller/Tagmann, AJP 2004, 704, 705.

⁸⁷⁶ Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 30 f.; Ducrey in: Hettich, Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Macht, S. 71 und 75.

⁸⁷⁷ BGE 139 I 72 E. 3 – *Publigruppe*; BVGer, Ents. v. 23.9.2014, B-8399/2010 E. 2.4 – *Siegenia-Aubi AG*; BVGer, Ents. v. 14.9.2015, B-7633/2009 E. 28 ff. – *ADSL II*; Heizmann/Meyer in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 31; Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, S. 67, Waser/Meinhardt, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 137; Schaller/Tagmann, AJP 2004, 704, 705; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 18.

⁸⁷⁸ BVGer, Ents. v. 14.9.2015, B-7633/2009 E. 29 – *ADSL II*.

⁸⁷⁹ BVGer, Ents. v. 14.9.2015, B-7633/2009 E. 30 – *ADSL II*.

⁸⁸⁰ Vgl. WEKO, RPW 2006/3, 513 Rn. 77 – *Zwischenverfügung i.S. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, bestätigt durch WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 26 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁸⁸¹ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4 – *Publigruppe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2014/1, 82 Rn 23 f. – *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*.

dern als abhängige Unternehmen zu qualifizieren.⁸⁸² Inwiefern die tatsächliche Ausübung der Kontrolle erforderlich ist, hat das *Bundesgericht* kürzlich ausdrücklich offengelassen.⁸⁸³ Das *Bundesverwaltungsgericht*⁸⁸⁴ sowie ein grosser Teil der Lehre⁸⁸⁵ sprechen sich klar dafür aus, dass die Kontrollmöglichkeit ausreicht, um zwei Gesellschaften als ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzusehen.

Die Frage der Kontrollmöglichkeit und allenfalls auch jene über deren Ausübung entscheidet somit über die Zugehörigkeit eines rechtlich selbstständigen Unternehmens zu einem Konzern. Wenn das rechtlich selbstständige Unternehmen keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgt, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm von einem kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird, kann nicht von einer selbstständigen Teilnahme am Wirtschaftsprozess ausgegangen werden.⁸⁸⁶ Allerdings ist eine solche Einflussnahme auf den operativen und damit wettbewerbssensiblen Geschäftsbereich keine zwingende Voraussetzung für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit, da bereits die Einflussaufnahme auf strategische Angelegenheiten genügt, um von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen einer Mutter- und einer Tochtergesellschaft auszugehen.⁸⁸⁷ Ein Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich, in dem das kartellrechtlich unzulässige Verhalten stattgefunden hat, ist somit auch nicht erforderlich.⁸⁸⁸

Die mit Abstand bedeutendste Kontrollmöglichkeit an einer juristischen Person besteht in der Wahrnehmung der Gesellschafterrechte.⁸⁸⁹ Gemäss dem *Bundesverwaltungsgericht* kann zumindest beim Vorliegen einer hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zu einer Muttergesellschaft

⁸⁸² Vgl. BGE 139 I 72 E. 3 – *Publigroupe*; BVGer, Ents. v. 23.9.2014, B-8399/2010 E. 2.4 – *Siegenia-Aubi AG*; WEKO, RPW 2006/3, 513 Rn. 77 – *Zwischenverfügung i.S. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, bestätigt durch WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 26 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁸⁸³ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.3 – DCC.

⁸⁸⁴ BVGer, Ents. v. 18.12.2018, B-831/2011 E. 44 ff. – DCC.

⁸⁸⁵ Waser/Meinhardt, *Konzerne und Wettbewerbsrecht*, S. 135, 137; Ducrey, SZW 2004, 401, 407; Lang/Jenny, sic! 2007, 299; a.A. Kubli, *Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern*, S. 139.

⁸⁸⁶ WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 8 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

⁸⁸⁷ WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 8 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

⁸⁸⁸ WEKO, RPW 2015/2, 246 Rn. 267 – *Türprodukte*.

⁸⁸⁹ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.2 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1155 – *See-Gaster*.

sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und den Geschäftsleitungen davon ausgegangen werden, dass eine Muttergesellschaft ihre Kontrolle tatsächlich ausübt.⁸⁹⁰ Allerdings könnte gemäss der Auffassung der WEKO auch bei Beteiligungsverhältnissen von (deutlich) unter 100 % je nach Ausgangslage und Aktionärsstruktur eine Beherrschungsmöglichkeit angenommen werden.⁸⁹¹ Im Falle einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen bestehen wirtschaftlicher Abhängigkeiten gegenüber dem Grossaktionär, etwa als wesentlicher Darlehensgeber, kann bereits bei einer Beteiligung von 35 bis 50 % von einer Beherrschungsmöglichkeit ausgegangen werden.⁸⁹²

Im Gegensatz zum EU-Recht kennt weder das geltende KG noch die Schweizer Rechtsprechung – zumindest bis anhin – Vermutungen hinsichtlich der Konzernzugehörigkeit einer (Tochter-)Gesellschaft, wenngleich nicht auszuschliessen ist, dass die Rechtsprechung solche im Zuge zunehmender Fallpraxis entwickelt.⁸⁹³

Im Hinblick auf die tatsächliche Ausübung bestehender Kontrollmöglichkeiten ist die bedeutsamste Art und Weise in der Implementierung von personellen Verflechtungen zwischen den beiden in Frage stehenden Gesellschaften zu sehen.⁸⁹⁴ Eine in beiden Unternehmen an den massgeblichen Entscheidstellen vertretene Person, wird keine Entscheidung fällen können, ohne dabei die Interessen der anderen Gesellschaft zu berücksichtigen.⁸⁹⁵ Folglich muss angenommen werden, dass eine Muttergesellschaft tatsächlich Einfluss auf die Entscheide einer Tochtergesellschaft genommen hat, wenn eine natürliche Person in beiden Gesellschaften eine leitende Funktion bekleidet und diese Person in unternehmerische Entscheidungen involviert ist.⁸⁹⁶ Neben Anteilsverhältnissen und personellen Verflechtungen können auch Vorgaben von Preisen oder Konditionen durch die Muttergesellschaft oder ein einheitlicher Internetauftritt für ein Kontrolle sprechen.⁸⁹⁷

⁸⁹⁰ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.2 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1155 – *See-Gaster*.

⁸⁹¹ WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1156 – *See-Gaster*.

⁸⁹² WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1156 – *See-Gaster*; so auch Volz, *Kartellrechtliche Zuordnung von Joint Ventures*, S. 484.

⁸⁹³ *Heinemann*, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, S. 59 f.; *ders.* in: FS Killias, S. 861, 873.

⁸⁹⁴ WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1157 – *See-Gaster*.

⁸⁹⁵ WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1157 – *See-Gaster*.

⁸⁹⁶ WEKO, RPW 2020/3a, 880 Rn. 1157 – *See-Gaster*.

⁸⁹⁷ WEKO, RPW 2013/1, 65 Rn. 42 – *Rotkreuz-Notrufsystem*.

Nach einer älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt selbst bei einer hundertprozentigen Beteiligung kein Konzern vor.⁸⁹⁸ Es ist allerdings fraglich, wie dies festgestellt werden kann. Denkbar sind Konstellationen, in denen Tochtergesellschaften ausschliesslich als Investition gehalten werden und auf die nicht durch die Ausübung von Aktionärsrechten Einfluss genommen wird.⁸⁹⁹ Vor dem Hintergrund der Entwicklung der europäischen Rechtsprechung⁹⁰⁰ sowie des ausdrücklichen Offenlassens dieser Frage im Entscheid des *Bundesgerichts* i.S. DCC⁹⁰¹ ist allerdings unklar, inwieweit diese Ansicht weiterhin Gültigkeit besitzt. Zu beachten ist indes, dass innerhalb einer Konzernstruktur auch im Schweizer Recht verschiedene wirtschaftliche Einheiten existieren können, sofern diese jeweils für sich genommen ihren Marktauftritt im Wesentlichen autonom gestalten können.⁹⁰²

Überdies ist festzuhalten, dass sich Konzerne auch aus einem Vertrag ergeben können, womit die Notwendigkeit der Abgrenzung des Konzerns vom Kartell (als Vereinbarung zwischen verschiedenen Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne) erforderlich ist.⁹⁰³

4. Abgrenzung des Konzerns von Unternehmensvereinigung und Kartell

Neben Unternehmen erfasst das Kartellverbot von Art. 101 AEUV ausdrücklich auch Unternehmensvereinigungen.⁹⁰⁴ Dabei versteht man unter einer Unternehmensvereinigung jeden Zusammenschluss von Unternehmen, der die wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder wahrnimmt.⁹⁰⁵ Auch bei der Einordnung einer Organisation als Unternehmensvereinigungen ist die Rechts- und Organisationsform unerheblich.⁹⁰⁶ Unternehmensvereinigungen können sowohl aus Unternehmen als auch aus weiteren Unternehmensvereinigungen bestehen.⁹⁰⁷ Zudem können sie im Einzelfall auch selbst Unternehmen im

⁸⁹⁸ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.2 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72.

⁸⁹⁹ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.4 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72.

⁹⁰⁰ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2021:73 – *Goldmann Sachs*; siehe auch [Teil 3 A. III. 2. e](#)).

⁹⁰¹ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.3 – DCC.

⁹⁰² Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 11.

⁹⁰³ Vgl. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 21.

⁹⁰⁴ Das Schweizer Recht erfasst Unternehmensvereinigungen nur, wenn sie selbst unternehmerisch tätig werden, vgl. [Teil 2 F. V. 1](#).

⁹⁰⁵ *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 61.

⁹⁰⁶ EuGH, ECLI:EU:C:1985:33, Rn. 17 – *BNIC/Clair*; *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 61.

⁹⁰⁷ EU-Kommission, ABl. L 35 v. 7.2.1985, S. 20 Rn. 27 – *Milchförderungsfonds*; *Säcker/Steffens* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 61.

Sinne des Kartellrechts darstellen. Der persönliche Anwendungsbereich des Schweizer Kartellrechts erfasst gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG hingegen ausschliesslich Unternehmen. Unternehmensvereinigungen werden nicht erfasst.⁹⁰⁸ Sie können lediglich den Vorschriften des KG unterliegen, wenn sie selbst unternehmerisch im kartellrechtlichen Sinne tätig sind.

Merkmal eines Konzerns im Rahmen des Kartellrechts ist die Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung.⁹⁰⁹ Zwar bestehen Unternehmensvereinigungen in der Praxis grundsätzlich aus rechtlich selbstständigen Unternehmen, eine Unternehmensvereinigung fasst die ihr zugehörigen Unternehmen allerdings regelmässig nicht unter eine einheitliche Leitung zusammen und sie stellt somit keinen Zusammenschluss wirtschaftlich voneinander unabhängiger Unternehmen dar.⁹¹⁰

Zweck eines Kartells ist hingegen (und unabhängig von der konkreten Jurisdiktion) regelmässig die temporäre Einschränkung des gegenseitigen Wettbewerbs in gewissen Bereichen (in der Praxis insb. im Hinblick auf Preise, Mengen und Gebiete), mithin eines Teilbereiches der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, während ein Konzern primär rechtlich selbstständige Gesellschaften als Ganzes unter einheitlicher Leitung auf Dauer zusammenfassen will.⁹¹¹ Kartelle können zwar auch zu mehrjähriger Zusammenarbeit führen, auf Dauer dürfte sie zumindest heute allerdings in den seltensten Fällen angelegt sein.

IV. Fazit

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, unterscheidet sich das kartellrechtliche Verständnis des Konzerns sowohl im Hinblick auf seine Begrifflichkeit als auch hinsichtlich der rechtlichen Behandlung vom gesellschaftsrechtlichen Konzernverständnis. Eine solche unterschiedliche Handhabung eines Phänomens ist allerdings im Recht kein Einzelfall, ist es doch anerkannt, dass der gleiche Vorgang in verschiedenen Rechtsgebieten unter-

⁹⁰⁸ Graber/Mascherner in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 25; Heinemann, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, 7, 9; ders. in: FS Killias, S. 861, 876; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 20 f.

⁹⁰⁹ Vgl. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 21.

⁹¹⁰ Vgl. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 502; Lang/Jenny, sic! 2007, 299.

⁹¹¹ Vgl. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 21.

schiedlich behandelt werden kann.⁹¹² Ein wirtschaftsorientiertes Kartellrecht kann nicht auf die juristischen Organisationsformen der Akteure Rücksicht nehmen.⁹¹³ Denn sonst würde es wettbewerbsfeindliche Gestaltungsformen durch seine Umgehungsmöglichkeiten begünstigen. Konsequenterweise sind Organisation und Rechtsform der wirtschaftlichen Einheit unerheblich, mit der Folge, dass das Auftreten als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt massgeblich ist. Dieser Befund gilt vor dem Hintergrund der im Wesentlichen gleichlautenden Definitionen des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs für beide untersuchten Rechtsordnungen. Festzuhalten ist jedoch, dass das Schweizer Recht mit Art. 2 Abs. 1^{bis} KG hier – im Gegensatz zum europäischen Recht – eine Legaldefinition kennt, für die wiederum letzteres als Vorbild diente. Im Hinblick auf die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen als einheitliche wirtschaftliche Einheit ist die entscheidende Voraussetzung eine einheitliche Leitung der betreffenden Konzerngesellschaften. Liegt eine wie auch immer geartete effektive Beherrschungsmöglichkeit vor und wird diese von der Muttergesellschaft auch genutzt, so ist im Hinblick auf die betroffenen Unternehmen von einem einheitlichen Unternehmen auszugehen.⁹¹⁴ Inwiefern im Schweizer Recht die tatsächliche Ausübung der Kontrolle für die Annahme eines einheitlichen Unternehmens konstitutiv ist, ist allerdings (noch) unklar.⁹¹⁵ In der Praxis dürfte dieser Aspekt allerdings – zumindest bei 100%igen Tochtergesellschaften – aufgrund der im europäischen Recht bestehenden Vermutung der Zugehörigkeit zur gleichen wirtschaftlichen Einheit vernachlässigbar sein.⁹¹⁶ Das Bestehen dieser Vermutung im europäischen Recht stellt den wesentlichen (prozessualen) Unterschied zum Schweizer Recht dar, welches keine entsprechenden Vermutungen kennt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Zusammenfassung mehrerer Gruppengesellschaften zu einem Unternehmen besondere Bedeutung erlangt, wenn einzelne Konzernunternehmen ihren Sitz *ausserhalb* des Geltungsbereichs des jeweiligen Gesetzes haben oder wenn das unmittelbar verantwortliche Konzernunternehmen insolvent ist oder sogar liquidiert wurde.⁹¹⁷

⁹¹² So bereits *Haberkorn*, GRUR 1962, 449, 450; siehe auch *Heinemann*, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, S. 50; *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 656.

⁹¹³ So auch *Schröder*, NZKart 2024, 200, 205.

⁹¹⁴ Für das europäische Recht siehe EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 – *Akzo Nobel*; für das Schweizer Recht vgl. *BVGer*, RPW 2010/2, 329 E. 4 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; *WEKO*, RPW 2014/1, 82 Rn 23 f. – *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*.

⁹¹⁵ Wie bereits erwähnt, hat das Bundesgericht diese Frage ausdrücklich offengelassen, vgl. *BGer*, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.3 – *DCC*.

⁹¹⁶ Ebenso *Stäuber*, GesKR 2020, 89, 93.

⁹¹⁷ BGE 148 II 321 E. 8. – *Flammarion*; *Amstutz/Gohari* in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 125; *Heinemann* in: FS Killias, S. 861, 875 f.; *Moser*, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstössen, S. 46 f.

B. Konzernprivileg

I. Einleitende Bemerkungen

Stimmen die Gruppengesellschaften eines Konzerns ihr Marktverhalten untereinander ab, stellt sich die Frage nach dessen kartellrechtlicher Beurteilung. In der Praxis dürfte in diesen Fällen regelmässig die Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften steuern. Zwar besteht auch die Möglichkeit, dass die Tochtergesellschaften sich untereinander und ohne Beteiligung der Muttergesellschaften absprechen, diese Konstellation dürfte jedoch deutlich weniger praxisrelevant sein. Ausgehend vom Konzept der wirtschaftlichen Einheit privilegieren sowohl das europäische als auch das Schweizer Recht die Beziehungen zwischen den Gruppengesellschaften eines Konzerns. Man spricht insofern in beiden untersuchten Jurisdiktionen vom Konzernprivileg.⁹¹⁸ Dieses stellt somit die Kehrseite der Medaille der dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit innewohnenden gesamtschuldnerischen Haftung dar.⁹¹⁹ So hat der EuGH bereits 1972 festgehalten, dass die mit dem Konzernverhältnis einhergehenden günstigen Auswirkungen für die Unternehmen bei der Anwendung des Kartellrechts sich für die Unternehmen auch ungünstig auswirken können.⁹²⁰

Das Konzernprivileg hat aber nicht nur Auswirkungen auf Vereinbarungen zwischen einzelnen Konzerngesellschaften. Zugleich werden aus den gleichen Überlegungen konzerninterne Umstrukturierungen privilegiert und im Rahmen der Missbrauchskontrolle der Konzern grundsätzlich als ein Unternehmen angesehen.⁹²¹

⁹¹⁸ Für das europäische Recht siehe *Paschke* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 96; *Huttenlauch* in: Loewenheim et al., Art. 102 AEUV Rn. 24; *Thomas*, ZWER 2005, 236. Für das Schweizer Recht vgl. *Reinert* in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 156; *Skoczylas*, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 37 f.; *Waser/Meinhardt*, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 139; *Martenet/Heinemann*, Droit de la concurrence, S. 84; *Schmassmann*, SZK 2022, 15, 16.

⁹¹⁹ In diesem Sinne auch *Kokott/Dittert*, WuW 2012, 670, 672; ähnlich auch *Kersting*, ZHR 2018, 8, 30; *Wagener*, NZKart 2020, 238, 240 f.; siehe auch *van de Gronden/Rusu*, Competition law in the EU: principles, substance, enforcement, Ziff. 2.2.1.

⁹²⁰ EuGH, ECLI:EU:C:1972:70, S. 634 – ICI.

⁹²¹ *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim et al., Art. 102 AEUV Rn. 146; *Hirsbrunner/Rating* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 3 FKVO Rn. 17; *Schroeder* in: Wiedemann, § 9 Rn. 1; *Bauermeister*, NZG 2022, 59, 65; *Ackermann*, ZEuP 2023, 529, 553. Im europäischen Recht kann die Missbrauchskontrolle allerdings in Einzelfällen auch Anwendung finden bei der Diskriminierung zwischen Tochtergesellschaften und Wettbewerbern, vgl. hierzu EuGH,

II. Europäische Union

Im europäischen Recht ist das Konzernprivileg allgemein anerkannt, dessen dogmatische Einordnung hingegen umstritten. Teile der Literatur⁹²² möchten einzelnen Gruppengesellschaften die Unternehmensqualität absprechen, so dass Vereinbarungen zwischen einzelnen Gruppengesellschaften den Tatbestand der Vereinbarung zwischen Unternehmen nicht erfüllen. Gemäss der Rechtsprechung des EuGH können die Beziehungen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit «mangels Willensübereinstimmung zwischen wirtschaftlich voneinander unabhängigen Beteiligten» keine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen darstellen.⁹²³ Nach Auffassung der EU-Kommission⁹²⁴ sowie dem überwiegenden Teil der Literatur⁹²⁵ sei hingegen nicht an die Unternehmenseigenschaft, sondern vielmehr an den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung des Art. 101 Abs. 1 AEUV anzuknüpfen, sodass einzelne Konzerngesellschaften zwar Unternehmen im Sinne des Kartellrechts seien, eine Privilegierung allerdings insofern begründet sei, da zwischen den einzelnen Konzernunternehmen kein beschränkbarer Wettbewerb bestehe. Folgt man dieser zuletzt genannten Auffassung, gelten Konzerngesellschaften als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts und ihre Abstimmung untereinander unterliegt dem Kartellverbot gemäss Art. 101 AEUV.⁹²⁶ Die Zulässigkeit dieser Abstimmung entscheidet sich sodann bei der Frage des beschränkbaren Wettbewerbs.⁹²⁷ Allerdings ist umstritten, inwiefern die Annahme des Konzernprivilegs die tatsächliche Ausübung der Kontrolle voraussetzt. Teile der Literatur möchten für die Annahme des Konzernprivilegs insofern einen anderen Bewertungsmaßstab anlegen als bei der Frage des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit. Da sich das Konzernprivileg aus dem Nichtvorhandensein beschränkbarer Wettbewerbs innerhalb eines Konzerns ableite, müsse die Möglichkeit zur Kontrolle für dessen Annahme aus-

ECLI:EU:C:1997:376, Rn. 41 f. – *GT-Link/Danske Statsbaner*; siehe auch *Huttenlauch* in: *Loewenheim et al.*, Art. 102 AEUV Rn. 24 ff.

⁹²² So bereits *Harms*, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, S. 158; vgl. ferner *Schütz*, *WuW* 1998, 335, 336; wohl auch *Thomas*, *ZWeR* 2005, 236, 242.

⁹²³ EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 51 – *Viho*.

⁹²⁴ EU-Kommission, *ABl. L* 165 v. 5.7.1969, S. 14 – *Christiani & Nielsen*; EU-Kommission, *ABl. L* 255 v. 8.10.2003, S. 33 Rn. 245 – *Ormega/Nintendo*.

⁹²⁵ *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 36 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 9 Rn. 73; *Lübbig* in: *Wiedemann*, § 8 Rn. 2; *Schroeder*, *WuW* 1988, 274, 277; *Fischer/Zickgraf*, *ZHR* 2022, 125, 144 f.

⁹²⁶ *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 37.

⁹²⁷ Rein rechtstatsächlich besteht allerdings wohl stets ein gewisser Wettbewerb. Es kann daher vorliegend eigentlich nur um die normative ökonomische Erwartung gehen.

reichend sein.⁹²⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Konzernprivileg die «Kehrseite» der Medaille der wirtschaftlichen Einheit, mit der eine gesamtschuldnerische Haftung einhergeht.⁹²⁹ Demnach können für dieses keine anderen Kriterien gelten als für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit.

Fraglich sind allerdings die Grenzen des Konzernprivilegs. Nach der vorliegend vertretenen Meinung, scheidet die Anwendung des Kartellverbots zwischen Konzernunternehmen an der fehlenden kartellrechtlichen Unternehmenseigenschaft der Tochtergesellschaften.⁹³⁰ Dies scheint auch der dogmatische Ansatz des EuGH zu sein, der die wirtschaftliche Einheit als Grund für die Anwendung des Konzernprivilegs sieht.⁹³¹ Entsprechend reicht das Konzernprivileg ebenso weit, wie die wirtschaftliche Einheit. Konkret bedeutet dies für Konzernkonstellationen, dass zwar regelmässig eine wirtschaftliche Einheit zwischen der Mutter- und einer Tochtergesellschaft besteht.⁹³² Inwieweit eine solche zwischen zwei Tochtergesellschaften besteht, hängt von deren wirtschaftlicher Tätigkeit ab. Konkret müssen nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH dieselben Produkte betroffen sein.⁹³³ Für dessen Reichweite und Grenzen kann im Übrigen auf die Ausführungen in [Teil 3 A. III. 2.](#) verwiesen werden.

III. Schweiz

Vermag die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren und übt sie diese Möglichkeit auch tatsächlich aus, sodass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten, gelten die einzelnen Gruppengesellschaften nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.⁹³⁴ Einzelne Konzerngesellschaf-

⁹²⁸ Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 37; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 73; Lübbig in: Wiedemann, § 8 Rn. 2; Fischer/Zickgraf, ZHR 2022, 125, 144 f.

⁹²⁹ So auch GA Pitruzzella, EuGH, CLI:EU:C:2021:293, Rn. 27 – Schlusstränge Sumal; Kokott/Dittert, WuW 2012, 670, 672.

⁹³⁰ So bereits Harms, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 158; vgl. ferner Schütz, WuW 1998, 335, 336; Faull et. al. in: *The EU Law of Competition*, Kap. 3 Rn. 3.49; wohl auch Thomas, ZWer 2005, 236, 242.

⁹³¹ EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 15 ff. – Viho; siehe hierzu ausführlich auch Paschke in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 96 ff.

⁹³² EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 47 – Sumal.

⁹³³ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – Sumal.

