

WEKO Lohnabsprachen vom 27. Juni 2024

WEKO, 2024-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Lohnabsprachen

FR: WEKO Lohnabsprachen du 27 juin 2024

IT: WEKO Lohnabsprachen del 27 giugno 2024

Erwägungen

E. 1

Ausgangspunkt der vorliegenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG 1 war eine Bonusmeldung einer Schweizerischen Bank (nachfolgend: Bonusmelderin [...]), die dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) mit Datum vom [...] eingereicht wurde. Gemäss dieser Bonusmeldung hat zwischen Unternehmen der Schweizer Finanzbranche und in geringerem Umfang auch mit Unternehmen anderer Branchen ein regelmässiger Informationsaustausch betreffend Saläre und Salärbestandteile, grösstenteils von Lernenden, Praktikantinnen und Praktikanten, Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern und Studienabgängerinnen und Studienabgängern (zusammen «Young Talents» genannt), stattgefunden.

E. 2

Im Anschluss an die Veröffentlichung der Medienmitteilung im Zusammenhang mit der Vorabklärung 22-0515: Lohnabsprachen im Bankenbereich (vgl. zur Medienmitteilung Rz 5 hiernach) sind beim Sekretariat verschiedene Bonusmeldungen weiterer Unternehmen eingegangen (vgl. nachfolgend Rz 6). Diese Bonusmeldungen enthalten im Vergleich zur Bonusmeldung der Bonusmelderin [...] neue Sachverhalte. Insbesondere beschränken sich die neu gemeldeten Sachverhalte nicht auf den Finanzsektor und die Informationsaustausche betreffen nicht hauptsächlich Young Talents. Sämtliche Bonusmeldungen, die Bezug auf die eröffnete Vorabklärung nehmen, werden im vorliegenden Schlussbericht «Lohnabsprachen» behandelt. Aus diesem Grund beschränkt sich die vorliegende Vorabklärung, entgegen den Ausführungen in der Medienmitteilung des Sekretariats, nicht ausschliesslich auf den Bankensektor und nicht auf Löhne von Lernenden und Berufseinsteigenden. Die vorliegende Vorabklärung beinhaltet also auch andere Branchen und Löhne und Lohnnebenleistungen von Angestellten ausserhalb der Gruppe der Young Talents.

E. 3

In der vorliegenden Vorabklärung wird geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Informationsaustausche zwischen Unternehmen der Schweizerischen Finanzbranche und weiterer Branchen sowie branchenübergreifend über Löhne und Lohnbestandteile unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG darstellen.

A.2 Verfahren

E. 4

Act. [...].

E. 5

Act. [...].

E. 6

Act. [...].

E. 7

Mit Blick auf die vorliegende Vorabklärung beauftragten die Basler Bankenvereinigung, der Zürcher Bankenverband und der Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz Prof. Dr. Philipp Zurkinden und Rechtsanwalt Bernhard Lauterburg, Prager Dreifuss AG, mit der Erstellung eines Gutachtens, in dem Fragen der Auftraggeberinnen zu dieser Vorabklärung zu

E. 8

Vgl. Medieninformation «Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor»: <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-92044.html>> (2.4.2024).

E. 9

Act. [...].

E. 10

Act. [...].

E. 11

Act. [...].

E. 12

Act. [...].

E. 13

Act. [...].

E. 14

Act. [...].

E. 15

Act. [...].

E. 16

Act. [...].

E. 17

Act. [...].

E. 18

Act. [...].

E. 19

Act. [...].

E. 20

Act. [...].

E. 21

Act. [...].

E. 22

Act. [...].

E. 23

Act. [...].

E. 24

Act. [...].

5 beantworten waren. 25 Die drei Auftraggeberinnen veröffentlichten das Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG je auf ihrer Homepage. 26 Mit Schreiben vom 17. Februar 2023 reichte die Basler Bankenvereinigung eine Kopie dieses Gutachtens ZURKINDEN/LAUTERBURG dem Sekretariat ein. 27 8. Die Verfahrensbeteiligten beantworteten, innert teilweise erstreckter Frist, die Fragen gemäss zugestellten Fragebögen.

A.3 Wesentliche Erkenntnisse der Vorabklärung

A.3.1 Überblick 9. Die nachfolgend unter diesem Titel ausgeführten wesentlichen Erkenntnisse zum Sach- verhalt basieren einerseits auf den eingereichten Bonusmeldungen sowie den Antworten auf die Fragebögen und andererseits auf eigenen Recherchen des Sekretariats zu den Arbeits- märkten und dem Schweizer System der Beruflichen Grundbildung insgesamt sowie auf rechtsvergleichende Erwägungen. 10. Die wesentlichen Erkenntnisse lassen sich überblicksweise folgendermassen zusam- menfassen: 11. Auf verschiedenen Bankenplätzen in der ganzen Schweiz waren insbesondere die An- stellungsbedingungen (namentlich Löhne und Lohnnebenleistungen) von Lernenden und Be- rufseinsteigenden sowie Mittelschulpraktikantinnen und Mittelschulpraktikanten und Hoch- schulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten Gegenstand eines umfassenden Informationsaustausches. Die Austausche fanden jeweils über mehrere Jahre statt und sind für die einzelnen Bankenplätze mindestens ab dem Jahr 2015 belegt. 12. Hauptsächlich unter sämtlichen Kantonalkonten, aber auch auf dem Bankenplatz Basel im Rahmen der Personalkommission der Basler Bankenvereinigung fanden zusätzlich Aus- tausche über anstehende Lohnentwicklungen für sämtliche Bankmitarbeitende statt. Doku- mentiert sind die Personalleitersitzungen der Kantonalkonten ab dem Jahr 2010 und die Sit- zungen der Personalkommission der Basler Bankenvereinigung ab dem Jahr 2013. Daneben fanden mindestens seit dem Jahr 2017 unter verschiedenen Banken auch bi- und multilaterale Informationsaustausche auf elektronischem und persönlichem Weg zu weiteren Themen des Personalwesens statt. 13. Die Akten zeigen zudem, dass sich die Informationsaustausche zu lohnrelevanten The- men nicht auf Banken beschränkten. Branchenübergreifende Austausche fanden u.a. im Raum Zürich – so in einem Gefäss gebildet von grösseren KV-Lehrbetrieben (Austausch von lohnrelevanten Informationen seit mindestens 2011) oder in einem Gefäss «Erfahrungsaus- tausch Netzwerk» – und Raum Basel über die Basler Gesellschaft für Personalmanagement und ihre Fokusgruppe Workshop Compensation statt. Im «Erfahrungsaustausch Netzwerk»

E. 25

ZURKINDEN/LAUTERBURG, Gutachten «Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend mutmassliche Lohnabsprachen im Bankenbereich»

vom 12.1.2023 (nachfolgend: Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG).

E. 26

Vgl. Veröffentlichung der Basler Bankenvereinigung:

<[https://bankenbasel.ch/gutachten-stuetzt-](https://bankenbasel.ch/gutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende-bei-der-berufslehre/)

[vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende-bei-der-berufslehre/](https://bankenbasel.ch/gutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende-bei-der-berufslehre/)> (letztmals besucht am 2. April 2024); Veröffentlichung des Zürcher Bankenverbands:

<[https://zuercher-bankenverband.ch/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachte](https://zuercher-bankenverband.ch/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende/)

[n-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenver-](https://zuercher-bankenverband.ch/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende/)

[baende/](https://zuercher-bankenverband.ch/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende/)> (letztmals besucht am 2. April 2024); Veröffentlichung des Arbeitgeberverbands der Banken in der Schweiz:

<<https://www.arbeitgeber-banken.ch/themen/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende>> (2.4.2024).

E. 27

Act. [...].

6 wie auch in der Basler Gesellschaft für Personalmanagement wurden lohnrelevante Informationen mindestens seit dem Jahr 2015 ausgetauscht.

14. Branchenübergreifend wurden namentlich Informationen zu Löhnen (Lernende, [Hochschul-]Praktikantinnen und Praktikanten, Lehrabgängerinnen und Lehrabgänger, studentische Hilfskräfte) sowie zu Lohnentwicklungen nach Abschluss, Lohnnebenleistungen, allgemeinen Entwicklungen der Vergütungen der Mitarbeitenden und Lohnnebenleistungen ausgetauscht und geteilt. 15. Informationen zu Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden und Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten sowie Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden wurden auch innerhalb der «[...]» und deren Vorgängerorganisation «[...]» ausgetauscht. Mitglieder waren u.a. [...], [...], [...] und [...] sowie der [...] und [...]. Die Austausche erfolgten in den Jahren 2005 bis 2022. 16. Schliesslich konnten Austausche innerhalb von verschiedenen internationalen Netzwerken von Unternehmen erkannt werden. Innerhalb einer Erfahrungsaustauschgruppe von multinationalen Unternehmen wurden neben Informationen zu Benefits (insbesondere für entsendete Mitarbeitende) auch Informationen über zukünftige Lohnentwicklungen ausgetauscht. In der [...]branche existiert eine Vereinigung der HR-Verantwortlichen. Im Rahmen dieser Vereinigung wurden mindestens ab dem Jahr 2014 namentlich Umfragen zu Lohnnebenleistungen gemacht. 17. Die einzelnen festgestellten Informationsaustausche werden in den nachfolgenden Kapiteln A.3.5 bis A.3.10 detaillierter beschrieben. 18. Die eigenen Recherchen beleuchten einleitend sogleich das Institut des Gesamtarbeitsvertrags und analysieren die für die Bankenbranche bestehende «Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten». Weiter findet eine Auseinandersetzung mit dem Bildungssystem Schweiz und dessen Eigenschaften statt. Abschliessend wird noch die internationale Entwicklung im Arbeitskartellrecht überblicksweise beleuchtet.

A.3.2 Gesamtarbeitsvertrag (GAV) 19. Gesamtarbeitsverträge und deren

Allgemeinverbindlichkeitserklärungen sind wichtige Pfeiler der arbeitsrechtlichen Sozialpartnerschaft und dienen der Erhaltung des sozialen Friedens.

