

# **WEKO lohnabsprachen-2024-06-27 vom 27. Juni 2024**

WEKO, 2024-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_lohnabsprachen-2024-06-27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_lohnabsprachen-2024-06-27)

FR: WEKO lohnabsprachen-2024-06-27 du 27 juin 2024

IT: WEKO lohnabsprachen-2024-06-27 del 27 giugno 2024

## **Erwägungen**

### **E. 24**

B.1.1 Gesetzliche Grundlage 68. Die gesetzliche Regelung des Geltungsbereichs des KG findet sich in Art. 2 KG. Aus dem vorangestellten Zweckartikel des KG (Art. 1 KG108) können keine direkten Rechte abgeleitet werden. Nichtsdestotrotz kommt diesem indirekt Eigenständigkeit zu, indem er eine Richtlinie für die Auslegung des KG darstellt.<sup>109</sup> 69. Gemäss Zweckartikel soll mit dem Kartellgesetz nicht nur gegen volkswirtschaftlich schädliche, sondern auch gegen sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorgegangen werden. Diese «materielle Direktive» findet sich bereits in der verfassungsrechtlichen Kompetenznorm zur Bundeszuständigkeit für das Kartellrecht in Art. 96 Abs. 1 BV110. Die (Mit-)Prüfung der möglicherweise sozialen Schädlichkeit von Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne des KG ist somit notwendiger Teil der wettbewerblichen Analyse der Wettbewerbsbehörden. 70. Vor diesem Hintergrund sind die Wirksamkeit und Durchsetzung des «Kartellrecht[s] von grösstem öffentlichen Interesse: Es schützt den Wettbewerb, der Wohlstand, Wachstum und Innovation hervorbringt. Durch die Verhinderung ungerechtfertigter Transfers in Form von Kartell- und Monopolrenten ist das Kartellrecht von sich aus sozial».111 71. Bereits aufgrund der ausdrücklichen materiellen Direktive in der BV und dem KG sowie der bisher formulierten Leitgedanken, ergeben sich Hinweise dazu, dass ausserhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren und Instrumente, namentlich dem GAV- Ordnungssystem, arbeitsmarktbezogene Absprachen von Unternehmen unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen fallen. Auch wenn Raum für legitime Ausnahmen besteht, so im Einzelfall etwa auch bei Unternehmenszusammenschlüssen, Kooperationen oder Subunternehmerverhältnissen, soll der Grundsatz gelten, dass auch der Nachfragewettbewerb auf Arbeitsmärkten gegen beschränkende Vereinbarungen zu schützen ist.<sup>112</sup> 72. Dies vorausgeschickt, ergibt sich der persönliche und sachliche Geltungsbereich des Kartellrechts aus Art. 2 KG: Art. 2 Abs. 1 KG: Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Art. 2 Abs. 1bis KG113: Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. 73. Normadressaten des Kartellrechts sind Unternehmen im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs. Sämtliche Parteien, die von dieser Vorabklärung direkt betroffen sind,

108 Art. 1 KG (Zweck): Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu

fördern. 109 DANIEL MOECKLI, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schra-ner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 1 N 5; BSK KG-BIRKHÄUSER (Fn 31), Art. 1 N 1. 110 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101). 111 ANDREAS HEINEMANN, Public Interest und Wettbewerbsschutz in der Schweiz, 2021, in: For- schungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Jahrbuch 2020, Köln, Carl Heymanns Verlag, 47-60, S. 60. 112 Vgl. HEINEMANN (Fn 30), S. 378. 113 In Kraft seit 1.4.2004.

## **E. 25**

nehmen autonom am Wirtschaftsprozess teil, mithin stellen sie, gegebenenfalls als Konzern, Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Damit ist das Kartellrecht vorliegend in persön- licher Hinsicht anwendbar. 74. Arbeitnehmende sind demgegenüber keine Unternehmen; abhängige Arbeit wird nicht wirtschaftlich selbstständig erbracht (ein selbstständiger Nebenerwerb hingegen schon). Ebenso wenig haben Gewerkschaften, zumindest im Bereich ihrer Kernaufgaben, eine Unter- nehmensqualität im Sinne des Kartellgesetzes. Soweit sie die Interessen ihrer Mitglieder mit Bezug auf deren abhängiges Arbeitsverhältnis wahren, z. B. im Rahmen des GAV- Ordnungssystems, sind sie nicht wirtschaftlich tätig im Sinne des Kartellrechts. Sobald aber eine Gewerkschaft darüberhinausgehend eine Tätigkeit ausübt, die als wirtschaftlich im Sinne des Kartellrechts gilt, namentlich das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen im Wirt- schaftsprozess, qualifiziert sie sich für diesen Teil ihres Angebots als Unternehmen im kartell- rechtlichen Sinne und fällt dafür und insoweit in den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellrechts. 75. Es zeigt sich, dass das Angebot von abhängiger Arbeit mangels Unternehmensqualität nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts fällt, die Nachfrage nach Arbeit, soweit diese von Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ausgeht, hingegen schon; es wird auf die detaillierte Gesetzesauslegung von Art. 2 KG hiernach verwiesen. 76. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf Kartell- und andere Wettbe- werbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmens- zusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). In dieser Vorabklärung wird geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Informationsaustausche zwischen Unternehmen der Schweizeri- schen 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. Das vorliegend beurteilte Verhalten fällt somit unter den sachlichen Geltungs- bereich des Kartellgesetzes. Es wird auf die detaillierte Gesetzesauslegung von Art. 2 KG hiernach verwiesen. 77. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartell- gesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da diese in casu offensichtlich gegeben sind. Es geht um Sachverhalte, die sich in der Schweiz während der Geltung des aktuellen Kartellge- setzes zugetragen haben. B.1.2 Auslegung von Art. 2 KG B.1.2.1 Gesetzeswortlaut 78. Gemäss dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1bis KG und der darin enthaltenen Legaldefinition enthält der Unternehmensbegriff die folgenden zwei wesentlichen Inhalte: Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und Unabhängigkeit von der Rechts- oder Organisationsform. Es wird also eine selbstständige Teilnahme am Wirtschafts- prozess vorausgesetzt. Eine Tätigkeit stellt nur dann eine «Teilnahme» dar, wenn diese auf dem Markt der Angebots- oder Nachfrageseite zuzuordnen ist. Das Tatbestandsmerkmal «Teilnahme» besagt, dass eine Tätigkeit nur dann am Wirtschaftsprozess partizipiert, wenn sie auf einem bestimmten

Markt Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter zeitigt.<sup>114</sup> Das Begriffspaar Güter und Dienstleistungen wird weder im Gesetz noch in den Materialien weiter konkretisiert. Dienstleistungen sind immaterieller Natur, Güter materieller Natur. Damit werden alle möglichen Arten von Produkten erfasst. Die zweite Komponente der Legaldefinition

114 BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 31), Art. 2 N 65 f.

## E. 26

besagt, dass weder die Rechts- noch die Organisationsform für die Unternehmensqualität und damit für die Unterstellung unter das KG eine Rolle spiele.<sup>115</sup> 79. Der Gesetzeswortlaut enthält damit keine Einschränkung hinsichtlich des Arbeitsmarkts, womit auch dieser grundsätzlich in den Anwendungsbereich des KG fällt. 80. Die Ausführungen im Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG, wonach der Lernenden- und Praktikantinnen- und Praktikanten-Markt kein Wettbewerbsmarkt sei und weder das Anbieten von Lehrstellen und Praktikumsstellen noch die Nachfrage danach eine unternehmerische Tätigkeit darstellen, sind nicht überzeugend. Es trifft zwar zu, dass die Eigenheiten des schweizerischen Bildungssystems in Betracht gezogen werden müssen. So wird zu Recht geltend gemacht, dass es sich bei Lehrverhältnissen um Ausbildungsverhältnisse handelt, bei denen nicht die wirtschaftliche Leistung der Lernenden im Vordergrund stehen würde. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass als qualifizierendes Vertragselement des Lehrvertrags nach Art. 344a OR die fachgemässe Ausbildung gesetzlich vorgesehen ist (vgl. hiervor Rz 36). Es kann zudem festgehalten werden, dass für jede Berufslehre die jeweiligen Leistungsziele, Bildungsinhalte und deren Aufteilung auf drei Lernorte (Berufsschule, Lehrbetrieb, überbetriebliche Kurse) in öffentlich-rechtlichen Verordnungen und Bildungsplänen festgesetzt werden. Auch ist zu beachten, dass die öffentliche Hand hohe jährliche Beiträge für die Berufsbildung aufwendet, insbesondere für den Betrieb der Berufsschulen. Gleichwohl stellt die Ausbildung von Lernenden und Praktikantinnen und Praktikanten, die auf einem privat-rechtlichen Vertrag basiert, eine Tätigkeit für die Ausbildungsgesellschaften dar, die nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage abläuft. Bezeichnenderweise zitiert auch das Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG eine Kosten-Nutzen-Erhebung des Schweizerischen Observatoriums für Berufsbildung,<sup>116</sup> wonach sich die Ausbildung von Lernenden für die Ausbildungsunternehmen auch betriebswirtschaftlich lohnen muss, ansonsten keine Lernenden ausgebildet würden.<sup>117</sup> 118 Die Ausbildungsunternehmen fragen auf dem Markt nach Lernenden und Praktikantinnen und Praktikanten nach und treten in Konkurrenz mit anderen Ausbildungsunternehmen um die besten Lernenden sowie Praktikantinnen und Praktikanten.<sup>119</sup> 81. Die Voraussetzungen für die Bejahung einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinn von Art. 2 Abs. 1bis KG sind damit bei der Ausbildung von Lernenden und der Anstellung von

115 DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 109), Art. 2 N 14 ff. 116

<[https://www.ehb.swiss/sites/default/files/obs\\_ehb\\_bericht\\_kosten-nutzen.pdf](https://www.ehb.swiss/sites/default/files/obs_ehb_bericht_kosten-nutzen.pdf)>

(nachfolgend: Kosten-Nutzen-Bericht) (2.4.2024). 117 Kosten-Nutzen-Bericht, S. 49,

wonach als Grund für die Nichtausbildung insbesondere geltend gemacht wurde: «Der Nutzen der eigenen Ausbildung ist für uns zu gering.» 118 Gemäss dem

Kosten-Nutzen-Bericht kann bei der Ausbildung zwischen investitionsorientierter und produktionsorientierter Ausbildung unterschieden werden. Bei der investitionsorientierten Ausbildung werden Lernende vor allem ausgebildet, um den eigenen Fachkräftenachwuchs sicherzustellen. Der Betrieb bemühe sich, seine künftigen

Fachkräfte möglichst gut gemäss dem eigenen Bedarf auszubilden, und sei darum häufig bereit, während der Lehrzeit Nettokosten zu tragen. Diese würden mit der Übernahme der Lernenden und den daraus entstehenden Erträgen amortisiert. Bei der produktionsorientierten Ausbildungsstrategie versuche der Betrieb dagegen, alle Ausbildungskosten bereits während der Lehrzeit mit den Erträgen aus der produktiven Arbeit der Lernenden zu decken. Betriebe mit dieser Strategie seien nicht unbedingt auf die Weiterbeschäftigung der Lernenden nach deren Lehrabschluss angewiesen. Selbst wenn Lernende nach der Lehrzeit von einem anderen Betrieb abgeworben würden, habe sich die Ausbildung für sie gelohnt. 119 Die potenziellen Lernenden wählen ihre Ausbildungsstätte auch unter Berücksichtigung der Anstellungsbedingungen aus. Der Wettbewerb um Lernende zeigen auch die unterschiedlichen Löhne bei den einzelnen Berufslehren. Die Löhne im ersten Lehrjahr belaufen sich gemäss der Zusammenstellung auf [berufsberatung.ch](http://berufsberatung.ch) von weniger als CHF 500 (Grafiker EFZ: CHF 400; Fotograf EFZ: CHF 400; Tiermedizinischer Praxisassistent EFZ: CHF 452) bis über CHF 1'000 (Geflügelfachmann EFZ: ab CHF 1'100; Gemüsegärtner EFZ: CHF 1'100; Koch EFZ: CHF 1020).