⁹³⁴ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.1 – Publigroupe, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2013/3, 285 Rn. 22 – Vorläufige Prüfung eines Zusammenschlusses in Sachen Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you; Lehne in: BSK-KG, 2010, Art. 2 Rn. 14.

ten sind aufgrund ihrer Unselbstständigkeit nach schweizerischer Auffassung keine Unternehmen im Sinne Art. 2 Abs. 1 KG.⁹³⁵ Der Konzern gilt folglich als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit.⁹³⁶ Ist zwischen zwei Konzerngesellschaften eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise gegeben, scheidet die Anwendung der Regelungen betreffend Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG regelmässig am Fehlen der Tatbestandsvoraussetzung der Vereinbarung «zwischen Unternehmen». Konzerninterne Abreden fallen somit nicht in den Anwendungsbereich der Regelung betreffend Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG und sind insofern privilegiert.⁹³⁷ Konzerne können demnach keine Kartelle sein.⁹³⁸ Spiegelbildlich wird der Konzern im Rahmen der Missbrauchskontrolle allerdings als Gesamtheit erfasst.⁹³⁹ Daneben gelten auch konzerninterne Umstrukturierungen nicht als Unternehmenszusammenschlüsse aufgrund des Fehlens mindestens zweier Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne.⁹⁴⁰ Man spricht insofern auch im Schweizer Recht vom Konzernprivileg («*privilège de groupe*»).941

⁹³⁵ An dieser Stelle muss festgehalten werden, dass diese Auffassung etwas künstlich ist, da Konzernunternehmen erfahrungsgemäss in gewissen Masse regelmässig wirtschaftlich autonom tätig sind.

⁹³⁶ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.1 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; *Heinemann* in: FS Killias, S. 861, 871; *Skoczylas*, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 37 f.; *Waser/Meinhardt*, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 139.

⁹³⁷ Vgl. WEKO, RPW 2006/3, 513 Rn. 77 – *Zwischenverfügung i.S. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, bestätigt durch WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 26 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 23; *Borer*, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 11; *Schmassmann*, SZK 2022,15, 16; *Kunz*, FS v. Büren, S. 177, 190; *Lang*, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, S. 88 f.; *Frehner*, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, 2007, S. 178; *Lang/Jenny*, sic! 2007, 299; a.A. *Krauskopf/Henckel*, sic! 2006, 740, 747 ff.

⁹³⁸ *Schluemp*, FS Meier-Hayoz, S. 345, 366; v. Büren, SIWR VIII/6, S. 472 ff.

⁹³⁹ BVGer, Ents. 16.9.2016, B-581/2012 E. 4.1.3 – *Nikon*; BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.1 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2006/3, 513 Rn. 77 – *Zwischenverfügung i.S. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, bestätigt durch WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 26 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; *Amstutz/Gohari* in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 119; *Borer*, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 11; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 302; *Skoczylas*, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 41; v. Büren, SIWR VIII/6, S. 472 ff.; *Kubli*, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, S. 139 f.; *Schmassmann*, SZK 2022,15, 16.

⁹⁴⁰ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.1 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; *Jacobs/Giger*, SIWR V/2, E. Rn. 38; *Heizmann/Mayer* in: DIKE-KG, Art. 2 Rn. 33; *Süstli* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 32; *Reinert* in: BSK-KG, Art. 4 Abs. 3 Rn. 62; *Borer*, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 11; *Kunz*, FS v. Büren, S. 177, 192; *Waser/Meinhardt*, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 140; *Schmassmann*, SZK 2022,15, 16; *Stäuber*, GesKR 2020, 89, 90; *Henry/Duvoisin*, SZW 2011, S. 333, 336.

⁹⁴¹ BGer, Ents. v. 21.12.2021, 2C_43/2020 E. 7.2 – *Dargaud*; WEKO, RPW 2004/1, 85 Rn. 12 – *Preisdifferenzierung bei Deodorants*; WEKO, RPW 2004/2, 407 Rn. 57 f. – *Swisscom ADSL*;

Die wirtschaftliche Selbstständigkeit einer Gruppengesellschaft und somit das Nichtvorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft führt hingegen dazu, dass das Konzernprivileg nicht anwendbar ist. Dies führt konsequenterweise einerseits zur vollumfänglichen Anwendbarkeit von Art. 5 KG betreffend Wettbewerbsabreden auch für Vereinbarungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Andererseits schliesst das Nichtvorliegen einer wirtschaftlichen Einheit eine Haftung der Muttergesellschaft für das Verhalten der Tochtergesellschaft und *vice versa* aus.⁹⁴²

IV. Fazit

In beiden untersuchten Rechtsordnungen ist das Konzernprivileg (*«privilège de groupe»*) allgemein anerkannt. Auch wenn sich die dogmatischen Grundlagen zu seiner Herleitung unterscheiden, besteht im Hinblick auf dessen Reichweite keine Differenz. Nach der hier vertretenen Auffassung scheidet die Anwendung des Kartellverbots zwischen Konzernunternehmen im EU-Recht an der fehlenden kartellrechtlichen Unternehmenseigenschaft der Tochtergesellschaften. Dies entspricht auch der h.M. in der Schweiz.⁹⁴³ Demzufolge reicht das Konzernprivileg ebenso weit, wie die wirtschaftliche Einheit. Für dessen Reichweite und Grenzen kann somit auf die Ausführungen in [Teil 3 A. IV](#) verwiesen werden.

C. Normadressat und Zurechnung im Konzern

I. Einleitende Bemerkungen

Aufgrund der Rechtsformunabhängigkeit des Unternehmensbegriffs in den beiden untersuchten Rechtsordnungen stellt sich die praktische Frage nach dem Adressaten einer Verfügung durch die *EU-Kommission* bzw. die *WEKO*. Die Frage der Unternehmenseigenschaft als Adressat der Verbotsnormen gemäss Art. 101 f. AEUV bzw. Art. 5 KG ist von jener betreffend die Eigenschaft

Amstutz/Gohari in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 119; Bangerter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 23; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 302; v. Büren, SIWR VIII/6, S. 470; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 18.

⁹⁴² Vgl. in Bezug auf eine Haftung der Tochtergesellschaft für ein Verhalten der Muttergesellschaft EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 47 – *Sumal*.

⁹⁴³ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.2 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2013/3, 285 Rn. 22 – *Vorläufige Prüfung eines Zusammenschlusses in Sachen Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; Lehne in: BSK-KG, 2010, Art. 2 Rn. 14.

als Sanktionsadressat zu trennen.⁹⁴⁴ Eine Sanktionsverfügung ist stets an eine oder mehrere juristische Personen zu richten.⁹⁴⁵

Die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit von Mutter- und Tochtergesellschaft(en) kann sich im Rahmen von Sanktionsverfahren unter Umständen doppelt negativ auswirken. Einerseits wird der zur Bemessung einer Sanktion herangezogene Grundbetrag umsatzabhängig bestimmt, sodass naturgemäss der Umsatz des Konzerns als wirtschaftliche Einheit regelmässig höher ausfallen dürfte als im Hinblick auf eine einzige Gruppengesellschaft. Andererseits kann das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit auch Auswirkungen auf eine (zusätzliche) Erhöhung eines Bussgeldes im Wiederholungsfall zeitigen.

II. Europäische Union

Art. 101 Abs. 1 AEUV richtet sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Die Verfasser der Verträge haben sich im kartellrechtlichen Kontext bewusst dafür entschieden den Unternehmensbegriff zu verwenden und nicht etwa jenen der «Gesellschaft» oder der «juristischen Person».⁹⁴⁶ Entsprechend stellt Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 ebenfalls auf Unternehmen ab, denen die EU-Kommission eine Sanktion auferlegen kann.⁹⁴⁷ Bei einem Verstoss gegen Art. 101 f. AEUV hat das Unternehmen, also die wirtschaftliche Einheit, nach dem Grundsatz der persönlichen Haftung für die Zuwiderhandlung einzustehen.⁹⁴⁸ Dies führt zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Einheiten, die zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung die wirtschaftliche Einheit bilden.⁹⁴⁹ Entsprechend ist Täter und somit Sanktionsadressat die wirtschaftliche Einheit und eine Differenzierung nach deren Trägern wird nicht vorgenommen.⁹⁵⁰ Eine Zurechnung im technischen Sinne findet nicht statt, da die

⁹⁴⁴ Siehe für das Schweizer Recht etwa BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.2 – DCC; Waser/Meinhardt, *Konzerne und Wettbewerbsrecht*, S. 135, 143 f.

⁹⁴⁵ Für das europäische Recht siehe *Schneider/Engelsing* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 59. Für das Schweizer Recht vgl. BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.2 – DCC; *Amstutz/Gohari* in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 122.

⁹⁴⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 39 – *Sumal*.

⁹⁴⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2014:257, Rn. 124 – *Areva u.a.*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:955, Rn. 63 – *GEA Group AG*.

⁹⁴⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 42 – *Sumal*.

⁹⁴⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2000:632, Rn. 59 – *Metsä-Serla*; EuGH, ECLI:EU:C:2017:52, Rn. 150 – *Villeroy & Boch*; EuGH, ECLI:EU:C:2020:955, Rn. 61 – *GEA Group AG*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 44 – *Sumal*.

⁹⁵⁰ Otto, NZKart 2020, 285, 286; *ders.*, NZKart 2020, 355, 356 f.; *Bauermeister*, NZKart 2021, 385, 386.

Haftung sich unmittelbar aus dem Unternehmensbegriff ergibt.⁹⁵¹ Somit werden konsequenterweise sämtliche Gesellschaften eines Konzerns, die zu der gleichen wirtschaftlichen Einheit gehören erfasst.⁹⁵² Die Rechtsfähigkeit der einzelnen Träger der wirtschaftlichen Einheit bestimmt sich sodann nach nationalem Recht.⁹⁵³

Der *EU-Kommission* steht ein weites Auswahlermessens zu, welche Konzerngesellschaft sie in die Pflicht nimmt.⁹⁵⁴ Bilden Mutter- und Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit, gelten sie als einheitliches Unternehmen, sodass die *EU-Kommission* einen Entscheid über die Verhängung einer Sanktion gegen die Muttergesellschaft erlassen kann, ohne dass eine persönliche Beteiligung der Muttergesellschaft an der Zuwiderhandlung nachgewiesen werden muss.⁹⁵⁵ Adressat einer kartellrechtlichen Verfügung ist in der Praxis der Kommission regelässig die Muttergesellschaft,⁹⁵⁶ der die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ihrer Tochtergesellschaft zugerechnet werden.⁹⁵⁷ Allerdings existieren auch Fälle, in denen sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft Adressaten der behördlichen Verfügung werden.⁹⁵⁸ Im Rahmen von Art. 102 AEUV liegen auch Fälle vor, in denen Verfügungen ausschliesslich an die Tochtergesellschaft gerichtet waren, sofern die unternehmerische Verantwortung für das missbräuchliche Verhalten bei eben dieser lag.⁹⁵⁹

⁹⁵¹ Glöckner, NZKart 2018, 390, 397; Kersting/Otto, NZKart 2021, 651, 652 f.; dies., NZKart 2022, 14.

⁹⁵² Ausführlich Kersting, ZHR 2018, 8; vgl. auch Wagener, NZKart 2020, 238, 240.

⁹⁵³ Könen, NZKart 2017, 15, 19; Bauermeister, NZKart 2021, 385, 386; siehe auch Otto, NZKart 2020, 355 mit Verweis auf Art. 335 S. 1 AEUV.

⁹⁵⁴ EuGH, ECLI:EU:T:2006:396, Rn. 331 – *Raiffeisen Zentralbank Österreich u.a.*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:576, Rn. 82 – *Erste Group Bank u.a.*; EuG, ECLI:EU:T:2012:478, Rn. 252 – *Shell*; Braun, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 53 f.; ders., NZKart 2018, 405, 406; Kersting, ZHR 2018, 8, 29 f.

⁹⁵⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 59 – *Akzo Nobel*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:514, Rn. 39 – *Stichting Administratiekantoor Portielje*; EuGH, ECLI:EU:C:2013:601, Rn. 42 – *El du Pont*.

⁹⁵⁶ Vgl. etwa *EU-Kommission*, ABl. L 95 v. 9.4.1976, S. 1 – *Chiquita*; *EU-Kommission*, ABl. L 374 v. 31.12.1985, S. 1 – *ECS/AKZO*; *EU-Kommission*, ABl. L 72 v. 18.3.1992, S. 1 – *Tetra Pak II*.

⁹⁵⁷ Siehe zur rechtsökonomischen Analyse der mit dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit einhergehenden gesamtschuldnerischen Haftung ausführlich Fischer/Zickgraf, ZHR 2022, 160.

⁹⁵⁸ *EU-Kommission*, ABl. L 299 v. 14.12.1972, S. 51 – *Zoja/CS C-IC*; *EU-Kommission*, ABl. L 22 v. 8.12.1974, S. 23 – *Hugin/Lipton*.

⁹⁵⁹ *EU-Kommission*, ABl. L 29 v. 19.12.1974, S. 14 – *General Motors Continental*; *EU-Kommission*, ABl. L 33 v. 7.12.1988, S. 44 – *Flachglas*; *EU-Kommission*, ABl. L 246 v. 11.3.1998, S. 1 – *Van den Bergh Foods Limited*; Huttenlauch in: Loewenheim et al., Art. 102 AEUV Rn. 21.

In zivilrechtlicher Hinsicht stellt sich vor dem Hintergrund der mangelnden Rechtsfähigkeit von Konzernen im vorliegenden Kontext vor allem die Frage nach der Passivlegitimation. Konkret geht es darum, gegen welche Konzerngesellschaft eine zivilrechtliche Klage zu richten ist. Hierzu hat der EuGH festgehalten, dass der Unternehmensbegriff im Wettbewerbsrecht *autonom* zu verstehen ist und ihm daher im Verwaltungsverfahren nach den Bestimmungen der VO 1/2003 keine andere Bedeutung zukommen kann als im Bereich von Schadensersatzansprüchen aufgrund eines Verstosses gegen die Wettbewerbsregeln des AEUV.⁹⁶⁰ Dies ergebe sich auch aus Art. 2 Ziff. 2 Schadensersatzrichtlinie, wonach als Rechtsverletzer das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung zu verstehen ist, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat.⁹⁶¹ Demnach können zivilrechtliche Ansprüche gegenüber jeder einzelnen Konzerngesellschaft geltend gemacht werden, die Teil der gleichen wirtschaftlichen Einheit ist, selbst wenn sie nicht an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt war.⁹⁶² Somit können neben Tochter- auch Schwestergesellschaften passivlegitimiert sein, sofern sie zur gleichen wirtschaftlichen Einheit gehören.⁹⁶³ Durch die Erfassung auch von Tochter- und Schwestergesellschaften kann etwa ein neuer Gerichtsstand i.S.d. Art. 8 Nr. 1 Brüssel-Ia-Verordnung begründet werden, wenn die ins Recht gefasste Schwestergesellschaft etwa in einem anderen EU-Mitgliedsstaat ihren Sitz hat.⁹⁶⁴ Um der gleichen wirtschaftlichen Einheit zugerechnet zu werden, ist nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH allerdings Voraussetzung, dass die Tätigkeit der betroffene Konzerngesellschaft einen *konkreten Zusammenhang* zum Gegenstand der Zuwiderhandlung aufweist.⁹⁶⁵ Dies bedeutet, dass der Kläger, der etwa gegen die Muttergesellschaft zivilrechtlich vorgehen möchte, nachweisen muss, dass das wettbewerbswidrige Verhalten der Muttergesellschaft, *dieselben Produkte* betrifft wie die von der Tochtergesellschaft vermarkteten.⁹⁶⁶

⁹⁶⁰ EuGH, EU:C:2019:204, Rn. 47 – *Skanska Industrial Solutions u. a.*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 38 – *Sumal*.

⁹⁶¹ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 40 – *Sumal*.

⁹⁶² EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 47 – *Sumal*; siehe hierzu ausführlich *Bauermeister*, Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie, S. 53 ff.; *Wagener*, NZKart 2020, 238, 240 f.

⁹⁶³ *Kersting*, ZHR 2018, 8, 12; *Otto*, NZKart 2020, 355, 358; *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 656.

⁹⁶⁴ *Wurmnest*, NZKart 2017, 2, 7; *Kersting*, ZHR 2018, 8, 12; *Kersting/Otto*, NZKart 2022, 14, 17; *Schröder*, NZKart 2024, 200, 201.

⁹⁶⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

⁹⁶⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

III. Schweiz

Konzernen kommt grundsätzlich keine Rechtspersönlichkeit zu.⁹⁶⁷ Der Konzern als einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR wird überwiegend abgelehnt.⁹⁶⁸ Konzerne sind folglich weder rechts- noch handlungsfähig und können somit auch nicht aktiv- oder passivlegitimiert sein.⁹⁶⁹ Sie können demnach eigentlich nicht Verfügungsadressaten sein, da prozessrechtlich grundsätzlich nur natürliche oder juristische Personen Adressat einer verwaltungsrechtlichen Verfügung sein können.⁹⁷⁰ Somit stellt sich die Frage nach dem Unternehmensträger und der Zurechenbarkeit von kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen.⁹⁷¹ Grundsätzlich sind diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch die Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden, die vom Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen.⁹⁷²

Im materiellen Sinne sind Verfügungsadressaten diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll,⁹⁷³ mithin die vom Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen.⁹⁷⁴ Im formellen Sinne sind Verfügungsadressaten hingegen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch diese zwar nicht geregelt werden, die aber durch die Verfügung gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen berührt sind.⁹⁷⁵ Im Kartellrecht, wo dem Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG das wettbewerbs-

⁹⁶⁷ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.2 – DCC; WEKO, RPW 2016/1, 67 Rn. 106 – *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; Kunz, FS v. Büren, S. 177, 193 f. Kunz, GesRZ 2012, 282, 283.

⁹⁶⁸ Siehe ausführlich v. Büren/Huber, SZW 1998, 213 ff.; differenzierend hingegen Kunz, ZBJV 2012, 354, 358 ff.; ders., GesRZ 2012, 282, 283.

⁹⁶⁹ Kunz, FS v. Büren, S. 177, 184.

⁹⁷⁰ WEKO, RPW 2016/1, 67 Rn. 106 – *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; Kunz, FS v. Büren, S. 177, 193 f.; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 16 f. Ursprünglich sah die WEKO hingegen noch den Konzern als Verfügungsadressatin, vgl. RPW 2004/2, 407 Rn. 66 f. – *Swisscom ADSL*.

⁹⁷¹ WEKO, RPW 2004/2, 407 Rn. 56 – *Swisscom ADSL*; Tagmann, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, S. 16; Waser/Meinhardt, Konzerne und Wettbewerbsrecht, S. 135, 143 f.

⁹⁷² WEKO, RPW 2004/2, 407 Rn. 65 – *Swisscom ADSL*.

⁹⁷³ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.5 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2007/2, 200 Rn. 69 – *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁹⁷⁴ WEKO, RPW 2004/2, 407 Rn. 65 – *Swisscom ADSL*; WEKO, RPW 2016/1, 67 Rn. 106 – *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁹⁷⁵ BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.5 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2016/1, 67 Rn. 107 – *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

widrige Verhalten des gesamten Konzerns zugerechnet wird, bedeutet dies, dass derjenige Verfügungsadressat ist, welcher Rechts- und Parteifähigkeit besitzt, was jeweils von den Wettbewerbsbehörden zu bestimmen ist.⁹⁷⁶

Konkret können neben der verantwortlichen Muttergesellschaft auch weitere Gesellschaften des Konzerns einbezogen werden.⁹⁷⁷ So hat auch das *Bundesgericht* ausdrücklich festgehalten, dass sowohl eine Muttergesellschaft für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft als auch eine Tochtergesellschaft für das Verhalten ihrer Muttergesellschaft verantwortlich gemacht werden kann.⁹⁷⁸

In der Praxis hat die WEKO Verfügungen regelmässig nur an die Tochtergesellschaft gerichtet.⁹⁷⁹ Allerdings gibt es auch Fälle, in denen die WEKO sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft (unter solidarischer Haftung) als materielle Verfügungsadressatin angesehen hat.⁹⁸⁰ Vereinzelt wurde schliesslich auch lediglich die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin qualifiziert.⁹⁸¹ Die WEKO entscheidet folglich jeweils im konkreten Einzelfall, wenn sie als Verfügungsadressatin bestimmt.⁹⁸²

Eine Mindermeinung in der Literatur will den Unternehmensbegriff vor dem Hintergrund der hohen direkten Sanktionen i.S.d Art. 49a KG hingegen restriktiv auslegen, sodass nur Konzerngesellschaften sanktioniert werden können, die an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung partizipiert haben.⁹⁸³ Diese Auslegung geht in Richtung des Entscheids des *EuGH* i.S. *Sumal*, wonach ein konkreter Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für den die Muttergesellschaft haftbar gemacht wurde, bestehen muss.⁹⁸⁴ Gemäss dieser Rechtsprechung seien Tochtergesellschaften eines Konzerns vor der Haf-

⁹⁷⁶ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.2 – DCC; *Amstutz/Gohari* in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 122.

⁹⁷⁷ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.2.2 – DCC; *BVGer*, RPW 2010/2, 329 E. 4.5 – *Publigroupe*, bestätigt durch BGE 139 I 72.

⁹⁷⁸ BGE 148 II 321 E. 8. – *Flammarion*; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 303.

⁹⁷⁹ Siehe etwa WEKO, RPW 2007/2, 241 Rn. 46 – *Terminierung Mobilfunk*; WEKO, RPW 2009/3, 196 Rn. 37 f. – *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; WEKO, RPW 2010/4, 649 Rn. 49 – *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*; WEKO, RPW 2016/1, 67 Rn. 110 f. – *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁹⁸⁰ WEKO, RPW 2010/1, 116 Rn. 27 – *Preispolitik Swisscom ADSL*; WEKO, RPW 2012/2, 270 Rn. 891 ff. – *Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

⁹⁸¹ WEKO, RPW 2011/1, 96 Rn. 95 – DCC.

⁹⁸² WEKO, RPW 2016/1, 67 Rn. 108 f. – *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁹⁸³ *Reinert* in: *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, S. 156.

⁹⁸⁴ *EuGH*, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

tung für das unrechtmässige Verhalten anderer Tochtergesellschaften aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu bewahren, da andernfalls die Gefahr bestünde, dass eine Tochtergesellschaft für Zuwiderhandlungen haftbar gemacht werde, die im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten begangen wurden, die in keinem Zusammenhang mit ihrer eigenen Tätigkeit steht und an der sie in keiner Weise, auch nicht mittelbar, beteiligt war.⁹⁸⁵ Dazu kann die Rechtsprechung des *Bundesgerichts* angeführt werden, wonach die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, nicht überzogen werden dürfen. Anderenfalls liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, welche vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.⁹⁸⁶ Würde man hingegen der zuvor skizzierten Meinung folgen, ginge hiermit eine wesentliche Schwächung der Kartellrechtsdurchsetzung einher. Dies gilt sowohl für die Verwaltungs- als auch für die zivilrechtliche Ebene. Es bestünde die grosse Gefahr der Verschiebung von Haftungsmasse innerhalb eines Konzerns in Tochtergesellschaften, die in keinem Zusammenhang mit einem Kartellrechtsverstoss stehen.⁹⁸⁷ Hiermit ginge eine wesentliche Schwächung der praktischen Wirksamkeit des Schweizer Kartellrechts einher.

IV. Fazit

Die Frage der Unternehmenseigenschaft als Adressat der Regelung von Art. 101 f. AEUV bzw. Art. 5 KG ist von jener betreffend die Eigenschaft als Sanktionsadressatin zu trennen. Eine Sanktionsverfügung ist stets an eine oder mehrere juristische Personen zu richten.

Der funktionale Unternehmensbegriff führt dazu, dass auch nicht rechtsfähige Institutionen wie der Konzern materieller Adressat einer Verfügung der Wettbewerbsbehörden in der EU und in der Schweiz sein können. Im Ergebnis entspricht das Schweizer Recht in diesem Punkt dem europäischen Recht.⁹⁸⁸

⁹⁸⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 45, 52 – *Sumal*.

⁹⁸⁶ BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.1 – DCC.

⁹⁸⁷ Siehe zum europäischen Recht hierzu EuG, ECLI:EU:T:2009:90, Rn. 110 – *ArcelorMittal*; *Uebele*, WuW 2021, 683, 685; *Ackermann/Rohr*, NZKart 2023, 452, 455.

⁹⁸⁸ So ausdrücklich BGer, Ents. v. 2.11.2022, 2C_596/2019 E. 7.1 – DCC.