Gesamtarbeitsverträge bieten eine grosse Flexibilität in der Beziehung zwischen den Sozialpartnern und erlauben in den einzelnen Verträgen eine Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse jedes Berufes, jeder Wirtschaftsbranche oder jedes wirtschaftlichen Sektors. Es besteht der gesellschaftliche Konsens, dass das

Ordnungssystem der Gesamtarbeitsverträge ein wichtiges Mittel gegen Lohn- und Sozialdumping ist sowie wohlstandsfördernd wirkt. 20. Aus gesetzlicher Sicht ist ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ein Vertrag zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden und Arbeitnehmerverbänden zur Regelung der Arbeitsbedingungen und des Verhältnisses zwischen den GAV-Parteien und Sozialpartnern. Die gesetzliche Regelung findet sich in den Art. 356 bis 358 OR 28. Der GAV beinhaltet häufig Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags (sog. normative Bestimmungen). Als Gegenstand solcher normativen Bestimmungen gelten u.a. Lohn, 13. Monatslohn, Entschädigungen, Lohnfortzahlung bei Verhinderung wegen Krankheit, Mutterschaft oder Militärdienst, Ferien, Arbeitszeitvorschriften sowie Erweiterung des Kündigungsschutzes. Auf Verlangen aller Vertragsparteien kann ein GAV all-gemeinverbindlich erklärt werden mit der Wirkung, dass der Geltungsbereich auf alle

E. 28

Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

7 Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie Arbeitnehmende (auch auf die nicht-organisierten) eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufes ausgeweitet wird. 29 21. Aus der gesetzlichen Definition von Art. 356 Abs. 1 OR ergibt sich, dass die Tariffähigkeit – d.h., die Fähigkeit einen GAV abzuschliessen – auf Arbeitnehmerseite auf Koalitionen (Gewerkschaften oder Arbeitnehmerverbände) beschränkt ist, während auf Arbeitgeberseite neben Koalitionen (Arbeitgeberverbände) auch einzelne Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber Vertragspartei sein können. Um im GAV-Ordnungssystem Gegenspielerin oder Gegenspieler des jeweiligen Sozialpartners sein zu können, müssen die gegenseitigen Koalitionen gegnerunabhängig ausgestaltet sein, den einzelnen Koalitionen dürfen nur jeweils Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber oder Arbeitnehmende angehören. 22. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das GAV-Ordnungssystem von firmenspezifischen bis zu branchen- oder sektorweiten, ggfs. allgemeinverbindlichen Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen führt, mithin dieses System wie eine Preis- oder Konditionenabrede über einen ganzen Berufs- oder Wirtschaftszweig verstanden werden könnte. Als Folge dieser Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen in einem Wirtschaftszweig über einen GAV kann der Wettbewerb auf dem vom Regelungsbereich des GAV betroffenen Arbeitsmarkt oder Arbeitsmärkten hinsichtlich der dort vereinbarten Arbeitsbedingungen nicht mehr oder nur beschränkt stattfinden. 23. Dies vorausgeschickt, ist es aber die einhellige Meinung, so auch der Schweizer Wettbewerbsbehörden, dass das Kartellverbot für Gesamtarbeitsverträge nicht gilt, soweit diese – und das ist ihr ureigener Sinn und Zweck – eine Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen anstreben. Auf solche vertraglichen Regelungen und Vereinbarungen der Sozialpartner soll das Kartellgesetz keine Anwendung finden. Diese Absicht hat der Gesetzgeber immer wieder bestätigt, auch wenn das aktuelle Kartellgesetz keinen entsprechenden, expliziten Anwendungsvorbehalt (mehr) enthält, wie die Auslegung von Art. 2 KG hiernach aufzeigt. Aus diesem klaren gesetzgeberischen Willen lässt sich aber noch kein kartellrechtlicher Ausnahmereich oder Anwendungsvorbehalt für die Arbeitsmärkte insgesamt folgern. 30 Auf Arbeitsmärkten können auch Abreden eingegangen werden, die keinen direkten Bezug zu den vorerwähnten, legitimen Anliegen arbeitsrechtlicher Ordnung haben, die die «strukturelle

Schwäche von Arbeitnehmern auf dem Arbeitsmarkt» ausgleichen sollen, sondern aus anderen Gründen als dem Fortkommen der Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer oder einseitig von Unternehmen getroffen werden, womit in Bezug auf solche «andere Abreden» auf Arbeitsmärkten immer einzelfallweise zu prüfen bleibt, ob sie noch unter den vorformulierten Anwendungsvorbehalt fallen oder unter dem «Deckmantel ihrer [vermeintlichen] kartellgesetzlichen Immunität» nicht doch zu einem «Vehikel für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen verkommen». 31 Nachfolgend ist daher eine Auslegeordnung in der Absicht vorzunehmen, die Konturen des Arbeitskartellrechts zu schärfen und die kartellrechtlichen Vorgaben für Arbeitsmärkte zu konkretisieren. 32

E. 29

Vgl. Ausführungen zu Gesamtarbeitsverträgen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO): https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege.html.

E. 30

Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW Nr. 07-08 2020, S. 371■382, S. 371 ff.

E. 31

MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 131 f.

E. 32

Vgl. HEINEMANN (Fn 30), S. 371.

8 A.3.3 Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Banken 24. In der Bankenbranche existieren zwei GAV, die Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB) 33, die die allgemeinen Arbeitsbedingungen der Mitarbeitenden regelt, und die Vereinbarung über die Arbeitszeiterfassung (VAZ) 34, welche Regelungen zum Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung enthält. Beide GAV sind nicht allgemein verbindlich. Als Sozialpartner und folglich auch Unterzeichner der GAV treten der Verein Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (nachfolgend: Arbeitgeber Banken) 35 auf Arbeitgeberseite und der Verein Schweizerischer Bankpersonalverband (nachfolgend: SBPV) 36 sowie der Kaufmännische Verband Schweiz (nachfolgend: KV Schweiz) 37 auf Arbeitnehmerseite auf. Dem VAB haben sich über 50 Banken angeschlossen. Der Zweck des VAB ist in Ziff. 1. umschrieben. Demnach wollen die Sozialpartner der Bankenbranche mit dem VAB arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten in Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen festlegen und damit einen positiven Beitrag zum Wohl und zur Entwicklung der Angestellten und der unterstellten Banken leisten, die Arbeitsmarktfähigkeit der Mitarbeitenden erhalten und fördern, die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Sozialpartnern vertiefen, Regeln für Mitwirkungsrechte in den Banken aufstellen und einen konstruktiven Dialog führen und auf der Basis von Treu und Glauben den Arbeitsfrieden in der Bankenbranche wahren. 25. Im Geltungsbereich des VAB werden Lohnverhandlungen innerbetrieblich, d.h. zwischen Angestelltenvertretungen und der Bank ohne Teilnahme der VAB-Sozialpartner, ausgehandelt. Lässt sich bankintern keine Einigung erzielen, kann die Angestelltenvertretung den SBPV sowie den KV Schweiz und die Bank den Arbeitgeberverband der Banken beiziehen (Ziff. 44 VAB). 26. Die Beziehungen zwischen den Sozialpartnern ist im VAB in den Ziff.

50 f. geregelt. Gemäss Ziff. 50 Abs. 1 bilden die Sozialpartner eine paritätische Kommission, deren Vorsitz abwechselnd geführt wird. Die paritätische Kommission setzt sich aus Mitgliedern der VAB- Vertragsparteien zusammen, wobei Arbeitgeber Banken aktuell acht Mitglieder, der SBPV vier Mitglieder und KV Schweiz drei Mitglieder stellen. Die paritätische Kommission trifft sich pro Jahr grundsätzlich zu zwei ordentlichen halbtägigen Sitzungen. Im Bedarfsfall können weitere Sitzungen einberufen werden. Der Vorsitz sowie die Protokollführung rotiert zwischen den drei Trägerverbänden des VAB. Bei der Entscheidungsfindung wird Einstimmigkeit angestrebt. Damit dies gelingt, werden, gemäss den Ausführungen des SBPV, die Traktanden auf Ebene der Geschäftsstellen vorbereitet und in den Vorstandsgremien der drei Verbänden besprochen. Je nach Thema würden sich die Arbeitgeberseite zusätzlich mit den lokalen Bankenverbänden und der SBPV mit den Personalkommissionen abstimmen. 38 Sei zu einem traktandierten Punkt keine Einigung möglich, werde das Thema unter Protokollierung des Dissenses vorerst nicht weiterverfolgt und gegebenenfalls für die Verhandlungen vorgemerkt oder den Geschäftsstellen zur Konsensfindung übertragen. 39 27. Arbeitgeber Banken führen in ihrer auf Ersuchen des Sekretariats eingereichten Eingabe vom 31. Oktober 2023 aus, dass die Bestellung ihrer Vertreterinnen und Vertreter in die

E. 33

Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB), gültig ab 1.1.2023, <https://uploads-ssl.webflow.com/63f77b62f0889f7da8a400b7/64bfddd73f0e55b389066f6d_AGB_VAB_D_22_korr_23_web_2.pdf> (2.4.2024).

E. 34

Vereinbarung über die Arbeitszeiterfassung (VAZ), gültig ab 1. Januar 2023, <https://sbpv.ch/wp-content/uploads/2023/03/SBPV_VAZ_2023_D.pdf> (2.4.2024).

E. 35

<<https://www.arbeitgeber-banken.ch/>> (2.4.2024).

E. 36

<<https://sbpv.ch/>> (2.4.2024).

E. 37

<<https://www.kfmv.ch/>> (2.4.2024).

E. 38

Act. [...] Erläuterungen des SBPV vom 5.10.2023, S. 3.

E. 39

Vgl. zum Ganzen: Act. [...] Erläuterungen des SBPV vom 5.10.2023.

9 paritätische Kommission weder in den Verbandsstatuten noch im VAB selbst geregelt ist, wes- halb diesbezüglich eine Orientierung an Ziff. 7 Abs. 2 Verbandsstatuten (Zusammensetzung des Vorstands) 40 erfolgt. Es werde also darauf geachtet, dass alle Bankengruppen und alle Landesteile vertreten seien und die Mehrheit der Mitglieder von Banken stammen, die einem GAV unterstellt seien. 41 28. Die Aufgaben der paritätischen Kommission werden in Ziff. 50 VAB umschrieben. Ge- mäss Ziff. 50 Abs. 3 VAB verschafft sie sich alle zwei Jahre in gemeinsamer Absprache Trans- parenz über Lohnsysteme und Lohnentwicklung der der VAB unterstellten Bankangestellten. In