## E. 27

Praktikantinnen und Praktikanten gegeben. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gestützt auf den Gesetzeswortlaut weder der Arbeitsmarkt an sich noch die spezifische Ausbildung von Lernenden bzw. Praktikantinnen und Praktikanten vom Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen sind. B.1.2.2 Historische Auslegung B.1.2.2.1. Allgemeines 82. Die Gesetzeswortlaute zum Geltungsbereich der Kartellgesetze haben sich in historischer Abfolge wie folgt entwickelt: Art. 1 KG 1962<sup>120</sup>: Das Gesetz ist anwendbar auf Kartelle und ähnliche Organisationen. Es ist nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen. Art. 1 KG 1985<sup>121</sup>: Das Gesetz ist anwendbar auf Kartelle und ähnliche Organisationen; es erfasst sowohl Unternehmen des privaten wie des öffentlichen Rechts (Abs. 1). Es ist nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen (Abs. 2). Art. 2 Abs. 1 KG 1995: Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Art. 2 Abs. 1bis KG<sup>122</sup>: Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. 83. In dem geltenden Kartellgesetz von 1995 wurde der Anwendungsvorbehalt zugunsten der ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffenden Abreden aus Art. 2 KG, welcher heute den Geltungsbereich des Kartellgesetzes umschreibt, was zuvor in den Art. 1 KG 1962 und KG 1985 erfolgte, gestrichen. B.1.2.2.2. Botschaft KG 1962<sup>123</sup> 84. Die Botschaft KG 1962<sup>123</sup> hält fest, Art. 1 sehe keine Ausnahmen für bestimmte Berufsarten vor. Abgesehen von der Mitwirkung der Gewerkschaften würden unter das Gesetz, soweit sie an einem Kartell oder an einer ähnlichen Organisation beteiligt sind, Unternehmer im weitesten Sinne des Wortes (Industrie-Unternehmungen, Betriebe des Gross- und Kleinhandels, Verkehrsbetriebe, andere Dienstleistungsbetriebe, Handwerker, Bauern, Freierwerbende) fallen. Eine Ausnahme beispielsweise für die liberalen Berufe wäre nicht am Platze, 120 Bundesgesetz vom 20.12.1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (in Kraft vom 15.2.1964 bis 1.7.1986). 121 Bundesgesetz vom 20.12.1985 über Kartelle und

ähnliche Organisationen (Kartellgesetz, KG, in Kraft vom 1.7.1986 bis 1.2.1996). 122 In Kraft seit 1.4.2004. 123 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18.9.1961, BBl. 1961 (113. Jahrgang), II, (nachfolgend: Botschaft KG 1962), S. 553 ff.

## E. 28

denn es sei nicht zum vornherein ausgeschlossen, dass auch in diesen Berufen private Abmachungen unerwünschte Auswirkungen zeitigen würden.<sup>124</sup> 85. In den Bemerkungen zu Art. 1 führt die Botschaft KG 1962 aus, dass der Entwurf nur Wettbewerbsbeschränkungen am Gütermarkt, der sich auf Waren und Unternehmerleistungen beziehe, erfasse. Gemäss expliziter Ausnahme würden Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die lediglich das Arbeitsverhältnis betreffen, dem Gesetz nicht unterstehen. «Jene Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge, die sich auf die Regelung der Arbeitsverhältnisse beziehen, sowie die Mittel des Arbeitskampfes (Streik und Gegenmassnahmen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber) sind daher ausgenommen. Wohl aber ist das Gesetz anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren von Arbeitnehmerverbänden, soweit sie Einwirkungen auf den Gütermarkt vorsehen, zum Beispiel die Sperre von Arbeitskräften gegenüber einer Unternehmung, die Kartellpreise nicht einhält.»<sup>125</sup> B.1.2.2.3. Botschaft KG 1985 86. Im Kapitel Übersicht der Botschaft KG 1985<sup>126</sup> wird ausgeführt, dass das vorliegende Gesetz formell eine Totalrevision, materiell eine Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 darstelle. Der sachliche Geltungsbereich sei weiterhin auf den Markt für Waren, Kapital und Dienstleistungen beschränkt. «Der Arbeitsmarkt ist ausgeschlossen».<sup>127</sup> 87. Der Botschaft KG 1985 kann entnommen werden, dass hinsichtlich der Revision des KG verschiedene Anliegen vorgebracht worden seien, die im Gesetzesentwurf keinen Niederschlag fänden, so beispielsweise der Einbezug des Arbeitsmarktes. In der Expertenkommission sei der Minderheitsantrag vorgelegen, den Arbeitsmarkt in den sachlichen Geltungsbereich des KG einzubeziehen, durch Streichung des zweiten Satzes von Art. 1 KG 1962. Im Vernehmlassungsverfahren hätten sich vor allem Kreise der Arbeitgeberschaft für den Einbezug des Arbeitsmarktes ausgesprochen, während sich die Arbeitnehmenden zum Teil vehement gegen diese Forderung gerichtet hätten. Es wird festgehalten, dass bereits die Preisbildungskommission in ihrem Bericht «Kartelle und Wettbewerb in der Schweiz»<sup>128</sup> einlässlich begründet habe, weshalb sich eine begriffliche Unterscheidung und eine getrennte Betrachtung von Kartellen und Gewerkschaften aufdränge. Es sei von der Preisbildungskommission in ihrem Bericht betont worden, dass für das Angebot von Arbeitskraft besondere Bedingungen bestehen: «Die Anbieter von Arbeitskraft (jedenfalls die nicht besonders qualifizierten) sind in der Regel derart zahlreich und daher als einzelne einflusslos, dass sie sich ohne gewerkschaftliche Betreuung sozusagen in einem Zustand der «atomischen Konkurrenz» befinden, was bei keiner anderen Erwerbsgruppe derart ausgeprägt der Fall ist». Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Frage, ob nicht auch der Arbeitsmarkt in den Geltungsbereich des KG einbezogen werden solle, auch heute noch zu verneinen sei. Neben grundsätzlichen Bedenken der Verfassungsmässigkeit wird die Unterschiedlichkeit von Güter- und Arbeitsmarkt genannt und dass die Bestimmungen des KG, die auf den Gütermarkt zugeschnitten seien, sich nicht ohne weiters auf den Arbeitsmarkt übertragen lassen würden. Weiter wird zur Begründung festgehalten: «Falls es nötig sein sollte, den Missbrauch von kollektiver Macht auf dem Arbeitsmarkt zu steuern, ist dies im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts zu prüfen».

124 Botschaft KG 1962 (Fn 123), S. 568. 125 Botschaft KG 1962 (Fn 123), S. 571. 126 Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl. 1981 (nachfolgend: Botschaft KG 1985), S. 1293 ff. 127 Botschaft KG 1985 (Fn 126), S. 1294. 128 Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes, Bern 1957.

## **E. 29**

Abschliessend hält die Botschaft KG 1985 zu diesem Thema fest, dass das Gesetz nur dann nicht anwendbar sei, wenn Abreden oder Vorkehren ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen würden.<sup>129</sup> B.1.2.2.4. Gesetzesmaterialien KG 1995 B.1.2.2.4.1 Botschaft 88. Die Botschaft KG 1995<sup>130</sup> führt aus, dass der Geltungsbereich im Gesetzesentwurf weit umschrieben sei. Es würden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben könne. Die inhaltlich weite Ausgestaltung der Bestimmungen über den Geltungsbereich erfolge in der Absicht, Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung für die gesamte Wirtschaft nach einem einheitlichen Prüfungsrahmen zu beurteilen. «Für die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines unternehmerischen Verhaltens sollen nicht irgendwelche formelle Geltungsbereichskriterien, sondern allein die materiellen Gesichtspunkte des Gesetzes entscheidend sein.»<sup>131</sup> 89. Zum sachlichen Geltungsbereich wird in der Botschaft KG 1995 festgehalten, dass der sachliche Geltungsbereich an den Unternehmensbegriff anknüpfe. Angesprochen seien demnach diejenigen Marktteilnehmer, die sich als Anbieter oder als Nachfrager selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. «Im Sinne einer ökonomischen Begriffsausrichtung wird mit der Verwendung des Unternehmensbegriffs klargestellt, dass weder Konsumenten noch Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden.» Der im geltenden Kartellgesetz enthaltene ausdrückliche Vorbehalt zugunsten von Verträgen, Beschlüssen und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen würden, sei durch die Neuformulierung des Geltungsbereichs nicht mehr notwendig. Auch ohne ausdrückliche Ausnahmebestimmung würden durch den Gesetzesentwurf Abreden, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, nicht erfasst. Das Gesetz sei jedoch anwendbar zur Beurteilung von Massnahmen auf dem Arbeitsmarkt, die lediglich Vehikel unzulässiger Abreden auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt seien, wie beispielsweise die Behinderung Dritter durch das Sperren von Arbeitskräften.<sup>132</sup> B.1.2.2.4.2 Wortmeldungen Nationalrat 90. Der Nationalrat hat den Gesetzesentwurf als Erstrat am 6. Juni 1995 behandelt<sup>133</sup>. 91. Der Berichterstatter der vorberatenden Kommission, Elmar Ledergerber, führte in seinen einleitenden Ausführungen aus, dass die Kommission einstimmig der Auffassung sei, dass das Kartellgesetz auf vertragliche Regelungen und Vereinbarungen der Sozialpartner, insbesondere auf Gesamtarbeitsverträge, keine Anwendung finde.<sup>134</sup> 92. Pascal Couchepin, ebenfalls als Sprecher für die Kommission, machte folgende Bemerkung zu den Gesamtarbeitsverträgen: «même si la logique l'avait justifié, les conventions

<sup>129</sup> Botschaft KG 1985 (Fn 126), S. 1319 ff. <sup>130</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 533 ff (nachfolgend: Botschaft KG 1995). <sup>131</sup> Botschaft KG 1995 (Fn 130), Ziff. 222, S. 533. <sup>132</sup> Botschaft KG 1995 (Fn 130), Ziff. 222.1, S. 533 f. <sup>133</sup> Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB), 1995 III S. 1057 bis 1075, Kartellgesetz, Revision,

Nationalrat, Geschäftsnummer 94.100. 134 AB 1995 III S. 1058.