D. Rechtsfolgen für Kartellverstösse

I. Einleitende Bemerkungen

Liegt eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des AEUV bzw. des KG vor, können die Wettbewerbsbehörden der EU und der Schweiz verschiedene Massnahmen treffen, um dem wirksamen Wettbewerb wieder Geltung zu verschaffen. Neben der Anordnung einer Untersagung des unzulässigen Verhaltens ist in erster Linie die direkte Sanktionierung entsprechender Verhaltensweisen in der Praxis von Bedeutung. Unter direkter Sanktionierung versteht man, dass bereits ein einmaliger Verstoß gegen (bestimmte) Wettbewerbsregeln zu einer Verwaltungsanktion führt. Diese für das europäische Recht bereits seit seinen Anfangszeiten geltende Rechtslage,⁹⁸⁹ gilt in der Schweiz erst seit 1. April 2004 mit Inkrafttreten der KG-Revision 2003⁹⁹⁰ und nur für bestimmte, mithin harte Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, vertikale Preisbindungen und absoluter Gebietschutz). Nur diese fünf Abredetypen sind bei einem Erstverstoß gemäss Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar. Alle anderen Wettbewerbsabreden sind erst bei einem Verstoß gegen einen rechtskräftigen Entscheid der WEKO oder eines Gerichts nach Art. 50 KG, mithin im Wiederholungsfall, sanktionierbar. Man spricht in diesem Fall von einer indirekten Sanktionierung.

Neben solchen verwaltungsrechtlichen Verfahren können Geschädigte in beiden untersuchten Jurisdiktionen auch zivilrechtlich gegen Kartelldeliquenten vorgehen. Dabei existieren der verwaltungs- und der zivilrechtliche Weg nebeneinander und die materiell-rechtlichen Regelungen für beide Verfolgungswege sind jeweils identisch.⁹⁹¹ Für das Schweizer Recht hat das *Bundesgericht* ausdrücklich festgehalten, dass aus dem eingangs genannten Nebeneinander des zivil- und des verwaltungsrechtlichen Weges, der öffentlich-rechtliche Weg primär für Fälle vorgesehen ist, bei denen das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb im Vordergrund steht und Fälle, in denen in erster Linie private Interessen zur Diskussion stehen, auf dem zivilrechtli-

⁹⁸⁹ Siehe den geltenden Art. 23 VO 1/2003. Auch die Vorgängerregelung sah Sanktionen für sämtliche unzulässige Wettbewerbsabreden vor, vgl. Art. 15 Abs. 2 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (VO 17/62), Abl. v. 21.2.1962, S. 204.

⁹⁹⁰ Vgl. Botschaft KG 2001.

⁹⁹¹ Für das europäische Recht vgl. Otto, NZKart 2020, 285, 286 f.; Kersting, NZKart 2021, 325, 326; Für das Schweizer Recht siehe BGE 130 II 149 E. 4.1 – *Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, WEKO und Reko; Carron/Tercier* in: SIWR/2, F. 36; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1182.

chen Weg zu bestreiten sind.⁹⁹² Diese Wertung darf jedoch nicht *tel quel* auch für das EU-Recht angenommen werden. Einerseits unterliegen Fälle ohne gemeinschaftsweite Bedeutung nicht dem europäischen Kartellrecht, sondern jenem der EU-Mitgliedsstaaten, sodass viele Fälle grundsätzlich nicht Gegenstand von Verfahren auf europäischer Ebene werden.⁹⁹³ Zudem dürfte die EU-Kommission bei Anwendbarkeit der Art. 101 f. AEUV bereits vor dem Hintergrund des *effet utile*-Gedankens nicht am Aufgreifen einer Wettbewerbsbeschränkung, die in erster Linie private Interesse betrifft gehindert sein. Schliesslich hat auch der Individualschutz vor unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen regelmässig eine wichtige Reflexwirkung auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs.⁹⁹⁴

II. Europäische Union

1. Verwaltungsverfahren

Stellt die EU-Kommission (oder eine mitgliedsstaatliche Wettbewerbsbehörde)⁹⁹⁵ einen Verstoss gegen die Wettbewerbsregeln des AEUV fest, kann sie unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit alle strukturellen oder auf das Verhalten abzielenden Massnahmen festlegen, die zur effektiven Abstellung einer Zuwiderhandlung erforderlich sind.⁹⁹⁶ Darunter fällt gemäss Art. 7 VO 1/2003 in erster Linie die Kompetenz zur Feststellung und Abstellung einer Zuwiderhandlung.⁹⁹⁷ Dabei kann sie die Unzulässigkeit eines Verhaltens selbst dann feststellen, wenn dieses bereits beendet ist und nicht sanktioniert wird.⁹⁹⁸ Darüber hinaus kann sie auch nach Art. 8 VO 1/2003 einstweilige Massnahmen⁹⁹⁹ anordnen und gemäss Art. 9 VO 1/2003 Verpflichtungszusagen¹⁰⁰⁰ von Unternehmen für bindend erklären.

⁹⁹² BGE 130 II 149 E. 2.4 – *Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, WEKO und Reko*; siehe hierzu auch ausführlich Martenet, AJP 2008, S. 963, 965 ff.

⁹⁹³ Vgl. etwa Mohr in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 7.

⁹⁹⁴ Vgl. etwa Hangartner, AJP 2006, 43, 44.

⁹⁹⁵ Die Mitgliedsstaaten sind ebenfalls zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrecht verpflichtet, vgl. hierzu insbesondere Art. 3 und Erwägungsgrund 8 VO 1/2003. Siehe hierzu ausführlich Thillier in: *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, S. 81 ff.

⁹⁹⁶ Vgl. Erwägungsgrund 12 VO 1/2003.

⁹⁹⁷ Vgl. auch Erwägungsgrund 11 VO 1/2003.

⁹⁹⁸ Vgl. Erwägungsgrund 29 VO 1/2003.

⁹⁹⁹ Im Schweizer Kartellrecht spricht man von vorsorglichen Massnahmen.

¹⁰⁰⁰ Verpflichtungszusagen entsprechen im Wesentlichen einvernehmlichen Regelungen im Schweizer Kartellrecht.

Das in der Praxis wichtigste Instrument der *EU-Kommission* stellt die Möglichkeit einer Verwaltungssanktion dar. Die Sanktionen sollen die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sicherstellen.¹⁰⁰¹ Dabei hat sich die Höhe der Sanktion gemäss Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 nach der Schwere der Zuwiderhandlung und ihrer Dauer zu richten. Die Sanktion für jedes beteiligte Unternehmen darf 10% seines jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten. Als Gesamtumsatz gilt der Umsatz des jeweiligen Unternehmens. Im konzernrechtlichen Kontext wird somit der Umsatz der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit, mithin regelmässig des gesamten Konzerns erfasst.¹⁰⁰² Gemäss der Rechtsprechung ist jener Gesamtumsatz des Konzerns relevant, der nach den unionsrechtlichen Regelungen über die konsolidierte Rechnungslegung¹⁰⁰³ ermittelt wird.¹⁰⁰⁴ Damit wird die finanzielle Leistungsfähigkeit der Muttergesellschaft am besten abgebildet.¹⁰⁰⁵ Dabei muss die *EU-Kommission* nicht für jede Konzerngesellschaft einzeln nachweisen, dass sie mit der Muttergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bildet.¹⁰⁰⁶ Die betroffenen Tochtergesellschaften müssen auch nicht alle auf demselben Markt tätig sein.¹⁰⁰⁷ Zudem ist kein Zusammenhang zwischen diesen Tochtergesellschaften und der Zuwiderhandlung erforderlich.¹⁰⁰⁸ Gemäss den *Bussgeldleitlinien*¹⁰⁰⁹ der *EU-Kommission* ist der Umsatz mit den betroffenen Waren und Dienstleistungen nur für die Bestimmung des Grundbetrages von Bedeutung.¹⁰¹⁰ Allerdings ist fraglich, inwiefern diese Auffassung des *EuGH* vor dem

¹⁰⁰¹ Vgl. Erwägungsgrund 29 VO 1/2003.

¹⁰⁰² Grundlegend *EuGH*, ECLI:EU:C:1983:158 – *Musique diffusion française*; *Braun*, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 53 f.; *ders.*, NZKart 2018, 405, 406; *Palzer*, EWS 2022, 23, 25; *Trölitzsch*, NZKart 2024, 403, 405.

¹⁰⁰³ Der zitierte Entscheid bezieht sich auf die damalige Regelung des Art. 1 Abs. 1 Buchst. a bis c der Bilanzrichtlinie von 1983. Heute findet sich die entsprechende Verpflichtung in Art. 22 Abs. 1 Bst. a-c Bilanzrichtlinie.

¹⁰⁰⁴ *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 54 – *Groupe Gascogne*.

¹⁰⁰⁵ *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 55 – *Groupe Gascogne*.

¹⁰⁰⁶ *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 57 – *Groupe Gascogne*.

¹⁰⁰⁷ *EuG*, ECLI:EU:T:2011:671, Rn. 113 – *Groupe Gascogne*, bestätigt durch *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:770.

¹⁰⁰⁸ *EuG*, ECLI:EU:T:2011:671, Rn. 113 – *Groupe Gascogne*, bestätigt durch *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:770.

¹⁰⁰⁹ Leitlinien der *EU-Kommission* für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 v. 1.9.2006, S. 2 (nachfolgend: *EU-Bussgeldleitlinien*).

¹⁰¹⁰ Vgl. *EU-Bussgeldleitlinien*, Rn. 13 ff. So bereits *EuGH*, ECLI:EU:C:1983:158, Rn. 121 – *Musique diffusion française* wonach der produktbezogene Umsatz einen Anhaltspunkt für das Ausmass dieser Zuwiderhandlung liefern kann.

Hintergrund seines jüngeren Entscheids i.S. *Sumal*¹⁰¹¹ weiterhin Gültigkeit besitzt.¹⁰¹² Der EuGH hat hier ausdrücklich festgehalten, dass ein und dieselbe Muttergesellschaft – innerhalb des gleichen Konzerns – Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein kann.¹⁰¹³ Zwar hat der EuGH diese Feststellung hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung einer Tochtergesellschaft getroffen, dabei aber explizit ausgeführt, dass der Unternehmensbegriff im Zivilverfahren identisch mit jenem im Verwaltungsverfahren gemäss der VO 1/2003 ist.¹⁰¹⁴ Zur Bestimmung der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit brauche es den Nachweis eines konkreten Zusammenhangs zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für den die Muttergesellschaft haftbar gemacht wird.¹⁰¹⁵ Diese neue Rechtsprechung dürfte auch Auswirkungen auf die sanktionserhöhende Wirkung eines wiederholten Verstosses haben. Verstösst eine Gesellschaft einer wirtschaftlichen Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, führt dies bei einem Verstoß einer anderen Gesellschaft der gleichen wirtschaftlichen Einheit zur Annahme eines Wiederholungsfalls.¹⁰¹⁶ Die Vollstreckung einer Sanktion findet sodann nach nationalem Recht statt.¹⁰¹⁷

2. Zivilverfahren

Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, ist diese mit Wirkung *ex tunc* nichtig, wie sich in Bezug auf Wettbewerbsabreden im europäischen Recht unmittelbar aus Art. 101 Abs. 2 AEUV ergibt.¹⁰¹⁸ In Bezug auf die vorliegend untersuchten Vergütungs- und Einstellungsabreden bedeutet dies, dass die entsprechende Absprache zwischen den beteiligten Unternehmen, wenn sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, unzulässig und somit unwirksam ist. Die Nichtigkeit einer unzulässigen Vergütungsabrede hat keine unmittelbare Folge für den Lohn des betroffenen Mitarbeiters, da der

¹⁰¹¹ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800 – *Sumal*.

¹⁰¹² Siehe hierzu [Teil 3 A. III. 2. e](#).

¹⁰¹³ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 47 – *Sumal*; siehe hierzu auch eingehend *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 654.

¹⁰¹⁴ EuGH, EU:C:2019:204, Rn. 47 – *Skanska Industrial Solutions u.*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 38 – *Sumal*.

¹⁰¹⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

¹⁰¹⁶ Vgl. etwa EuGH, ECLI:EU:C:2015:150, Rn. 91 – *Versalis*; EuG, ECLI:EU:T:2003:250 – *Michelein*; *Kersting*, ZHR 2018, 8, 25 ff.

¹⁰¹⁷ *Otto*, NZKart 2020, 355, 356; *Bauermeister*, NZKart 2021, 385, 386.

¹⁰¹⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1973:11, Rn. 25 ff. – *Brasserie de Haecht/Wilkin und Janssen*; *Säcker* in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 876; *Bellis*, *Droit européen de la concurrence*, S. 110.

Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitarbeiter durch eine unzulässige Vergütungsabrede nicht tangiert wird. Bei einer kartellrechtlich unzulässigen Einstellungsabrede bleibt die allfällige vertragliche Vereinbarung zwischen einem beteiligten Unternehmen und einem Mitarbeiter, wie ein (arbeits-)vertraglich vereinbartes nachvertragliches Konkurrenzverbot, von der Nichtigkeit der Einstellungsabrede bzw. der Kartellabrede unberührt.¹⁰¹⁹

In verfahrensrechtlicher Hinsicht richten sich kartellzivilrechtliche Verfahren sodann nach nationalem Recht,¹⁰²⁰ wobei die nationalen Rechtsordnungen die zuvor skizzierten Grundsätze zu beachten haben. Zudem sind die nationalen Gerichte an einen rechtskräftigen Entscheid der *EU-Kommission* gemäss Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 gebunden.¹⁰²¹ Liegt ein solcher Entscheid vor, dürfen die nationalen Gerichte keinen abweichenden Entscheid in materieller Hinsicht fällen.¹⁰²² Im vorliegenden Kontext ist dies insbesondere im Hinblick auf die Reichweite der wirtschaftlichen Einheit von Bedeutung. Wurde ein Verstoß einer wirtschaftlichen Einheit rechtskräftig festgestellt, kann ein betroffene Konzerngesellschaft nicht in einem anderen Verfahren ihre Zugehörigkeit zu eben dieser Einheit bestreiten.¹⁰²³

Der *EuGH* sieht im Kartellschadensersatzrecht einen wichtigen Pfeiler einer wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts.¹⁰²⁴ Anfang des Jahrhunderts hat er in seinen beiden wegweisenden Entscheiden *Courage* und *Manfredi* festgehalten, dass die *praktische Wirksamkeit* («*effet utile*») des Kartellverbots von Art. 101 Abs. 1 AEUV beeinträchtigt wäre, wenn nicht *jedermann* Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.¹⁰²⁵ Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöhe die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln und setze Anreize, entsprechende Verhaltensweisen zu unterlassen, womit ein wesentlicher Beitrag zur

¹⁰¹⁹ Alexander, ZWeR 2016, 16, 37.

¹⁰²⁰ Otto, NZKart 2020, 355, 356.

¹⁰²¹ Vgl. auch Erwägungsgrund 22 VO 1/2003.

¹⁰²² Siehe auch Schneider in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 1.

¹⁰²³ Kersting/Otto, NZKart 2022, 14, 17; zur Frage der örtlichen Zuständigkeit innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit siehe *EuGH*, ECLI:EU:C:2024:578 – *MOL/ Mercedes-Benz Group*; zur Frage der Zustellung innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit siehe *EuGH*, ECLI:EU:C:2024:601 – *Volvo/Transsaqui*.

¹⁰²⁴ Siehe etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 90 f. – *Manfredi*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 21 – *Kone et. al.*

¹⁰²⁵ *EuGH*, ECLI:EU:C:2001:465 Rn. 57 – *Courage und Crehan*; *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 26 – *Manfredi*.

Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs einhergehe.¹⁰²⁶ Darauf aufbauend hat die EU im Jahr 2014 mit der Verabschiedung der Schadenersatzrichtlinie eine umfangreiche Mindestharmonisierung der nationalen Zivilrechtsordnungen im Bereich des Kartellrechts eingeleitet.¹⁰²⁷ Die Mitgliedsstaaten hatten bis Ende 2016 Zeit, deren Regelungen umzusetzen, wie sich aus Art. 21 Abs. 1 Schadenersatzrichtlinie ergibt.

III. Schweiz

1. Verwaltungsverfahren

Den Schweizer Wettbewerbsbehörden stehen im Wesentlichen die gleichen Instrumente zur Verfolgung und Ahndung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung wie der EU-Kommission. So kann die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 1 und 39 KG i.V.m. Art. 5 VwVG verfügen, unzulässige Verhaltensweisen einzustellen und für die Zukunft zu unterlassen. Daneben kann die WEKO in analoger Anwendung von Art. 23 KG i.V.m. Art. 56 VwVG auch vorsorgliche Massnahmen verfügen, wenngleich weder das KG noch das VwVG für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren diese ausdrücklich vorsieht.¹⁰²⁸ Überdies kann die WEKO mit den betroffenen Unternehmen gemäss Art. 29 KG auch einvernehmliche Regelungen abschliessen.

Parallel¹⁰²⁹ zu den zuvor skizzierten Werkzeugen besteht das schärfste Schwert der WEKO, ebenso wie in der EU, in der Möglichkeit der (direkten) Sanktionierung. Gemäss Art. 49a Abs. 1 S. 1 KG ist ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (horizontale Preis-, Mengen- und Gebiets- bzw. Kundenabsprachen sowie vertikale Abreden über Preisbindung zweiter Hand und absoluten Gebietschutz) beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz

¹⁰²⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage und Crehan*; EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 35 – *Sumal*; siehe hierzu ausführlich Moser, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, S. 161 ff.; Kersting/Otto, NZKart 2022, 14, 18 f.

¹⁰²⁷ Siehe hierzu eingehend Heinze, ZEuP 2020, 281 ff.

¹⁰²⁸ WEKO, RPW 2021/2, 401 Rn. 81 – *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung – vorsorgliche Massnahmen*.

¹⁰²⁹ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann etwa auch bei einer einvernehmlichen Regelung eine Sanktion auferlegt werden, insbesondere um einer Wiederholungsgefahr zu begegnen, vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.4. Siehe hierzu auch Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1256.

kumulativ erzielten Umsatzes zu sanktionieren. Der Betrag bemisst sich gemäss Art. 49a Abs. 1 S. 2 KG auch im Schweizer Recht nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei allerdings nach Art. 49a Abs. 1 S. 3 KG der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. Die KG-Sanktionsverordnung (SVKG)¹⁰³⁰ legt die Einzelheiten der Sanktionsbemessung fest. Die Maximalsanktion beträgt gemäss Art. 7 SVKG 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz kumulativ erzielten Umsatzes. Auch im Hinblick auf die Sanktionierung gilt der kartellrechtliche Unternehmensbegriff, sodass der Umsatz der gesamten wirtschaftlichen Einheit auf den *relevanten Märkten* massgeblich ist.¹⁰³¹ Konsequenterweise werden konzerninterne Umsätze nicht berücksichtigt.¹⁰³²

Hervorzuheben ist zudem, dass ein wiederholter Kartellrechtsverstoss einen erschwerenden Umstand darstellt, der gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG sanktionserhöhend zu berücksichtigen ist. Ein erneuter Verstoss demonstriert, dass mit der Sanktionierung des Erstverstosses keine ausreichend abschreckende Wirkung einhergegangen ist.¹⁰³³ Folglich ist der wiederholte Verstoss (nach rechtskräftiger Feststellung) schwerer zu gewichten als der Erstverstoss oder ein wiederholter Verstoss während einer laufenden Untersuchung.¹⁰³⁴ Im Rahmen von Konzernsachverhalten bedeutet dies, dass der Verstoss eines Konzernunternehmens zu einer Erhöhung der Sanktion eines anderen Konzernunternehmens führen kann, sofern beide Teile der gleichen wirtschaftlichen Einheit sind.¹⁰³⁵

Neben der direkten Sanktionierung i.S.d. Art. 49a Abs. 1 KG können Unternehmen bei einem Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, mithin im Wiederholungsfall, ebenfalls mit einem Betrag von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz ku-

¹⁰³⁰ SR 251.5.

¹⁰³¹ WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; Krauskopf in: DIKE-KG, Art. 49a Rn. 37; Skoczylas, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, S. 97; a.A. Reinert in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 156.

¹⁰³² WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; Krauskopf in: DIKE-KG, Art. 49a Rn. 37.

¹⁰³³ WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹⁰³⁴ WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹⁰³⁵ So zumindest indirekt WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rn. 504 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; ebenso Stäuber, GesKR 2020, 89, 95 f.

mulativ erzielten Umsatzes sanktionieren. Man spricht insofern von indirekten Sanktionen.¹⁰³⁶ Dies ist im Schweizer Recht insbesondere für jene Tatbestände von Bedeutung, bei denen eine direkte Sanktionierung ausgeschlossen ist. Hierunter fallen insbesondere unzulässige, nicht-harte Wettbewerbsabreden, die der Gesetzgeber – im Unterschied zum Recht der EU – nicht sanktionieren wollte,¹⁰³⁷ sowie Fälle des Missbrauchs einer relativ marktmächtigen Stellung, die gemäss dem Willen des Gesetzgebers ebenfalls ausdrücklich von der direkten Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgenommen wurde.¹⁰³⁸

Unerheblich, ob ein Erstverstoss vorliegt oder ein Wiederholungsfall gegeben ist, stellt sich bei der Sanktionierung die Frage des Verschuldens. Auch wenn dieses Tatbestandselement sich nicht im Wortlaut der entsprechenden Sanktionsbestimmungen des KG wiederfindet, ergibt sich dieses aus ihrem strafrechtsähnlichen Charakter¹⁰³⁹ der Regelungen von Art. 49a KG.¹⁰⁴⁰ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist vorliegend ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens massgeblich.¹⁰⁴¹ Ein Unternehmen wird somit dann strafbar, wenn ihm Organisationsmängel angelastet werden können, auch wenn sich die konkrete Straftat nicht einer natürlichen Person zuordnen lässt.¹⁰⁴² Im kartellrechtlichen Kontext ergeben sich die Sorgfaltspflichten primär aus dem KG.¹⁰⁴³ Ist ein nachweisbarer Verstoss gegen die Regelungen des KG gegeben, liegt in der Regel auch eine Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht vor, da die Unternehmen über die Bestimmungen des KG, die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein müssen.¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁶ Vgl. etwa Tschudin in DIKE, Art. 50 Rn. 2.

¹⁰³⁷ Vgl. Botschaft KG 2001, 2041, wonach nur die Sanktionierung «der krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen» möglich sein sollte, bei denen die Tragweite eines entsprechenden Verhaltens für die Unternehmen «ohne weiteres» erkennbar sei.

¹⁰³⁸ Botschaft KG 2019 4913 und 4937.

¹⁰³⁹ Grundlegend BGE 139 I 72 E. 2.2.2 – *Publigroupe*.

¹⁰⁴⁰ Krauskopf in: DIKE-KG, Art. 49a Rn. 7; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1408.

¹⁰⁴¹ BGE 143 II 297 E. 9.6.2 – *Gaba*; BGE 146 II 217 E. 8.5.2 – *Swisscom*; BGE 147 II 72 E. 8.4.2 – *Pfizer*.

¹⁰⁴² BGE 146 II 217 E. 8.4.2 – *Swisscom*.

¹⁰⁴³ BGE 143 II 297 E. 9.6.2 – *Gaba*; BGE 146 II 217 E. 8.5.2 – *Swisscom*; BGE 147 II 72 E. 8.4.2 – *Pfizer*.

¹⁰⁴⁴ BGE 146 II 217 E. 8.5.2 – *Swisscom*; BGE 147 II 72 E. 8.4.2 – *Pfizer*.

2. Zivilverfahren

Eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ist auch im Schweizer Recht mit Wirkung *ex tunc* nichtig, wie sich aus der Rechtsprechung des *Bundesgerichts* ergibt.¹⁰⁴⁵ Hinsichtlich der vorliegend untersuchten Vergütungs- und Einstellungsabreden bedeutet dies, ebenso wie im EU-Recht, dass die entsprechende Absprache zwischen den beteiligten Unternehmen, wenn sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, unzulässig und somit unwirksam ist. Zugleich bleibt die vertragliche Vereinbarung zwischen einem beteiligten Unternehmen und einem Mitarbeiter von der Unwirksamkeit der Kartellvereinbarung unberührt. Somit hat die Nichtigkeit einer unzulässigen Vergütungsabrede auch im Schweizer Recht keine unmittelbare Folge für den Lohn des betroffenen Mitarbeiters. Eine kartellrechtlich unzulässige Einstellungsabrede berührt die Gültigkeit eines (arbeits-)vertraglich vereinbarten nachvertraglichen Konkurrenzverbot nicht. Im Schweizer Recht ist ein solches anhand von Art. 340 f. OR zu messen,¹⁰⁴⁶ womit den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers ausreichend Rechnung getragen wird.