Ausnahmefällen und auf begründeten Antrag eines der beteiligten Sozialpartner kann die Salärtransparenz auch in einem Zwischenjahr durchgeführt werden. Der SBPV führt in seinem Schreiben vom 5. Oktober 2023 aus, dass bei der Ablösung der früheren Verbandslohnverhandlungen zu den innerbetrieblichen Lohnverhandlungen im Jahr 1996 durch diese Ziffer sichergestellt werden sollte, dass die paritätische Kommission weiterhin über den Stand der Salärentwicklung im Bilde ist. Zur Umsetzung dieser VAB-Bestimmung lasse die paritätische Kommission periodisch eine Saläranalyse für ausgewählte Funktionen, Hierarchiestufen und Landesteile durch ein auf Vergütungsfragen spezialisiertes Unternehmen durchführen. Daneben verfolge die paritätische Kommission die Entwicklung des Arbeitsmarkts der Bankenbranche, indem sie etwa Schwerpunktthemen benenne und bei Bedarf Massnahmen hierzu beschliesse, und die Entwicklung der Anstellungsbedingungen in der Bankenbranche. Hierbei diskutiere sie aktuelle Themen wie beispielsweise die Lohngleichheit, Familienzulagen, Homeoffice oder der Schutz vor psychosozialen Belastungen. Weiter überwache die paritätische Kommission den Vollzug des VAB und bereite die VAB-Verhandlungen vor, indem sie den Ablauf und die Themen der anstehenden Verhandlungsrunde vorbespreche. Die VAB-Verhandlungen würden danach durch die Verhandlungsdelegation geführt, welche unabhängig von der paritätischen Kommission sei. 42 29. Gemäss Ausführungen Arbeitgeber Banken werden die Themen der Sitzungen der paritätischen Kommission an den jeweiligen Geschäftsstellensitzungen der drei Sozialpartner festgelegt. Es gelte der Grundsatz, dass sich die paritätische Kommission auf vorgeschlagene Themen einlasse, sofern diese in den Zuständigkeitsbereich fallen würden. Die für die paritätische Kommission traktandierten Themen würden an den Vorstandssitzungen Arbeitgeber Banken vorbesprochen und bei wichtigen Themen eine Position des Verbands definiert. Zwischen dem Verband und den regionalen Bankenverbänden erfolge die Abstimmung einerseits über Verbandsvorstandsmitglieder, die ebenfalls in den regionalen Verbänden aktiv seien. Andererseits fänden regelmässige Austauschitzungen zwischen der Geschäftsführerin oder dem Geschäftsführer Arbeitgeber Banken und den regionalen Verbänden statt. 43 30. Die Geschäftsführerin oder der Geschäftsführer Arbeitgeber Banken informiere die lokalen Bankenverbände im Rahmen «seiner Sitzungen und «Roadshows» in den Regionen» über die Entwicklungen im Bereich der Sozialpartnerschaft sowie über die Entscheide der paritätischen Kommission. So trete sie oder er zweimal jährlich an Sitzungen der HR-Kommissionen der Basler und Tessiner Bankenvereinigung auf und es fände jährlich ein Treffen mit den HR-Verantwortlichen in der französischsprachigen Schweiz statt. Diese Informationsweitergabe sei vor allem im Herbst in Bezug auf die Lohnrunde von Bedeutung. «Arbeitgeber Banken fasst für seine Mitglieder und die regionalen Verbände jeweils die Gespräche mit den

E. 40

<<https://www.arbeitgeber-banken.ch/statuten>> (2.4.2024).

E. 41

Act. [...] Schreiben Arbeitgeber Banken vom 31.10.2023, Ziff. 1.

E. 42

Vgl. Act. [...] Erläuterungen des SBPV vom 5.10.2023, S. 2 f.

E. 43

Act. [...] Schreiben Arbeitgeber Banken vom 31.10.2023, Ziff. 2.

10 Angestelltenverbänden zur Lohnrunde zusammen und nimmt eine Einschätzung aufgrund der verschiedenen Prognosen vor.» 44

A.3.4 Bildungssystem Schweiz – Berufliche Grundbildung 31. Das schweizerische Bildungssystem umfasst die Bildungsstufen Primarstufe, Sekundarstufe I, Sekundarstufe II und Tertiärstufe sowie die Weiterbildung. Die Sekundarstufe II beinhaltet die nachobligatorische Bildung, welche allgemeinbildende und berufsbildende Ausbildungsangebote umfasst. 45 Die Berufsbildung ermöglicht den Jugendlichen den Einstieg in die Arbeitswelt und sorgt für Nachwuchs an qualifizierten Fach- und Führungskräften. Das Berufsbildungssystem basiert auf der Dualität zwischen Theorie und Praxis, wobei sich diese Dualität in der beruflichen Grundbildung primär in der Kombination der verschiedenen Lernorte (Lehrbetrieb, überbetriebliche Kurse, Berufsfachschule) zeigt. Für die Berufsbildung besitzt der Bund eine umfassende Regelungskompetenz. Die Umsetzung der im Berufsbildungsbereich anstehenden Aufgaben erfolgt in Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Wirtschaft. 46 32. Gestützt auf die vorgenannte Regelungskompetenz im Bereich der Berufsbildung (Rz 31) erliess der Bundesgesetzgeber das Berufsbildungsgesetz 47 sowie die dazugehörige Berufsbildungsverordnung 48. Zur Optimierung der Zusammenarbeit in der vom BBG vorgesehenen Verbundpartnerschaft von Bund, Kantonen und Wirtschaft wurde im Rahmen der Initiative «Berufsbildung 2023» im November 2020 eine neue Gremienstruktur eingeführt. Diese Struktur erlaubt es, strategische Fragen der Berufsbildung, die alle drei Verbundpartner betreffen, effizient und transparent sowie unter breitem Einbezug der Akteure der Berufsbildung zu bearbeiten. Geschaffen wurden das nationale Spitzentreffen der Berufsbildung, die tripartite Berufsbildungskonferenz (TBBK) sowie Dialogforen, Expertengruppen und Projektgruppen, die von der TBBK eingesetzt werden können. Das nationale Spitzentreffen sorgt auf politischer Ebene für die verbundpartnerschaftliche Legitimation der strategischen Ausrichtung der Berufsbildung und den erforderlichen Konsens. In seiner Arbeit legt es Vorgaben fest und setzt Schwerpunkte. Teilnehmer sind die Vorsteherin oder der Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung, ein Mitglied der Direktion des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation SBFI zusammen mit der Vertretung des SBFI in der TBBK, die Präsidentinnen oder Präsidenten oder die Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes, des Schweizerischen Gewerbeverbandes, des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes sowie von Travail.Suisse, jeweils zusammen mit deren Vertretung in der TBBK, sowie die Präsidentin oder der Präsident und die Generalsekretärin oder der Generalsekretär der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren EDK, begleitet durch deren Vertreter in der TBBK. Die TBBK steuert die Berufsbildung verbundpartnerschaftlich auf strategischer Ebene und entwickelt sie weiter. Sie bereitet das nationale Spitzentreffen vor und sorgt für die Umsetzung der am Spitzentreffen gefassten Beschlüsse. Weiter berät sie Anliegen aus der operativen Ebene und setzt sich auf strategischer Ebene für Lösungen ein. Sie kann Expertengruppen einsetzen und Projekte lancieren. Hierzu setzt sie drei unterschiedliche Gremienarten bzw. Instrumente auf operativer Ebene ein, stets mit dem Ziel, den breiten Einbezug und die Mitwirkung der Akteure der Berufsbildung sicherzustellen. Bei den drei Instrumenten handelt es sich um Dialogforen, Expertengruppen und Projektgruppen. Mitglieder der TBBK sind Bildungsverantwortliche des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes, des Schweizerischen Gewerbeverbandes, des

E. 44

Act. [...] Schreiben Arbeitgeber Banken vom 31.10.2023, Ziff. 3.

E. 45

Vgl. <<https://www.edk.ch/de/bildungssystem-ch/allgemeines>> (2.4.2024).

E. 46

Vgl. <[https://www.sbf.admin.ch/sbf/de/home/bildung/bildungsraum-schweiz.html;file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20\(1\).pdf](https://www.sbf.admin.ch/sbf/de/home/bildung/bildungsraum-schweiz.html;file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20(1).pdf)> (2.4.2024).

E. 47

Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG; SR 412.10).

E. 48

Verordnung vom 19.11.2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV; 412.101).

11 Schweizerischen Gewerkschaftsbundes und von Travail.Suisse. Weiter der Präsident oder die Präsidentin der Schweizerischen Berufsbildungsämter-Konferenz (SBBK) sowie ein weiteres SBBK-Mitglied aus einer anderen Sprachregion und die Leiterin oder der Leiter der Abteilung Berufs- und Weiterbildung des SBFI. Das Generalsekretariat der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren ist mit einer Person als ständiger Gast vertreten. Dialogforen fördern den direkten Austausch der Akteure unter sich sowie mit den Mitgliedern der TBBK. Sie stellen zudem den Kommunikationsfluss und die Rückkoppelung zu den Akteuren sicher, verbessern das Systemwissen der verschiedenen Akteure und begünstigen den einheitlichen Vollzug. Sie bieten eine Plattform, um aus dem Blickwinkel des jeweiligen Dialogforums den Puls zu fühlen, «good practice» auszutauschen und Fragestellungen zu diskutieren. Aus den Dialogforen können Impulse für die Weiterentwicklung der Berufsbildung entstehen und in der TBBK zur Diskussion beantragt werden. Es bestehen u.a. Dialogforen von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Expertengruppen werden bei Bedarf für eine vertiefte Auseinandersetzung mit aufgetretenen Fragen eingesetzt. Schliesslich kann die TBBK Projekte zur Bearbeitung von Themen und Problemstellungen lancieren und entsprechend Projektgruppen einsetzen. 49 33. Die Verbundpartner der Berufsbildung (Bund, Kantone und Organisationen der Arbeitswelt) haben im Rahmen der TBBK im November 2021 ein Commitment zu fairen Chancen in der Berufswahl und bei der Lehrstellenbesetzung verabschiedet. Demnach sollen offene Lehrstellen frühestens im August des Jahres vor Lehrbeginn zur Bewerbung ausgeschrieben und Lehrverträge frühestens ein Jahr vor Lehrbeginn abgeschlossen werden. Weiter sollen die kantonalen Berufsbildungsämter die Lehrverträge frühestens im September des Jahres vor Lehrbeginn genehmigen. Dies soll eine sorgfältige, zeitlich gut abgestimmte Berufswahl im Interesse aller Beteiligten ermöglichen und soll ein gemeinsames Verständnis des Berufswahlprozesses mit seinen verschiedenen Phasen innerhalb des bestehenden Rahmens von Schul- und Lehrplänen, Arbeitsrecht und Berufsberatung fördern. Das Commitment wirkt dem Wettlauf um frühe Vertragsabschlüsse und damit der Gefahr von Lehrvertragsauflösungen entgegen. 50 34. Rund zwei Drittel der Jugendlichen in der Schweiz entscheiden sich nach der obligatorischen Schule für eine berufliche Grundbildung und eignen sich dadurch eine solide berufliche Grundlage an. Dabei stehen den Jugendlichen über 240 Berufe zur Auswahl.

Viele berufliche Qualifikationen werden in der Schweiz auf der Sekundarstufe II erworben, während in anderen Ländern der Erwerb der gleichen Qualifikation auf der Tertiärstufe erfolgt. Damit unterscheidet sich das Schweizer System von den meisten schulisch orientierten ausländischen Berufsbildungssystemen. Die Besonderheit des Schweizer Systems besteht insbesondere in der bereits erwähnten Dualität. Die berufspraktische Ausbildung, die an drei bis vier Tagen in einem Lehrbetrieb erfolgt, wird mit dem theoretischen Unterricht (berufsbildende und allgemeinbildende Fächer) an der Berufsfachschule (ein oder zwei Tage) kombiniert. Daneben besuchen die Lernenden überbetriebliche Kurse, in denen sie spezifische berufspraktische Fertigkeiten vertiefen. 51 Die berufliche Grundbildung umfasst neben der beruflichen Praxis Allgemeinbildung und berufskundliche schulische Bildung. Die jeweiligen Leistungsziele, Bildungsinhalte und deren Aufteilung auf die drei Lernorte (Berufsfachschule, Lehrbetrieb, überbetriebliche Kurse) werden in den Verordnungen über die berufliche Grundbildung für die entsprechenden Berufe sowie in den jeweiligen Bildungsplänen festgehalten. Für den allgemeinbildenden

E. 49

Vgl. zum Ganzen:

<https://berufsbildung2030.ch/images/pdf_de_en/20201109_D_Umsetzungskonzept.pdf> (2.4.2024).