### **E. 30**

collectives de travail ne sont pas soumises à la loi sur les cartels. En les soumettant, nous aurions provoqué une bataille politique disproportionnée avec le résultat.»<sup>135</sup> 93. Als Sprecher der freisinnig-demokratischen Fraktion führte Georg Stucky aus, sie seien etwas enttäuscht, dass zwei Punkte nicht in die Revision einbezogen worden seien. Auf der einen Seite der Arbeitsmarkt, denn auch hier, etwa bei Gesamtarbeitsverträgen, seien durch- aus monopolistische Tendenzen seitens der Personalverbände oder der Gewerkschaften zu erkennen. «Solche Absprachen können sich volkswirtschaftlich negativ auswirken; vor allem stören sie den sozialen Frieden. Wir sind aber Realisten und sind uns bewusst, dass vermutlich heute noch einige verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen. Wir drängen darum jetzt nicht darauf, dass auch der Arbeitsmarkt einbezogen wird.»<sup>136</sup> 94. Jean-Michel Gros führte zum Geltungsbereich aus: «Les libéraux se demandent, (...), s'il est encore justifié d'exclure du champ d'application de la loi les conventions collectives de travail. Nous n'ignorons pas les implications socioéconomiques qu'aurait l'éventuelle décision de les y inclure, mais nous aurions souhaité une discussion plus approfondie à ce sujet, car il est indéniable que certaines des ces conventions, en particulier celles qui bénéficient de la force obligatoire, sont susceptibles d'entraver notablement la libre concurrence sur le marché du travail. Le sujet est sans doute délicat, le terrain miné, et en définitive, il nous paraît risqué de mettre en péril l'ensemble d'une loi si urgente pour la revitalisation de l'économie en sou- mettant les accords relatifs aux rapports de travail à l'examen de la Commission de la concurrence.»<sup>137</sup> 95. Bei der Detailberatung der einzelnen Artikel des KG wurde zu Art. 2 KG das Wort nicht mehr ergriffen. Gemäss Antrag der Kommission wurde die Zustimmung zum Entwurf des Bundesgesetzes erteilt.<sup>138</sup> B.1.2.2.4.3 Wortmeldungen Ständerat 96. Die Revision des Kartellgesetzes wurde im Ständerat am 20. September 1995 behandelt.<sup>139</sup> 97. Frau Rosmarie Simmen, Berichterstatterin der Kommission, führte aus, unter «Verschiedenes» sei anzufügen, dass der Geltungsbereich des Gesetzes sich auf Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts erstrecke und weder die Arbeitnehmer noch die Konsumenten umfasse.<sup>140</sup> 98. Herr Hubert Reymond führte aus: «Si l'on admet que, dans toutes les entreprises, le prix du produit ou des services est une résultante de la combinaison du travail et du capital, donc de la main-d'œuvre et des investissements, il faut craindre que le fait de ne pas inclure ni sanctionner les conventions collectives de travail dans la loi sur les cartels aura pour conséquence de favoriser la recherche de l'investissement optimum au détriment de l'emploi, cela à court et moyen termes. C'est, hélas - nous en avons été convaincus -, le prix qu'il faut payer

<sup>135</sup> AB 1995 III S. 1058. <sup>136</sup> AB 1995 III S. 1061. <sup>137</sup> AB 1995 III S. 1065. <sup>138</sup> AB 1995 III S. 1070. <sup>139</sup> Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB), 1995 IV S. 845 bis 870, Kartellgesetz, Revision, Ständerat, Geschäftsnummer 94.100. <sup>140</sup> AB 1995 IV S. 846.

### **E. 31**

pour assurer, à long terme cette fois-ci, le développement du pays grâce au renforcement de sa capacité de concurrence internationale qui devient l'élément primordial.»<sup>141</sup> 99. Bei der Detailberatung wiederholte Rosmarie Simmen, dass Arbeitnehmer oder Konsumenten nicht unter den Geltungsbereich des KG fallen. «Artikel 2 steckt den Geltungsbereich des Gesetzes ab und hält klar fest, dass nur Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts anvisiert sind, nicht aber Arbeitnehmer oder Konsumenten.» Es wurden zu Artikel 2 keine

Wortmeldungen ergriffen und der Antrag der Kommission auf Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates wurde angenommen.<sup>142</sup> B.1.2.2.5. Beurteilung 100. Der explizite Anwendungsvorbehalt wie noch im KG 1962 und KG 1985 für Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, steht im KG 1995 nicht mehr. Das könnte mit Blick auf die vormaligen Diskussionen zum KG 1985, durch genau diese Streichung den ganzen Arbeitsmarkt neu in den sachlichen Geltungsbereich des KG einzubeziehen, so verstanden werden, dass der Arbeitsmarkt nun *tel quel* in den sachlichen Geltungsbereich des KG 1995 fällt. Die Materialien zum KG 1995 zeigen jedoch, dass trotz der Neuformulierung des Geltungsbereichs davon Arbeitnehmende (und Konsumentinnen und Konsumenten) weiterhin nicht erfasst sind (vgl. hiervor B.1.2.2.4). 101. Die Feststellung, dass Arbeitnehmende nicht vom Geltungsbereich des KG erfasst sind, lässt aber nicht den Schluss zu, dass sämtliche Abreden, die sich auf Arbeitnehmende beziehen, nicht in den Geltungsbereich des KG fallen. Die Wortmeldungen bei den Beratungen des KG sowohl im Nationalrat als auch im Ständerat können einzig so verstanden werden, dass Abreden zwischen Sozialpartnern oder alleine unter Arbeitnehmenden nicht unter das KG fallen sollen. Diskutiert wurde nur die Behandlung der von Gewerkschaften ausgehandelten Gesamtarbeitsverträge. Sowohl Elmar Ledergerber als auch Pascal Couchepin (beide als Sprecher der vorberatenden Kommission) sprachen nur von «Vereinbarungen der Sozialpartner, insbesondere Gesamtarbeitsverträgen» bzw. von «*les conventions collectives de travail*». Auch von den National- und Ständeräten in den Beratungen zum Geltungsbereich des KG wurde einzig zur Diskussion gestellt, ob der Ausschluss des Anwendungsbereichs auf Gesamtarbeitsverträge tatsächlich gerechtfertigt sei (Jean-Michel Gros und Hubert Reymond). Nichts anderes kann aus der Wortmeldung von Georg Stucky geschlossen werden. Obwohl dieser den Ausschluss des «Arbeitsmarktes» vom Geltungsbereich des KG nennt, grenzt dieser in seinen Ausführungen diesen Begriff selber dahingehend ein, dass er mit Arbeitsmarkt Absprachen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und insbesondere Gesamtarbeitsverträge versteht. 102. JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB in seinem nach Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung erschienenen Artikel «*Le droit des cartels ne s'applique pas au droit du travail*»<sup>143</sup> vertritt die Meinung, dass das KG auf individuelle Arbeitsverhältnisse («*relations individuelles de travail*») nicht anwendbar sei. Gemäss JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB sei das KG gestützt auf einen klaren und bewussten Entscheid des Gesetzgebers nicht auf Arbeitsverhältnisse anwendbar. Zur Begründung wird festgehalten: «*Il convient toutefois d'examiner la portée de la dernière phrase de l'argumentation du Message de 1995 qui stipulait que « ... la loi s'applique pleinement aux mesures qui, prises sur le marché du travail, ne servent qu'à imposer des accords illicites sur le marché des biens et des services, comme par exemple les entraves résultant de la mise à*

141 AB 1995 IV S. 847. 142 AB 1995 IV S. 852. 143 JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, *Le droit des cartels ne s'applique pas au droit du travail*, in : Jusletter vom 20.2.2023.

## **E. 32**

«*l'index d'employés.*»<sup>144</sup> Nach Schwaab sei es aus seiner Sicht nicht möglich, daraus zu schliessen, dass der Gesetzgeber die Absicht gehabt hätte, Vereinbarungen zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern betreffend Arbeitsverhältnisse dem Kartellgesetz zu unterstellen. Es gehe hier um rechtswidrige Absprachen, was sowohl Informationsaustausche als auch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen und Löhne klar nicht seien. «*Au contraire, il s'agit là d'un usage*

largement répandu dans tous les pans de l'économie, qui est très souvent une première étape des négociations qui relèvent du partenariat social et qui ne saurait donc être considéré comme illicite. En outre, le Message faisait explicitement référence au marché des biens et services et non à celui des facteurs de production, lequel, comme évoqué plus haut, n'est pas concerné par la législation sur les cartels ». 103. Die historische Auslegung von Art. 2 KG gestützt auf die Materialien zum KG führt zum Ergebnis, dass einzig Abreden zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Arbeitnehmenden (namentlich in Form von Gesamtarbeitsverträgen) und von Arbeitnehmenden unter sich nicht unter die Bestimmungen des KG fallen. Dafür, dass auch Abreden zwischen verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern betreffend Arbeitnehmenden nicht in den Geltungsbereich/Anwendungsbereich des KG fallen sollen, finden sich in den Materialien keine Hinweise. Wird der Arbeitsmarkt genannt, welcher vom Geltungsbereich/Anwendungsbereich ausgeschlossen ist, sind stets Abreden gemeint, an welchen sowohl Arbeitnehmende als auch Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber beteiligt sind. Daran vermögen auch die Ausführungen von JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB nichts ändern. Der von ihm zitierte Halbsatz aus der Botschaft KG 1995 darf nur im Gesamtzusammenhang gelesen werden. Es wird nämlich in der Botschaft KG 1995 mit Blick auf den Unternehmensbegriff festgehalten, dass ein expliziter Vorbehalt für Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, nicht mehr notwendig sei. Mit dem von JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB zitierten Halbsatz wird zusätzlich, aber nur im Sinne eines Umgehungsverbots klargestellt, dass Abreden, welche zwar in einen Gesamtarbeitsvertrag aufgenommen wurden, faktisch aber nicht das Arbeitsverhältnis betreffen, unter den Anwendungsbereich des KG fallen. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Arbeitnehmende sollen die Anwendbarkeit des KG nicht aushebeln können, nur weil sie eigentlich unzulässige Abreden in einen Gesamtarbeitsvertrag aufnehmen. 104. Die historische Auslegung des KG lässt auch den Schluss von JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB nicht zu, dass Produktionsfaktoren vom Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen seien. Der Botschaft KG 1995 kann vielmehr entnommen werden, dass der Wettbewerb im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung eine Reihe grundlegender Funktionen erfülle. Der Wettbewerb steuere das Angebot gemäss den Käuferpräferenzen, er führe zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren, er schaffe Anreize zu bestmöglicher Leistung, er fördere die Produkt- und Prozessinnovation und er zwingt zur Anpassung an sich verändernde Daten. Es sei vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik auf den Güter- und Faktormärkten die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich wirksamer (funktionsfähiger) Wettbewerb ergeben könne.<sup>145</sup> 105. Dieses Auslegungsergebnis (Rz 103 hiervor) lässt sich bei genauerem Hinsehen auch mit den Botschaften zu den KG 1962 und KG 1985 stützen. Soweit es nämlich um den Anwendungsvorbehalt von den jeweiligen Art. 1 geht, wird stets Bezug auf ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern genommen. Im Mittelpunkt der Diskussion standen jeweils die Gewerkschaften als mögliche Kartelle und Monopole. Der Anwendungsvorbehalt wurde auch schwerpunktmässig mit dem Kräfteverhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern begründet, wonach es den Arbeitnehmenden möglich sein müsse, ihre Kräfte zu bündeln. Hingegen konnten Absprachen zwischen