Darüber hinaus sind insbesondere die Verfahrensbestimmungen des Schweizer Kartellzivilrechts im Vergleich zum europäischen Recht äusserst zurückhaltend ausgestaltet. So können beispielsweise durch einen Kartellrechtsverstoss Geschädigte gemäss Art. 12 KG nur klagen, wenn sie durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.¹⁰⁴⁷ Somit sind nach dem Wortlaut von Art. 12 KG Konsumenten sowie die öffentliche Hand regelmässig noch nicht einmal aktivlegitimiert. Wie bereits in der gescheiterten KG-Revision von 2012¹⁰⁴⁸ schlägt der Bundesrat auch im Rahmen der laufenden KG-Teilrevision¹⁰⁴⁹ erneut eine moderate Stärkung des Kartellzivilrechts vor. Die Vorlage befindet sich zurzeit in der parlamentarischen Beratung.¹⁰⁵⁰ Diese beinhaltet insbesondere einen Vorschlag zur Änderung von Art. 12 KG, wonach *jedermann*

¹⁰⁴⁵ Vgl. BGE 134 III 438 E. 2.1 f; der Schweizer Gesetzgeber ging hingegen, allerdings noch vor Einführung der direkten Sanktionen mit der Revision 2003, von einer Nichtigkeit *ex tunc* aus, vgl. Botschaft KG 1995, 553. Siehe hierzu auch *Graber/Maschmer* in: DIKE-KG, Art. 6 Rn. 18; *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts, S. 52 f.; *Hurni*, *L'action civile en droit de la concurrence*, S. 253.

¹⁰⁴⁶ Vgl. [Teil 2 C. II. 2.](#)

¹⁰⁴⁷ Vgl. hierzu Botschaft KG 2023.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Botschaft KG 2012; für eine Zusammenfassung des Revisionsvorhabens siehe *Eufinger/Maschmer*, WuW 2013, S. 137.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Botschaft KG 2023.

¹⁰⁵⁰ Das Parlament führt das Dossier unter der Nummer 23.047.

klageberechtigt ist, der durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Gemäss dem geltenden Art. 12 Abs. 1 KG haben betroffene Unternehmen das Recht auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Bst. a), Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des OR (Bst. b.) sowie auf Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Bst. c). Im Gegensatz zur EU gibt es im Schweizer Kartellzivilrecht keine Bindungswirkung eines rechtskräftigen verwaltungsrechtlichen Entscheids für ein Zivilgericht. Immerhin sieht Art. 15 KG vor, dass ein Zivilgericht die WEKO um ein Gutachten anfragen muss, wenn in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Zwar muss das Zivilgericht das Gutachten bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen,¹⁰⁵¹ allerdings ist es nicht an das Ergebnis des Gutachtens gebunden (Unabhängigkeit der Gerichte).¹⁰⁵²

Die Frage der Passivlegitimation in Konzernkonstellationen im Schweizer Kartellzivilrecht stellte sich aufgrund der nahezu fehlenden Praxis soweit ersichtlich bis anhin noch nicht. Gemäss dem funktionalen Unternehmensbegriff i.S.d. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist die jeweilige wirtschaftliche Einheit passivlegitimiert.¹⁰⁵³ Vor dem Hintergrund der fehlenden Rechtsfähigkeit des Konzerns¹⁰⁵⁴ bedeutet dies, dass jede Konzerngesellschaft, die Teil der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit ist, zivilrechtlich für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in Anspruch genommen werden kann.

IV. Fazit

In beiden untersuchten Jurisdiktionen existieren der verwaltungs- und der zivilrechtliche Weg nebeneinander, um gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen. Dabei sind die materiell-rechtlichen Regelungen für beide Verfolgungswege jeweils identisch. Zumindest im EU-Recht bildet die zivilrechtliche Durchsetzung («*private enforcement*») der Wettbewerbsregeln gemeinsam mit der behördlichen Durchsetzung («*public enforcement*»)

¹⁰⁵¹ Giger in: BSK-KG; Art. 15 Rn. 26; Carron/Tercier in: SIWR/2, F. 492; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1183.

¹⁰⁵² Handelsgericht des Kantons Aargau, RPW 2003/2 451. E. 2 – Allgemeines Bestattungsinstitut; Giger in: BSK-KG; Art. 15 Rn. 28; Borer, Kommentar KG, Art. 15 Rn. 11; Carron/Tercier in: SIWR/2, F. 492; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1183. Siehe zu Art. 15 KG ausführlich Hurni, L'action civile en droit de la concurrence, S. 461 ff.

¹⁰⁵³ Vetter in: DIKE-KG, Art. 12 Rn. 10; Jacobs/Giger in: BSK-KG; Art. 12 Rn. 27.

¹⁰⁵⁴ BVGer, Ents. v. 14.9.2015, B-7633/2009 E. 30 – ADSL II.

einen integralen Bestandteil des Systems zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs.¹⁰⁵⁵

Im Hinblick auf die verwaltungsrechtliche Sanktionierung beträgt die Maximalsanktion in der Schweiz 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. In der EU ist hingegen der gesamte weltweite Umsatz der wirtschaftlichen Einheit im letzten Geschäftsjahr für die Maximalsanktion massgeblich. Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH i.S. *Sumal*¹⁰⁵⁶ liegt eine wirtschaftliche Einheit allerdings nur insofern vor, wenn zwischen den Waren und Dienstleistungen der einzelnen Konzerngesellschaften ein Zusammenhang besteht.

Die praktische Bedeutung kartellrechtlicher Zivilverfahren hat in der EU spätestens seit Verabschiedung der Schadensersatzrichtlinie zugenommen.¹⁰⁵⁷ In der Schweiz fristet dieser Teil der Kartellrechtsdurchsetzung hingegen weiterhin ein Schattendasein.¹⁰⁵⁸ Es bleibt zu hoffen, dass mit der laufenden Teilrevision des KG, etwas Licht in das kartellzivilrechtliche Dunkel gebracht werden wird.

¹⁰⁵⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 37 – *Sumal*.

¹⁰⁵⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800 – *Sumal*.

¹⁰⁵⁷ Vgl. exemplarisch für das deutsche Recht *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170.

¹⁰⁵⁸ Vgl. etwa *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1118 f.

Teil 4: Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden in Konzernkonstellationen

A. Konzerninterne Vereinbarungen

I. Der Konzern entspricht der wirtschaftlichen Einheit

Vor dem Hintergrund des Konzernprivilegs bereitet die Vereinbarung von Vergütungs- und Einstellungsabreden, die ausschliesslich zwischen Gesellschaften, welche Teil der gleichen wirtschaftlichen Einheit sind, geschlossen werden, keine Schwierigkeiten aus einer kartellrechtlichen Perspektive. Sämtliche Vereinbarungen, die innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit geschlossen werden, stellen keine Wettbewerbsabrede dar. Demnach ist der Anwendungsbereich des europäischen¹⁰⁵⁹ und schweizerischen¹⁰⁶⁰ Kartellrechts in solchen Konstellationen erst gar nicht eröffnet. Im Rahmen der vorliegend untersuchten Vergütungs- und Einstellungsabreden sind einschlägige Entscheide auf europäischer Ebene allerdings nicht ersichtlich. Die WEKO hat sich erst in einem Fall zu einem konzerninternen Abwerbeverbot geäussert, und zwar im Rahmen der Prüfung eines Zusammenschlusses in Form des Übergangs von alleiniger zur gemeinsamen Kontrolle. So verpflichtete sich die eine Konzerngesellschaft einer Muttergesellschaft, welche die gemeinsame Kontrolle erlangte, der Muttergesellschaft und dem Gemeinschaftsunternehmen keine Mitarbeiter abzuwerben.¹⁰⁶¹ Die WEKO sah dieses Abwerbeverbot

¹⁰⁵⁹ EuGH, ECLI:EU:C:1996:405, Rn. 51 – *Viho*; EU-Kommission, ABl. L 255 v. 8.10.2003, S. 33 Rn. 245 – *Omega/Nintendo*; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 36 f.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 73; Lübbig in: Wiedemann, § 8 Rn. 2; Schroeder, WuW 1988, 274, 277; Fischer/Zickgraf, ZHR 2022, 125, 144 f.

¹⁰⁶⁰ Vgl. WEKO, RPW 2006/3, 513 Rn. 77 – *Zwischenverfügung i.S. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, bestätigt durch WEKO, RPW 2008/4, 544 Rn. 26 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; Bangerter/Zirlick in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 Rn. 23; Borer, Kommentar KG, Art. 2 Rn. 11; Schmassmann, SZK 2022,15, 16; Kunz, FS v. Büren, S. 177, 190; Lang, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, S. 88 f.; Frehner, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, 2007, S. 178; Lang/Jenny, sic! 2007, 299; a.A. Krauskopf/Henckel, sic! 2006, 740, 747 ff.

¹⁰⁶¹ WEKO, RPW 2013/3, 389 Rn. 28 – *PubliGroupe/SITV*.

als konzerninterne Vereinbarung und somit als zulässig an.¹⁰⁶² Zu konzerninternen Vergütungsabreden ist hingegen bislang kein Entscheid oder eine sonstige Verlautbarung der Schweizer Wettbewerbsbehörden ersichtlich.

II. Der Konzern besteht aus mehreren wirtschaftlichen Einheiten

Besteht ein Konzern hingegen aus mehreren wirtschaftlichen Einheiten, ist die Anwendung des Konzernprivilegs fraglich. Seit dem Entscheid des EuGH i.S. *Sumal*¹⁰⁶³ ist für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit ein konkreter Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für den die Muttergesellschaft haftbar gemacht wurde, erforderlich.¹⁰⁶⁴ Somit kann ein und dieselbe Muttergesellschaft Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein.¹⁰⁶⁵ Für Konzernverhältnisse bedeutet dies, dass es innerhalb des gleichen Konzerns mehrere wirtschaftliche Einheiten geben kann, deren verbindendes Element jeweils die Muttergesellschaft ist. Je nach der betroffenen wirtschaftlichen Tätigkeit bildet die Muttergesellschaften mit den Tochtergesellschaften, die auf den gleichen Märkten tätig sind, eine wirtschaftliche Einheit. Mit anderen Tochtergesellschaften, die auf anderen Märkten tätig sind, bildet sie wiederum eine andere wirtschaftliche Einheit.¹⁰⁶⁶ Für die Anwendung des Konzernprivilegs bedeutet dies, dass Abreden zwischen der Muttergesellschaft mit jeder einzelnen Tochtergesellschaft bilateral stets kartellrechtlich privilegiert sind, da sie jeweils eine wirtschaftliche Einheit bilden. Für Abreden unter Beteiligung von mindestens zwei Tochtergesellschaften kann das Konzernprivileg nur Anwendung finden, wenn die beteiligten Tochtergesellschaften auf dem gleichen Markt tätig sind. Handelt es sich um einen konglomeraten Konzern bedeutet dies, dass für Vereinbarungen unter Beteiligung von mindestens einer Tochtergesellschaft, die nicht auf dem gleichen Markt tätig ist, konsequenterweise das Konzernprivileg nicht gilt. Auf die mit dieser neuen Rechtsprechung einhergehenden praktischen Probleme wurde bereits hingewiesen.¹⁰⁶⁷ Dies gilt für sämtliche Wettbewerbsabreden und somit auch für

¹⁰⁶² WEKO, RPW 2013/3, 389 Rn. 29 – *PubliGroupe/SITV*; vgl. auch WEKO, RPW 2020/4b, 1915 Rn. 604 – *SBB Cargo*.

¹⁰⁶³ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800 – *Sumal*.

¹⁰⁶⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 52 – *Sumal*.

¹⁰⁶⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2021:800, Rn. 47 – *Sumal*; siehe hierzu auch ausführlich *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 654 f.

¹⁰⁶⁶ *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651, 655.

¹⁰⁶⁷ Siehe hierzu ausführlich [Teil 3 A. III. 2. e](#).

Vergütungs- und Einstellungsabreden. Solchen Absprachen sind sodann genauso zu behandeln, wie Abreden mit konzernexternen Unternehmen. Für diese Fälle kann daher auf die nachfolgenden Ausführungen zu konzernexternen Vereinbarungen verwiesen werden.

B. Konzernexterne Vereinbarungen

I. Einleitende Bemerkungen

Im Gegensatz zu Vereinbarungen zwischen Gesellschaften innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit, stellt sich bei der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen, d.h., mit Gesellschaften ausserhalb der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit, die Frage der kartellrechtlichen Behandlung von Vergütungs- und Einstellungsabreden. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass in diesem Abschnitt nur Vereinbarungen eines Konzerns bzw. einer Konzerngesellschaft in der Form einer wirtschaftlichen Einheit mit anderen Unternehmen betrachtet werden, die nicht in Form eines Gemeinschaftsunternehmens erfolgen. Die kartellrechtliche Beurteilung der Zusammenarbeit in Form von Gemeinschaftsunternehmen wird im Anschluss separat behandelt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich das Schweizer Recht zwar soweit wie möglich auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle an das europäische Recht anlehnt,¹⁰⁶⁸ die Beurteilungskriterien allerdings seit dem Wechsel¹⁰⁶⁹ in der EU vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test¹⁰⁷⁰ mit der FKVO im Jahr 2004 sehr verschieden sind. Die *EU-Kommission* hat gemäss Art. 2 Abs. 3 FKVO einen Zusammenschluss zu untersagen, durch den wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben *erheblich* («significantly», «significant» bzw. «significativo») behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Hingegen kann die *WEKO* einen Zusammenschluss gemäss Art. 10 Abs. 2 KG nur untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird (Bst. a) und mit diesem keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt einhergeht, welche die Nachteile der marktbeherrschenden

¹⁰⁶⁸ Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 391.

¹⁰⁶⁹ Vgl. zur Historie in der EU ausführlich Körber in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 2 FKVO Rn. 183 ff.

¹⁰⁷⁰ «SIEC-Test» steht für «Significant Impediment to Effective Competition Test», vgl. Körber in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 2 FKVO Rn. 2.

Stellung überwiegt (Bst. b).¹⁰⁷¹ Vor dem Hintergrund des Erfordernisses der Wettbewerbsbeseitigung spricht man hier vom Erfordernis des Vorliegens einer qualifizierten marktbeherrschenden Stellung («*position dominant qualifiée*»)¹⁰⁷². Nachdem die Einführung des SIEC-Tests im Rahmen der KG-Revision 2012 scheiterte,¹⁰⁷³ berät das Parlament derzeit erneut dessen Einführung.¹⁰⁷⁴ Auch wenn das Schweizer Recht mit dem Test der qualifizierten Marktbeherrschung deutlich permissiver ist als jenes der EU, führt dies allerdings nur zu einer deutlich höheren Eingriffsschwelle. Ist diese erfüllt, lehnt sich das Schweizer Kartellrecht auch im Rahmen der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen sehr eng an sein europäisches Vorbild an.¹⁰⁷⁵

II. Zusammenschlusskontrolle

1. Nebenabreden im Allgemeinen

a) Europäische Union

Bei Unternehmenszusammenschlüssen, die in Form eines Vertrages erfolgen, bilden sämtliche für die Verwirklichung des eigentlichen Zwecks des Zusammenschlusses notwendigen Vereinbarungen, integrale Bestandteile des Zusammenschlussvorgangs.¹⁰⁷⁶ Sie sind ausschliesslich nach den Regelungen der Zusammenschlusskontrolle zu beurteilen.¹⁰⁷⁷ Darüber hinaus gibt es vertragliche Regelungen, welche im Rahmen eines Zusammenschlusses getroffen werden und von denen keine Wettbewerbsbeschränkung ausgeht. Da durch sie der Anwendungsbereich des Kartellrechts erst gar nicht eröffnet wird, sind sie für sich genommen kartellrechtlich unproblematisch. Überdies kann ein Zusammenschlussvorhaben Vereinbarungen enthalten, die für sich genommen Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. Sind solche Vereinbarungen mit dem

¹⁰⁷¹ Siehe zur Schweizer Zusammenschlusskontrolle im Allgemeinen und zum Vergleich mit dem EU-Recht im Speziellen *Botteron*, *Le contrôle de concentrations d'entreprises*, S. 49 ff.

¹⁰⁷² Botschaft KG 2023, S. 20; *Prümmer* in: DIKE-KG, Art. 10 Rn. 58; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 1032; *Martenet/Heinemann*, *Droit de la concurrence*, S. 150; *Botteron*, *Le contrôle de concentrations d'entreprises*, S. 53.

¹⁰⁷³ Vgl. Botschaft KG 2012; für eine Zusammenfassung des damaligen Revisionsvorhabens siehe *Eufinger/Maschmer*, *WuW* 2013, S. 137.

¹⁰⁷⁴ Vgl. hierzu Botschaft KG 2023; das Parlament führt das Dossier unter der Nummer 23.047.

¹⁰⁷⁵ *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 391.

¹⁰⁷⁶ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 10.

¹⁰⁷⁷ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 10.

Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diesen notwendig, gelten sie als zulässige Nebenabreden.¹⁰⁷⁸ Praxisrelevante Beispiele für Nebenabreden im zusammenschlussrechtlichen Sinne sind Konkurrenzverbote, Lizenzvereinbarungen sowie Bezugs- und Lieferpflichten.¹⁰⁷⁹ Konkurrenzverbote finden sich in der Praxis in den meisten Unternehmenskaufverträgen.¹⁰⁸⁰

Genehmigt die *EU-Kommission* einen Unternehmenszusammenschluss, erfasst diese Genehmigung auch sämtliche notwendigen Nebenabreden.¹⁰⁸¹ Eine Prüfung nach Art. 101 und 102 AEUV ist demnach nicht mehr erforderlich.¹⁰⁸² Ist hingegen *keine* notwendige Nebenabrede gegeben, bleiben Art. 101 f. AEUV weiterhin für die Beschränkungen anwendbar.¹⁰⁸³ Um als Nebenabrede zu gelten, müssen Wettbewerbsabreden für den Zusammenschluss *objektiv* notwendig und *eng* mit diesem verbunden sein.¹⁰⁸⁴ Dies bedeutet einerseits, dass nur Wettbewerbsabreden erfasst werden, ohne die der Zusammenschluss gar nicht oder nun unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, wie etwa zu wesentlich höheren Kosten oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte.¹⁰⁸⁵ Zudem darf die betreffende Beschränkung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das hinausgehen, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist.¹⁰⁸⁶

Die mit solchen Wettbewerbsabreden einhergehenden Beschränkungen können entweder die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Veräusserers oder des Erwerbers zum Gegenstand haben.¹⁰⁸⁷ Da der Erwerber grundsätzlich ein grösseres Schutzinteresse hat als der Veräusserer, gelten Einschränkungen welche letzteren begünstigen regelmässig nicht als zulässige Nebenabreden bzw. müssen zumindest im Hinblick auf ihren Geltungsbereich weniger weit gehen als jene zugunsten des Erwerbers.¹⁰⁸⁸ Schliesslich ist zu beachten, dass eine vertragliche Erstreckung solcher Beschränkungen auf Akteure ausserhalb der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers nicht mehr von der vorliegenden Privilegierung gedeckt ist.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁷⁸ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 1.

¹⁰⁷⁹ Vgl. hierzu etwa Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18 ff.

¹⁰⁸⁰ Vgl. v. *Koppenfels* in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 8 FKVO Rn. 134.

¹⁰⁸¹ Vgl. Erwägungsgrund 21 FKVO.

¹⁰⁸² Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 7.

¹⁰⁸³ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 7.

¹⁰⁸⁴ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 11 f.

¹⁰⁸⁵ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 13.

¹⁰⁸⁶ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 13.

¹⁰⁸⁷ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 17.

¹⁰⁸⁸ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 17.

¹⁰⁸⁹ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 24.

b) Schweiz

Das Schweizer Recht orientiert sich auch bei der Frage der Zulässigkeit von Nebenabreden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich am europäischen Kartellrecht.¹⁰⁹⁰ Ein «Swiss-Finish» ist nicht ersichtlich. Aus diesem Grund kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.

2. Vergütungsabreden als Nebenabreden

Vergütungsabreden waren, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand von Zusammenschlussverfahren vor der *EU-Kommission* und der WEKO. Dies ist auch nicht verwunderlich, da bereits die Notwendigkeit solcher Abreden für die Vornahme eines Unternehmenszuammenschlusses fernliegend sein dürfte. Denkbar ist zwar ein ökonomisches Bedürfnis nach einer gleichen oder ähnlichen Gehaltsstruktur innerhalb eines Konzerns, eine solche kann vor dem Hintergrund des Konzernprivilegs unmittelbar nach Abschluss der Integration der übernommenen Gesellschaft jedoch aus einer kartellrechtlichen Perspektive ohne weiteres durchgeführt werden. Es sind somit keine Konstellationen ersichtlich, in denen die Abstimmung von Löhnen zwingender Vertragsbestandteil eines Zusammenschlussvorhabens darstellen müsste, ohne den der Zusammenschluss *gar nicht* oder nun unter *deutlich ungewisseren Voraussetzungen*, wie etwa zu wesentlich höheren Kosten oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten, durchgeführt werden könnte.¹⁰⁹¹

3. Einstellungs- und Abwerbverbote als Nebenabreden

a) Europäische Union

Klassisches Beispiel für Nebenabreden sind Wettbewerbsverbote, die dem Veräusserer eines Unternehmens bzw. eines Unternehmensteiles auferlegt werden, um den Erwerber in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen

¹⁰⁹⁰ WEKO, RPW 2017/1, 116, Rn. 52 – *Tech Data/Avnet*; WEKO, RPW 2018/4, 918 Rn. 367 – *AZ Medien/NZZ*; WEKO, RPW 2020/2, 759 Rn. 593 f. – *Sunrise/Liberty Global*; WEKO, RPW 2022/3, 593 Rn. 11 – *Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden*; WEKO, RPW 2022/3, 644 Rn. 42 – *Galenica AG/Medical AG*; so bereits *Zäch*, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, Rn. 384; siehe auch *Prümmer* in: DIKE-KG, Art. 10 Rn. 205; *Reinert*, SZK 2022, 190, 190 f.; *Ruggli/Vischer*, SJZ 2006, 294, 300.

¹⁰⁹¹ Vgl. hierzu Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 13.

des Veräussers zu schützen.¹⁰⁹² Sie gewährleisten, dass die Übertragung des vollständigen Wertes des Unternehmens bzw. des Unternehmensteils ermöglicht wird, wozu neben materiellen auch regelmässig immaterielle Vermögenswerte wie der Goodwill, das Know-how oder der Kundenstamm zählen.¹⁰⁹³ Werden solche Vereinbarungen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht in gewisser Hinsicht beschränkt, gelten sie sowohl als unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden sowie für dessen Durchführung notwendig, da regelmässig davon ausgegangen werden kann, dass ohne sie die Veräusserung des Unternehmens bzw. des Unternehmensteils nicht vollzogen werden könnte.¹⁰⁹⁴

Im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben sollen Abwerbverbote gewährleisten, dass das Personal im zu übertragenden Unternehmen verbleibt.¹⁰⁹⁵ Sie tragen dafür Sorge, dass die relevanten Arbeitnehmer nach Abschluss der Transaktion nicht umgehend wieder zurück zum Veräusserer wechseln und somit den Erwerber erneut konkurrenzieren und dadurch seine Investition entwerten. Abwerbverbote haben eine vergleichbare Wirkung wie Konkurrenzverbote und entsprechend werden sie kartellrechtlich nach den gleichen Kriterien behandelt.¹⁰⁹⁶ Zu beachten ist an dieser Stelle, dass sich das Sekundärrecht zumindest gemäss seinem Wortlaut nur mit Abwerbverboten beschäftigt. Wie bereits ausgeführt, reichen Einstellungsverbote weiter als Abwerbverbote, sodass sich einerseits eine differenzierte kartellrechtliche Behandlung anbieten könnte. Andererseits gehen damit in der Praxis häufig wohl kaum lösbare Beweisprobleme einher. Daher erfasst die kartellrechtliche Privilegierung von Abwerbverboten nach der hier vertretenen Meinung auch Einstellungsverbote.¹⁰⁹⁷ Dafür spricht auch die unterschiedslose Behandlung solcher Abreden im Schweizer¹⁰⁹⁸, US-amerikanischen¹⁰⁹⁹ und deutschen¹¹⁰⁰ Recht, wenngleich diese nicht für die Auslegung des EU-Rechts relevant sind. Gleichwohl wird eine gewisse Ausstrahlwirkung nicht zu verkennen sein.