E. 50

bekannt. Die ausgetauschten Informationen zu den Lohnnebenleistungen, wie Kinderzulagen, Lohnentwicklungen und Goodies stellen ebenfalls Informationen zum Lohn und damit zu Wettbewerbsparametern dar. Ebenfalls um Wettbewerbsparameter handelt es sich bei den Informationen zu den Anstellungsbedingungen, wie Mutterschaftsurlaub. Was genau ausgetauscht worden ist, geht aus den Akten nicht hervor. Auch ohne den Markt genauer abzugrenzen, kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte bestehen, dass insbesondere mit den Salär tabellen aber auch mit den Lohnnebenleistungen Informationen ausgetauscht wurden, die geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 173. Im Rahmen der CYP Association fand mindestens im Jahr 2019 ein Austausch über die Salärentwicklung in den ersten Jahren nach Lehrabschluss statt. Ebenfalls im Jahr 2019 wurden Informationen zur Lehrmittelpauschale und im Jahr 2018 Informationen zur Entschädigung von elektronischen Geräten diskutiert. Informationen zu Lohnentwicklungen betreffen Wettbewerbsparameter. Auch die ausgetauschten Informationen zu den Lohnnebenleistungen (betr. Lehrmittelpauschalen und Entschädigung für elektronische Geräte) betreffen Wettbewerbsparameter. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die Informationen anonymisiert ausgetauscht worden wären. Aus den Akten ist je ein einmaliger Austausch von aktuellen Informationen ersichtlich. Auch wenn aus den Akten keine wiederkehrenden Austausche im Rahmen der CYP Association hervorgehen, bestehen gleichwohl Anhaltspunkte darauf, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, Unsicherheiten zum Marktverhalten der Wettbewerber zu beseitigen. Zumal in der CYP Association wohl die Mehrzahl der Banklehrstellenanbietenden vertreten sind und es sich bei der Frage der Entschädigung für elektronische Geräte um eine neue Thematik handelte. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 174. Die teilnehmenden Unternehmen des

«Netzwerks» haben mindestens in den Jahren 2015 bis 2019 auf jährlich aktualisierten Tabellen Informationen zu Lohnentwicklungen, Bonuszahlungen und Bonus- und Beförderungsrunden ausgetauscht. Weiter wurden Informationen zu den ausgerichteten Lohnnebenleistungen geteilt, wie monatliche Essensentschädigungen, Vergünstigung von REKA-Checks, Konditionen von vergünstigten Personalkonten und vergünstigten Hypotheken, Familienzulagen, Übernahme der Kosten des öffentlichen Verkehrs, Beiträge an oder Angebote für Kinderbetreuung, Konditionen für Sabbaticals und Entschädigungen bei Dienstjubiläen. Weiter enthalten die Tabellen Informationen zu den Löhnen und Lohnbestandteilen (Boni, Essensentschädigung, Konditionen Personalkonten) von Lernenden. Es kann weitestgehend auf die Ausführungen in Rz 168 verwiesen werden. Löhne und Lohnnebenleistungen stellen Wettbewerbsparameter dar. Die Informationen sind nicht anonymisiert, aktuell, nicht öffentlich zugänglich und wurden regelmässig ausgetauscht. Hinzu kommt, dass wohl die Mehrheit der Arbeitgebenden des Finanzplatzes Zürich beteiligt waren. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

175. Im Rahmen der «KV ERFA» tauschten die beteiligten Unternehmen Informationen mindestens in den Jahren 2011 und 2018 auf Tabellen folgende Informationen aus: Lehrlingslöhne je Lehrjahr, Löhne der Lehrabgängerinnen und Lehrabgänger, Lohnnebenleistungen wie Essensentschädigungen, übernommene Kosten für Lehrmittel, REKA-Checks und Abschlussprämien. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei den Löhnen und Lohnnebenleistungen um Wettbewerbsparameter. Die nicht anonymisierten, aktuellen Daten waren nicht öffentlich zugänglich. Dadurch, dass die grösseren KV-Lehrbetriebe des Raums Zürich vertreten waren, bestehen Anhaltspunkte, dass kein genügendes Entgegenwirken von nicht am Austausch

51 beteiligten Wettbewerbern möglich war. Obwohl die Austausche nicht sehr regelmässig erfolgt sind, bestehen Anhaltspunkte darauf, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 176. Wie in Rz 47 und 144 hiervor ausgeführt, tauschten die beteiligten Unternehmen in der Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP) und deren Untergruppe Workshop Compensation Informationen über Gehälter, Arbeitsbedingungen und Lohnnebenleistungen aus. Mindestens in den Jahren 2019, 2020 und 2022 wurden detaillierte Informationen zu Löhnen von Praktikantinnen und Praktikanten, Lernenden, studentischen Aushilfen, zu Einstiegsgehältern von Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern, Hochschulabgängerinnen und Hochschulabgängern und zu Entwicklungen der Löhne der Angestellten mit Masterabschluss geteilt. Zwischen 2020 und 2023 wurden zudem Informationen zu geplanten Lohnrunden geteilt. Die beteiligten Unternehmen tauschten sich zudem zu Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen aus. Wie vorstehend ausgeführt, betreffen sämtliche dieser Informationen Wettbewerbsparameter. Mit Ausnahme des Surveys zu

den Kinderbetreuungskosten erfolgten sämtliche Austausche nicht anonymisiert. Die Informationen betrafen aktuelle und künftige Informationen und waren nicht öffentlich zugänglich. Weiter fanden die Austausche regelmässig über mehrere Jahre hinweg statt. Auch wurden die Tabellen nur den beteiligten Unternehmen zur Kenntnis gebracht. Insgesamt bestehen folglich Anhaltspunkte dafür, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Dies unabhängig der konkreten Marktabgrenzung, wobei anzumerken ist, dass viele der grossen Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber der Region Basel in diesem Gefäss vertreten waren. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 177. Die beteiligten Unternehmen der [...] tauschten zwischen 2005 und 2017 jährlich Informationen über Löhne und Lohnnebenleistungen von Lernenden aus. In der Nachfolgeorganisation der [...], der [...] wurden die Informationsaustausche zu den Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden in den Jahren 2019 und 2020 fortgeführt. In den Jahren 2021 und 2022 tauschten sich Unternehmen des [...] zu Löhnen von Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten und Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden aus (vgl. Rz 48 und Rz 144). Der langjährige, jährliche und damit regelmässige Austausch von nicht öffentlichen Informationen, welche Wettbewerbsparameter betreffen, erfolgten nicht anonymisiert. Auch wenn die Informationen zu den Lehrlingslöhnen zum Teil öffentlich zugänglich gewesen sein sollten, erhielten die beteiligten Unternehmen mit den vorliegenden Tabellen eine sonst nicht vorhandene Gesamtübersicht. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 178. Im Rahmen der internationalen ERFA fanden sowohl physische Meetings wie auch schriftliche Austausche in Form von Surveys statt. Anlässlich der physischen Meetings wurden offenbar Fragen zu Lohnthemen aufgeworfen, wie künftige Lohnentwicklungen. Aus den Akten geht aber nicht hervor, was genau anlässlich der Meetings seit 2014 tatsächlich besprochen wurde und welche Informationen genau zwischen den teilnehmenden Unternehmen ausgetauscht wurden. Insoweit liegen hierzu folglich keine beweismässig erstellten Anhaltspunkte vor, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der

52 Teilnehmenden zu beeinflussen. Diesbezüglich liegen zufolge Beweislosigkeit also keine Anhaltspunkte für bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen und somit auch keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vor. 179. Die sog. Surveys, die im Rahmen der internationalen ERFA gemacht wurden (vgl. Rz 178), betrafen Fragen im gesamten Spektrum der Lohnnebenleistungen. So fanden u.a. Austausche statt zu Steuern, Pensionsplänen, Mutter- und Vaterschaftsurlaub, Fahrzeuge, Ferientage, Sabbatical, Gesundheitschecks, Krankenversicherung, Geschenke bei Dienstjubiläen, Parkplatzregelung, Entschädigung für Schulgelder, Kinderbetreuungskosten, Beratungsangebote, Essenentschädigungen, Krankentaggeldversicherung, Umzugshilfen und Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, wie Fragen zu Reisen, Impfungen, Heimarbeit. Lohnnebenleistungen und Anstellungsbedingungen sind, wie oben

dargelegt, als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren. Zwischen 2014 und 2023 fanden 61 Surveys statt. Der Austausch erfolgte also über lange Zeit sehr regelmässig und es wurden jeweils aktuelle und nicht öffentlich zugängliche Informationen ausgetauscht. Die Antworten wurden nicht anonymisiert an das jeweilige Unternehmen, welches die Umfrage startete, gesendet. Erst in einem zweiten Schritt wurden anonymisierte Tabellen den übrigen Unternehmen zur Verfügung gestellt. Mindestens mit Bezug auf das jeweils die Umfrage startende Unternehmen kann nicht von hinreichend aggregierten Daten ausgegangen werden. Für dieses war stets erkennbar, welche Daten von welchem Unternehmen geliefert wurden. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass die mit den Surveys ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 180. Weiter fanden Informationsaustausche im Rahmen des Global Benefits Council statt, wobei diese Austausche sowohl bei den jährlichen Treffen als auch mittels E-Mail-Umfragen erfolgten. Die mündlichen Austausche sind in den Akten nicht näher umschrieben. Wie bei den mündlichen Austauschen im Rahmen der ERFA (Rz 178) liegen keine beweismässig erstellten Anhaltspunkte vor, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der Teilnehmenden zu beeinflussen. Zuzufolge Beweislosigkeit liegen diesbezüglich also keine Anhaltspunkte für bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen und somit auch keine Anhaltspunkte für Abreden im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vor. 181. Neben den mündlichen Austauschen fanden im Rahmen des Global Benefits Council Umfragen per E-Mail statt, die Lohnnebenleistungen betrafen, namentlich Rentenbeiträge, Angebote von Finanzberatungsleistungen, Geschäftsfahrzeuge, Sozialleistungen, Arbeitsplatzflexibilität, Burnout-Prävention und Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (Abwesenheit vom Arbeitsplatz, Homeoffice, Tests, med. Dienstleistungen). Wie hiervor mehrmals ausgeführt, handelt es sich bei Lohnnebenleistungen um Wettbewerbsparameter. Die Antworten auf die Fragen wurden von den teilnehmenden Unternehmen mit einer Antwort an Alle per E-Mail nicht anonymisiert geteilt. Zwischen dem Jahr 2015 und 2022 fanden 17 solche Umfragen statt. Damit kann von einem langjährigen Austausch ausgegangen werden. Die geteilten Informationen waren nicht öffentlich bekannt und es handelte sich um aktuelle Angaben. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass die mit den Umfragen ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. 182. Die Austausche der [...] fanden anlässlich von physischen Treffen und im Rahmen von E-Mail-Umfragen statt. Die exakten Inhalte der mündlichen Austausche können gemäss Akten nicht mehr rekonstruiert werden. Umfragethemen bei den E-Mail-Umfragen waren