144 Das Zitat entspricht dem letzten Satz von Rz 98. 145 Botschaft KG 1995 (Fn 130), S. 472.

### E. 33

verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern bereits auch unter dem KG 1962 und 1985 in deren Anwendungsbereich fallen, so bspw. das Sperren von Arbeitskräften. 106. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die historische Auslegung von Art. 2 KG nicht zum Ergebnis führt, dass Absprachen, die den Arbeitsmarkt betreffen, in jedem Fall vom Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen sind. Einzig Vereinbarungen der Sozialpartner, insbesondere Gesamtarbeitsverträge, sollen gemäss der historischen Auslegung nicht in den Anwendungsbereich des aktuellen KG fallen. Demgegenüber findet das KG insbesondere auf Vereinbarungen betreffend das Arbeitsverhältnis zwischen verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern grundsätzlich Anwendung. 107. Das vorstehend hergeleitete Auslegungsergebnis, wonach Absprachen, die das Arbeitsverhältnis betreffen, zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern in den Geltungsbereich des KG fallen, entspricht auch den geäusserten Meinungen in der neusten Literatur und veröffentlichten Fachartikeln. So hält PETER GEORG PICT fest: «Ohnehin gilt Kartellrecht, wenn Unternehmen hinsichtlich ihres Verhaltens als Arbeitgeber untereinander wettbewerbswidrige Absprachen treffen, etwa dahingehend, dass sie sich gegenseitig keine Arbeitnehmer abwerben (no poach agreements)». 146 Auch ALLEGRA ARNOLD vertritt dieselbe Meinung und führt aus, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (im Gegensatz zu Arbeitnehmenden) Unternehmen im Sinne des KG sind, sofern sie als Nachfrager von Arbeit und Anbieter von Produkten oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teilnehmen. Folglich unterliege eine Koordination zwischen zwei oder mehreren Unternehmen im Hinblick auf die Beschäftigung (bzw. die Nicht-Beschäftigung im Fall eines Abwerbe- oder Anstellungsverbots) sowie die Arbeitsbedingungen ihrer Arbeitnehmenden grundsätzlich – ausserhalb der Verhandlungen von Gesamtarbeitsverträgen – der kartellrechtlichen Überprüfung. 147 In der EU ist die Rechtslage vergleichbar (vgl. eingehend Rz 108 ff. nachfolgend). Die kollektive Verhandlung von Löhnen und Arbeitsbedingungen im Rahmen der grundrechtlich gewährleisteten Sozialpartnerschaft ist der Anwendung des Kartellrechts entzogen. Darauf bezogene Vereinbarungen zwischen Tarifvertragsparteien (entspricht weitestgehend den Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz) sind keine Kartelle im Rechtssinn. «Anders verhält es sich, wenn Unternehmen Lohn- oder sonstige arbeitsbezogene Absprachen treffen, die ausserhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren zustande kommen. Auf sie ist das Kartellrecht in vollem Umfang anwendbar». 148

B.2 Rechtsvergleich Europäische Union 108. Nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union 149 (nachfolgend: AEUV) sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb im Binnenmarkt einschränken, insbesondere wenn sie unmittelbar oder mittelbar An- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen festsetzen, verboten. Gemäss Art. 3 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union 150 (nachfolgend: EUV) wirkt die Union auf eine in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hin, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt. Die EU trägt bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Massnahmen namentlich den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit

146 PETER GEORG PICT, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Band V/2, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Auflage 2023, Rz 32. 147 ALLEGRA ARNOLD, «Battle for talents»: Arbeitsmarktbezogene Abreden im Schweizerischen Kartellrecht, Aktuelle Entwicklungen und Ansätze zu einer materiellen Beurteilung unter

Schweizer Recht, SZK 3/2022, S. 114■124, S. 118. 148 Vgl. HEINEMANN (Fn 30), S. 375. 149

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT>> (2.4.2024). 150

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>> (2.4.2024).

### **E. 34**

der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung (vgl. Art. 9 AEUV). In diesem Sinn erkennt die EU die Wichtigkeit des sozialen Dialogs und von Tarifverhandlungen an und verpflichtet sich gemäss Art. 152 AEUV, den sozialen Dialog zu fördern und dabei die Autonomie der Sozialpartner zu achten. In Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>151</sup> wird das Recht auf Tarifverhandlungen und Kollektivmassnahmen anerkannt.<sup>152</sup> 109. Der Gerichtshof der EU hat unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Ziele der Union im Zusammenhang mit Tarifverträgen zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Arbeitnehmenden in der Rechtssache Albany entschieden, dass mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden sind und sie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen notwendig sind.<sup>153</sup> Die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Arbeitnehmenden zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen (einschliesslich der Bezahlung) geschlossenen Verträge fallen daher aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 101 AEUV und verstossen somit nicht gegen das Wettbewerbsrecht der Union (sog. Albany-Ausnahme). Die Kommission anerkennt, dass Tarifverhandlungen und der Abschluss von Tarifverträgen ein gewisses Mass an Koordination zwischen den verschiedenen Parteien auf jeder Verhandlungsseite von Tarifverhandlungen und dem Abschluss des Tarifvertrags voraussetzt. Diese Koordinierung kann in Form einer Vereinbarung oder eines Informationsaustauschs zwischen den Parteien auf beiden Seiten erfolgen, um über eine gemeinsame Vorgehensweise in Bezug auf den Gegenstand (Arbeitsbedingungen) und/oder die Form der Verhandlungen (z.B. multilateral oder durch Ernennung von Vertretern) zu entscheiden. Soweit eine solche Koordination für die Verhandlung oder den Abschluss des Tarifvertrags notwendig und verhältnismässig ist, wird sie genauso behandelt wie der Tarifvertrag, mit dem sie im Zusammenhang steht. Von der Freistellung von Art. 101 AEUV gemäss der Albany-Rechtsprechung und der Mitteilung der Kommission ausgenommen sind Beschlüsse von Vereinigungen oder Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen ausserhalb von Tarifverhandlungen.<sup>154</sup> 110. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich Zweierlei: Das europäische Kartellrecht ist auf Arbeitnehmende und auf die Kerntätigkeit von Gewerkschaften, nicht anwendbar. Wettbewerbsbeschränkungen, die kollektiven Verhandlungen der Sozialpartner im Rahmen der primärrechtlich garantierten Sozialpolitik inhärent sind, sind vom Kartellverbot ausgenommen. Inhärenz ist gegeben, wenn es bei Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern um die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geht, nicht aber z. B. bei Regelungen über Ladenschlusszeiten oder bei der Koordination von Produktpreisen oder Absatzgebieten. Tarifverträge dürfen also kein Deckmantel für Kartelle sein. Es ist für jedes Vertragselement separat zu prüfen, ob es sich um einen legitimen kollektivarbeitsrechtlichen Verhandlungsgegenstand handelt oder nicht. Treffen

Unternehmen Absprachen ausserhalb der kollektiv- arbeitsrechtlich vorgezeichneten Bahnen (etwa ohne Einbeziehung des Sozialpartners), z. B.

151 <<http://fra.europa.eu/de/eu-charter>> (2.4.2024). 152 Vgl. Mitteilung der Kommission vom 30.9.2022, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen (2022/C 374/02), Ziff. 3 und Ziff. 4. 153 Urteil des Gerichtshofs vom 21.9.1999, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, C-67/96, EU:C:1999:430, N. 59. 154 Mitteilung der Kommission vom 30.9.2022, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen (2022/C 374/02), Ziff. 16 und Ziff. 17.

## **E. 35**

über Löhne oder die Nichtabwerbung von Arbeitnehmenden, ist die Albany-Ausnahme nicht einschlägig. 155 B.3 Zwischenfazit 111. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gestützt auf die Auslegung von Art. 2 KG einzig Arbeitnehmende und Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern, hauptsächlich in der Form von Gesamtarbeitsverträgen, nicht in den Geltungsbereich des KG fallen (vgl. hiervor Rz 103 ff.). Dieses Resultat deckt sich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie den Mitteilungen der Kommission der Europäischen Union (vgl. hiervor Rz 108 und Rz 109). Soweit mögliche Abreden aber nicht im Zusammenhang mit der Aushandlung von Gesamtarbeitsverträgen, also in der eigentlichen GAV-Verhandlung zwischen den Vertretern der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und den Arbeitnehmenden oder in Austausch zur Vorbereitung von solchen Verhandlungen unter den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern oder Arbeitnehmenden, stattfanden, fallen diese in den Geltungsbereich des KG. Absprachen, insbesondere auch in der Form von Informationsaustauschen, im Vorfeld von GAV-Verhandlungen dürfen nicht über den im GAV zu regelndem Inhalt und dessen Ermöglichung hinausgehen. Gehen solche Absprachen darüber hinaus, sind diese in Anlehnung an die Rechtsprechung der EU als weder notwendig noch verhältnismässig zu qualifizieren und damit nicht vom Geltungsbereich des KG ausgenommen. 112. Wie hiervor in Rz 31 ff. ausgeführt, weist das Schweizer Bildungssystem Besonderheiten auf. Hervorzuheben ist namentlich die Dualität von Theorie und Praxis in der beruflichen Grundbildung und die daraus folgende Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Wirtschaft. Die berufspraktische Ausbildung, die in einem Lehrbetrieb und somit in der Wirtschaft erfolgt, wird mit dem theoretischen Unterricht an den staatlichen (kantonalen) Berufsschulen kombiniert. Wie in Rz 32 erörtert, bestehen verschiedene Gremien, in welchen sich die Verbundpartner Bund, Kantone und Wirtschaft regelmässig austauschen. Auf Seiten der Wirtschaft sind sowohl Organisationen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmenden vertreten. Soweit Austausch oder Vereinbarungen des nationalen Spitzentreffens der Berufsbildung oder der TBBK vorliegen, fallen diese nicht in den Anwendungsbereich des KG. 113. Das Anbieten von Lehrstellen läuft nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage ab, und es darf davon ausgegangen werden, dass kein Unternehmen Lehrstellen anbieten würde, wenn sich dies für das Unternehmen nicht (auch finanziell) lohnen würde. Folglich stellt die Lehrlingsausbildung eine wirtschaftliche Tätigkeit der Lehrbetriebe dar (vgl. Rz 80). Gleich verhält es sich mit dem Anbieten von Praktikumsplätzen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Lehrlingsausbildung und das Anbieten von Praktikumsplätzen eine unter das KG fallende wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. B.4 Vorbehaltene

Vorschriften B.4.1 Gesetzlicher Anwendungsvorbehalt nach Art. 3 KG 114. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf

155 Zum Ganzen: HEINEMANN (Fn 30), S. 374 f.

### **E. 36**

Recht des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 115. Art. 3 KG schränkt die Anwendbarkeit des KG aufgrund von öffentlichen Interessen in bestimmten Bereichen ein, indem es dessen Vor- oder Nachrangigkeit im Verhältnis zu anderen Erlassen des schweizerischen Rechts konkretisiert. In einigen Märkten oder Wirtschaftsbereichen vermögen sich nämlich die Prinzipien des freien Wettbewerbs, und damit das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage, nicht hinlänglich durchzusetzen und die Kräfte des freien Wettbewerbs spielen nur unzureichend. Faktisch entsteht dadurch ein Risiko von «Marktdefiziten» oder von «Marktversagen», die ein korrekatives Entgegenwirken im Wege staatlicher Regulierung als notwendig erscheinen lassen.<sup>156</sup> Von einer staatlichen Markt- oder Preisordnung, die das KG ausschliessen kann (nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG), ist dann auszugehen, wenn die massgebenden Wettbewerbsparameter (z.B. Produktion, Distribution, Preispolitik) den Marktkräften entzogen sind, weil diese durch die staatlichen Regelungen vorgegeben sind. «Soweit jedoch einzelne Wettbewerbsparameter von staatlicher Festlegung frei bleiben, bleiben die kartellrechtlichen Bestimmungen anwendbar.»<sup>157</sup>

**B.4.2 Vorbehaltene Vorschriften betreffend Auszubildende, Praktikantinnen und Praktikanten oder Arbeitnehmende** 116. Mögliche den Markt auf dem Gebiet der Ausbildung von Lernenden ausschliessende spezialgesetzliche Regelungen könnten sich im Berufsbildungsgesetz (BBG) oder im OR finden. Beide Gesetze regulieren das Vertragsverhältnis mit Lernenden detailliert. Jedoch finden sich in keinem dieser beiden oder anderen Gesetzen Bestimmungen, die das Spiel von Angebot und Nachfrage bezüglich der Festsetzung der Löhne von Lernenden ausschliessen würden. Auch enthalten weder das OR noch das Arbeitsgesetz<sup>158</sup> etwa Bestimmungen zur Festsetzung von Löhnen nach einer Berufslehre. 117. Damit liegen keine Gesetzesbestimmungen vor, die den Wettbewerb bei Lernendenlöhnen und bei Löhnen im Allgemeinen einschränken wollen. Es liegt somit kein Anwendungsfall von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG vor.<sup>159</sup>

**B.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede** 118. Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was im KG unter einer Wettbewerbsabrede zu verstehen ist. Erfüllt eine Kooperation nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Definition, hat es damit sein Bewenden; die Kooperation ist kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands zulässig. Ist eine Kooperation hingegen als Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, bestimmt sich deren (Un-)Zulässigkeit alsdann nach Art. 5 KG. Den Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder wenn sie b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Bei bestimmten Abredgegenständen vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, wobei diese Vermutung

widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden

156 DIKE-KG-WEBER (Fn 109), Art. 3 N 1 ff. 157 BSK KG-SCHOTT (Fn 31), Art. 3 Abs. 1 N 18. 158 Bundesgesetz vom 13.3.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11). 159 Zum selben Schluss kommt auch das Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG in dessen Rn 115 ff. und 129.

### **E. 37**

Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG. B.5.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 119. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). 120. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (siehe Rz 121 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; Rz 131 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe Rz 156 ff.). 160 B.5.1.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 121. Eine Wettbewerbsabrede setzt voraus, dass zwei oder mehr wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Gesellschaften, die demselben Unternehmen i.S.v. Art. 2 KG angehören, werden nicht erfasst. 161 122. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, spricht man von horizontalen Abreden. 162 Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen, wenn sie infolge der Austauschbarkeit ihrer Güter oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potenzieller Wettbewerb) in Konkurrenz zueinander stehen. 163 123. Wie in den Rz 38 bis 54 dargelegt, wirkten diverse Unternehmen zusammen. Namentlich waren Banken, Finanzdienstleister, (Rück-) Versicherungen, [...], [...], [...], [...] und [...] sowie multinationale Konzerne aus Branchen wie Chemie, Energie, Gesundheit, Versicherungen, Logistik, Luxusgüter, Ernährung, Banken und Finanzen, Pharma/Life Sciences und Wissenschaft und Technologie in die Austausch involviert. Sämtliche dieser Unternehmen sind je als Unternehmen im Sinn von Art. 2 Abs. 1 bis KG zu qualifizieren.

160 Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, Hors-Liste-Medikamente II; BGer, 2C\_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), Dargaud; BGE 148 II 321 E. 6.2, Flammarion, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, Altimum. 161 BGE 139 I 107 E. 10.4.1, Publigroupe; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3 m.w.H., Nikon; vgl. zudem ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz 300 ff.; BSK KG-REINERT (Fn 31), Art. 4 I N 358 m.w.H.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 4 I LCart N 15. 162 RPW 2020/3a, 1105 Rz 1188, Bauleistungen See-Gaster; RPW 2020/4a, 1814 Rz 418, Bauleistungen Graubünden; vgl. Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 545. 163 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E.

5.4.1.2, Leasing/CA Auto Finance Suisse SA; BVGer, B- 3618/2013 vom 24.11.2016 E. 298, Hallenstadion; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.2.13, Baubeschlüsse/SFS unimarket; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 80 und 84; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (FN 161), Art. 4 I LCart N 104.

## **E. 38**

124. Aus dem dargestellten Sachverhalt (Rz 38 ff.) geht hervor, dass verschiedene Gefässe bestanden, in denen sich Vertreterinnen und Vertreter der verschiedenen Unternehmen trafen. Bei den Zusammenkünften auf den jeweiligen Bankenplätzen (vgl. Rz 38 bis 41) waren jeweils mutmasslich die Mehrheit der ortsansässigen Ausbilderbanken vertreten. Mit Blick auf die an- gebotenen Lehrstellen und Praktikumsplätze für Mittelschulabsolventen und Mittelschulabsol- ventinnen liegen Anhaltspunkte vor, dass die teilnehmenden Banken im Wettbewerb standen und tatsächliche Konkurrenten waren. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die Kantonalbanken, die sich im VSKB und in einer Untergruppe (Rz 42 und 43) trafen, hinsichtlich ihrer Arbeitneh- menden untereinander im Wettbewerb stehen. Gleiches gilt für die Banken, die im Verein CYP Associates (Rz 44) zusammenwirken. 125. Auch mit Blick auf die branchenübergreifenden nationalen und internationalen Informa- tionsaustausche (Rz 45 bis 51) wie auch den Austausch zwischen internationalen [...]firmen (Rz 53) bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die jeweils teilnehmenden Unternehmen unterei- nander im Wettbewerb hinsichtlich der Arbeitnehmenden stehen. Mit Blick auf die internatio- nalen [...]firmen bedarf dies keiner weiteren Ausführungen. 126. Beim sog. Netzwerk im Raum Zürich (vgl. Rz 45) waren Mitarbeitende von Banken, Fi- nanzdienstleistern und (Rück-) Versicherungen an den Austauschen beteiligt. Weil sämtliche Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Finanzbranche tätig sind, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zumindest bezüglich gewisser Arbeitnehmenden ein Wettbewerb zwischen den Unternehmen besteht. Ebenfalls im Raum Zürich traf sich die KV ERFA (Rz 46). Auch wenn die KV-Ausbildung insgesamt 19 Branchenspezifikationen kennt, bestehen gestützt auf die Akten Anhaltspunkte dafür, dass die Stellenanbieter von KV-Stellen insgesamt untereinander in einem gewissen Wettbewerb stehen. Den Antworten der Fragebogen kann nämlich entnom- men werden, dass sich jeweils eine grosse Anzahl von Bewerbenden auf eine Stelle meldete. Es darf angenommen werden, dass sich die KV-Lehrstellensuchenden nicht ausschliesslich in einer Branche bewerben. 127. In der Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP) und deren Untergruppe Workshop Compensation (Rz 47) sind die wohl grössten Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber der Region Basel vertreten. Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass diese zumindest be- züglich Lernenden und Studienabgängerinnen und Studienabgängern im Wettbewerb stehen. Die in der [...] und [...] (Rz 48) teilnehmenden Unternehmen stammen aus verschiedenen Branchen. Sie bieten in der ganzen Schweiz Lehrstellen für ganz unterschiedliche Lehrberufe an, wobei sich die angebotenen Berufe zum Teil überschneiden. Damit bestehen Anhalts- punkte, dass die beteiligten Unternehmen zumindest in potentielltem Wettbewerb um die Ler- nenden stehen. 128. Die Multinationalen Grosskonzerne sind wie in Rz 49 und 50 ausgeführt, in diversen Branchen tätig. Gleichwohl bestehen diverse Berufsgattungen wie bspw. Finanzspezialisten, Rechtsspezialisten, Managementaufgaben, Verkauf, die unabhängig der spezifischen Bran- che der Unternehmen in sämtlichen Unternehmen nachgefragt sind. Es bestehen also An- haltspunkte dafür, dass diese Unternehmen zumindest in potenzielltem Wettbewerb stehen. 129. Die in Rz 54 umschriebenen individuellen Austausche basieren hauptsächlich auf Kon- takten, die aus den institutionalisierten Gruppen hervorgingen. Damit kann bezüglich

der Wettbewerbsituation auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. 130. Insgesamt kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Unternehmen gleicher Marktstufen in den verschiedenen Gefässen zusammengewirkt haben.

## E. 39

B.5.1.2 Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken) 131. Abreden in Form von Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind die Mittel der Verhaltenskoordination.<sup>164</sup> Eine Verhaltensweise stellt dann eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt.<sup>165</sup> Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.<sup>166</sup> 132. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.<sup>167</sup> Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.<sup>168</sup> Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.<sup>169</sup> B.5.1.2.1. Vereinbarung 133. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit der Unternehmen vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR).<sup>170</sup> Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich), durch konkludentes Verhalten (Art. 1 Abs. 2 OR) oder stillschweigend (Art. 6 OR) erfolgen.<sup>171</sup> Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle): Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden.<sup>172</sup> Ob ausdrückliche oder konkludente Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.<sup>173</sup>

<sup>164</sup> Dazu und zum Folgenden: BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung. <sup>165</sup> Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum; BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung. <sup>166</sup> BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung. <sup>167</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II. <sup>168</sup> BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.2, Gaba; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.4, Gebro; BSK KG-REINERT (Fn 31), Art. 4 I N 48 m.w.H. <sup>169</sup> Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.7.1, Bau-beschläge/SFS unimarket; STOFFEL in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg), 2. Aufl. 2023, Rz B.9 ff. m.w.H. <sup>170</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, Altimum. <sup>171</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II. <sup>172</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II. <sup>173</sup> Statt anderer BGer, 4A\_659/2017 vom 18.5.2018 E. 4.1 m.w.H. Dies gilt auch im

Kartellrecht, wie etwa BGE 144 II 246 E. 6.5, Altimum, zeigt, ohne dies allerdings ausdrücklich zu sagen. Vgl. auch BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, Türprodukte; BGer, 5A\_127/2013 vom 1.7.2013 E. 4.1; BGE 116 II 695 E. 2; BSK KG-REINERT (Fn 31), Art. 4 I N 52 m.w.H.

#### **E. 40**

134. Gemäss Ausführungen in den Rz 38 bis 53 konnten diverse institutionalisierte Austausche zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern in verschiedenen Gremien festgestellt werden. Die umschriebenen Austausche lassen sich in folgende Kategorien einteilen: a. Austausche von Informationen über Löhne (Lernende, Mittelschul- und Hochschulpraktikantinnen und -praktikanten, Einstiegssaläre nach Lehre und Praktika, Angestellte [aufgeschlüsselt nach Tätigkeit und Stufe]); b. Austausche zu generellen Lohnentwicklungen in den ersten Jahren nach Berufseinstieg und aktuell geplanten Lohnrunden (generelle Lohnerhöhungen, geplante Bonuszahlungen); c. Austausche zu Lohnnebenleistungen und allgemeinen Anstellungsbedingungen (sowohl für Lernende und Praktikantinnen und Praktikanten als auch für Festangestellte).