¹⁰⁹² Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18; EU-Kommission, ABl. C 82 v. 4.4.1995, S. 4 – *Dalgety plc/The Quaker Oats Company*; *Wagemann* in: Wiedemann, § 16 Rn. 212.

¹⁰⁹³ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18.

¹⁰⁹⁴ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18 f.; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 8 FKVO Rn. 48 ff.

¹⁰⁹⁵ *Prümmer* in DIKE, Art. 10 Rn. 211.

¹⁰⁹⁶ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 26.

¹⁰⁹⁷ Siehe [Teil 2 C. I. 3.](#)

¹⁰⁹⁸ Zumindest im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, siehe hierzu [Teil 4 B II. 3. b\).](#)

¹⁰⁹⁹ Siehe [Teil 2 D. I.](#)

¹¹⁰⁰ Siehe [Teil 2 D. III. 1.](#)

In sachlicher Hinsicht müssen sich Konkurrenzverbote auf Waren oder Dienstleistungen beschränken, die den Gegenstand des übertragenen Unternehmens bzw. Unternehmensteils bilden, wozu auch solche in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium oder noch nicht marktfähige Waren und Dienstleistungen zählen.¹¹⁰¹ Nicht in den Genuss des Konzentrationsprivilegs¹¹⁰² kommen somit Konkurrenzverbote über darüberhinausgehende Waren oder Dienstleistungen.¹¹⁰³ Im vorliegenden Zusammenhang können Abwerbverbote jedoch nicht sämtliche Mitarbeiter erfassen, die in irgendeiner Art und Weise mit den betroffenen Waren oder Dienstleistungen im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses berührt werden. Vielmehr ist eine Begrenzung auf jene Mitarbeiter vorzunehmen, die von der Transaktion tatsächlich betroffen sind.¹¹⁰⁴ Massgeblich dürfte somit die Intensität der Betroffenheit und weniger der konkrete Berührungspunkt mit den jeweiligen Waren und Dienstleistungen sein. Konkret ist es somit unerheblich, ob der betroffene Mitarbeiter etwa im Bereich der Forschung & Entwicklung, der Produktion oder des Vertriebs mit den gegenständlichen Waren und Dienstleistungen beschäftigt war.

In räumlicher Hinsicht ist ein Konkurrenzverbot auf Gebiete zu beschränken, in denen der Veräusserer mit den betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Transaktion tätig war.¹¹⁰⁵ Ein darüberhinausgehender Schutz kann nur notwendig sein, wenn der Verkäufer in diesen Gebieten zwar noch nicht tätig ist, dies aber plant und auch bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.¹¹⁰⁶ Abwerbverbote können demnach grundsätzlich nicht mit weltweiter Geltung geschlossen werden. Sie sind in räumlicher Hinsicht vielmehr auf jene Mitarbeiter zu begrenzen, die von der Transaktion tatsächlich betroffen sind.

¹¹⁰¹ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 23.

¹¹⁰² Liegt ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen vor, wird dieses im Hinblick auf die konzentrativen Effekte ausschliesslich nach Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO beurteilt. Eine Doppelkontrolle nach Art. 101 AEUV findet demnach nicht statt. Führt die Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens allerdings zusätzlich auch zu kooperativen Aspekten in Form der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der unabhängig bleibenden Muttergesellschaften (sog. Spill-Over-Effekte), bleibt Art. 101 AEUV insoweit anwendbar, als dieser Vorgang eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den unabhängig bleibenden Muttergesellschaften zur Folge hat, vgl. Art. 2 Abs. 4, Art. 21 Abs. 1 und Erwägungsgrund 27 FKVO. In diesem Fall findet eine Doppelkontrolle statt. Vgl. hierzu ausführlich *Wagemann* in: *Wiedemann*, § 17 Rn. 204; *Bien*, NZKart 2014, 214.

¹¹⁰³ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 23.

¹¹⁰⁴ So auch *Glöckner*, JuS 2018, 1130, 1137.

¹¹⁰⁵ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 22.

¹¹⁰⁶ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 22.

In zeitlicher Hinsicht sind Abwerbeverbote für zwei Jahre zulässig, wenn der Geschäftswert übertragen wird.¹¹⁰⁷ Erfolgt zudem eine Übertragung von Know-how, ist eine Beschränkung von drei Jahren zulässig.¹¹⁰⁸ Eine Begründung für die Festlegung dieser Zeiträume liefert die Nebenabreden-Bekanntmachung nicht. Hinsichtlich der dreijährigen Frist gibt sie keine Quellen an.¹¹⁰⁹ In Bezug auf die zweijährige Frist verweist sie lediglich auf zwei ihrer frühere Entscheide.¹¹¹⁰ Dort wird wiederum auf die Nebenabreden-Bekanntmachung in der Fassung von 1990¹¹¹¹ verwiesen,¹¹¹² in welcher sich schliesslich keinerlei Verweis findet. In einem Entscheid aus dem Jahr 1983 hielt die *EU-Kommission* noch fest, dass es nicht möglich sei, einen für alle Fälle passenden Zeitraum als Schutzfrist festzulegen, da jedes Wettbewerbsverbot in seinem Zusammenhang beurteilt werden müsse.¹¹¹³

Hinsichtlich des Begriffs des «Know-hows» ist die entsprechende Definition i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Ziff. i) TT-GVO heranzuziehen.¹¹¹⁴ Demnach gelten als Know-how eine Gesamtheit praktischer Kenntnisse, die durch Erfahrungen und Versuche gewonnen werden, sofern sie drei Voraussetzungen erfüllen. Erstens müssen diese Kenntnisse geheim sein, d.h., sie dürfen nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich sein. Zweitens müssen sie wesentlich, also für die einschlägigen Produkte oder Dienstleistungen von Bedeutung und nützlich sein. Drittens müssen die Kenntnisse identifizierbar sein, worunter vorliegend verstanden wird, dass sie umfassend genug beschrieben sind, um die beiden ersten Voraussetzungen zu überprüfen.

Werden allerdings lediglich materielle Vermögenswerte (wie Grundstücke, Gebäude, Maschinen oder gewerbliche Schutzrechte) übertragen, sieht die

¹¹⁰⁷ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 20.

¹¹⁰⁸ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 20; die Vorgängerregelung sah noch eine Dauer von fünf Jahren vor, vgl. Bekanntmachung der *EU-Kommission* über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 203 v. 14.8.1990, S. 5 (nachfolgend Nebenabreden-Bekanntmachung 1990).

¹¹⁰⁹ Vgl. Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 20.

¹¹¹⁰ Vgl. Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 20.

¹¹¹¹ Nebenabreden-Bekanntmachung 1990.

¹¹¹² *EU-Kommission*, ABl. C 110 v. 9.4.1997, S. 9 Rn. 17 – KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler; *EU-Kommission*, ABl. C 176 v. 22.6.1999, S. 12 Rn. 26 – KingFisher/Grosslabor.

¹¹¹³ *EU-Kommission*, ABl. L 376 v. 31.12.1983, S. 22 Rn. 28 – *Nutricia/Zuid*.

¹¹¹⁴ Vgl. Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18, wobei hier noch auf die mittlerweile ausser Kraft getretenen Technologietransfer-GVO von 2004 verwiesen wird, vgl. Verordnung Nr. 772/2004 der *EU-Kommission* vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 123 v. 27.4.2004, S. 11.

EU-Kommission Konkurrenzverbote nicht als notwendig an.¹¹¹⁵ Sie gelten somit regelmässig nicht als kartellrechtlich privilegierte Nebenabreden. In spezifischen Ausnahmefällen hat die EU-Kommission allerdings auch Konkurrenzverbote von einer längeren Dauer als zwei bzw. drei Jahre zugelassen.¹¹¹⁶ Diese Wertung kann *tel quel* für Einstellungsabreden übernommen werden. Ohne die gleichzeitige Übertragung von immateriellen Vermögenswerten wie Goodwill, das Know-how oder der Kundenstamm ist kein Grund ersichtlich, wonach Einstellungsabreden als zulässig angesehen werden sollten. In diesen Fällen dienen sie nicht der Übertragung des vollständigen Wertes des Unternehmens bzw. des Unternehmensteils.

b) Schweiz

Die WEKO lehnt sich auch bei Abwerbeverboten im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ausdrücklich an der europäischen Praxis an.¹¹¹⁷ In ihrem publizierten Entscheiden äusserst sich die WEKO allerdings regelmässig nicht ausführlich zur kartellrechtlichen Beurteilung von Abwerbeverbote. Insbesondere wird nur selten der Wortlaut des vereinbarten Abwerbeverbots dargelegt. Dies geschieht voraussichtlich aus Rücksicht auf den Geschäftsgeheimnisschutz der beteiligten Unternehmen. Soweit ersichtlich hat die WEKO sich bislang einzig im Zusammenschlussverfahren *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft* detailliert mit der kartellrechtlichen Behandlung eines Abwerbeverbots auseinandergesetzt.¹¹¹⁸ Im Rahmen der vorläufigen Prüfung der Übernahme des Unternehmensgeschäfts der CSS durch die *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG* äusserte sich die WEKO ausführlich zu einem im Rahmen eines «*asset deals*» vereinbarten Abwerbe- und Anstellungsverbot.¹¹¹⁹ Diese waren hinsichtlich der beiden Parteien unterschiedlich ausgestaltet. Während sich die *CSS Versicherung AG* konzernweit verpflichtete weder direkt noch indirekt einen der übertragenen Arbeitnehmer für ein Arbeitsverhältnis oder eine Tätigkeit anzuwerben oder anzustellen, verpflichtete sich

¹¹¹⁵ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 21.

¹¹¹⁶ EU-Kommission, ABl. C 207 v. 12.8.1995, S. 11 Rn. 37 – RWE-DEA/*Enichem Augusta*; EU-Kommission, ABl. C 17 v. 22.1.1999, S. 2 Rn. 74 –*Kodak/Imation*; EU-Kommission, ABl. C 301 v. 21.10.2000, S. 23 Rn. 56 – *Volvo/Renault*.

¹¹¹⁷ Vgl. etwa WEKO, RPW 2022/1, 269 Rn. 16 – *Bersan/NCE Betriebsaktivitäten*; WEKO, RPW 2022/3, 644 Rn. 42 – *Galenica AG/Medicall AG*.

¹¹¹⁸ WEKO, RPW 2020/2, 643 – *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*.

¹¹¹⁹ WEKO, RPW 2020/2, 643 Rn. 16 – *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*.

die *Zürich Versicherungsgesellschaft AG* keine Arbeitnehmer der *CSS Versicherung AG* abzuwerben oder anzustellen, welche die Käuferin im Rahmen der Vertragsverhandlungen oder von Integrationsschritten unter diesem Vertrag kennengelernt hat oder noch kennenlernen wird.¹¹²⁰ Die WEKO bewertete das zugunsten der *CSS Versicherung AG* vereinbarte Abwerbeverbot als zulässige Nebenabrede. Dies begründete sie einerseits mit der blossen Übertragung von Betriebsteilen und der weiteren Tätigkeit der Veräusserin im Versicherungsbereich sowie der damit einhergehenden fortdauernden Konkurrenzsituation der beiden Vertragsparteien. Vor diesem Hintergrund sei die Interessenlage der Veräusserin eine andere, als wenn ein komplettes Unternehmen übertragen worden wäre. Andererseits sei das vereinbarte Abwerbeverbot sehr spezifisch formuliert, da lediglich Mitarbeiter der *CSS Versicherung AG* erfasst seien, welche die *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG* im Zusammenhang mit der Transaktion kennen gelernt habe oder noch kennen lernen werde. Andere Mitarbeiter seien hingegen nicht vom Verbot erfasst. Dem Kontakt der an der Transaktion beteiligten Arbeitnehmern wohne ein «erheblich gesteigertes Abwerberisiko» inne und es sei daher durchaus denkbar, dass die *CSS Versicherung AG* dem Zusammenschluss ohne die Zusicherung der *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG* nicht zugestimmt hätte.¹¹²¹ Folglich sei die Nebenabrede vorliegend im ausreichenden Masse eingeschränkt und die «konkreten Umstände des Einzelfalls» führten dazu, dass das Konzentrationsprivileg vorliegend ausnahmsweise auch auf die Beschränkung zugunsten der Veräusserin Anwendung finde und die Nebenabrede des Einstellungs- und Abwerbeverbots deshalb ausnahmsweise als zulässig zu erachten sei.

Hervorzuheben ist bei diesem Fall schliesslich, dass die WEKO nicht nur ein Abwerbeverbot als Nebenabrede anerkannt hat, sondern auch ein Einstellungsverbot. Allerdings ist die WEKO in ihrem Entscheid nicht auf den unterschiedlichen Inhalt dieser beiden Abredearten eingegangen. Dies spricht für die hier vertretene Auffassung, dass Einstellungs- und Abwerbeverbote aus einer kartellrechtlichen Optik gleich zu behandeln sind.

Die der WEKO gemeldeten Einstellungs- und Abwerbeverbote werden grundsätzlich als mit der einschlägigen europäischen Nebenabreden-Bekanntma-

¹¹²⁰ WEKO, RPW 2020/2, 643 Rn. 16 – *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*.

¹¹²¹ WEKO, RPW 2020/2, 643 Rn. 20 – *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*.

chung im Einklang und somit auch nach Schweizer Recht zulässig erachtet.¹¹²² Nur in wenigen Fällen wurden die geprüften Abwerbeverbote als nicht durch das Konzentrationsprivileg gedeckte Nebenabreden qualifiziert. Im Zusammenschlussverfahren SPAR Holding AG/Store Service AG erfüllte das geplante Abwerbeverbot die Anforderungen an ein solches in sachlicher und zeitlicher Hinsicht.¹¹²³ Die WEKO erachtete dieses als räumlich zu weitreichend, da es sich auch auf Gebiete innerhalb der Schweiz erstreckte, in denen die Veräusserin noch nicht tätig war, und sah das Abwerbeverbot insofern nicht als privilegierte Nebenabrede an.¹¹²⁴ Allerdings liess die WEKO dessen kartellrechtliche Zulässigkeit ausdrücklich offen und verwies lediglich auf diese Anwendbarkeit von Art. 5 KG.¹¹²⁵ Auch eine räumliche Erstreckung über die Grenzen der Schweiz hinaus kann im Einzelfall als zu weitreichend erachtet werden, wobei in einer solchen Konstellation das Auswirkungsprinzip i.S.d. Art. 2 Abs. 2 KG den Interventionsmöglichkeiten der WEKO Schranken setzen kann.¹¹²⁶ Im Rahmen ihres Entscheids i.S. *Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG* sah die WEKO ein Abwerbeverbot aufgrund seiner Dauer von fünf Jahren in zeitlicher Hinsicht als zu weitreichend und somit als eine nicht durch das Konzentrationsprivileg gedeckte Nebenabrede an.¹¹²⁷ Allerdings sollen in speziellen Ausnahmefällen (etwa bei einer besonders langen Kundenloyalität oder besonders langen Produktzyklen) Konkurrenzverbote von bis zu fünf Jahren zulässig sein können.¹¹²⁸ Allerdings fehlt seitens der WEKO eine Begründung – und eine solche ist auch nicht offensichtlich – wieso sich Produktzyklen oder lange Kundenloyalität auf die zulässige Dauer eines Abwerbeverbots auswirken sollen. Im Entscheid *Iss/Edelweissfm* begründete die WEKO die Zulässigkeit eines fünfjährigen Konkurrenzverbots mit der Gefahr der Entwertung des übernommenen Unternehmens aufgrund des grossen Know-hows und der damit einhergehenden grossen Chancen erneut mit der Hauptkundin wieder einen Vertrag schliessen zu können.¹¹²⁹

¹¹²² Vgl. etwa WEKO, RPW 2013/4, 662 Rn. 92 f. – *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; WEKO, RPW 2016/3, 782 Rn. 91 f. – *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*; WEKO, RPW 2022/2, 429 Rn. 33 – *Bouygues/Equans*.

¹¹²³ WEKO, RPW 2021/2, 425 Rn. 51 ff. – *SPAR Holding AG/Store Service AG*.

¹¹²⁴ WEKO, RPW 2021/2, 425 Rn. 54 – *SPAR Holding AG/Store Service AG*.

¹¹²⁵ WEKO, RPW 2021/2, 425 Rn. 56 – *SPAR Holding AG/Store Service AG*.

¹¹²⁶ WEKO, RPW 2006/4, 691 Rn. 49 – *ISS/Edelweissfm*.

¹¹²⁷ WEKO, RPW 2014/1, 307 Rn. 54 ff. – *Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG*.

¹¹²⁸ WEKO, RPW 2006/4, 691 Rn. 50 ff. – *ISS/Edelweissfm*; WEKO, RPW 2009/4, 451 Rn. 61 ff. – *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*; WEKO, RPW 2015/4, 792 Rn. 53 – *Mi-gros/Lüchinger Schmid-Gruppe*.

¹¹²⁹ WEKO, RPW 2006/4, 691 Rn. 51 – *ISS/Edelweissfm*.

Da sowohl nach der europäischen als auch nach der darauf aufbauenden schweizerischen Praxis die kartellrechtliche Behandlung von Konkurrenzverboten und Abwerbeverboten deckungsgleich ist, kann diese Praxis entsprechend auch auf Abwerbeverbote übertragen werden. Soweit ersichtlich hat die WEKO bis anhin ein Abwerbeverbot im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens noch nicht als *sachlich* zu weitgehend beurteilt.

III. Zusammenarbeit unabhängiger Unternehmen

1. Vergütungsabreden

a) Europäische Union

i) Alleinstehende Vergütungsabreden

Der Preis ist der wichtigste Wettbewerbsfaktor überhaupt. Entsprechend genießt die freie Preissetzung einen besonderen Schutz durch das europäische Kartellrecht.¹¹³⁰ Nach der vorliegend vertretenen Ansicht beschränken Vergütungsabreden den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt. Eine solche Preisabreden zwischen (um die betroffenen Arbeitskräfte) im Wettbewerb stehenden Unternehmen stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.¹¹³¹ Preisabreden zwischen unabhängigen Unternehmen stellen daher – ausser in spezifischen Ausnahmesituationen, wie etwa im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs¹¹³² – regelmässig (nicht gruppenfreigestellte) Kernbeschränkungen in den bestehenden GVOs dar.¹¹³³ Liegt eine Kernbeschränkung vor, besteht die Möglichkeit einer Einzelfreistellung unmittelbar nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Hier müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Die Absprache muss erstens einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts leisten. Zweitens wird eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn vorausgesetzt. Drittens dürfen den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der im Rahmen der ersten beiden Voraussetzungen genannten

¹¹³⁰ So betrifft das erste Regelbeispiel unzulässiger Wettbewerbsabreden i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV (horizontale und vertikale) Preisabreden.

¹¹³¹ Horizontalleitlinien, Rn. 316 a); Heinemann, WuW 2020, 371, 376; Ott, ZWER 2022, 200, 205.

¹¹³² Vgl. Art. 5 Bst. a Spezialisierungs-GVO; Art. 8 Bst. a FuE-GVO.

¹¹³³ Vgl. Art. 5 Bst. a Spezialisierungs-GVO; Art. 8 Bst. a FuE-GVO; Art. 4 Abs. 1 Bst. a TT-GVO; Art. 4 Bst. a Vertikal-GVO.

Ziele nicht unerlässlich sind. Viertens dürfen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Ist nur eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, scheidet eine Einzelfreistellung aus, sodass auch die übrigen Voraussetzungen nicht mehr geprüft werden müssen.¹¹³⁴ Eine Einzelfreistellung dürfte im Rahmen einer Preisabrede regelmässig bereits an ihrer Notwendigkeit i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV scheitern. So dürfte etwa das Argument durch Vergütungsabreden Einsparungen zu erzielen, die an die Verbraucher weitergegeben werden, kaum begründbar sein.¹¹³⁵ Darüber hinaus sind keine Gründe ersichtlich, die eine Freistellung rechtfertigen würden. Schliesslich ist zu beachten, dass eine Vergütungsabrede zwischen Unternehmen ohne Beteiligung der Arbeitnehmer der Idee von individuell oder – kollektiv von Gewerkschaften – geführten Lohnverhandlungen widerspricht.¹¹³⁶

ii) Vergütungsabreden als notwendige Nebenabreden einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit

Wie bereits ausgeführt, fallen einzelne Vereinbarungen zwischen unabhängigen Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern sie für die Durchführung einer ansonsten mindestens «kartellrechtsneutralen» Zusammenarbeit objektiv notwendig sind und zu den Zielen der Zusammenarbeit in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹¹³⁷ Somit ist die zusammenschlussrechtliche Nebenabreden-Doktrin auch ausserhalb der Fusionskontrolle anerkannt. Vorliegend scheidet eine solche Ausnahme im Sinne der Immanenztheorie allerdings aus, da keine Konstellationen der Zusammenarbeit ersichtlich sind, in denen eine Vergütungsabrede eine notwendige Nebenabrede einer ansonsten kartellrechtsneutralen Kooperation darstellen könnte.

b) Schweiz

In Bezug auf Vergütungsabreden können die vorstehenden Überlegungen zum europäischen Kartellrecht *tel quel* für die Schweiz übertragen werden. Die vorliegend vertretene Ansicht, wonach Vergütungsabreden den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt beschränken, gilt auch im Schweizer Recht.

¹¹³⁴ Wolf in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2, Art. 101 AEUV Rn. 1114.

¹¹³⁵ Ott, ZWeR 2022, 200, 205.

¹¹³⁶ Ott, ZWeR 2022, 200, 206.

¹¹³⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 19 f. – *Remia*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89 – *Master-Card*; siehe auch Horizontalleitlinien, Rn. 34.

Vergütungsabreden zwischen (um die betroffenen Arbeitskräfte) im Wettbewerb stehenden Unternehmen stellen eine Preisabrede i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar und sind somit grundsätzlich erheblich.¹¹³⁸ Eine Bekanntmachung der WEKO, die sich mit Vergütungsabreden beschäftigt und somit Orientierung gäbe, existiert nicht. Daher stellt sich vorliegend die Frage einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG. Auch im Bereich der Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede aus Gründen der ökonomischen Effizienz werden die Regelung und die Praxis des EU-Rechts soweit möglich *mutatis mutandis* übernommen.¹¹³⁹ Im Schweizer Recht müssen hierzu gemäss Art. 5 Abs. 3 KG drei Bedingungen kumulativ erfüllt sein.¹¹⁴⁰ Erstens muss die Absprache zu einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, der Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, der Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder der rationelleren Nutzung der Ressourcen führen. Zweitens darf die Absprache den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Drittens muss die Absprache für die Erreichung der zuvor genannten Ziele notwendig sein. Auch im Schweizer Recht scheidet die Rechtfertigung einer alleinstehenden Vergütungsabrede bereits an der Notwendigkeit, da keine Gründe der ökonomischen Effizienz für eine Rechtfertigung erkennbar sind. Die gleichen Überlegungen gelten für die Annahme einer notwendigen Nebenabrede im Rahmen einer ansonsten kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit.

2. Einstellungs- und Abwerbeverbote

a) Europäische Union

i) Alleinstehende Einstellungs- und Abwerbeverbote

Bei Einstellungs- und Abwerbeverboten handelt es sich grundsätzlich um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV.¹¹⁴¹ Demzufolge sind sie *per se* spürbar.¹¹⁴² Stellen solche Vereinbarungen den alleinigen Gegenstand einer Wettbewerbsabrede mit einem konzernexternen Unterneh-

¹¹³⁸ Siehe [Teil 2 F. VIII. 3. c\)](#).

¹¹³⁹ *Bangerter/Zirlick* in: DIKE-KG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 41; siehe ausführlich auch *Kubli*, AJP 2018, 199 f.

¹¹⁴⁰ Vgl. auch *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 466.