53 Lohnnebenleistungen (wie Rentenpläne, Feiertage, Krankenversicherung) und Arbeitsbedingungen (wie Impfkampagne, Stressmanagement). Bevor ein Unternehmen eine Umfrage starten konnte, musste die geplante Umfrage den die [...] begleitenden Kartellrechtsanwältinnen und Kartellrechtsanwälten vorgelegt werden. Es wurde darauf hingewirkt, dass lediglich «Ja/Nein-Fragen» gestellt werden und die Umfrageantworten

wurden von einem unbeteiligten Dritten anonym zusammengefasst. Die anhand der Umfragen ausgetauschten Informationen betrafen zwar Wettbewerbsparameter, wurden den teilnehmenden Unternehmen aber ausschliesslich in anonymisierter Form zur Verfügung gestellt. Auch die Frageform reduzierte den Informationsgehalt der geteilten Informationen. Es bestehen also keine Anhaltspunkte dafür, dass die ausgetauschten Informationen Unsicherheiten bezüglich des Marktverhaltens der Konkurrenten beseitigen konnten. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die E-Mail-Umfragen eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung und somit eine Wettbewerbsabrede darstellen. 183. Im Jahr 2022 wurde im Rahmen der [...] von einem Drittanbieter eine Aufstellung erstellt, die u.a. Informationen zu Pensionsplänen, Versicherungen, Wellbeing, Geschäftsfahrzeuge, Arbeitszeit, Ausbildungs-/Weiterbildungskostenübernahme, Essen, Ferien, Abwesenheiten (Mutterschaft, Vaterschaft, Todesfälle, etc.) und Kündigungsbestimmungen enthielt. Diese Aufstellung beinhaltet Lohnnebenleistungen und Anstellungsbedingungen und damit Wettbewerbsparameter. Die Informationen sind sehr detailliert und aktuell. In der Tabelle sind die Unternehmen nicht namentlich genannt, aber mit Client 1 bis 14 durchnummeriert. Auch wenn gewisse Informationen (wie bspw. Informationen zum Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub) wohl öffentlich bekannt sind, bedarf das Zusammenstellen dieser Informationen, selbst wenn sämtliche öffentlich bekannt wären, einen sehr grossen Aufwand, was dazu führt, dass die Informationen insgesamt nicht als öffentlich zu bezeichnen sind. Weil sämtliche teilnehmende Unternehmen in der [...]branche tätig sind und bekannt ist, welche Unternehmen teilgenommen haben, ist die Möglichkeit, dass aufgrund der sehr detaillierten Informationen darauf geschlossen werden kann, welche Unternehmung hinter dem Pseudonym Client 1 bis Client 14 steht, als gross einzustufen. Es kann damit nicht von einer tatsächlichen anonymisierten Tabelle ausgegangen werden. Aufgrund der fehlenden Aggregation der Daten und der geringen Zahl von Teilnehmenden erhalten die Teilnehmenden einen guten Überblick über die Lohnnebenleistungen bei den direkten Konkurrenten. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die in dieser Tabelle ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern und dieser Datenaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

B.5.1.3.3. Fazit bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 184. Wie vorstehend ausgeführt (vgl. Rz 168 ff.), haben die teilnehmenden Unternehmen Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen ausgetauscht. Diese dargestellten Informationsaustausche waren in der Mehrzahl geeignet, die Unsicherheiten bezüglich des Verhaltens anderer Marktteilnehmer zu beseitigen oder andere Marktteilnehmer über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. 218 Die genannten ausgetauschten Informationen betrafen Preiselemente bezüglich der Arbeitsverhältnisse. Die teilnehmenden Unternehmen haben zumindest aktuelle Preisinformationen ausgetauscht. Teilweise waren die ausgetauschten Informationen auch zukunftsbezogen. Wie oben

218 Wie aber ausgeführt, liegen hinsichtlich weniger dargestellten Austausche keine Anhaltspunkte vor, dass es sich dabei um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handelt: vgl. Rz 171 (gewisse Austausche im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB), Rz 178, 180 (mündliche Austausche im Rahmen der internationalen ERFA und des Global

Benefits Council) und Rz 182 (mündliche Austausche und Umfragen per E-Mail im Rahmen der [...]).

54 festgehalten, waren die ausgetauschten Daten detailliert und individualisiert bzw. nicht aggregiert. Die Austausche fanden über eine längere Zeit statt. Es wurden also firmenspezifische Informationen über aktuelles und künftiges Preisverhalten und solche, die Rückschlüsse darauf zulassen, ausgetauscht. Da die ausgetauschten Informationen Preise und Preiselemente betrafen, liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass diese geeignet sind, Einfluss auf den Wettbewerb zu nehmen. Es liegen insgesamt Anhaltspunkte dafür vor, dass den vorliegenden Informationsaustauschen ein wettbewerbsbeschränkender Zweck innewohnt, womit Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen sind. Ob auch Anhaltspunkte für eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen wären, muss deshalb nicht geprüft werden. Dieses Resultat deckt sich auch mit der von der Europäischen Kommission veröffentlichten Rechtsauffassung, wonach Lohnabsprachen (wage fixing) bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen (restrictions of competition by object) seien. 219

B.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

185. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.5.2.1 Horizontale Preisabrede 186. Unter dem Preis ist die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung zu verstehen, wobei sich der Preis sowohl auf das Endprodukt bzw. die Enddienstleistung als auch auf Teilprodukte bzw. Teildienstleistungen beziehen kann. In der Regel handelt es sich dabei um eine monetäre Gegenleistung. 220

187. Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. 221 Unter Preiselementen oder -komponenten sind Bestandteile der Preisbildung zu verstehen. Entsprechend fällt unter den Vermutungstatbestand nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern bspw. auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, preisbeeinflussende Geschäftsbedingungen oder Preiskalkulationen. 222

219 European Commission, Competition policy brief, Antitrust in Labour Markets, Mai 2024,

<https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en?filename=kdak24002enn_competition_policy_brief_antitrust-in-labour-markets.pdf&prefLang=de> (4.6.2024). 220 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 31), Art. 5 N 375; DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 5 N 381. 221 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1.4, m.w.H. auf Rechtsprechung und Literatur, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 222 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1.4, mit Verweis auf DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 5 N 382 und 392 ff., Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen; BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 124ff., Baubeschläge; hier hält das BVGer fest, dass die Aspekte der Wesentlichkeit oder

Unwesentlichkeit eines Preiselements bei der Prüfung nicht zu berücksichtigen seien.

55 188. Die Abrede muss zu einer Festsetzung des Preises oder von Preiselementen bzw. -komponenten führen. Die Art und Weise der Festsetzung ist gleichgültig (indirekt oder direkt), massgeblich ist einzig die Wirkung der Preisfestsetzung. Damit kann die Preisabrede sowohl in der Form einer Vereinbarung als auch in der Form einer abgestimmten Verhaltensweise zustande kommen. Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt es, wenn die Abrede über das Potenzial verfügt, eine Preisfestsetzung herbeizuführen. Die Abrede muss mit anderen Worten geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten. Abreden, die einen preisharmonisierenden Zweck verfolgen oder denen eine preisharmonisierende Wirkung zukommt und die nicht als direkte Preisfestsetzung ausgestaltet sind, werden vom Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG als indirekte Preisabreden erfasst. 223 189. Wie oben dargestellt, tauschten die in den verschiedenen Gefässen beteiligten Unternehmen Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen aus. Bei diesen Informationen handelt es sich, wie auch bereits dargelegt, um Preiselemente bei Anstellungsverhältnissen (vgl. hiervor Rz 143). Auch wenn beim Lehrvertrag die fachgemässe Ausbildung für einen bestimmten Beruf im Zentrum steht und diese die Hauptleistung des Lehrbetriebs beim Lehrvertrag darstellt, stellt der Lohn, sofern ein solcher vereinbart ist, einen zwingenden Vertragsgegenstand und somit ein Preiselement dar. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die Informationsaustausche Preiselemente betrafen und das Tatbestandselement «Preis als Gegenstand der Abrede» von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu bejahen ist. Weil der Lohn und die Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen selbst bei Lehrverträgen nicht als unbedeutende Preisbestandteile zu qualifizieren wären, kann im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung auf eine eingehende Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage der Behandlung von Austauschen zu unwesentlichen Preiselementen verzichtet werden. 190. In den verschiedenen Gefässen, in denen Informationsaustausche festgestellt werden konnten, wurden über Jahre detaillierte Informationen über die Löhne, geplante Lohnerhöhungen, Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen ausgetauscht. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die beteiligten Unternehmen gestützt auf die ausgetauschten Informationen ihre Anstellungsbedingungen (namentlich Löhne, Lohnnebenleistungen, Arbeitsbedingungen) implizit aufeinander abstimmen konnten. Das Wissen um die Anstellungsbedingungen der Konkurrenten diene als Grundlage für das eigene Verhalten bei der Festlegung der eigenen Arbeitsbedingungen. Es bestehen folglich Anhaltspunkte dafür, dass mit dem Wissen über die Konkurrenten die Unternehmen in der Lage waren, den in preislicher Hinsicht vorhandene Wettbewerbsdruck zu verringern und dass die Abrede über das Potenzial verfügte, zumindest eine indirekte Preisfestsetzung herbeizuführen. Damit bestehen auch Anhaltspunkte, dass das zweite Tatbestandselement von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt ist.

B.5.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 191. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. 224 Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher und allenfalls zeitlicher

Hinsicht ab- zugrenzen.

223 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1.7 ff., Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 224 BGE 129 II 18 E. 8.1 m.w.H., Buchpreisbindung; vgl. BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 8.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 565.

56 192. In Bezug auf das diesbezüglich zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass die Prüfung der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies z.B. deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Abklärungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbieterinnen und Anbietern und Nachfragerinnen und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind, reicht es daher für die Widerlegung der genannten Vermutung aus, wenn die für diese Prüfung massgeblichen Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen. 225 Dies gilt umso mehr in einer Vorabklärung, wo lediglich Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden.