135. Eine Vielzahl von Unternehmen, namentlich Banken auf den einzelnen Bankenplätzen oder Kantonalbanken unter sich, aber auch innerhalb von (lokalen) Gruppen, in welchen verschiedene Branchen vertreten sind, haben auf Listen/Tabellen Informationen zu Löhnen von unterschiedlichen Angestellten ausgetauscht (vgl. auch Rz 134 Bst. a). Bei den Löhnen der Auszubildenden und Praktikantinnen und Praktikanten geht aus den unterschiedlichen Listen hervor, dass die Löhne nicht identisch sind, sich aber in einer engen Bandbreite bewegen. Auch die Einstiegsgehälter nach absolvierter Berufslehre oder (Mittelschul-)Praktika weichen nur minimal voneinander ab. Bei den Löhnen der Festangestellten sind demgegenüber grössere Abweichungen ersichtlich. In den Akten finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Unternehmen über die Löhne geeinigt und diese somit untereinander vereinbart hätten. Bei den Einstiegsgehältern, bei denen bei den Banken die geringsten Abweichungen ersichtlich sind, spricht der Umstand, dass sich diese stark am Mindestlohn nach dem VAB ausrichten eher gegen das Vorliegen einer Vereinbarung. Die Lehrlingsgehälter, bei welchen auch eher geringe Abweichungen ersichtlich sind, weichen in der Mehrheit nicht stark von den Lohnempfehlungen des kaufmännischen Verbands ab. Dies spricht ebenfalls eher nicht für eine getroffene Vereinbarung. Insgesamt kann festgehalten werden, dass, auch wenn sich die Lehrlings-, Praktikums- und Einstiegsgehälter in einer engen Bandbreite bewegen, keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die beteiligten Unternehmen eine Vereinbarung über die Höhe der verschiedenen Lohnkategorien getroffen haben.

136. Gleiches gilt für die generelle Lohnentwicklung nach Berufseinstieg wie auch für die jeweiligen Lohnrunden (Rz 134 Bst. b) sowie für die Lohnnebenleistungen (Rz 134 Bst. c). Es bestehen in den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmen einheitliche Lohnentwicklungen vereinbart haben. Auch fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Lohnrunden einheitlich festgesetzt worden wären. Dasselbe gilt hinsichtlich der Lohnnebenleistungen. Aufgrund der festgestellten Abweichungen und der nicht identischen Leistungen an die Arbeitnehmenden kann nicht auf eine Vereinbarung geschlossen werden.

137. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte auf eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen festgestellt werden konnten.

B.5.1.2.2. Abgestimmte Verhaltensweise 138. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ebenfalls als Wettbewerbsabreden, auch wenn es den Unternehmen dabei an einem nachweisbaren Bindungswillen fehlt (vgl. oben Rz 132). Dabei handelt es sich um eine Form der Verhaltenskoordination zwischen

Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle

#### **E. 41**

des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.<sup>174</sup> Insofern handelt es sich bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen weniger um einen Auffangtatbestand, als vielmehr um eine neben der Vereinbarung eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise, welche lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst.<sup>175</sup> Eine solche tatsächliche, nicht rechtlich fixierte Zusammenarbeit hat das Ziel, die Unsicherheit darüber zu verringern, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden. Sie erleichtert den Unternehmen, das Verhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren und ihr eigenes Verhalten darauf auszurichten. Die Abstimmung ist gekennzeichnet durch eine Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich sind, sondern nur aufgrund eines bewussten Austauschs von Informationen unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Dieses Verständnis ergibt sich aus dem Selbständigkeitspostulat, wonach jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen hat, welche Politik es auf dem gemeinsamen Markt betreiben will.<sup>176</sup> 139. Eine abgestimmte Verhaltensweise setzt folgende drei Elemente voraus: a) Es bedarf einer unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungsnahme zwischen den beteiligten Unternehmen (d.h. Abstimmung, insb. Austausch von Informationen), b) ein der Abstimmung entsprechendes (Markt-)Verhalten (Abstimmungserfolg) und c) einen Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten (z.B. Berücksichtigung der ausgetauschten Informationen beim konkreten Marktverhalten).<sup>177</sup> Ob diese drei Voraussetzungen vorliegen, ist Tatfrage. Nicht zu prüfen ist an dieser Stelle, ob das festgestellte Marktverhalten zu einer konkreten Wettbewerbsbeschränkung führt bzw. führen kann.<sup>178</sup> Dies ist gesetzessystematisch erst bei der Prüfung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt ist, zu untersuchen (siehe dazu unten Rz 156 ff.). 140. Die abgestimmte Verhaltensweise ist vom natürlichen Parallelverhalten abzugrenzen (auch «erlaubtes Parallelverhalten» genannt). Ein solches liegt vor, wenn Unternehmen – typischerweise aufgrund exogener Marktfaktoren, welche sie nicht beeinflussen können – spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen.<sup>179</sup> Ausschlaggebend ist dabei, dass dem Parallelverhalten die autonome Entscheidungsfindung der Unternehmen zugrunde liegt und nicht eine Verhaltenskoordination auf der Basis von ausgetauschten Marktinformationen.<sup>180</sup> B.5.1.2.2.1 Abstimmung 141. Das erste Element der abgestimmten Verhaltensweise bildet somit die Abstimmung bzw. Koordinierung. Sowohl bei der illegitimen abgestimmten Verhaltensweise als auch bei der legitimen Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten) beruht das Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen. Der Unterschied zwischen der illegitimen abgestimmten Verhaltensweise und dem legitimen Parallelverhalten besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf

174 BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung. 175 Zum Ganzen eingehend BGE 147 II 72 E. 3.4.1, 3.4.2.2, Hors-Liste-Medikamente II. 176 Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 55 m.Hw. 177 Vgl. dazu BGE 147 II 72 E. 3.4, Hors-Liste-Medikamente II; BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.1, Türprodukte; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.1, Baubeschlüsse/SFS unimarket. 178 BGE 147 II 72 E. 3.4.3, Hors-Liste-Medikamente

II. 179 BGE 147 II 72 E. 3.4.2.1, Hors-Liste-Medikamente II, BGE 129 II 18 E. 6.3, Buchpreisbindung; Bot- schaft KG 1994, BBI 1995 468, 545; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 161), Art. 4 I LCart N 33. 180 DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 61.

#### **E. 42**

Informationen beruht, die durch blosser Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können. Deren Kenntnis ist normalerweise Voraussetzung dafür, dass den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten zulässigerweise «mit wachem Sinn» an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Eine Verhaltensabstimmung beruht dagegen auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind.<sup>181</sup> 142. Auch wenn der Abstimmung keine Willensübereinstimmung zugrunde liegt und sie nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen abstellt, ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungsnahme notwendig. Neben einem bi- oder multilateralen Informationsaustausch kommt auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig, auch wenn der aufeinander bezogenen Abstimmung durchaus eine gewisse Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist.<sup>182</sup> 143. Wie in den Rz 38 bis 53 ausgeführt, tauschten im Rahmen von diversen «Gefässen» eine Vielzahl von Unternehmen Informationen untereinander aus. Gemäss Rz 134 tauschten die Unternehmen Informationen namentlich über Löhne, generelle Lohnentwicklungen nach dem Berufseinstieg sowie aktuell geplante Lohnrunden und Lohnnebenleistungen sowie Anstellungsbedingungen aus. Auf den diversen Bankenplätzen (vgl. Rz 38 bis 41) fanden die Austausche durch das Ausfüllen von Tabellen statt, wobei die Informationen grundsätzlich im Jahresrhythmus aktualisiert wurden. Die Tabellen beinhalteten namentlich die Löhne pro Lehr- jahr für die Lernenden (KV-Lernende und Informatiklernende), die Einstiegssaläre nach abgeschlossener Lehre und Lohnnebenleistungen der Lernenden. Ebenfalls enthielten die Tabellen Angaben zu den Anstellungsbedingungen (Wochenarbeitszeit, Ferienansprüche, etc.) der Lernenden sowie Informationen zu Salären, Boni, Lohnnebenleistungen und Einstiegslohnen nach Abschluss für die Programme «Bankeinstieg für Mittelschulabsolventen». Die Austausche fanden über mehrere Jahre statt und sind für die meisten Bankenplätze mindestens ab dem Jahr 2015 belegt. Die Mitglieder des VSKB tauschten über Jahre (mindestens ab dem Jahr 2010) jährlich auf Tabellen die geplanten generellen Lohnerhöhungen sowie die geplanten Boni und deren Verteilung auf die Arbeitnehmenden aus (Rz 42). Die Mitglieder der Personalleitersitzung (Rz 43) tauschten über Jahre hinweg (seit mindestens 2010) Lohndaten (Grundlohn und variabler Lohn) von sehr unterschiedlichen Angestelltenkategorien auf einer fortlaufend ergänzten Tabelle aus. Zudem wurden anlässlich von Sitzungen Informationen zu Lohnnebenleistungen unter den Teilnehmenden geteilt. An den Sitzungen der CYP Association fanden Austausche über Salärenentwicklungen, namentlich in den ersten zwei Jahren nach Lehrabschluss, sowie über Lohnnebenleistungen statt (Rz 44). Die am Netzwerk (Rz 45) teilnehmenden Unternehmen tauschten mindestens in den Jahren 2015 bis 2019 Informationen zu Lohnentwicklungen, Bonuszahlungen sowie zu Bonus- und

Beförderungsrunden aus. Zudem beinhalteten diese Tabellen Informationen zu den entrichteten Lohnnebenleistungen. Mindestens in den Jahren 2011 und 2018 wurden in der KV ERFA detaillierte Tabellen zwischen den teilnehmenden Unternehmen ausgetauscht, die Informationen zu den Lehrlingslöhnen, je Lehrjahr, sowie zu den Lohnnebenleistungen enthalten (Rz 46). 144. In der Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP) und deren Untergruppe Workshop Compensation sind Informationsaustausche über Gehälter und Arbeitsbedingungen bzw. Lohnnebenleistungen seit dem Jahr 2015 dokumentiert. In den Jahren 2019, 2020 181 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.1, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 182 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.2, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen.