¹¹⁴¹ Siehe hierzu [Teil 2 E. VI. 2.](#)

¹¹⁴² *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 35 ff. – *Expedia*; siehe auch *De-minimis*-Bekanntmachung, Rn. 2.

men dar, ist eine ökonomische Rechtfertigung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV fernliegend. Entsprechend dürften solche Vereinbarungen regelmässig unzulässig sein.¹¹⁴³

ii) Einstellungs- und Abwerbeverbote als notwendige Nebenabreden einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit

Einstellungs- und Abwerbeverbote können ausnahmsweise den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede nicht erfüllen. In Form von notwendigen *Nebenabreden* können sie zulässig sein. Wie bereits ausgeführt, fallen einzelne Vereinbarungen zwischen unabhängigen Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern sie für die Durchführung einer ansonsten mindestens «kartellrechtsneutralen» Zusammenarbeit objektiv notwendig sind und zu den Zielen der Zusammenarbeit in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹¹⁴⁴ Somit ist die zusammenschlussrechtliche Nebenabreden-Doktrin auch ausserhalb der Fusionskontrolle anerkannt.

Praktische Beispiele ausserhalb der Zusammenschlusskontrolle im Allgemeinen oder von Unternehmenskaufverträgen und der Zusammenarbeit im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen im Speziellen sind – nicht zuletzt aufgrund der strengen Anforderungen an die Qualifizierung der Notwendigkeit einer Nebenabrede – rar gesät. Vor dem Hintergrund des Massstabs, dass die Zusammenarbeit ohne die Nebenabrede *unmöglich wäre*, dürften eine Vielzahl von Abredetypen dieser Privilegierung entzogen sein. Entsprechende Entscheide sind bis anhin nicht ersichtlich.¹¹⁴⁵ Vorstellbar sind zulässige Abwerbeverbote etwa im Bereich der Zusammenarbeit im Rahmen von Forschung und Entwicklung, da in diesem Rahmen regelmässig hochspezialisierte Mitarbeitende der beteiligten Unternehmen zusammenarbeiten. Hier ist es durchaus möglich, dass die Vereinbarung eines Abwerbeverbots *conditio sine qua non* für die Zusammenarbeit ist. Vereinbarungen über die gemeinsame Forschung und Entwicklung werden durch das europäische Kartellrecht besonders grosszügig behandelt. Gemäss Art. 179 AEUV ist Forschungsförderung in einem weiten Sinne eines der Ziele der EU. Dazu gehört nach Art. 179 Abs. 2 AEUV insbesondere auch die Förderung der Zusammenarbeit zwischen Forschern sowohl über mitgliedstaatliche als auch über institutionelle Grenzen,

¹¹⁴³ Ott, ZWeR 2022, 200, 207; vgl. auch *Linsmeier/Mächtle*, NZKart 2015, 258, 262, die vorliegend allerdings eine vergleichsweise zurückhaltendere Haltung einnehmen.

¹¹⁴⁴ EuGH, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 19 f. – *Remia*; EuGH, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn. 89 – *Master-Card*; siehe auch *Horizontalletlinien*, Rn. 34.

¹¹⁴⁵ *Walzel/Monz*, CB 2024, 56, 60.

sowohl im Hinblick von Unternehmen untereinander als auch mit Forschungszentren, Universitäten und Hochschulen, hinaus. Spezifisch aus einer kartellrechtlichen Optik, bei der auch Art. 179 Abs. 2 AEUV ausdrücklich Berücksichtigung findet,¹¹⁴⁶ können durch die Zusammenarbeit im Bereich Forschung und Entwicklung¹¹⁴⁷ *erhebliche Effizienzgewinne* erzielt werden, sofern die beteiligten Unternehmen *komplementäre Fähigkeiten oder Vermögenswerte* zusammulegen.¹¹⁴⁸ Darüber hinaus können Abwerbeverbote auch im Rahmen der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) im Rahmen eines gemeinsamen Bauprojekt im Einzelfall als erforderlich angesehen werden.¹¹⁴⁹ ARGE werden regelmässig bei grösseren Projekten gebildet, die ein Unternehmen nicht alleine realisieren kann. Damit geht eine enge Zusammenarbeit der Mitarbeiter der beteiligten Unternehmen einher, womit auch die Gefahr der gegenseitigen Abwerbung verbunden ist. Aus Sicht der beteiligten Unternehmen ist es nachvollziehbar, sich vor dieser Gefahr durch die Vereinbarung von Einstellungsabreden zu schützen. Auch wenn es bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts grundsätzlich nicht auf die subjektive Sicht der beteiligten Unternehmen ankommt, kann der Schutz der eigenen Mitarbeiter vor Abwerbung auch aus einer objektiven Perspektive so stark sein, dass eine Einstellungsabrede als notwendig angesehen werden kann. Schliesslich ist die Qualifizierung eines Abwerbeverbots als zulässige Nebenabrede etwa auch bei gewissen Formen von Subunternehmerverhältnissen denkbar, in denen aufgrund einer besonderen Nähebeziehung des Arbeitnehmers zum Vertragspartner eine Abwerbung dazu führen könnte, dass der Subunternehmer seine Vertragspflichten nicht mehr erbringen kann.¹¹⁵⁰ Auch wenn das deutsche Recht für die Auslegung europäischen Rechts nicht massgeblich ist, könnte vorliegend der Gedanke des BGH herangezogen werden, wonach Abwerbeverbote im Sinne einer Nebenbestimmung als zulässig erachtet werden, um einem besonderen Vertrauensverhältnis der Parteien oder einer besonderen Schutzbedürftigkeit einer der beiden vertragschliessenden Seiten Rechnung zu tragen.¹¹⁵¹

Vor dem Hintergrund der bis anhin fehlenden Entscheidpraxis, empfiehlt sich aus Sicht der betroffenen Unternehmen im Hinblick auf die Frage eines (zulässigen) Abwerbeverbots im Rahmen der gemeinsamen Projektarbeit gegenwärtig

¹¹⁴⁶ So etwa Erwägungsgrund 2 der FuE-GVO.

¹¹⁴⁷ Vgl. zur Definition des Begriffs im vorliegenden Kontext Art. 1 Abs. 1 Nr. 3 FuE-GVO.

¹¹⁴⁸ Vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 37.

¹¹⁴⁹ Walzel/Monz, CB 2024, 56, 59.

¹¹⁵⁰ Vgl. zum deutschen Recht Ott, ZWeR 2022, 200, 208 mit Verweis auf BGH, Ents. v. 12. 5. 1998 – KZR 18–97, Rn. 18 f. und BGH, Ents. v. 10. 12. 2008 – 2 KZR 54/08, Rn. 14 ff.

¹¹⁵¹ BGH, Ents. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442, 3444.

tig noch ein zurückhaltender Ansatz.¹¹⁵² Wird ein Abwerbverbot im konkreten Fall nicht als notwendige Nebenabrede angesehen, stellt ein solches, wie bereits dargelegt, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, die voraussichtlich nicht i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden kann.¹¹⁵³ Damit geht das bereits dargelegte Risiko einer empfindlichen Sanktion¹¹⁵⁴ sowie darüber hinaus von zivilrechtlichen Schadensersatzforderungen der betroffenen Mitarbeiter einher.¹¹⁵⁵

iii) Freistellung von Einstellungs- und Abwerbverbote als Nebenabrede

Liegen die Voraussetzungen einer notwendigen Nebenabrede nicht vor und ist somit der Tatbestand einer (bezweckten) Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV gegeben, besteht noch die Möglichkeit der ökonomischen Rechtfertigung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die europäischen GVO beinhalten keine Bestimmungen zu Abwerbverboten. Ausdrückliche Regelungen zu Wettbewerbsverboten¹¹⁵⁶, deren kartellrechtliche Beurteilung grundsätzlich auf Abwerbverbote übertragen werden können,¹¹⁵⁷ finden sich in Art. 5 Vertikal-GVO. Aufgrund ihrer Fokussierung auf den Produktabsatz lassen sich die dortigen ökonomischen und gesetzgeberischen Beweggründe nicht auf Abwerbverbote übertragen.¹¹⁵⁸ Art. 1 Abs. 1 Bst. f Vertikal-GVO versteht unter dem Begriff des Wettbewerbsverbots insbesondere eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die den Abnehmer veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzukaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Art. 5 Abs. 1 Bst. a Vertikal-GVO stellt Wettbewerbsverbote im vorbezeichnenden Sinne für eine Dauer von bis zu fünf Jahren frei.¹¹⁵⁹ Mit der Ermöglichung der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten soll insbesondere der Trittbrettfahrer-Problematik (*«free-rider-problem»*, *«problème du parasi-*

¹¹⁵² Walzel/Monz, CB 2024, 56, 60.

¹¹⁵³ Siehe [Teil 2 E. VI. 2.](#)

¹¹⁵⁴ Siehe zu den verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen des europäischen Kartellrechts [Teil 3 D. II. 1.](#)

¹¹⁵⁵ Siehe zu den kartellzivilrechtlichen Rechtsfolgen des europäischen Kartellrechts [Teil 3 D. II. 2.](#)

¹¹⁵⁶ Zum Begriff des Wettbewerbsverbots i.S.d. Vertikal-GVO, vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. f Vertikal-GVO.

¹¹⁵⁷ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 26.

¹¹⁵⁸ So ebenfalls Alexander, ZWeR 2016, 16, 31.

¹¹⁵⁹ Siehe auch Erwägungsgrund 16 Vertikal-GVO.

tisme») ¹¹⁶⁰ begegnet werden. ¹¹⁶¹ Die Trittbrettfahrer-Problematik spielt bei Abwerbverboten allerdings keine Rolle.

Auch die TT-GVO stellt unter gewissen Bedingungen Wettbewerbsverbote zu Lasten des Lizenznehmers im Sinne des Verbots der Verwendung von Technologien Dritter, die mit der lizenzierten Technologie im Wettbewerb stehen, frei. ¹¹⁶² Solche Lizenzverbote dienen dem Schutz von Know-how bzw. des Schutzes von Investitionsanreizen des Lizenzgebers bzw. des Lizenznehmers. ¹¹⁶³ Zugleich räumt die *EU-Kommission* ein, dass das angestrebte Ziel in vielen Fällen mit milderem Mitteln, wie etwa Mindestproduktionsvorgaben oder Mindestlizenzgebühren erreicht werden kann. ¹¹⁶⁴ Grundsätzlich liesse sich auf Abwerbverbote sowohl das Ziel des Schutzes von Know-how als auch jenes der Investitionen des Lizenzgebers bzw. im vorliegenden Kontext des Arbeitgebers übertragen. Wie zuvor bereits festgestellt, dürften sich diese Ziele jedoch durch mildere Mittel, wie etwa Geheimhaltungs- oder Ausbildungsvereinbarungen im Sinne der Rückzahlung von Ausbildungskosten ¹¹⁶⁵ erreichen lassen.

Darüber hinaus lässt auch die FuE-GVO gewisse Wettbewerbsverbote zu. Während der laufenden gemeinsamen Forschung sind einerseits solche im Bereich, auf den sich die Zusammenarbeit bezieht gemäss Art. 8 Bst. a FuE-GVO zulässig. Andererseits werden Wettbewerbsverbote, die im Rahmen der gemeinsamen Verwertung der Ergebnisse der gemeinsamen Forschung vereinbart werden, legalisiert. ¹¹⁶⁶ Konkret sind gemäss Art. 2 i.V.m. Art. 8 Bst. b Ziff. iv FuE-GVO Wettbewerbsverbote während des Zeitraums, für den die Parteien die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse vereinbart haben, mit den Vertragsprodukten oder Vertragstechnologien im Wettbewerb stehende Produkte, Technologien oder Verfahren zu produzieren, zu verkaufen, zu übertragen oder Lizenzen dafür zu erteilen, zulässig. Hierunter müssen sich auch Einstellungsabreden subsumieren lassen. Soweit ersichtlich existiert

¹¹⁶⁰ Unter dem Begriff des «Trittbrettfahrens» versteht man in den Sozialwissenschaften das Phänomen, dass ein Wirtschaftssubjekt den Nutzen eines Gutes ohne Gegenleistung erlangen kann, vgl. *Krebs/Becker*, Lexikon des Wettbewerbsrechts, Begriff «Trittbrettfahrer-Problematik».

¹¹⁶¹ Vgl. hierzu Vertikalleitlinien, Rn. 16 b).

¹¹⁶² Wettbewerbsverbote werden von Art. 4 Abs. 1 Bst. d) bzw. Art. 5 Abs. 2 TT-GVO nicht erfasst und sind somit im Rahmen der Marktanteilsschwellen nach Art. 3 TT-GVO zulässig. Siehe hierzu ausführlich TT-Leitlinien, Rn. 226 ff.

¹¹⁶³ TT-Leitlinien, Rn. 231.

¹¹⁶⁴ Vgl. TT-Leitlinien, Rn. 231.

¹¹⁶⁵ *Heinemann*, WuW 2020, 371, 377; *Ott*, ZWeR 2022, 200, 206.

¹¹⁶⁶ Vgl. auch Horizontalleitlinien, Rn. 108.

hierzu kein entsprechender Entscheid der *EU-Kommission* oder der europäischen Gerichte, was vor dem Hintergrund des Regelungsmechanismus der GVO, wonach die auf einer Selbsteinschätzung der Unternehmen beruhen,¹¹⁶⁷ auch nicht verwunderlich ist. Demnach dürften sich die Regelungen hinsichtlich zulässiger Wettbewerbsverbote im Rahmen von FuE-Kooperationen auf Abwerbeverbote übertragen lassen, für die gemäss der ausdrücklichen Verlautbarung der *EU-Kommission* die gleichen Regeln Geltung beanspruchen sollen wie für Wettbewerbsverbote.¹¹⁶⁸ Neben einer allfälligen Freistellung im Rahmen der FuE-GVO besteht schliesslich die Möglichkeit einer Einzelfreistellung i.S. Art. 101 Abs. 3 AEUV. Unternehmen, welche Einstellungs- und Abwerbeverbote schliessen, begründen dies neben dem Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen vor allem damit, dass häufige Personalwechsel Kosten generieren und Ausbildungsinvestitionen entwerten.¹¹⁶⁹ Zudem soll durch solche Vereinbarungen der Verlust von Know-how verhindert werden, was insbesondere in Zeiten des Fachkräftemangels von Bedeutung ist. Selbst wenn man diese Argumente als ökonomische Rechtfertigungsgründe i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV ansehen würde, dürfte es vorliegend an der *Notwendigkeit* der Vereinbarung von Einstellungs- und Abwerbeverbote zur Erreichung dieser Ziele fehlen.¹¹⁷⁰ Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung kann – unabhängig vom Grad der jeweiligen Effizienzgewinne – nur dann als notwendig i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen werden, wenn keine andere wirtschaftlich machbare und weniger wettbewerbsbeschränkende Möglichkeit existiert, die angestrebten Effizienzgewinne zu erzielen.¹¹⁷¹ An der *Notwendigkeit* dürfte es somit regelmässig bei Einstellungs- und Abwerbeverböten – die nicht als notwendige Nebenabreden gelten und somit eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen – fehlen.¹¹⁷² So ist der angestrebte Schutz der hier skizzierten Nachteile regelmässig durch arbeitsvertragliche Abmachungen möglich, wie etwa im Allgemeinen durch die Verbesserung der Arbeitskonditionen eines jeden einzelnen Arbeitnehmers¹¹⁷³ oder im Speziellen durch die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen oder die Rückzahlung von Ausbildungskosten.¹¹⁷⁴ Der Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen lässt sich durch ein

¹¹⁶⁷ Siehe hierzu ausdrücklich [Teil 2 E. VI. 5. b\).](#)

¹¹⁶⁸ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 26.

¹¹⁶⁹ Heinemann, WuW 2020, 371, 377; siehe auch Ott, ZWeR 2022, 200, 205.

¹¹⁷⁰ Heinemann, WuW 2020, 371, 377; Glöckner, JuS 2018, 1130, 1137; Alexander, ZWeR 2016, 16, 32.

¹¹⁷¹ Vgl. hierzu ausführlich Allgemeine Leitlinien zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 75.

¹¹⁷² Vgl. hierzu auch Ott, ZWeR 2022, 200, 205; Alexander, ZWeR 2016, 16, 32.

¹¹⁷³ Ott, ZWeR 2022, 200, 205 f.

¹¹⁷⁴ Heinemann, WuW 2020, 371, 377; Ott, ZWeR 2022, 200, 206.

nachvertragliches Konkurrenzverbot sowie zumindest in der Schweiz durch die (strafrechtlichen) Bestimmungen des UWG bzw. StGB sicherstellen.¹¹⁷⁵ Weitergehende Nachteile sind für die Unternehmen hinzunehmen, da ein marktwirtschaftliches System stets Autonomie und Veränderung voraussetzt und schliesslich der beruflichen Selbstbestimmung im Recht der EU¹¹⁷⁶ sowie jenen der Mitgliedstaaten¹¹⁷⁷ ein hoher Stellenwert innewohnt.¹¹⁷⁸ Dies zeigt auch Art. 1 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, der ausdrücklich festhält, dass keine ihrer Bestimmungen so ausgelegt werden darf, dass sie eine Grundlage für die Beschränkung der Mobilität der Arbeitnehmer bildet.¹¹⁷⁹

b) Schweiz

Die vorstehenden Ausführungen zum EU-Recht sind grundsätzlich *tel quel* auf das Schweizer Recht übertragbar. Dies betrifft sowohl alleinstehende Einstellungs- und Abwerbeverbote als auch solche, im Sinne einer notwendigen Nebenabrede einer ansonsten kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit, da die Schweizer Wettbewerbsbehörden sich in beiden Konstellationen, soweit ersichtlich, vollumfänglich an das europäische Recht anlehnen. Wie bereits ausgeführt, lehnt sich das Schweizer Recht sowohl beim Tatbestand einer Wettbewerbsabrede¹¹⁸⁰ als auch bei deren Rechtfertigung aus Gründen der ökonomischen Effizienz¹¹⁸¹ soweit möglich *mutatis mutandis* an das europäische Kartellrecht an.

Einzig in Bezug auf ein vertikales Abwerbe- und Einstellungsverbot könnte es einen Unterschied zum EU-Recht geben, sofern man die vorliegend vertretene Ansicht nicht teilt, wonach Einstellungs- und Abwerbeverbote den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt beschränken und es somit nicht darauf ankommt, ob die beteiligten Unternehmen auf nachgelagerten

¹¹⁷⁵ Vgl. hierzu ausführlich [Teil 2 C. II. 2.](#)

¹¹⁷⁶ Vgl. etwa die Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.d. Art. 45 AEUV.

¹¹⁷⁷ Vgl. etwa für Deutschland Art. 12 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz.

¹¹⁷⁸ Heinemann, WuW 2020, 371, 377; Ott, ZWeR 2022, 200, 206.

¹¹⁷⁹ Art. 1 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-Richtlinie hält weiter fest, dass sie insbesondere keinen Grund für die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis im Sinne ihres Art. 2 Nr. 1 darstellen, durch die Arbeitnehmer (Bst. a); die Beschränkung der Nutzung von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben (Bst. b) und die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen, sofern diese nicht aufgrund des Rechts der Union oder der Mitgliedsstaaten auferlegt werden (Bst. c).

¹¹⁸⁰ Siehe hierzu [Teil 2 F. VIII. 1.](#)

¹¹⁸¹ Siehe hierzu [Teil 2 F. VIII. 4.](#)

Marktstufen miteinander im Wettbewerb stehen.¹¹⁸² Entsprechende Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen unterlägen in diesem Fall nicht dem Vermutungstatbestand i.S.d. Art. 5 Abs. 4 KG. Somit wären Einstellungsabreden nicht als grundsätzlich erheblich i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG anzusehen.¹¹⁸³ Ihre Erheblichkeit müsste folglich im Einzelfall anhand qualitativer und quantitativer Elemente vorgenommen werden. Zudem wären Einstellungsabreden in diesem Fall nicht direkt sanktionierbar nach Art. 49a Abs. 1 KG. Sie wären erst bei einem Verstoß gegen einen rechtskräftigen Entscheid der WEKO oder eines Gerichts nach Art. 50 KG, mithin im Wiederholungsfall, sanktionierbar.

C. Gemeinschaftsunternehmen

I. Begriff

1. Einleitende Bemerkungen

Übernehmen zwei oder mehr Unternehmen die gemeinsame Kontrolle über ein anderes bestehendes oder neu gegründetes Unternehmen, spricht man in beiden untersuchten Jurisdiktionen von einem Gemeinschaftsunternehmen (auch «*joint ventures*» genannt).¹¹⁸⁴ Gemeinschaftsunternehmen haben in der Praxis eine herausragende Bedeutung.¹¹⁸⁵ So betrifft nahezu die Hälfte der Verfahren nach der FKVO die Gründung von Vollfunktionsunternehmen.¹¹⁸⁶ Für die Schweizer Praxis gilt ein ähnlicher Befund.¹¹⁸⁷ Dabei wird zwischen Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen (auch «konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen» genannt)¹¹⁸⁸ und Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen (auch «kooperative Gemeinschaftsunternehmen» genannt)¹¹⁸⁹ unterschieden.

¹¹⁸² Vgl. [Teil 2 E. V. 2](#).

¹¹⁸³ BGE 143 II 297 E. 5.6 – *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 4.3.1 – *BMW*.

¹¹⁸⁴ Für das Schweizer Recht vgl. Art. 2 VKU; für das europäische Recht vgl. Art. 2 Abs. 4 FKVO.

¹¹⁸⁵ *Thomas*, ZWeR 2005, 236, 237.

¹¹⁸⁶ *Körper* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 3 FKVO Rn. 120; *Böni/Wassmer*, WuW 2014, 681.

¹¹⁸⁷ *Böni/Wassmer*, WuW 2014, 681; so bereits *Ruchin*, *Joint Ventures: Neue Einordnungskonzeption im schweizerischen Wettbewerbsrecht*, S. 1.

¹¹⁸⁸ Ein «Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen» liegt bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vor, welches auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO.

¹¹⁸⁹ Sine die Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 4 FKVO nicht gegeben, liegt ein «Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen» vor. Mithin erfüllt das Gemeinschaftsunternehmen nicht auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit.

Während mit ersteren regelmässig eine Änderung der Marktstruktur einher geht,¹¹⁹⁰ wohnt letzteren die Gefahr der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsunternehmen ohne Marktstrukturänderung inne.¹¹⁹¹

Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen (bzw. im Schweizer Recht «Vollfunktionsunternehmen» genannt)¹¹⁹² unterliegen sowohl im europäischen als auch im schweizerischen Recht in erster Linie der Zusammenschlusskontrolle. Erfüllt ein durch mehrere Muttergesellschaften gemeinsam kontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit, liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor.¹¹⁹³ Wohnen der Gründung eines Vollfunktionsunternehmens neben diesen konzentrativen Aspekten zusätzlich auch kooperativen Aspekte in Form der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der unabhängig bleibenden Muttergesellschaften inne (sog. *Spill-Over-Effekte*),¹¹⁹⁴ bleibt Art. 101 AEUV insoweit anwendbar, als dieser Vorgang eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den unabhängig bleibenden Muttergesellschaften zur Folge hat.¹¹⁹⁵ Man spricht in diesen Fällen von einer sog. Doppelkontrolle.¹¹⁹⁶ Solche Wirkungen werden im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens geprüft. Damit geht der praktische Vorteil einher, dass die beteiligten Unternehmen durch den Freigabebeschluss relativ rasch Rechtssicherheit erhalten.¹¹⁹⁷ Allerdings scheint die praktische Bedeutung solcher *Spill-Over-Effekte* gering. Im europäischen Recht wurde von der Einführung der FKVO im Jahr 2004 bis zumindest 2017 kein einziger Zusammenschluss vor dem Hintergrund solcher Koordinierungswirkungen untersagt.¹¹⁹⁸

Die im Rahmen eines Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmens stattfindende Koordinierung der Muttergesellschaften unterliegt nicht den Regeln der Zusammenschlusskontrolle, sondern diese wird ausschliesslich anhand

¹¹⁹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 20 FKVO.

¹¹⁹¹ Süslü in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 154; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 967.

¹¹⁹² Siehe etwa WEKO, RPW 2011/3, 423 Rn. 88 ff. – *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*; Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 971.

¹¹⁹³ Vgl. Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 1 Bst. d FKVO für das europäische Recht und Art. 2 Abs. 1 VKU für das Schweizer Recht.

¹¹⁹⁴ Körber in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 2 FKVO Rn. 608; siehe ausführlich Bien, NZKart 2014, 247.

¹¹⁹⁵ Vgl. für das europäische Recht Art. 2 Abs. 4, Art. 21 Abs. 1 und Erwägungsgrund 27 FKVO

¹¹⁹⁶ Zäch/Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 983; siehe zum europäischen Recht ausführlich Bien, NZKart 2014, 214.

¹¹⁹⁷ Körber in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 2 FKVO Rn. 609, 650.