B.5.3.1 Relevanter Markt 193. Bei der Bestimmung des kartellrechtlich relevanten Marktes ist – in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU 226 – zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind. 227 194. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können. 228 Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes namentlich für die Höhe einer allfälligen Sanktion von Bedeutung. Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft. 229 Ausgangspunkt bildet jeweils die konkret untersuchte Verhaltensweise. 230

225 Vgl. RPW 2020/3a, 1111 Rz 1225, Bauleistungen See-Gaster; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 85), Art. 5 N 364. 226 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 227 BGE 139 I 72 E. 9.1 m.w.H., Publigroupe; BGE 129 II 497 E. 6.3.1, Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF); BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, Hallenstadion; BGE 129 II 18 E. 7.2 und 7.3.1, Buchpreisbindung. 228 RPW 2017/3, 448 Rz 215 ff., Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2020/3a, 1111 Rz 1229, Bauleistungen See-Gaster; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 109), Art. 5 N 61 ff.; BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 31), Art. 4 II N 94; vgl. exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11. 229 BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 274 m.w.H. (u.a. auf die EU-Praxis), ADSL II (m.w.H. – u.a. auch auf die EU-Praxis); so z.B. auch RPW 2020/4a, 1818 Rz 440, Bauleistungen Graubünden; RPW 2020/3a, 1111 f. Rz

1229, Bauleistungen See-Gaster; RPW 2019/2, 445 Rz 600, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 230 Vgl. BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.1, 5.3.3 und 7.2.3, Hallenstadion; BVer, B- 4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, 5.4.3.8, Leasing/CA Auto Finance; BVer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 5.3.1.3.2, ASCOPA.

57 a. Marktgegenseite 195. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung (sachlich, örtlich, zeitlich) kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. 231 «Marktgegenseite» sind dabei die konkreten Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistungen bzw. Güter, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung sind. 232 Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Markt- abgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen des durch das marktbeherr- schende Unternehmen verkauften Produkts an. 233 Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen oder anbie- ten, auf die sich die Abrede bezieht. 234 196. Im vorliegenden Fall geht es bei den Arbeitsmarkt- abreden um die von den Unternehmen angebotenen Arbeitsstellen und die dafür angebotenen Entschädigungen (Lohnniveau, Lohn- nebenleistungen, Lohnentwicklung und sonstige Arbeitsbedingungen). Die Marktgegenseite umfasst die Stellensuchenden oder die Arbeitnehmenden, die an diesen Arbeitsstellen inte- ressiert sind bzw. diese innehaben. 197. Die in der vorliegenden Vorabklärung dargelegten Abreden betreffen unterschiedliche Berufsprofile und damit unterschiedliche Marktgegenseiten. Je nach Abrede sind Lernende, sowohl KV-interessiert als auch IT-interessiert, zu unterscheiden. Bei KV-Berufseinsteigenden dürfte sich aufgrund der geforderten Bankkenntnisse die Marktgegenseite auf aktuelle oder ehemalige Banklernende fokussieren. Bei Bankangestellten mit einigen Jahren Berufserfah- rung stellt sich die Frage, ob eine Verfeinerung der Marktgegenseite anhand der Fachspezia- listenstelle, der Abteilung und/oder der Hierarchiestufe angebracht ist, etwa dann, wenn diese Funktionen spezifische Berufserfahrung und spezifisches Fachwissen voraussetzen, welche üblicherweise nicht «on the job» erworben und/oder durch erworbenes Knowhow auf anderen Arbeitsmärkten kompensiert werden (können). So dürften bspw. die Stellen von Abteilungslei- terinnen und Abteilungsleitern oder Filialleiterinnen und Filialleitern oder gewissen Spezialis- tinnen und Spezialisten in Handelsabteilungen separate Marktgegenseiten bilden. Bei den Hochschulabsolventen dürfte die Marktgegenseite oftmals anhand des Studienabschlusses getrennt betrachtet werden können. 198. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemaßnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die un- terschiedlichen Marktgegenseiten weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofile, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen. b. Sachlich relevanter Markt

199. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktge- genseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als

231 BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, Publigroupe; BGE 141 II 66 E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente I. 232 BVer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance; BVer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, ADSL II; so z.B. auch RPW 2020/4a, 1818 Rz 441, Bauleistungen Grau- bünden; RPW 2020/3a, 1112 Rz 1230, Bauleistungen See-Gaster; RPW 2019/2, 445 f. Rz 601, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 233 BVer,

B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, ADSL II. 234 RPW 2020/4a, 1818 Rz 441, Bauleistungen Graubünden; RPW 2020/3a, 1112 Rz 1230, Bauleistungen See-Gaster; RPW 2019/2, 445 f. Rz 601, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I.

58 substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist). 235 200. Massgebend ist also, ob im konkreten Einzelfall aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie von den Betroffenen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind. Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragesicht. Massgebend ist die subjektive Sichtweise der von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen. Die Austauschbarkeit beurteilt sich somit aufgrund der tatsächlichen, allenfalls empirisch beobachtbaren Sicht. 236 Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Vorabklärung. 237 201. Da der sachlich relevante Markt aus der Sicht der Arbeitnehmenden abgegrenzt wird, werden sich die Arbeitsmärkte von den Endkundenmärkten der Unternehmen unterscheiden können. Stellen für kaufmännische Angestellte werden z. B. von Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen angeboten so dass Arbeitnehmende beim Stellenwechsel auch ein Branchenwechsel als substituierbar ansehen. 202. Die «Produkt(faktor)»-Dimension der Arbeitsmarktdefinition bezieht sich auf die unterschiedlichen Arbeitsplätze, die Arbeitssuchende für sich in Betracht ziehen und für die sie qualifiziert sind. Dies bezieht sich auf die Übereinstimmung zwischen einerseits den Fähigkeiten, der Ausbildung, der Berufserfahrung und den Interessen eines Arbeitssuchenden und andererseits dem Berufsprofil, dem konkreten Stellenprofil und der geforderten Berufserfahrung, die die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber sucht und bietet. Für die anbietenden Arbeitnehmenden sind prima vista alle Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die ihr jeweiliges Berufsprofil nachfragen, Teil desselben sachlich relevanten (Arbeits-)Marktes. 238 203. Die Berücksichtigung der Präferenzen von Arbeitnehmenden ist, wie das Verständnis heterogener Verbraucherpräferenzen für verschiedene Aspekte eines Produkts, eine komplexe Herausforderung. In der Literatur wird deshalb vorgeschlagen, Faustregeln zu entwickeln und anzuwenden, und die Resultate anschliessend mit Hilfe ökonomischer Studien zu überprüfen. 239 204. Zur Konkretisierung des relevanten Berufsprofils wird auch vorgeschlagen, dass gängige Berufsklassifikationen verwendet werden könnten. Weltweite Grundlage hierfür ist die von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) entwickelte Norm ISCO-08. Für die kartellrechtliche Marktabgrenzung wird man hier einen nützlichen Ausgangspunkt finden, der für die Ermittlung der Substituierbarkeit dann entsprechend zu vergrößern oder zu verfeinern ist. 240 Bezüglich der angebotenen Lehrstellen für angehende Bankfachleute etwa zeigen die Fragebögen die Besonderheiten der kaufmännischen Ausbildung in Banken auf. Mehrere Banken weisen auf

235 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2 m.w.H., Hallenstadion; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 52, Hallenstadion; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, ADSL II. 236 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.7, Leasing/CA Auto Finance. 237 Vgl. zum Ganzen: BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, Publigroupe; BGE 129 II 18 E. 7.3.1, Buchpreisbindung; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016

E. 53, Hallenstadion; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, ADSL II; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9, Gaba. 238 Vgl. HEINEMANN (Fn 30), 379. ff. 239 SURESH NAIDU, ERIC A. POSNER, GLEN WEYL, Antitrust Remedies for Labor Market Power, Harvard Law Review, 132, 2018, 536-501, 576. 240 Vgl. HEINEMANN (Fn 30), 379.

59 die Unterschiede zwischen der kaufmännischen Ausbildung bei einer Bank und derjenigen bei anderen Unternehmen hin. Eine kaufmännische Lehre in einer Bank wird allgemein auch als anspruchsvoller als andere kaufmännische Ausbildungen bezeichnet. Die Anzahl der Bewerbungen ist in der Regel hoch und die Banken haben die Freiheit, die besten Bewerbungen auszuwählen. Die Antworten auf die Fragebögen zeigen zusätzlich auch, dass die Banken beim Berufseinstieg meist Bewerber mit einer Bankausbildung bevorzugen und von dieser Gruppe mehrheitlich Absolventen der internen Lehre anstellen. Personen mit anderen kaufmännischen Ausbildungen werden nur sehr selten eingestellt. Angesichts der spezifischen Kriterien, die in Stellenangeboten für kaufmännische Angestellte bei Banken verlangt werden (Bankausbildung), kann man davon ausgehen, dass Personen, die eine Lehre bei einer Bank absolviert haben, potenziell eine erste Stelle im gleichen Bereich bevorzugen werden.

205. Die in der vorliegenden Vorabklärung dargelegten Abreden betreffen, wie gesagt, unterschiedliche Berufsprofile. Soweit die festgestellten Abreden etwa Lernende des Banken-KV betreffen, ist zu prüfen, ob die Lernenden oder Lehrstellensuchenden auch andere Lehrstellen als austauschbar betrachten. Ergibt sich etwa, dass aufgrund von den Banken dargelegten Besonderheiten (hohe Anforderung an schulisches Wissen, sehr anspruchsvoller Lerninhalt, spezifisches Bankwissen, hohe Anforderungen an Auftritt, etc.) nur oder hauptsächlich ein Banken-KV in Betracht fällt, wird dieses als eigener sachlich relevanter Markt anzusehen sein. Bewerben sich die Lehrstellensuchenden auch auf andere KV-Lehren wäre der sachlich relevante Markt weiter zu fassen. Hinsichtlich der IT-Lernenden ist nicht auszuschliessen, dass der sachlich relevante Markt auch nicht alle Lehrstellen im IT-Bereich in unterschiedlichen Branchen umfassen würde. Die Stellen für KV-Berufseinsteigende bei Banken könnten einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen, wenn sich ehemalige Banklernende primär bei Banken bewerben. Bei Bankangestellten mit einigen Jahren Berufserfahrung wäre zu klären, ob sie sich vor allem für die gleiche Fachspezialistenstelle, der Abteilung und/oder der Hierarchiestufe bewerben oder auch Stellen in anderer Spezialisierung, Abteilung oder Hierarchiestufe in der Bewerbung einbeziehen. Bei Hochschulabsolventen, welche sich bei Banken beworben haben, ist unklar, ob diese breit über das gesamte jeweilige Studiengebiet Stellen suchen oder sich spezifisch in der Bankenbranche bewerben. 206. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die relevanten sachlichen Märkte weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofile, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen. c. Räumlich relevanter Markt 207. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). 241 208. Die geografische Dimension der Arbeitsmarktdefinition bezieht sich analog auf das Gebiet, in dem Arbeitssuchende bereit sind, eine Beschäftigung in Betracht zu ziehen. Das Potenzial für Arbeitsmobilität, aber auch der Umstand, wo örtlich und in welcher Zahl infrage kommende Arbeitsstellen

überhaupt angeboten werden, sind somit wichtige Aspekte der räumlichen Arbeitsmarktdefinition. Hierbei mitzuberücksichtigen ist einerseits die Substituierbarkeit der den Arbeitssuchenden zur Verfügung stehenden Verkehrsmittel. 242

241 BGE 139 I 72 E. 9.2.1 m.w.H., Publigroupe; ferner BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.4.1, Hallenstadion; BGE 129 II 18 E. 7.2, Buchpreisbindung; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 302, ADSL II; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9.2, Gaba. 242 NAIDU ET AL (Fn. 236), 575.