### **E. 43**

und 2022 erfolgten detaillierte Austausche namentlich zu Löhnen von Praktikantinnen und Praktikanten, Lernenden, studentischen Aushilfen, Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern, Hochschulabgängerinnen und Hochschulabgängern und der Lohnentwicklung von Angestellten mit einem Masterabschluss. Weiter wurden Informationen zu Mitarbeiteraktienkaufprogrammen geteilt. Es wurden zudem Informationen zu Anstellungsbedingungen und Lohnnebenleistungen sowie mindestens in den Jahren 2020 bis 2023 zu geplanten Lohnrunden ausgetauscht (Rz 47). Im Rahmen der [...] tauschten die beteiligten Unternehmen zwischen 2005 und 2017 jährlich Informationen über die Löhne und Lohnnebenleistungen von Lernenden aus. Innerhalb der Nachfolgeorganisation der [...], der [...] fand in den Jahren 2019 und 2020 ein Informationsaustausch zu Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden statt. Aus der [...] hervorgehend, tauschten Unternehmen des [...] in den Jahren 2021 und 2022 Informationen zu Löhnen von Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten und Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden aus (vgl. Rz 48). 145. Die beteiligten Unternehmen tauschten mindestens seit dem Jahr 2014 im Rahmen der internationalen ERFA (Rz 49) personalbezogene Informationen aus, wobei die Informationsaustausche sowohl an Meetings wie auch schriftlich in der Form von Surveys stattfanden. Bei den Meetings wurden namentlich Informationen über künftige Lohnentwicklungen ausgetauscht. Sowohl mündlich wie auch schriftlich erfolgten Austausche über Lohnnebenleistungen. Die Antworten gingen bis 2018 jeweils bei dem die Umfrage startenden Unternehmen ein, welches diese in einer anonymisierten Tabelle den weiteren Mitgliedern zur Verfügung stellte. Im Rahmen des Global Benefits Counsel (Rz 50) fanden Informationsaustausche bei den ab mindestens 2015 durchgeführten jährlichen Treffen sowie im Rahmen von E-Mail-Umfragen statt. Die Umfragen betrafen insbesondere Lohnnebenleistungen. Die Antworten wurden von den teilnehmenden Unternehmen mit einer E-Mail an «Alle» den anderen angeschriebenen Unternehmen mitgeteilt. Die Unternehmen der [...] (Rz 53) tauschten sich in persönlichen Gesprächen und mit E-Mail-Umfragen zu Arbeitsbedingungen und Lohnnebenleistungen aus. 146. Die beteiligten Unternehmen haben also mittels direkter Kommunikation unter sich Informationen, insbesondere zu Löhnen und Lohnnebenleistungen, ausgetauscht (Rz 143 bis 145). Weil sich in den Akten keine Angaben zu den im Rahmen der IEBA (Rz 51) ausgetauschten Informationen finden bzw. keine Belege vorliegen, die den Austausch von Informationen in diesem Gefäss nachweisen, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die beteiligten Unternehmen Informationen austauschten. Damit fehlt es beim in Rz 51 dargelegten Sachverhalt am

Austausch von Informationen, weshalb diesbezüglich keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Abstimmung vorliegt und somit auch keine Anhaltspunkte für eine Abrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG festgestellt werden kann. 147. Es kann festgehalten werden, dass die festgestellten Informationsaustausche nicht im Rahmen von Gesamtarbeitsvertragsverhandlungen stattfanden. Ein Zusammenhang zu Sozialpartnern ist nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere auch für die Austausche auf den verschiedenen Bankenplätzen. Die paritätische Kommission, die gemäss dem VAB die GAV-Verhandlungen in der Bankenbranche vorbereitet, und die Verhandlungsdelegation, die für die eigentlichen VAB-Verhandlungen zuständig ist, waren in die festgestellten Austausche nicht involviert. Vielmehr fanden die Austausche zwischen den Personalverantwortlichen der verschiedenen Banken auf diversen Bankenplätzen statt. Auch lassen sich die Austausche nicht mit der im VAB in Ziff. 50 Abs. 3 umschriebenen Transparenz über Lohnsysteme und Lohnentwicklungen in Verbindung bringen. Gemäss Angaben des SBPV verschafft sich die paritätische Kommission Transparenz mittels Lohn- und Lohnsystemanalyse, die von einer unabhängigen Drittanbieterin vorgenommen wird (vgl. Rz 28). Weil die Mitglieder der paritätischen Kommission, die die Arbeitgeberseite vertreten, in keiner Weise in die Austausche eingebunden waren, kann auch nicht von einer Koordinierung im Vorfeld von Verhandlungen unter Sozialpartnern gesprochen werden. Schliesslich ist festzustellen, dass die ausgetauschten Informationen inhaltlich weit über den Regelungsbereich des VAB hinaus gehen, da die Löhne

#### **E. 44**

gerade ausserhalb vom VAB vereinbart werden und auch deshalb die festgestellten Austausche nicht mit Blick auf VAB-Verhandlungen getätigt worden sein können. Schliesslich spricht auch der von Arbeitgeber-Banken umschriebene Informationsfluss der Informationen an die jeweiligen Bankenplätze dagegen. Demnach werden die lokalen Bankenplätze durch den Geschäftsführer der Arbeitgeber Banken über die neusten Entwicklungen im Bereich der Sozialpartnerschaft informiert (vgl. Rz 30). Dass die lokalen Bankenplätze in die Vorbereitungen der Verhandlungen unter den Sozialpartnern miteinbezogen würden, wird nicht geltend gemacht. Damit bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass kein Zusammenhang zwischen den festgestellten Informationsaustauschen und den Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern besteht. 148. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit Ausnahme der Kommunikation im Rahmen der IEBA (vgl. Rz 51 und 146) bei sämtlichen dargestellten Austauschen in den verschiedenen Gefässen Anhaltspunkte auf das Vorliegen einer Abstimmung vorliegen. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die jeweils beteiligten Unternehmen untereinander Informationen ausgetauscht haben, die, in der jeweiligen Form und konzentrierter Aufbereitung, nicht ohne weiteres zugänglich waren. B.5.1.2.2 Marktverhalten 149. Das zweite Element der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise bildet die Umsetzung der Abstimmung, wobei sich diese in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen muss. Das tatsächliche Marktverhalten muss von der Abstimmung beeinflusst sein. Die Umsetzung können neben dem beobachtbaren Marktverhalten auch innerbetriebliche Massnahmen belegen.<sup>183</sup> Wesentlich ist, dass das Marktverhalten nicht mehr selbstständig erfolgt, sondern mithilfe der Abstimmung die dem freien Wettbewerb immanenten Unsicherheiten und Risiken umgangen werden. An die Konkretisierung der Verständigung bzw. den Nachweis des Marktverhaltens sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss aber ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer

aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aus- gegangen werden kann. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und ein Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise im Sinn von art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann.<sup>184</sup> 150. Beim Informationsaustausch ist in der Regel erforderlich, dass der Empfänger der wettbewerbssensitiven Informationen sein Verhalten an seine Mitwettbewerber angleicht.<sup>185</sup> Es ist aber nicht erforderlich, dass das Marktverhalten genau parallel erfolgt.<sup>186</sup> 151. Das Marktverhalten, als Erfolg der Abstimmung, sagt noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG aus, wenngleich jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist. Erst wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder bewirken vermag.<sup>187</sup> 152. Das vorliegend interessierende Marktverhalten der verschiedenen Unternehmen besteht in der Ausbildung von Lernenden und in der Anstellung und Beschäftigung von

183 BGE 147 II 72 E. 3.4.3, Hors-Liste-Medikamente II. 184 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.3.2 ff., Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 185 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.3.5., Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 186 DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 58. 187 Urteil des BGer 2C.149/2018 vom 4.2.2021 E. 4.5.1, Sanktionsverfügung Pfizer AG: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen).

#### **E. 45**

Arbeitnehmenden. Damit ein Unternehmen für die Arbeitnehmenden attraktiv ist und dieses im Wettbewerb um die Arbeitnehmenden mit anderen Unternehmen mithalten kann, hat dieses die offerierten Arbeitsbedingungen regelmässig zu überprüfen. Anpassungen bei den Arbeitsbedingungen werden hauptsächlich aus strategischen Überlegungen oder aufgrund Gesetzesänderungen vorgenommen. Gestützt auf die oftmals langjährig durchgeführten Informationsaustausche in den verschiedenen Gefässen und den ausgetauschten detaillierten Angaben zu Arbeitsbedingungen und Anstellungsbedingungen, hatten die beteiligten Unternehmen einen guten Überblick über die von den Mitbewerbern entrichteten Löhnen und Lohnnebenleistungen und bei den verschiedenen Unternehmen herrschenden Anstellungsbedingungen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich die Unternehmen bei der Festsetzung ihrer Löhne und Lohnnebenleistungen und bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen von den aus den Austauschen gewonnenen Erkenntnissen zumindest beeinflussen liessen. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen generell die detaillierten Kenntnisse bei den Festsetzungen ihrer den Arbeitnehmenden offerierten Bedingungen nicht unberücksichtigt liessen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Marktverhalten durch den Informationsaustausch beeinflusst wurde und damit ein Abstimmungserfolg eingetreten ist. B.5.1.2.2.3 Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten 153. Zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen bedarf es als drittes Element eines Kausalzusammenhangs. Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen; entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt bei nachgewiesener Abstimmung die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums

regelmässig stattfindet. Die Vermutung ist widerlegbar.<sup>188</sup> 154. Im vorliegenden Fall kann für sämtliche festgestellten Informationsaustausche auf diese Vermutung zurückgegriffen werden. Dies auch deshalb, weil die verschiedenen Abstimmungen in den verschiedenen Gefässen regelmässig und während eines längeren Zeitraums praktiziert wurden. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Vermutung widerlegt werden könnte. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs zwischen den Abstimmungen und den Marktverhalten gegeben sind. B.5.1.2.2.4 Zwischenfazit zu abgestimmten Verhaltensweisen 155. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte bestehen, dass mit einer Ausnahme die dargestellten Informationsaustausche zwischen den beteiligten Unternehmen die drei Voraussetzungen (Abstimmung, Marktverhalten, Kausalzusammenhang, vgl. Rz 139) für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise und somit einer Verhaltenskoordination im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen.<sup>189</sup> Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die beteiligten Unternehmen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens (Festsetzung der Löhne, Lohnnebenleistungen und Anstellungsbedingungen für Lernende und Arbeitnehmende) die durch die Austausche erworbenen Kenntnisse zumindest mitberücksichtigt haben. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die umschriebenen Austausche in den diversen Gefässen (mit der

188 Urteil des BGer 2C.149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4.4, Sanktionsverfügung Pfizer AG: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen). 189 Wie ausgeführt, liegen hinsichtlich des Austausches im Rahmen der IEBA (vgl. Rz 146) keine Anhaltspunkte vor, dass eine Abrede vorliegt.

#### **E. 46**

hiervor genannten Ausnahme im Rahmen der IEBA) abgestimmte Verhaltensweisen darstellen. B.5.1.3 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung B.5.1.3.1. Allgemeines 156. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». 157. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden». <sup>190</sup> Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen) beziehen. <sup>191</sup> Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral» <sup>192</sup>. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG. <sup>193</sup> 158. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ. <sup>194</sup> Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken. <sup>195</sup> 159. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer

Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne.<sup>196</sup> Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant: so namentlich der Inhalt der Kooperation, die mit ihr verfolgten Ziele, der wirtschaftliche und rechtliche Kontext und in dessen Rahmen die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die Funktionsweise und die Struktur der betreffenden Märkte.<sup>197</sup> Eine subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv

190 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Hallenstadion; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, BMW; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, Gaba; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, Gebro. 191 Statt vieler: RPW 2020/1, 202 Rz 834, KTB-Werke; RPW 2018/4, 790 Rz 370, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III; RPW 2018/2, 240 Rz 32, Gym80. 192 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II. 193 BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II. 194 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; vgl. u.a. auch BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Hallenstadion; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, BMW. 195 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, Altimum. 196 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II. 197 Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32 m.w.H., Super Bock; Leitlinien vom 27.4.2004 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101, S. 97 ff., Rz 22.