¹¹⁹⁸ Körber in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 2 FKVO Rn. 610.

der Regeln betreffend Wettbewerbsabreden und Missbrauchsverbot beurteilt.¹¹⁹⁹

Vollfunktionsunternehmen sind aus kartellrechtlicher Perspektive ambivalent. Einerseits stehen sie unter der Kontrolle der Muttergesellschaften, andererseits stellen sie definitionsgemäss eine selbständige wirtschaftliche Einheit dar.¹²⁰⁰ Somit stellt sich die Frage nach ihrer Unternehmenseigenschaft im kartellrechtlichen Sinne. Je nachdem, ob sie als eigenständiges Unternehmen angesehen werden oder als Teil der Konzernstruktur einer oder mehrerer Muttergesellschaften betrachtet werden, hat dies eine Vielzahl von praktischen Auswirkungen für die Betroffenen, die zuvor bereits im Detail erläutert wurden. Im Vordergrund stehen hier insbesondere die Haftung für einen Kartellrechtsverstoss des Gemeinschaftsunternehmens sowie die Frage der Anwendbarkeit des Konzernprivilegs im Vordergrund.

Aus Sicht der betroffenen Unternehmen ist es zumindest aus kartellrechtlicher Perspektive regelmässig ratsam, ihr Vorhaben im Zuge eines Vollfunktionsunternehmens zu verwirklichen, um in den Genuss der grosszügigeren Kriterien der Zusammenschlusskontrolle zu gelangen.¹²⁰¹ Schliesslich werden Vollfunktionsunternehmen bei einem begrenzten Marktanteil der beteiligten Unternehmen von bis zu 25 % regelmässig als unproblematisch erachtet.¹²⁰²

2. Gemeinschaftsunternehmen im EU-Recht

a) Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen

i) Gemeinsame Kontrolle

Auch wenn die FKVO den Begriff der «gemeinsamen Kontrolle» nicht verwendet, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut «Gemeinschaftsunternehmen» sowie dem ergänzenden Sekundärrecht, dass die «gemeinsame Kontrolle» eines der wesentlichen Merkmale eines (Vollfunktions-)Gemeinschaftsunternehmens ist. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, in einem anderen Un-

¹¹⁹⁹ Für das europäische Recht, vgl. Art. 21 Abs. 1 FKVO; für das schweizerische Recht, vgl. Botschaft KG 1995, 551.

¹²⁰⁰ Gemäss dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 FKVO sowie Art. 2 Abs. 1 VKU liegt ein Gemeinschaftsunternehmen vor, wenn es «auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt».

¹²⁰¹ So auch erstaunlich offen die Botschaft zum geltenden KG, vgl. Botschaft KG 1995, 551.

¹²⁰² Vgl. Erwägungsgrund 32 FKVO.

ternehmen bestimmenden Einfluss auszuüben.¹²⁰³ Dabei reicht für die Annahme eines «bestimmenden Einflusses», regelmässig bereits die Möglichkeit zur Blockierung strategischer Entscheidungen bzw. die Möglichkeit von «*Pattsituationen*» aus.¹²⁰⁴ Eine gemeinsame Kontrolle liegt folglich dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, einen Konsens erzielen müssen, wobei es unerheblich ist, ob diese rechtlich oder faktisch begründet ist.¹²⁰⁵ Somit genügen bereits Vetorechte in Bezug auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen, sofern sie über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber zu schützen.¹²⁰⁶ Konkret geht es hierbei regelmässig etwa um Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung, wobei ein Vetorecht im Hinblick auf einzelne oder sogar ein einzelnes dieser Elemente bereits ausreichend sein kann.¹²⁰⁷

Allerdings kann es auch Konstellationen geben, in denen ohne besondere Vetorechte zwei oder mehrere Unternehmen mittels des Erwerbes einer Minderheitsbeteiligung eine gemeinsame Kontrolle erlangen, sofern sie gemeinsam eine Stimmenmehrheit innehaben und bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln.¹²⁰⁸ In rechtlicher Hinsicht lässt sich eine solche Form der gemeinsamen Kontrolle etwa durch eine gemeinsam kontrollierte Holdingsgesellschaft verwirklichen, der die Rechte der Minderheitsgesellschafter übertragen werden, oder durch eine Vereinbarung, in der gleichen Weise zu handeln (sog. «*Pooling-Vereinbarung*»)¹²⁰⁹. Schliesslich kann in Ausnahmefällen die Möglichkeit eines gemeinsamen Handelns auch lediglich tatsächlich bestehen und zwar wenn Anreize bestehen, nicht gegeneinander zu handeln.¹²¹⁰ Eine Vermutung der gemeinsamen Kontrolle gestützt auf gewisse Anteilsverhältnisse, wie dies in Fällen gilt, in denen eine Muttergesellschaft 100 %¹²¹¹ oder

¹²⁰³ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 62.

¹²⁰⁴ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 62 ff.

¹²⁰⁵ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 63 ff.

¹²⁰⁶ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 65 f.

¹²⁰⁷ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 67 ff.

¹²⁰⁸ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 74.

¹²⁰⁹ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 75.

¹²¹⁰ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 76.

¹²¹¹ EuGH, ECLI:EU:C:2000:630, Rn. 29 – *Stora Kopparbergs Bergslags*; EuGH, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 – *Akzo Nobel*.

nahezu 100 %¹²¹² des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, existiert im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen nicht.¹²¹³

Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass – im Gegensatz zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit in «klassischen» Konzernkonstellationen – bereits die «Möglichkeit» der Einflussnahme bzw. die «blosse Existenz der Vetorechte» ausreicht und eine tatsächliche Ausübung nicht erforderlich ist, wie sich bereits aus dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 FKVO ergibt.¹²¹⁴

ii) selbstständige wirtschaftliche Einheit

Gemäss Art. 3 Abs. 4 FKVO liegt im europäischen Recht die Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens vor, wenn dieses auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Das Gemeinschaftsunternehmen muss demnach als eigenständiges «Unternehmen» auf einem Markt tätig sein, wofür es neben einem Management für das Tagesgeschäft auch ausreichende finanzielle und personelle Mittel aufweisen muss, um dauerhaft seine Geschäftstätigkeit betreiben zu können.¹²¹⁵ Die personellen Mittel können dabei grundsätzlich auch im Rahmen von Betriebsvereinbarungen oder via einer Zeitarbeitsagentur bereitgestellt werden.¹²¹⁶ Die Muttergesellschaften dürfen das Personal allerdings nur während der Anlaufphase zur Verfügung stellen oder in denjenigen Fällen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen zu den Mutterunternehmen ähnliche Beziehungen zu marktüblichen Bedingungen wie zu Dritten unterhält und es dem Gemeinschaftsunternehmen schliesslich möglich ist, eigenes Personal einzustellen oder Personal über Dritte zu erhalten.¹²¹⁷

iii) auf Dauer angelegte Tätigkeit

Die selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit muss *auf Dauer* angelegt sein. Die *EU-Kommission* sieht die Übertragung der zuvor skizzierten Ressourcen re-

¹²¹² EuGH, ECLI:EU:C:2016:446, Rn. 28 f. – *Evonik Degussa und AlzChem/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:2017:52, Rn. 147 ff. – *Villeroy & Boch AG*;

¹²¹³ *Ahrens*, EuZW 2013, 899, 901; *Schmassmann*, SZK 2022,15, 20.

¹²¹⁴ Siehe hierzu auch Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 67; ausführlich auch *Bosch*, NZ-Kart 2024, 351. Allgemein genügt im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle die Möglichkeit der Kontrollausübung, vgl. Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 16; *Wessely/Wegner* in: *MüKo Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, Art. 3 FKVO Rn. 22 ff.; *Schröter/Voet van Vormizeele* in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Art. 3 FKVO Rn. 23.

¹²¹⁵ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 94.

¹²¹⁶ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 94.

¹²¹⁷ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 94.

gelmässig als einen entsprechenden Nachweis an.¹²¹⁸ Allerdings bedeutet die Annahme einer auf Dauer angelegten Tätigkeit nicht, dass die Zusammenarbeit im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens auf unbestimmte Zeit festgelegt ist.¹²¹⁹ Neben der für die vorliegende Einstufung grundsätzlich unschädlichen Vereinbarung von Auflösungsbestimmungen können auch befristete Gemeinschaftsunternehmen als auf Dauer angelegt gelten. Dies ist insbesondere der Fall, sofern diese Frist für eine dauerhafte Strukturveränderung der Unternehmen genügt.¹²²⁰ So vertrat die EU-Kommission etwa in ihrem Entscheid *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien* die Auffassung, dass eine Dauer von 10-15 Jahren ausreichend ist, während eine Frist von drei Jahren als zu kurz angesehen wurde.¹²²¹

Im Rahmen des Entscheids *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV* wurde etwa ein Zeitraum von zwölf Jahren mit dreimaliger Verlängerungsmöglichkeit um jeweils ein Jahr als ausreichend angesehen.¹²²² Wird hingegen eine Gemeinschaftsunternehmen nur für einen kurzen begrenzten Zeitraum gegründet, wie etwa für den Bau eines Kraftwerks (ohne anschließenden Betrieb), ist keine Dauerhaftigkeit im vorliegenden Sinne gegeben.¹²²³

b) Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen

Beschränkt sich die Tätigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens nur auf eine oder mehrere bestimmte Hilfsfunktionen in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften und weist daher keine eigene Marktpräsenz auf, womit auch die fehlende selbstständige Lebensfähigkeit am Markt einhergeht, handelt es sich nicht um ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.¹²²⁴ Gleiches gilt für nicht auf Dauer angelegte Gemeinschaftsunternehmen. In diesen Fällen sind nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens erfüllt, sodass ein solches nicht vorliegt. Man spricht in diesen Fällen daher von einem Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.¹²²⁵ In der Praxis sind hier insbesondere Fälle von Gemeinschafts-

¹²¹⁸ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 103.

¹²¹⁹ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 103.

¹²²⁰ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 103.

¹²²¹ Vgl. EU-Kommission, Ents. v. 15.7.2005, COMP/M.3858, Rn. 9 – *Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien* (der Entscheid wurde nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

¹²²² EU-Kommission, ABL. L 300 v. 18.11.2003, S. 62 Rn. 12 – *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*.

¹²²³ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 104.

¹²²⁴ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 95.

¹²²⁵ Siehe etwa Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 109.

unternehmen von Bedeutung, die sich auf Forschung und Entwicklung, Produktionstätigkeiten sowie dem Vertrieb der Waren und Dienstleistungen der Muttergesellschaften konzentrieren.¹²²⁶ Bei der Frage nach der Vollfunktion des Gemeinschaftsunternehmens ist allerdings zumindest insofern eine dynamische Betrachtung vorzunehmen, als dass die Vollfunktion auch erst nach einer gewissen Anlaufphase erreicht werden kann und zugleich bereits das Vorliegen eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens angenommen werden darf.¹²²⁷

c) *Wirtschaftliche Einheit zwischen Gemeinschaftsunternehmen und den Muttergesellschaften*

Der EuGH hat i.S. *EI du Pont de Nemours* entschieden, dass zwei Muttergesellschaften, die je zu 50 % an einem Vollfunktionsunternehmen beteiligt sind, für dessen Kartellrechtsverstoss haften. Sie bilden «*uniquement aux fins de la constatation de la responsabilité pour la participation à l'infraction*»¹²²⁸ eine wirtschaftliche Einheit.¹²²⁹ Dafür muss allerdings nachgewiesen werden, dass die Muttergesellschaften «*l'exercice effectif de l'influence*» auf das Vollfunktionsunternehmen ausgeübt haben.¹²³⁰ Auch wenn ein Vollfunktionsunternehmen und seine Muttergesellschaften auf einem bestimmten Markt somit als Teil der selben wirtschaftlichen Einheit angesehen werden kann, sind letztere auf anderen Märkte regelmässig unabhängig und somit nicht Teil der gleichen wirtschaftlichen Einheit.¹²³¹

Trotz der ausdrücklichen Beschränkung der Ausführungen des EuGH auf die Frage der Haftung der Muttergesellschaften für einen Verstoss des Vollfunktionsunternehmens leitet die EU-Kommission aus dieser Rechtsprechung konsequenterweise ein auf die betroffenen Märkte beschränktes Konzernprivileg ab.¹²³² So sei Art. 101 AEUV grundsätzlich nicht auf Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Muttergesellschaften und ihrem Vollfunktionsunternehmen anzuwenden, soweit Verhaltensweisen auf dem bzw. den relevanten Märkten, auf denen das Vollfunktionsunternehmen tätig ist, betroffen sind und diese zu Zeiten stattfanden, in den die Muttergesellschaf-

¹²²⁶ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 95.

¹²²⁷ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 97.

¹²²⁸ Der Entscheid des EuGH ist ausnahmsweise nicht auf Deutsch verfügbar.

¹²²⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2013:601, Rn. 47 – *EI du Pont de Nemours*; siehe auch EuGH, ECLI:EU:C:2017:679, Rn. 71 ff. – *LG Electronics*.

¹²³⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2013:601, Rn. 47 – *EI du Pont de Nemours*.

¹²³¹ EuGH, ECLI:EU:C:2017:679, Rn. 71 ff. – *LG Electronics*; vgl. auch Horizontalleitlinien, Rn. 13.

¹²³² Horizontalleitlinien, Rn. 12.

ten bestimmenden Einfluss auf das Vollfunktionsunternehmen ausüben.¹²³³ Hingegen findet Art. 101 AEUV regelmässig auf darüberhinausgehende Abstimmungen zwischen den Muttergesellschaften und dem Vollfunktionsunternehmen Anwendung.¹²³⁴

3. Gemeinschaftsunternehmen im Schweizer Recht

a) Vollfunktionsunternehmen

Das Schweizer Recht lehnt sich auch im Bereich der Zusammenschlusskontrolle im Allgemeinen sowie bei Gemeinschaftsunternehmen im Speziellen an das europäische Recht an. So hält Art. 2 Abs. 1 VKU fest, dass ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt. Voraussetzung ist, dass dieses Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Dabei entspricht der Konkretisierungsgrad des Schweizer Rechts grundsätzlich jenem der EU.¹²³⁵ Allerdings gibt es zwei kleine Abweichungen zum EU-Recht. Erstens besteht ein Unterschied für Fälle, in denen die gemeinsame Kontrolle über ein bestehendes Gemeinschaftsunternehmen erlangt wird. Während die *EU-Kommission* die Vollfunktion nur bei Gründung des Gemeinschaftsunternehmens untersucht,¹²³⁶ prüft die *WEKO* diese auch bei der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle bei einem bereits bestehenden Gemeinschaftsunternehmen.¹²³⁷ Die *EU-Kommission* sieht hingegen in diesem Fall stets eine Marktstrukturveränderung als gegeben an, unabhängig davon, ob das Gemeinschaftsunternehmen nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Vollfunktionsunternehmen tätig ist.¹²³⁸ Zweitens schreibt Art. 2 Abs. 2 VKU vor, dass im Schweizer Recht ein Gemeinschaftsunternehmen nur vorliegt, wenn Geschäftstätigkeiten eines Mutterunternehmens in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen. Diese Voraussetzung ist dem europäischen Recht fremd.¹²³⁹ Dabei ist dieses Tatbestands-

¹²³³ Horizontalleitlinien, Rn. 12.

¹²³⁴ Vgl. hierzu auch Horizontalleitlinien, Rn. 12.

¹²³⁵ *Süslü* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 242.

¹²³⁶ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 92.

¹²³⁷ Vgl. ausführlich *Süslü* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 191 ff.; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 975.

¹²³⁸ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 91; *Zäch/Heizmann*, Schweizerisches Kartellrecht, Rn. 975.

¹²³⁹ *Süslü* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 242; *Jacobs/Giger* in: SIWR V/2, E. Rn. 71.

merkmal nach der ständigen Rechtspraxis weit auszulegen, sodass zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how genügt.¹²⁴⁰ Im Finanzsektor hat die WEKO sogar eine Ausnahme in der Form eingeführt, dass dort bereits finanzielle Mittel als Einbringung der Geschäftstätigkeit gelten können.¹²⁴¹ Aufgrund dieser weiten Auslegung ist dieses *Swiss Finish* für die Praxis von keiner grossen Bedeutung.¹²⁴²

Gemeinschaftsunternehmen dürfen vor dem Hintergrund der Kontrolle durch die Muttergesellschaften somit – analog zu einer Konzerntochter – regelmässig keine eigene Geschäftsstrategie verfolgen bzw. ihr Vorgehen auf dem Markt nicht autonom bestimmen, sodass sie regelmässig über keine wirtschaftliche Selbstständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG verfügen.¹²⁴³ Gemäss der Auffassung der WEKO steht dem auch der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 VKU nicht entgegen, wonach ein Vollfunktionsunternehmen nur vorliegen kann, wenn es alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit zu erfüllen hat.¹²⁴⁴ Dieses Erfordernis bedeute nicht, dass ein Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen müsse.¹²⁴⁵ Es genüge vielmehr, dass das Gemeinschaftsunternehmen in operativer bzw. funktionaler Hinsicht selbstständig sei. So sei die Entscheidungsfindung durch die Muttergesellschaften auf strategischer Ebene gerade Voraussetzung für das Vorliegen einer gemeinsamen Kontrolle.¹²⁴⁶

¹²⁴⁰ WEKO, RPW 2020/2, 658 Rn. 158 – SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

¹²⁴¹ WEKO, RPW 2008/1, 124 Rn. 17 – *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*; WEKO, RPW 2017/2, 277 Rn. 6 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht eines französischen Gemeinschaftsunternehmens*.

¹²⁴² *Jacobs/Giger* in: SIWR V/2, E. Rn. 71; *Süslü* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 243 ff.

¹²⁴³ WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 9 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; *Süslü* in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 Rn. 26.

¹²⁴⁴ WEKO, RPW 2012/1, 149 Rn. 42 – *NZZ/Ringier/cXense/PPN*; WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 9 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; *Reinert* in: BSK KG, Art. 4 Abs. 3 Rn. 316.

¹²⁴⁵ WEKO, RPW 2012/1, 149 Rn. 42 – *NZZ/Ringier/cXense/PPN*; WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 9 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; *Reinert* in: BSK KG, Art. 4 Abs. 3 Rn. 316.

¹²⁴⁶ WEKO, RPW 2012/1, 149 Rn. 42 – *NZZ/Ringier/cXense/PPN*; WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 9 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

b) *Wirtschaftliche Einheit zwischen
Gemeinschaftsunternehmen und den Muttergesellschaften*

Im Schweizer Recht bilden ein Vollfunktionsunternehmen und die Muttergesellschaften zusammen eine wirtschaftliche Einheit und somit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.¹²⁴⁷ Hingegen gilt dies nicht für die Muttergesellschaften untereinander, sie bilden keine wirtschaftliche Einheit.¹²⁴⁸ Dies ist damit begründbar, dass die Muttergesellschaften sich selbst nicht unter eine einheitliche Leitung stellen, sondern weiterhin wirtschaftlich (und rechtlich) selbstständig am Markt auftreten.¹²⁴⁹ Somit können in solchen Konstellationen sich überlappende wirtschaftliche Einheiten bestehen. Auch wenn dieses Ergebnis auf den ersten Blick allenfalls paradox erscheinen mag, folgt es dem funktionalen Ansatz des kartellrechtlichen Unternehmensbegriff, indem es der wirtschaftlichen Realität im konkreten Fall entspricht.

Somit ist – wie bei «klassischen» Konzernstrukturen – auch bei der Frage der Zurechnung von Vollfunktionsunternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit die Frage der Kontrolle massgeblich. Nach Art. 1 VKU erlangt ein Unternehmen die Kontrolle im zusammenschlussrechtlichen Sinne über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die *Möglichkeit* erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Art. 1 VKU ist zwar primär auf «klassische» Unternehmenszusammenschlüsse zugeschnitten, der Kontrollbegriff gilt allerdings auch für Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 VKU. Gemäss der Rechtsprechung der WEKO, welche sich ausdrücklich an das EU-Recht anlehnt,¹²⁵⁰ ist eine gemeinsame Kontrolle in der Regel gegeben, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen

¹²⁴⁷ WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 10 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; WEKO, RPW 2015/3, 507 Rn. 45 – *JobCloud/JobScout24*; Süslü in: DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 28; Schmassmann, SZK 2022,15, 20 f.; a.A. Schluemp, *Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation*, S. 285.

¹²⁴⁸ WEKO, RPW 2015/1, 81 Rn. 10 – *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; WEKO, RPW 2015/3, 507 Rn. 45 – *JobCloud/JobScout24*; Schmassmann, SZK 2022,15, 20 f.

¹²⁴⁹ Schluemp, *Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation*, S. 284 f.

¹²⁵⁰ Vgl. etwa WEKO, RPW 2017/2, 310 Rn. 33 – *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

müssen.¹²⁵¹ Konkret bedeutet dies, dass die kontrollierenden Unternehmen *geschäftspolitische Entscheidungen*, wie etwa über Budget, Geschäftsplan, größere Investitionen oder die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei hier nicht *per se* eine einstimmige Beschlussfassung bestehen muss.¹²⁵² Dabei reicht bereits die Möglichkeit der Blockade strategischer Entscheidungen, insbesondere via Vetorechten für die Annahme einer gemeinsamen Kontrolle aus.¹²⁵³ Allerdings müssen diese Vetorechte über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.¹²⁵⁴

Im Gegensatz zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit in klassischen Konzernkonstellationen» ist auch im Schweizer Recht bereits die *Möglichkeit der Kontrolle* für die Annahme einer *gemeinsamen Kontrolle* eines Gemeinschaftsunternehmens ausreichend und eine tatsächliche Ausübung nicht erforderlich. Dies folgt bereits *expressis verbis* aus dem Wortlaut von Art. 1 VKU.¹²⁵⁵

II. Kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungs- und Einstellungsabreden

1. Vergütungsabreden

a) Europäische Union

Für die kartellrechtliche Beurteilung von Vergütungsabreden im Rahmen der Zusammenarbeit eines Gemeinschaftsunternehmens kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Zusammenschlusskontrolle im Allgemeinen ver-

¹²⁵¹ WEKO, RPW 2017/2, 310 Rn. 27 – *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

¹²⁵² WEKO, RPW 2005/2, 349 Rn. 23 – *Swissgrid*; WEKO, RPW 2017/2, 310 Rn. 27 – *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*. Die WEKO lehnt sich in diesen beiden Entscheiden ausdrücklich an die entsprechenden Ausführungen der EU-Kommission an, konkret an die Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 67.

¹²⁵³ WEKO, RPW 2006/3, 480 Rn. 36 – *Atel – EOS-Aktiven*; WEKO, RPW 2017/2, 310 Rn. 27 – *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; a.A. v. Büren, SIWR VIII/6, S. 26.

¹²⁵⁴ WEKO, RPW 2012/1, 148 Rn. 34 – *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; Reinert in: BSK KG, Art. 4 Abs. 3 Rn. 231 ff.

¹²⁵⁵ Siehe hierzu auch Süslü in DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3 KG Rn. 79; Volz, Kartellrechtliche Zuordnung von Joint Ventures, S. 484; Schmassmann, SZK 2022,15, 17.

wiesen werden.¹²⁵⁶ Es sind keine Gründe erkennbar, inwiefern Vergütungsabreden in Form einer notwendigen Nebenabrede oder einer freigestellten bzw. gerechtfertigten Wettbewerbsabrede zulässiger Teil einer Vereinbarung über ein Gemeinschaftsunternehmen darstellen könnten. Dies gilt sowohl im Bezug auf Vergütungsabreden zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Muttergesellschaften als auch zwischen den Muttergesellschaften untereinander.

b) Schweiz

In Bezug auf Vergütungsabreden im Rahmen der Zusammenarbeit in Form eines Gemeinschaftsunternehmens können die vorstehenden Überlegungen zum europäischen Kartellrecht *tel quel* für die Schweiz übertragen werden.

2. Einstellungs- und Abwerbeverbote

a) Einleitende Bemerkungen

Im Rahmen der Gründung von Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen ist vor dem Hintergrund der dauerhaften Zusammenarbeit der Gründungsunternehmen die Vereinbarung von Abwerbeverboten von grosser praktischer Bedeutung. So widmet die *EU-Kommission* in ihrer Nebenabreden-Bekanntmachung Konkurrenzverboten im Rahmen der Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens einen eigenen Abschnitt.¹²⁵⁷ Dort hält sie ausdrücklich fest, dass auch im vorliegenden Kontext für Abwerbeverbote die gleichen Regelungen gelten wie für Konkurrenzverbote.¹²⁵⁸ Allerdings finden Einstellungsverbote, ebenso wie im Rahmen der allgemeinen Regelungen über Zusammenschlüsse, auch bei den Ausführungen zu Gemeinschaftsunternehmen keine Erwähnung. Gleichwohl gilt nach der vorliegend vertretenen Auffassung auch hier, dass sich eine einheitliche kartellrechtliche Behandlung von Abwerbe- und Einstellungsverboten anbietet.¹²⁵⁹

¹²⁵⁶ Vgl. [Teil 4 B. II. 2.](#)

¹²⁵⁷ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 18 ff.