60 209. Vor diesem Hintergrund dürfte bei Lehreinsteigern der Markt lokal bis regional abzugrenzen sein. Es ist davon auszugehen, dass Schulabgängerinnen und Schulabgänger einen Lehrbetrieb in der näheren Umgebung ihres Wohnorts suchen. Demgegenüber dürfte eine Stelle als Topmanager in einer Bank durchaus einen internationalen geografischen Markt haben. 210. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die relevanten räumlichen Märkte weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofilen, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen. d. Zeitlich relevanter Markt 211. Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind. Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind. 243 212. Von Relevanz kann die Abgrenzung eines zeitlich relevanten Marktes bspw. bei Arbeitssuchenden sein: Zeitlich gesehen geht die Literatur 244 insofern von relativ kurzen Zeiträumen aus, nämlich von drei Monaten bis zu einem Jahr. Für die vorliegende Vorabklärung ist die zeitliche Komponente nicht von besonderer Bedeutung, da die grosse Mehrheit der Arbeitsmärkte das ganze Jahr über homogen zu sein scheint. Es ist jedoch zu erwähnen, dass diese zeitliche Komponente bei Lehrstellen eine Rolle spielen könnte, da die Arbeitsverträge in der Regel im Sommer beginnen. Hier scheint es, dass der zeitliche Markt auf einige Monate im Jahr beschränkt sein könnte. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die relevanten zeitliche Märkte weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofilen, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen. e. Zwischenfazit 213. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Sekretariat in der vorliegenden Vorabklärung darauf verzichten kann, die relevanten Arbeitsmärkte detailliert abzugrenzen. Massgebend bei einer Abgrenzung wäre, welche konkreten Arbeitsplätze die Stellensuchenden für sich in Betracht ziehen, wobei nur diejenigen Arbeitsplätze zum relevanten Arbeitsmarkt gehören, für welche die Stellensuchenden auch qualifiziert sind. Die Abgrenzung der relevanten Arbeitsmärkte würde wesentlich vom Ausweichverhalten der Arbeitnehmenden im konkreten Einzelfall abhängen.

B.5.3.2 Innenwettbewerb 214. Um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen, sind der Aussenwettbewerb und der Innenwettbewerb auf den Referenzmärkten zu analysieren. Im vorliegenden Fall verzichtet das Sekretariat auf eine Analyse des Aussenwettbewerbs, da die Analyse des Innenwettbewerbs hinreichend ist, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen.

243 BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.1 m.w.H., Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen. 244 ERIC A. POSNER, IOANA E.

MARINESCU, Why Has Antitrust Law Failed Workers?, Cornell Law Review, 105, 2020, 1343-1394, 1352 s. und JOSÉ A. AZAR, IOANA MARINESCU, MARSHALL I. STEINBAUM, BLEDI TASKA, Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data, NBER Working paper Series, 24395, 2018, 9 s.

61 215. Zu prüfen ist, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wegen des verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmenden widerlegt ist (Innenwettbewerb). Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb i. e. S.) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (Restwettbewerb). 245 216. Auf der Grundlage der Analyse der verschiedenen von den beteiligten Unternehmen ausgetauschten Tabellen (insbesondere auf den verschiedenen Bankenplätzen) und Informationen kommt das Sekretariat zum Schluss, dass nicht alle Unternehmen ihr Verhalten gestützt auf die durch die Informationsaustausche gewonnenen Informationen systematisch angepasst haben. Es erscheint glaubhaft, dass es unter den beteiligten Unternehmen hinsichtlich den Parametern Löhnen, Lohnbestandteilen und Lohnnebenleistungen einen gewissen Innenwettbewerb gab.

B.5.3.3 Zwischenergebnis

217. Im Rahmen dieser Vorabklärung geht das Sekretariat davon aus, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch vorhandenen Innenwettbewerb widerlegt werden kann.

B.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 218. Zu prüfen ist damit, ob die vorliegenden Abreden den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigen (Rz 219 ff.) und ob sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Rz 223 ff.). Nur wenn beides der Fall ist, ist die Abrede unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 219. Abreden, welche wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG). 220. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen. 246 Es hat festgehalten, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (sog. «harte» Abreden) grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind. Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden nicht erforderlich. Zudem sind weder tatsächliche Auswirkungen noch eine Umsetzung nötig. Vielmehr genügt, dass die harten Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können: Denn bereits mit der Vereinbarung einer harten Abrede und nicht erst mit deren Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs ist. 247 Mit anderen Worten sind Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands

245 BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), Buchpreisbindung. 246 Zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, Gaba; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, Hallenstadion, wonach eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG ist. 247 BGE 143 II 297 E.

5.4.2, Gaba, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, BMW.

62 erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regel- mässig nicht. 248 Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt. 249 221. Vorliegend haben die beteiligten Unternehmen Informationen zu Löhnen und Lohnne- benleistungen ausgetauscht. Lohnabsprachen und auch Informationsaustausche zu Löhnen und Lohnbestandteilen sind für die Arbeitnehmenden wirtschaftlich nachteilig, da ihre Löhne und sonstigen Leistungen unter Druck geraten. Gleichzeitig maximieren Unternehmen, die sol- che «Lohnabsprachen» treffen, ihren kollektiven Gewinn, indem sie die Löhne auf ein Mono- polniveau festsetzen, das die Nachfrage nach Arbeitskräften verringert. Dies hat den Neben- effekt, dass die Produktion sinkt und die nachgelagerten Preise zu Lasten der Verbraucher steigen. Sowohl in den USA als auch in der EU konnte beobachtet werden, dass die Lohnset- zung durch Monopolisten auf konzentrierten Arbeitsmärkten zu einem niedrigeren Lohnniveau und auch zu einem schwächeren BIP-Wachstum führt. 250 222. Anhaltspunkte, dass es sich vorliegend um Bagatellfälle handeln würde, sind nicht er- sichtlich. Die Sachverhalte zeigen nämlich, dass bspw. die verschiedenen Gefässe für Wett- bewerbsabreden im Bankenbereich ganze Kantone oder ganze Regionen oder sogar das ge- samte Gebiet der Schweiz betrafen und dass die Abreden in den anderen Bereichen sehr bedeutende Unternehmen auf schweizerischer Ebene mit mehreren tausend Beschäftigten und in ihrem Wirtschaftssektor führende Unternehmen betrafen. Somit liegen Anhaltspunkte vor, dass die vorliegenden horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a. KG den Wettbewerb erheblich beschränken. Sie sind vorbehältlich der Rechtfertigung unzulässig.

B.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 223. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von techni- schem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nut- zen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wett- bewerb zu beseitigen. 224. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschlies- send, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind. 251 Zur Rechtferti- gung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist. 252 Die Berücksichtigung anderer, nicht-

248 BGE 143 II 297 E. 5.2.5, Gaba, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, BMW; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., Altimum; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), Flammarion. 249 BGE 144 II 194 E. 4.3, BMW; BGE 144 II 246 E. 10.3, Altimum; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), Diffulivre; BGE 147 II 72 E. 6.5, Hors-Liste-Medika- mente II; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, Altimum; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, Baubeschläge/KOCH Group AG. 250 European Commission, Competition policy brief, Antitrust in Labour Markets, Mai 2024, S. 2, <https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en?filename=kdak24002enn_competition_policy_brief_antitrust-in-labour-mar- kets.pdf&prefLang=de> (17.5.2024), Marinescu, I., Ouss I. and Pape L-D (2021), “Wages, hires, and labor market concentration”, Journal of Economic Behavior & Organization, Vol. 184, 506-605. 251 RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, Swico/Sens, m.Hw. auf

BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung. 252 BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung.

63 ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall. 253 225. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss zur Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG notwendig sein. 254 Notwendig ist die Abrede dann, wenn die Abrede erstens geeignet ist, das Effizienzziel zu erreichen (Geeignetheit), es zweitens kein milderes Mittel gibt, welches zur Erreichung des Ziels gleich geeignet ist (Erforderlichkeit), und drittens die Abrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigt (Angemessenheit). 255 226. Erwähnenswert ist, dass andere Wettbewerbsbehörden in jüngster Zeit bestimmte Arten von Absprachen auf dem Arbeitsmarkt verboten haben. So sieht Kanada ein Verbot 256 von Lohn-, Gehalts- oder Fringe-Benefits-Vereinbarungen vor. Die Behörde listet einige mögliche Rechtfertigungsgründe auf. Nebst einem Informationsaustausch im Rahmen von Gewerkschaftsverhandlungen oder im Falle vorbehaltener Vorschriften sieht die Behörde eine mögliche Rechtfertigung, wenn eine Vereinbarung über den Arbeitsmarkt eine akzessorische Beschränkung darstellt. So bestehen in vielen Handelsabkommen arbeitsbezogene Beschränkungen. Angemessene und notwendige Lohnbeschränkungen mit legitimem wettbewerbsförderndem Zweck können zudem eine wichtige Rolle bei der Stabilisierung und dem Schutz der Geschäftsinteressen der Parteien spielen. Auch Lohnfestsetzungsklauseln, die bei Fusionsgeschäften, Joint Ventures oder strategischen Allianzen als Nebenbedingungen auftreten, könnten eine Abrede mit wettbewerbsfördernden Wirkungen darstellen. Diese Behörde erkennt die Rolle an, die diese Art von Beschränkungen in bestimmten Geschäftsvereinbarungen spielen können, z. B. in Franchisevereinbarungen und bestimmten Beziehungen zwischen einem Dienstleister und einem Kunden, wie z. B. IT-Dienstleistungsverträge oder Personalbestellungsverträge. 227. Diese Fälle scheinen jedoch im Rahmen dieser Vorabklärung keine Rolle zu spielen. Eine solche Rechtfertigung wurde auch von keiner der Parteien vorgebracht. 228. Einige Banken brachten vor, dass Informationsaustausche notwendig seien, um insbesondere die Ausbildungsqualität von Lernenden zu gewährleisten. In Bezug auf die Ausbildungsqualität liegt der gesetzliche Rechtfertigungsgrund «Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen» offensichtlich vor. In einem zweiten Schritt ist damit zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung zum Erreichen des vorgebrachten Ziels notwendig, also geeignet, erforderlich und angemessen ist. Inwiefern der offene Informationsaustausch zu Löhnen und den jeweils besprochenen Lohnnebenleistungen tatsächlich geeignet ist, die Qualität des Ausbildungssystems in der Berufsausbildung zu gewährleisten und kein milderes Mittel besteht, wurde in den Vorbringen der Banken nicht dargelegt. Dies wäre im Rahmen einer Untersuchung weiter abzuklären.