¹²⁵⁸ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 41.

¹²⁵⁹ Siehe zu dieser Frage im Rahmen der Beurteilung von Nebenabreden in Zusammenschlussverfahren mit Ausnahme von Gemeinschaftsunternehmen, [Teil 4 B. III.](#)

b) Europäische Union

Abwerbeverbote im Verhältnis zwischen den Gründungsunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und für dieses als notwendig angesehen werden.¹²⁶⁰ Voraussetzung ist hierbei, dass es sich um kontrollierende Muttergesellschaften handelt. Ist eine nicht kontrollierende Muttergesellschaft (etwa in Form einer reinen Minderheitsbeteiligung) beteiligt, soll die vorliegende Privilegierung nicht gelten.¹²⁶¹ Dies wird in der Literatur zu Recht kritisiert, kann doch ein Minderheitsgesellschafter durch privilegierten Zugang zu Know-how in Konkurrenz zum Gemeinschaftsunternehmen treten oder er bringt umgekehrt schutzbedürftige Vermögenswerte in das Gemeinschaftsunternehmen ein.¹²⁶²

Die Notwendigkeit von Abwerbeverboten kann sich vorliegend aus verschiedenen Gründen ergeben wie etwa aus der Gewährleistung des Gutgläubenschutzes während der Verhandlungen, der Ermöglichung der Nutzung der Vermögensgegenstände des Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang oder der Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts durch das Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.¹²⁶³ Die entsprechenden Einstellungsabreden müssen allerdings gewisse sachliche, räumliche und zeitliche Schranken beachten.

In sachlicher Hinsicht sind Konkurrenzverbote auf Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die Gegenstand der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens bilden, wobei hierunter auch Waren und Dienstleistungen fallen, die sich in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden oder die bereits fertig entwickelt, jedoch noch nicht im Markt platziert wurden.¹²⁶⁴ Im vorliegenden Zusammenhang können Einstellungsabreden nicht sämtliche Mitarbeiter erfassen, die in irgendeiner Art und Weise mit den betroffenen Waren oder Dienstleistungen im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses berührt werden. Vielmehr ist eine Begrenzung auf jene Mitarbeiter vorzunehmen, die von der Transaktion tatsächlich betroffen sind.¹²⁶⁵

¹²⁶⁰ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 36.

¹²⁶¹ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 40.

¹²⁶² Körber in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 1, Art. 8 FKVO Rn. 62; de Crozals/Hartog, EWS 2004, 534, 535.

¹²⁶³ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 36.

¹²⁶⁴ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 38; siehe auch EU-Kommission, ABl. C 49 v. 15.2.2001, S. 5 Rn. 49 – *Stora Enso/Assidoman/JV*; EU-Kommission, ABl. C 127 v. 27.4.2001, S. 11 Rn. 18 – *Lufthansa/Menzies/LGS/JV*.

¹²⁶⁵ So auch Glöckner, JuS 2018, 1130, 1137.

In räumlicher Hinsicht ist die Grenze bis dorthin zu ziehen, wo die Gründungsunternehmen die gegenständlichen Waren oder Dienstleistungen *vor* der Gründung des Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens vermarktet haben.¹²⁶⁶ Wurden bereits entsprechende Investitionen für eine Ausweitung der Beschäftigung in weiteren Gebieten getätigt, in denen die Gründungsunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung noch nicht auf dem Markt auftreten, werden auch diese Gebiete erfasst.¹²⁶⁷ Einstellungsabreden können demnach grundsätzlich nicht mit weltweiter Geltung geschlossen werden. Sie sind in räumlicher Hinsicht vielmehr auf jene Mitarbeiter zu begrenzen, die von der Transaktion tatsächlich betroffen sind. Denkbar wäre eine Einstellungsabrede mit weltweiter Geltung nur in Einzelfällen, etwa wenn eine konkrete Forschung irgendwo stattfindet und die Ergebnisse weltweit verwendet werden können.

Sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht gilt bei der Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens zur Erschliessung eines neuen Marktes (in sachlicher oder räumlicher Hinsicht), dass ein Konkurrenzverbot im Sinne einer zulässigen Nebenabrede nur für diejenigen Waren und Dienstleistungen zulässig ist, die bereits in der betreffenden Gründungvereinbarung aufgeführt sind.¹²⁶⁸ Beschliessen die Muttergesellschaften zu einem späteren Zeitpunkt die Ausweitung des Tätigkeitsbereichs des Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens gilt dies als weiterer Zusammenschluss der allenfalls erneut meldepflichtig ist.¹²⁶⁹

In zeitlicher Hinsicht dürfen Konkurrenzverbote für die gesamte Dauer des Bestehens des Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens vereinbart werden.¹²⁷⁰

Hingegen stellen Konkurrenzverbote zwischen den Muttergesellschaften aufgrund mangelnder Notwendigkeit stets keine privilegierte Nebenabrede dar, sodass sie sich an Art. 101 AEUV messen lassen müssen.¹²⁷¹

¹²⁶⁶ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 37.

¹²⁶⁷ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 37.

¹²⁶⁸ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 39.

¹²⁶⁹ Mitteilung Zuständigkeitsfragen, Rn. 106.

¹²⁷⁰ Nebenabreden-Bekanntmachung, Rn. 36; siehe auch *EU-Kommission*, ABl. C 381 v. 17.12.1996, S. 8 Rn. 51 – *BP/Mobil*; *EU-Kommission*, ABl. C 32 v. 30.1.1998, S. 5 Rn. 40 – *Eastman Kodak/Sun Chemical*; *EU-Kommission*, ABl. C 362 v. 16.12.2000, S. 6 Rn. 26 – *Ahold/ICA Förbundet/Canica*.

¹²⁷¹ *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 311.

c) *Schweiz*

Bei Gemeinschaftsunternehmen orientiert sich die WEKO ausdrücklich auch an der europäischen Praxis zu Abwerbeverboten.¹²⁷² Ein *Swiss-Finish* gibt es in diesem Bereich im vorliegenden Kontext nicht. So werden auch im Schweizer Recht Wettbewerbsverbote zwischen den Mutterunternehmen im Verhältnis zu einem Gemeinschaftsunternehmen als notwendige Nebenabrede angesehen, solange sie sachlich und räumlich gemäss den europäischen Vorgaben begrenzt sind und in zeitlicher Hinsicht nicht über die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens hinausgehen.¹²⁷³ Diese Leitplanken gelten nach der Praxis der WEKO auch explizit für Abwerbeverbote.¹²⁷⁴

¹²⁷² Vgl. etwa WEKO, RPW 2018/4, 866 Rn. 384 ff. – *AZ Medien/NZZ*; WEKO, RPW 2021/4, 905 Rn. 19 f. – *Sems/Arole/Conforama/JV*; WEKO, RPW 2022/3, 644, Rn. 41 ff. – *Galenica AG/Medicall AG*.

¹²⁷³ WEKO, RPW 2018/3, 616 Rn. 59 – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

¹²⁷⁴ WEKO, RPW 2018/3, 616 Rn. 59 – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

Teil 5: Ergebnis und Thesen

1. Arbeitsentgelte der Beschäftigten sind für Unternehmen regelmässig wesentliche Wettbewerbs- und Kostenfaktoren auf dem Beschaffungsmarkt und dies unabhängig von der eigenen Organisationsform. Bei der Motivation der Arbeitgeber, Arbeitsentgelte in Form von Vergütungsabreden («*wage-fixing agreements*») kollusiv abzusprechen, ist zwischen Höchstgrenzen von Arbeitsentgelten und Mindestarbeitsentgeltgrenzen zu differenzieren.¹²⁷⁵
2. Bei Höchstarbeitsentgeltgrenzen vereinbaren Unternehmen, ihren Beschäftigten eine Vergütung nur bis zu einer bestimmten Höhe zu bezahlen. Ebenso wie die Abstimmung der Verkaufspreise auf den Absatzmärkten besteht für Unternehmen ein gewisser ökonomischer Anreiz, auf dem Arbeitsmarkt als Beschaffungsmarkt den Bieterwettstreit mit anderen Arbeitgebern durch verschiedene Formen der Abstimmung zu vermeiden. Führen höhere Arbeitsentgelte doch zu höheren Kosten der Arbeitgeber und reduzieren folglich – *ceteris paribus* – deren Gewinne. Darüber hinaus verhindern vereinbarte Höchstarbeitsentgelte, dass sich Arbeitskräfte aufgrund einer höheren Vergütung für einen Arbeitsplatzwechsel entscheiden, womit einer entsprechenden Vergütungsabreden auch stets das Element eines Einstellungs- und Abwerbeverbots innewohnt.¹²⁷⁶
3. Kollusionen über Mindestarbeitsentgelte sind zwar ebenfalls möglicher Gegenstand von Vergütungsabreden, in der Praxis sind sie aber von einer untergeordneten Bedeutung. Regelungen über Mindestarbeitsentgelte finden sich allerdings regelmässig in GAVs bzw. Tarifverträgen, zwischen Unternehmen bzw. Unternehmensverbänden einerseits und Arbeitnehmervertretern andererseits. Diese verfolgen sozialpolitische Ziele und dienen der Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer. Sie sind daher im Sinne einer kartellrechtlichen Bereichsausnahme privilegiert. Gehen GAV bzw. Tarifverträge jedoch über das hinaus, was zur Regelung der Arbeitsverhältnisse und der betrieblichen Fragen erforderlich ist, werden sie insoweit nicht von der kartellrechtlichen Bereichsausnahme erfasst.¹²⁷⁷
4. Ausserhalb von Tarifverhandlungen, mithin ohne Beteiligung der betroffenen Arbeitnehmer, sind Vergütungsabreden aus kartellrechtlicher Perspektive stets sehr kritisch zu sehen. Das gilt in sachlicher Hinsicht so-

¹²⁷⁵ Siehe [Teil 2 B. III.](#)

¹²⁷⁶ Siehe [Teil 2 B. III.](#)

¹²⁷⁷ Siehe für das europäische Recht [Teil 2 E. II.](#) und für das Schweizer Recht [Teil 2 F. II.](#) und [III.](#)

wohl in Form einer alleinstehenden Abrede als auch im Sinne einer Nebenabrede im Rahmen einer (ansonsten kartellrechtsneutralen) Kooperation zwischen Unternehmen sowie im Rahmen von Zusammenschlussverfahren in Form von Unternehmenskäufen und im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen. Bei Vereinbarungen von Vergütungsabreden ist objektiv eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs im Hinblick auf einen besonders wichtigen Wettbewerbsparameter angestrebt, der auch wesentliche Auswirkungen auf nachgelagerte Märkte haben kann. Folglich stellt eine Vereinbarung von Arbeitsentgelten zwischen Unternehmen ohne Beteiligung von Arbeitnehmervertretern stets – und somit unabhängig von der konkreten Ausformung – eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.¹²⁷⁸

5. Vergütungsabreden beschränken nach der hier vertretenen Auffassung den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt. Entsprechend spielt es keine Rolle, ob die Unternehmen auf dem nachgelagerten Absatzmarkt miteinander in Konkurrenz stehen oder nicht. Sie gelten somit als horizontale Preisfestsetzung im Sinne eines Einkaufskartells (und nicht um eine kartellrechtlich deutlich weniger problematische gemeinsame Einkaufsregelung) und erfüllen folglich das Regelbeispiel der Preisfestsetzung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV bzw. des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.¹²⁷⁹ Eine Freistellung bzw. Rechtfertigung aus Gründen der ökonomischen Effizienz dürfte regelmässig nicht möglich sein. Einerseits sind keine volkswirtschaftlichen Effizienzgründe ersichtlich. Andererseits würde eine Freistellung bzw. Rechtfertigung – selbst bei Vorliegen entsprechender Rechtfertigungsgründen – aufgrund der mangelnden Notwendigkeit einer solchen Abrede scheitern.
6. Einstellungsabreden sind in der Praxis – im Gegensatz zu Vergütungsabreden – ausschliesslich Gegenstand von Vereinbarungen zwischen Unternehmen. Eingang in einen GAV bzw. ein Tarifvertrag finden sie soweit ersichtlich nie. Da mit ihnen lediglich eine Schlechterstellung der Arbeitnehmer verbunden ist, ist dies auch nicht verwunderlich.¹²⁸⁰
7. Einstellungsabreden existieren im Wesentlichen in zweierlei Erscheinungsformen. Während unter Abwerbverboten («*no-poaching agreements*») Absprachen zwischen Unternehmen verstanden werden, wonach keine Mitarbeiter des jeweils anderen Unternehmens abgeworben werden dürfen, haben Einstellungsverbote bzw. Nichteinstellungsvereinbarungen

¹²⁷⁸ Siehe für das europäische Recht [Teil 2 E. VI.](#) und für das Schweizer Recht [Teil 2 F. VIII.](#)

¹²⁷⁹ Siehe für das europäische Recht [Teil 2 E. VI.](#) und für das Schweizer Recht [Teil 2 F. VIII.](#)

¹²⁸⁰ Siehe für das europäische Recht [Teil 2 E. II.](#) und für das Schweizer Recht [Teil 2 F. II.](#) und [III.](#)

(«no-hire agreements») zum Gegenstand, Bewerber von bestimmten Unternehmen nicht einzustellen. Einstellungsverbote greifen stärker in die freien Kräfte des Marktes ein als Abwerbverbote, wird hierdurch doch jede Einstellung untersagt, auch falls keine Abwerbeaktivitäten vorausgegangen sind. Somit wohnt diesen beiden Abredearten durchaus ein unterschiedlicher Unrechtsgehalt inne. Gleichwohl stellen sowohl Abwerbverbote als auch Nichteinstellungsvereinbarungen aufgrund ihres marktaufteilenden Charakters regelmässig bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar. Vor diesem Hintergrund und der mit einer Unterscheidung dieser beide Abredetypen in der Praxis einhergehenden massiven Beweisschwierigkeiten, führt dies nach der hier vertretenen Meinung nicht zu einer unterschiedslosen kartellrechtlichen Behandlung von Abwerbverboten einerseits und Einstellungsverboten andererseits.¹²⁸¹

8. Einstellungsabreden beschränken nach der hier vertretenen Auffassung den Wettbewerb um Arbeitskräfte auf *demselben* Markt. Entsprechend spielt es keine Rolle, ob die Unternehmen auf dem nachgelagerten Absatzmarkt miteinander in Konkurrenz stehen oder nicht. Sie gelten somit als horizontale Aufteilung des Beschaffungsmarktes hinsichtlich der Nachfrage nach Arbeitskräften und erfüllen folglich das Regelbeispiel der Aufteilung von Versorgungsquellen bzw. der Marktaufteilung i.S.d Art. 101 Abs. 1 Bst. c AEUV bzw. des Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.¹²⁸²
9. Trotz ihres marktaufteilenden Charakters können Einstellungsabreden ausnahmsweise im Sinne einer flankierenden Massnahme zum Schutz gewisser Vertragsbeziehungen für eine gewisse Dauer zulässig sein. Sie gelten in diesem Fall als notwendige Nebenabrede der ansonsten kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit oder des Zusammenschlussvorhabens, mithin stellen sie insofern keine Wettbewerbsabrede dar. Dafür müssen sie jedoch notwendig sein, was vorliegend bedeutet, dass die angestrebte kartellrechtsneutrale Zusammenarbeit ohne die konkrete Einstellungsabrede überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen durchgeführt würde. Überdies bedeutet Notwendigkeit im vorliegenden Kontext, dass die betreffende Beschränkung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher (in der Regel bis zu zwei Jahren) Hinsicht nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Schliesslich ist bei der Beurteilung der Notwen-

¹²⁸¹ Siehe für das europäische Recht [Teil 2 E. VI](#), und für das Schweizer Recht [Teil 2 F. VIII](#).

¹²⁸² Siehe für das europäische Recht [Teil 2 E. VI](#), und für das Schweizer Recht [Teil 2 F. VIII](#).

- digkeit, wie im gesamten europäischen und schweizerischen Kartellrecht, ein objektiver Massstab anzulegen.¹²⁸³
10. Hingegen erfüllen alleinstehende Einstellungsabreden aufgrund ihres Charakters als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im europäischen Recht stets das Kriterium der Spürbarkeit bzw. im Schweizer Recht aufgrund der Erfüllung des Vermutungstatbestands gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG grundsätzlich jenes der Erheblichkeit. Sie stellen somit keine Bagatellfälle dar. Auch unterstehen sie nicht dem Schutz der europäischen GVO bzw. einer Bekanntmachung der WEKO. Schliesslich scheitert eine Freistellung bzw. Rechtfertigung im Einzelfall aus Gründen der ökonomischen Effizienz bereits an der Notwendigkeit der Vereinbarung solch einschneidender wettbewerbsbeschränkender Abreden, um die allenfalls angestrebten Effizienzvorteile zu erreichen.¹²⁸⁴
 11. In der Praxis werden nicht selten Vergütungsabreden sowie Einstellungsabreden von den beteiligten Unternehmen «kombiniert» vereinbart. Aus Sicht der Arbeitgeber ist dies nur stringent, denn oberstes Ziel des kollusiven Zusammenwirkens ist es, den Wettbewerb um die besten Arbeitsbedingungen der Beschäftigten zu verhindern. Somit können die Unternehmen ihren Mitarbeitern bzw. Bewerbern letztlich die Arbeitsbedingungen vorgeben, da sie sich schlichtweg in der deutlich besseren Verhandlungsposition befinden und es den betroffenen Arbeitnehmern an (adäquaten) alternativen Arbeitsplatzmöglichkeiten fehlt.¹²⁸⁵
 12. Aus einer konzernkartellrechtlichen Perspektive ist bei der Vereinbarung von Vergütungs- und Einstellungsabreden die Reichweite des Unternehmens im Sinne des Kartellrechts von Bedeutung. Finden Vergütungs- und Einstellungsabreden ausschliesslich innerhalb eines Unternehmens bzw. einer wirtschaftlichen Einheit statt, werden solche Kollusionen durch das Konzernprivileg immunisiert – und zwar unabhängig davon, in welchem Kontext sie geschlossen werden. Da sie bereits den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede nicht erfüllen, ist auch keine Rechtfertigung bzw. Freistellung erforderlich. Sie sind somit aus einer rein kartellrechtlichen Optik zulässig.¹²⁸⁶
 13. Sind jedoch mindestens zwei Unternehmen bzw. wirtschaftliche Einheiten an einer solchen Abrede beteiligt, ist das Kartellrecht grundsätzlich vollumfänglich anwendbar. Dies ist seit dem *Sumal*-Entscheid des EuGH in-

¹²⁸³ Siehe [Teil 4 B. II. 3.](#) und [III. 2.](#)

¹²⁸⁴ Siehe [Teil 4 B. III. 2.](#)

¹²⁸⁵ Siehe [Teil 2 C. II. 3.](#)

¹²⁸⁶ Siehe [Teil 4 A. I.](#)

sofern von besonderer Bedeutung, da ein und derselbe Konzern aus verschiedenen wirtschaftlichen Einheiten bestehen kann. Mehrere Konzerngesellschaften gelten demnach nur dann als ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne, wenn es zwischen ihren Tätigkeitsfeldern einen konkreten Zusammenhang gibt, sie mithin dieselben Waren oder Dienstleistungen anbieten.¹²⁸⁷

14. Die Rechtsprechung des EuGH i.S. *Sumal* ist aufgrund der mit ihr einhergehenden erheblichen praktischen Schwierigkeiten abzulehnen. Die Annahme mehrerer wirtschaftlicher Einheiten in einem Konzern hat sowohl schwerwiegende Auswirkungen auf die Verantwortung für von einzelnen Konzerngesellschaften begangene Kartellrechtsverstöße als auch auf die Zusammenarbeit innerhalb eines Konzerns aufgrund des nur innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit geltenden Konzernprivilegs.¹²⁸⁸
15. Darüber hinaus ist die vom EuGH geschaffene Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung einer bestehenden Kontrollmöglichkeit zur Annahme einer wirtschaftlichen Einheit abzulehnen. Mit dieser Voraussetzung gehen verschiedene Probleme einher. Weder verläuft die Organisation eines Konzerns in der Praxis notwendigerweise entlang den gesellschaftsrechtlichen Grenzen der einzelnen Konzerngesellschaften noch ist eine Einflussnahmemöglichkeit stets dokumentiert und nachvollziehbar. Durch den Verzicht auf diese Bedingung werden zudem Wertungswidersprüche zum europäischen Kartellrechtssystem vermieden, insbesondere zu den Verbundklauseln der europäischen GVO sowie zu dem zusammenschlussrechtlichen Kontrollbegriff. Sowohl die Verbundklauseln der GVO als auch Art. 3 Abs. 2 FKVO verzichten bewusst auf die Voraussetzung der Ausübung einer jederzeit möglichen Kontrollmöglichkeit, um eine wirtschaftliche Einheit bzw. ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzunehmen.¹²⁸⁹

¹²⁸⁷ Siehe [Teil 4 A. II.](#)

¹²⁸⁸ Siehe [Teil 3 A. III. 2. e\).](#)

¹²⁸⁹ Siehe [Teil 3 A. III. 2. e\).](#)

Curriculum Vitae

Andreas Maschmer studierte von 2006 bis Anfang 2012 Rechtswissenschaften an den Universitäten Siegen und Zürich. Nach einer kurzen Station bei der Anwaltskanzlei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP am Standort Köln, trat er im Sommer 2012 eine Stelle als Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Peter Krebs an der Universität Siegen an. Kurz darauf begann er sein Doktorat im Rahmen einer Cotutelle de thèse zwischen den Universitäten Siegen (Prof. Dr. Peter Krebs) und Zürich (Prof. Dr. Roger Zäch). Im Jahr 2013 wechselte er zum Staatssekretariat für Wirtschaft SECO in Bern, wo er bis heute im Bereich der Gesetzgebung auf Bundesebene im Wettbewerbsrecht tätig ist. Hierunter fallen verschiedene wettbewerbsrechtliche Dossiers, insbesondere das Kartellgesetz (KG), das Binnenmarktgesetz (BGBM) und das Preisüberwachungsgesetz (PüG).

Besonders in Zeiten des zunehmenden Fachkräftemangels besteht bei Unternehmen vermehrt das Bedürfnis, Mitarbeitende an sich zu binden. Dieses Ziel kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Einerseits können die Unternehmen dafür durch attraktive und wettbewerbsfähige Arbeitsbedingungen sorgen. Andererseits besteht die Möglichkeit, den Wettbewerb um die besten Fachkräfte durch künstliche Wechselhindernisse in Form von Absprachen möglichst zu vermeiden. Diese Kartellabsprachen kommen in Form von Vergütungsabreden (über Höchstlöhne) sowie in Form von Einstellungsabreden vor. Solche Abreden sind von Gesamtarbeitsverträgen (GAV), die das Ergebnis der Verhandlungen der Sozialpartner sind, abzugrenzen. Diese sind kartellrechtlich privilegiert und somit zulässig. Ihr Gegenstand stellt stets die Verbesserung der Arbeitsbedingungen der betroffenen Arbeitnehmenden dar. Hingegen zeigt die Literatur sowie die vorliegende Arbeit, dass Vergütungs- und Einstellungsabreden regelmäßig keine entsprechende Verbesserung innewohnt. Die kartellrechtliche und volkswirtschaftliche Relevanz dieser Problematik ist erst in jüngerer Vergangenheit in das Bewusstsein grösserer Teile des Wirtschaftslebens, der OECD sowie der Wettbewerbsbehörden gerückt. Dies zeigt exemplarisch das erste Verfahren der Schweizer Wettbewerbsbehörden betreffend Vergütungsabreden, in dessen Verlauf sich eine Vielzahl von Unternehmen an die Wettbewerbsbehörden gewandt haben und welches erst im Sommer 2024 abgeschlossen wurde. Auch auf europäischer Ebene hat die EU-Kommission ebenfalls erst im Sommer letzten Jahres erstmals ein Verfahren betreffend Einstellungsabreden eröffnet.