229. Gemäss den im Rahmen dieser Vorabklärung gesammelten Informationen scheinen somit keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu bestehen.

253 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, Gebro/WEKO. 254 BGE 144 II 246 E. 13.5.3, Altimum; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 31), Art. 5 N 332. 255 Vgl. zum Ganzen BGE 143 II

297 E. 7.1, Gaba; BGE 147 II 72 E. 7.2, Hors-Liste-Medikamente II; zur Erforderlichkeit auch BGE 129 II 18 E. 10.4, Buchpreisbindung. 256 Artikel 45 (1.1), Competition Act (R.S.C., 1985, c. C-34).

64 B.5.6 Ergebnis 230. Gestützt auf die obigen Ausführungen kommt das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst a KG zwischen diversen Unternehmen betreffend lohnrelevante Informationen bestehen. Weiter bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gestützt auf den vorhandenen Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Die vorliegenden Abreden sind gemäss dem Gesagten als erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren. Wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich. Somit liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Bst. a KG vor. 231. Festzuhalten ist, dass nicht bei sämtlichen dargestellten Informationsaustauschen Anhaltspunkte für das Vorliegen von unzulässigen Abreden festgestellt wurden (vgl. Fn 189 und 218). Wie in den vorgenannten Fussnoten festgehalten, liegen hinsichtlich der Austausch im Rahmen der IEBA (vgl. Rz 51 und 146), bei gewissen Austauschen im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB (vgl. Rz 42 und 171) sowie jeweils bei den mündlichen Austauschen im Rahmen der internationalen ERFA, des Global Benefits Council und der [...] (vgl. Rz 49, 50, 53, 178, 180 und 182) sowie bei den Umfragen per E-Mail im Rahmen der [...] (vgl. Rz 53 und 182) keine Anhaltspunkte vor, dass es sich hierbei um Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt. Soweit nur hinreichend aggregierte, anonymisierte Informationen oder nicht strategisch relevante, nicht vertrauliche Informationen oder historische Daten, die nicht geeignet sind, Unsicherheiten zum Marktverhalten von involvierten Unternehmen zu beseitigen, ausgetauscht wurden, liegen keine Abreden im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vor. In diesem Sinn dürfte der Austausch aggregierter Lohnstatistiken mit Angaben zur Vergangenheit, wenn diese keine Rückschlüsse auf die zukünftige Vergütungspolitik einzelner Unternehmen ermöglichen und Vorkehrungen gegen den Austausch sensibler Geschäftsinformationen getroffen werden, z. B. die Datenbeschaffung und -verarbeitung einem unabhängigen Dritten anvertraut wird, kartellrechtlich unproblematisch sein. 257 232. Die Wettbewerbsbehörden sind bei Anhaltspunkten auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, wie es vorliegend der Fall ist, grundsätzlich verpflichtet, eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG einzuleiten. Dieser Grundsatz des Verfolgungszwangs kann gestützt auf Opportunitätsüberlegungen, die auf dem allgemeinen Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) beruhen, durchbrochen werden. Ob im konkreten Fall – ausnahmsweise – gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip von einer Untersuchungseröffnung abgesehen werden kann, ist im Rahmen einer sorgfältigen und umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen.

233. Das Sekretariat kommt vorliegend gestützt auf seine Interessenabwägung zum Schluss, dass eine Untersuchungseröffnung gegen sämtliche Unternehmen, die an den in vorliegender Vorabklärung dargestellten möglichen Wettbewerbsabreden beteiligt waren, nicht angezeigt ist. Der voraussichtliche Verfahrensaufwand mit, gemäss heutigem Wissensstand, bis zu 241 Parteien wäre ausserordentlich gross und die Verfahrensdauer damit voraussichtlich sehr lang. Diese zu erwartende äusserst lange Verfahrensdauer würde einerseits für die Parteien eine lange Phase von Unsicherheit bedeuten und andererseits Ungewissheit für alle in der Schweiz tätigen Unternehmen und Stakeholder betreffend die Errungenschaften der arbeitsrechtlichen Sozialpartnerschaft und damit letztlich

Ungewissheit für die ganze Schweizer Volkswirtschaft mit sich bringen. Ohne Verfahrenseröffnung kann die sowohl für die Parteien als auch für die weiteren Unternehmen in der Schweiz, für den Wirtschaftsstandort Schweiz und für die Sozialpartnerschaft auf Arbeitsmärkten gewünschte Rechtssicherheit schneller und deutlich effizienter erreicht werden. Um diese Rechtssicherheit zu schaffen, beabsichtigt das
257 Vgl. HEINEMANN (Fn 30), 376.

65 Sekretariat im Anschluss an diese Vorabklärung eine Marktbeobachtung zu eröffnen und im Rahmen dieses informellen Verfahrens in engem Austausch mit Stakeholdern auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite sowie mit Behörden und mit der Wettbewerbskommission ein Regelwerk im Sinne einer «best practice» zu erarbeiten und zu veröffentlichen. Damit soll sämtlichen interessierten Kreisen in übersichtlicher und konzentrierter Form bekanntgemacht werden, welche Schlüsse das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung gezogen hat und wie es künftig Verhaltensweisen auf dem Arbeitsmarkt kartellrechtlich einzuordnen gedenkt. Die auf dem Arbeitsmarkt tätigen Unternehmen sollen zeitnah möglichst sichere Kenntnis darüber erlangen, welche Verhaltensweisen auf Arbeitsmärkten das Sekretariat als kartellrechtlich unproblematisch oder als kartellrechtlich problematisch erachtet und in Zukunft auch verfolgen wird, um gestützt auf diese «best practice» ihr bisheriges Verhalten nötigenfalls anpassen zu können. Mit einer Untersuchung und sich (allfällig) anschliessendem Rechtsweg, die sich beide über viele Jahre hinwegziehen würden, wäre dieses Ziel erst in vielen Jahren respektive viel später erreichbar. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsbehörden mit vorliegender Vorabklärung erstmals anhand von konkreten Fällen die Konturen des Arbeitskartellrechts zu schärfen begonnen haben. Dies bedeutet aber in keiner Weise, dass sich die Parteien (oder andere Unternehmen) im Sinne eines Verbotsirrtums – da sie bei der Begehung der Tat nicht wussten und nicht wissen konnten, dass sie sich rechtswidrig verhalten – oder mit Verweis auf eine frühere Praxis respektive auf ein früheres Abseitsstehen der Wettbewerbsbehörden in dieser Sache für ihr wohl kartellrechtswidriges Verhalten exkulpieren hätten können. Schliesslich berücksichtigte das Sekretariat, dass eine Mehrheit der Bonusmelde-rinnen gegenüber dem Sekretariat bekanntgegeben haben, dass sie ihr mutmasslich unzulässiges Verhalten mit Blick auf die Vorabklärung eingestellt oder angepasst hätten. Gestützt auf das Gesagte verzichtet das Sekretariat zum jetzigen Zeitpunkt darauf, beim Präsidium der Wettbewerbskommission die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG zu beantragen.

C Kosten 234. Vorabklärungen nach Art. 26 KG sind gebührenpflichtig (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG mit ausdrücklichem Verweis auf Art. 26 KG). Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG 258 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip ergänzt und durchbrochen. Das kommt in Art. 3 Abs. 2 Bst. b zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. 235. Gemäss den Ausführungen in diesem Schlussbericht liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Wie hiervor ausgeführt (Rz 233), verzichtet das Sekretariat gleichwohl gestützt auf das Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung zu ersuchen. Gemäss konstanter Praxis des Sekretariats 259 ändert der Umstand, dass die Vorabklärung eingestellt wird,

allerdings nichts daran, und das ist der Regelfall, dass die von der Vorabklärung betroffenen Unternehmen dennoch gebührenpflichtig sind, sofern die Vorabklärung wie vorliegend Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergab. 236. Von der vorgenannten rechtlich vorgesehenen Kostenverteilung kann gestützt auf das Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip ausnahmsweise abgewichen werden. In die

258 Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 259 Vgl. statt vieler: RPW 2021/1, 130 Rz 248, Dauer-ARGE Graubünden; RPW 2023/3, 606 Rz 107, Google News; RPW 2023/1, 617 Rz 239, Assortiments (mit weiteren Hinweisen).

66 vorliegend untersuchten Verhaltensweisen sind, wie in Rz 233 festgestellt, bis zu 241 verschiedene Unternehmen involviert und damit gemäss vorgenannter Praxis potenziell gebührenpflichtig. Über 200 Unternehmen haben bis anhin allerdings keine Kenntnis davon, dass sie von der vorliegenden Vorabklärung betroffen sind. Damit aber die Verfahrenskosten auf alle beteiligten Unternehmen verteilt werden könnten, müsste deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewahrt werden. D.h., sämtliche Unternehmen müssten über die Vorabklärung und ihren Gegenstand sowie deren Beteiligung informiert und es müsste ihnen die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Das Sekretariat erachtet dieses Vorgehen und den daraus resultierenden Aufwand als unverhältnismässig, insbesondere auch mit Blick auf die pro Unternehmen aufzuerlegenden Kosten, die sich – bei der im Regelfall geübten Verteilung nach Köpfen – auf zwischen CHF 1'000.– und CHF 1'500.– pro Unternehmen belaufen. Stärker ins Gewicht fällt für das Sekretariat allerdings, dass dadurch der Abschluss der Vorabklärung nur unnötig verzögert würde. Diese Weiterungen wären wohl mit keinem Erkenntnisgewinn in der Sache verbunden und hätten damit nur zur Folge, dass das vorausgeführte Ziel des Sekretariats, nämlich beförderlich und pragmatisch über «best practices» Rechtssicherheit für alle zu schaffen, so nicht mehr erreicht werden könnte. 237. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 236) kommt das Sekretariat in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch bezüglich der Verfahrenskosten und der Frage ihrer Überwälzung zum Schluss, dass aufgrund der besonderen Umstände in der vorliegenden Vorabklärung ausnahmsweisen auf die Auferlegung von Gebühren zu verzichten ist.

D Schlussfolgerungen 238. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

- beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen,
- teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit,
- beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Wettbewerbskommission Sekretariat

Dr. Olivier Schaller Christoph Baumgartner Vizedirektor Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Kopie an: Präsidium

67