#### **E. 47**

geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 157 durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.<sup>198</sup> 160. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfordert das Bezwecken bloss eine Gefährdung, wobei eine Gefährdung zu bejahen ist, wenn aus den ausgetauschten Informationen zumindest eine Grobabschätzung betreffend die Preisbildung hergeleitet werden kann.<sup>199</sup> 161. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 157 führt,<sup>200</sup> ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.<sup>201</sup> Dies ist dann der Fall, wenn sie den Wettbewerb künstlich verändert, d. h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie getan hätte.<sup>202</sup> Erfasst werden dabei nicht nur vergangene und aktuelle Auswirkungen, «sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird». Die Verhaltenskoordination muss kausal für die tatsächlichen bzw. potenziellen Auswirkungen sein.<sup>203</sup> B.5.1.3.2. Beim Informationsaustausch im Allgemeinen und im konkreten Fall 162. Wie hiervor in Rz 159 ausgeführt, bezweckt eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination innewohnt. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann je nach Ausgestaltung wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsbeschränkend sein.<sup>204</sup> Als Grundsatz ist ein Informationsaustausch dann problematisch, wenn er Informationen betrifft, «welche die strategische Ungewissheit auf einem Markt verringern». <sup>205</sup> Beim Informationsaustausch ist somit zu prüfen, ob die ausgetauschten Informationen geeignet waren, die Unsicherheiten bezüglich des Verhaltens anderer Marktteilnehmer zu beseitigen oder andere

Marktteilnehmer über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. Zudem ist zu prüfen, ob die getauschten Informationen geeignet sind, Einfluss auf den Wettbewerb zu nehmen.<sup>206</sup> 163. Durch den Austausch von Informationen lassen sich nicht in jedem Fall Unsicherheiten beseitigen. Erst wenn bestimmte Marktbedingungen gegeben sind und die Wettbewerber eine konkrete Art des Informationsaustauschs wählen bzw. dieser bestimmte Eigenschaften hat, entfaltet der Austausch entsprechende Wirkungen. Zur Beantwortung der Frage, ob die aus- getauschten Informationen Unsicherheiten beseitigen bzw. eine Wettbewerbsbeschränkung zeitigen können, werden folgende Merkmale berücksichtigt: a) strategische Relevanz der aus- getauschten Informationen bzw. Inhalt und Art der Information, b) Marktabdeckung des Infor- mationsaustausches, c) Aggregationsniveau der ausgetauschten Informationen, d) Aktualität

198 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, Gaba; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, Gebro. 199 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.3.1.10, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 200 Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, Strassenbau Graubünden. 201 BGE 147 II 72 E. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; so u.a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Hallenstadion. 202 Dazu und zum Folgenden BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., Hors-Liste-Medikamente II. 203 BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., Hors-Liste-Medikamente II; vgl. BGE 129 II 18 E. 5.1, Buchpreisbin- dung. 204 DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 150. 205 DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 KG, N 152 m.w.H. 206 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.5 und E. 5.3.1, Leasing und Finanzierung von Fahr- zeugen.

#### **E. 48**

bzw. Alter der Daten, e) Frequenz bzw. Häufigkeit des Austausches sowie f) ob die ausge- tauschten Informationen und das Resultat des Informationsaustausches öffentlich zugänglich sind.<sup>207</sup> Die Gründe, weshalb die Informationen ausgetauscht wurden, sind unerheblich. Rele- vant ist einzig, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, entweder das Markt- verhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen.<sup>208</sup> 164. Bei der Prüfung der strategischen Relevanz (vgl. Rz 163) wird untersucht, ob sich der Informationsaustausch auf die Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters bezieht. Es wer- den folgende Marktfaktoren als Wettbewerbsparameter bezeichnet: Preis, Menge, Art und Qualität des Produkts (bzw. einer Leistung), Beratung, Marketing, Geschäftsbedingungen, Lie- ferbedingungen, Bezugsquellen oder Vertriebskanäle. Strategisch am wichtigsten sind im All- gemeinen Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Dabei ist zu beachten, dass nicht nur der direkte Austausch über Wettbe- werbsparameter zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führen kann, sondern auch Informationen über Nicht-Wettbewerbsparameter lassen sich oftmals auf solche zurückführen, weil eine Wechselwirkung besteht.<sup>209</sup> 165. Werden vertrauliche, firmenspezifische bzw. strategische Daten ausgetauscht, kann dies die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken, indem der Austausch deren Wettbe- werbsanreize reduziert. Die Bedeutung, welche den Daten aus strategischer Perspektive zu- kommt, hängt auch vom Aggregationsniveau, der Aktualität der Daten sowie der Marktcharak- teristika und der Häufigkeit des Informationsaustausches ab. Ein heikler Austausch sensibler Informationen liegt vor, wenn die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse dar- stellen oder üblicherweise als vertraulich einzustufen sind.<sup>210</sup> Daraus folgt, dass die in Rz 163

aufgezählten Merkmale nicht völlig isoliert zu betrachten und prüfen sind. Vielmehr hat eine Gesamtschau zu erfolgen, die die Frage zu beantworten hat, ob die ausgetauschten Informationen Unsicherheiten bezüglich des Marktverhaltens beseitigen können. 166. Hinreichend aggregierte Daten lassen nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zu. Vorausgesetzt wird, dass die Daten anonym sind und keine Möglichkeit besteht, auch nicht ausserhalb des Informationsaustauschs, dass Rückschlüsse auf den Urheber der Daten gemacht werden können.<sup>211</sup> Der Austausch prognostischer und aktueller Daten ist in der Tendenz bedenklicher als der Austausch vergangener Daten. Der Austausch sog. historischer Daten ist in der Regel wettbewerbsrechtlich unproblematisch. Wann Daten genügend alt sind und als historisch qualifiziert werden, kann nicht anhand einer fixen Schwelle bestimmt werden. Vielmehr ist dies abhängig von den Merkmalen des relevanten Marktes, dem Datentyp, der Aggregation und der Häufigkeit des Austauschs.<sup>212</sup> Ein häufiger Austausch ermöglicht eine bessere Kenntnis über den Markt, über das Verhalten der Konkurrenten und über die Abweichungen vom Verhalten der Konkurrenten. Je häufiger Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Unternehmen ihre Geschäftsstrategien an die Konkurrenz anpassen. Zu beachten sind aber auch die konkreten Marktverhältnisse. Auf einem Markt mit üblicherweise langen Vertragslaufzeiten können

207 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.5 und E. 5.2.2.6, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 208 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.7, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 209 Vgl. BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.11, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 210 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.12, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 211 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.20, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 212 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.23 und E. 5.2.2.24, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen.

#### **E. 49**

bereits seltenere Austausche bedenklich sein.<sup>213</sup> Das Risiko einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Informationsaustauschs steigt, wenn die daran beteiligten Unternehmen einen hinreichend grossen Teil des relevanten Marktes abdecken. Umgekehrt können Wettbewerber, die nicht am Austausch teilnehmen, den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Informationsaustauschs entgegenwirken.<sup>214</sup> Auch wenn es möglich ist, die Informationen auf dem Markt zu erhalten, bedeutet dies nicht zwingend, dass es sich um Marktdaten handelt, die für Wettbewerber ohne weiteres zugänglich sind. Selbst wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind, kann ein zusätzlicher Austausch zwischen Wettbewerbern den Wettbewerb beschränken. Dies kann gemäss dem Bundesverwaltungsgericht namentlich der Fall sein, wenn das Zusammentragen zeit- und kostenintensiv wäre und die öffentlich zugänglichen Daten hätten aufbereitet werden müssen. Diesfalls liegen keine echten öffentlichen Informationen vor.<sup>215</sup> 167. An dieser Stelle ist abermals in Erinnerung zu rufen (vgl. Rz 66), dass in einer Vorabklärung, wie vorliegend, im Vergleich zu einer Untersuchung weniger weitgehende Ermittlungen erfolgen und die Beurteilung nur in Hinblick auf Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erfolgt. Dies bedeutet, dass im Rahmen einer Vorabklärung keine abschliessende Beurteilung vorgenommen wird. 168. Im vorliegenden Fall haben die teilnehmenden Unternehmen auf den verschiedenen Bankenplätzen namentlich Informationen zu den Löhnen und Lohnnebenleistungen von

Lernenden und deren Einstiegsgehältern nach Lehrabschluss sowie Gehältern, Boni, Lohnnebenleistungen und Einstiegsgehältern von Mittelschulabsolventinnen und Mittelschulabsolventen auf detaillierten Tabellen ausgetauscht (vgl. Rz 38 bis 41 und Rz 143). Beim Lohn handelt es sich um den Preis, den eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber für die von ihm nachgefragte Arbeitsleistung bezahlt. Neben dem Lohn an sich gehören auch die Boni und Lohnnebenleistungen zum «Gesamtpreis», den die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber für den Erwerb des Faktors Arbeit zu bezahlen hat. Bei diesen Elementen handelt es sich folglich um Wettbewerbsparameter. Auch die weiteren ausgetauschten Anstellungsbedingungen (bspw. Ferientage, Wochenarbeitszeit) sind als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren. Mit den Anstellungsbedingungen wird ähnlich von Mengenangaben der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung und die Art und Weise der Ausführung festgelegt. Eine Anonymisierung hat nicht stattgefunden. Die Tabellen enthalten pro Unternehmen eine Spalte mit den entsprechenden Informationen. Die ausgetauschten Informationen waren jeweils aktuell. Weil die Gehältern bei Lernenden und Praktikantinnen und Praktikanten in der Regel höchstens jährlich angepasst werden, genügt, wie vorliegend, ein jährlicher Austausch, um die Unsicherheiten zu beseitigen. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass auf den jeweiligen Bankenplätzen die wichtigsten Ausbilderbanken vertreten waren und somit mutmasslich nicht genügend weitere Wettbewerber bestehen, die den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Austauschs entgegenwirken könnten. Die ausgetauschten Informationen stellen nicht echte öffentliche Informationen dar. Auch wenn die Lernendengehältern von gewissen Unternehmen auf deren Homepage veröffentlicht werden, bedürfte das Zusammentragen einen grösseren Aufwand und ergäbe keine solch umfassende Zusammenstellung, weil nicht alle Unternehmen die Gehältern veröffentlichen. Die sehr detailliert ausgetauschten Lohnnebenleistungen werden demgegenüber mutmasslich nicht vollständig veröffentlicht. Soweit die Unternehmen auch Lohnnebenleistungen veröffentlichen, bedürfte die Zusammenstellung ein sehr grosser Zeitaufwand. Gleiches gilt für Gehältern und Lohnbestandteile der Praktikantinnen und Praktikanten und Berufseinsteigerinnen und Berufseinsteigern. An dieser Qualifikation als nicht öffentliche Informationen vermögen weder

213 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.34, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 214 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.18, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen. 215 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.39 und E. 5.2.2.40, Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen.

## **E. 50**

die auf der Homepage [berufsberatung.ch](http://berufsberatung.ch) veröffentlichte Liste der Lehrlingslohneempfehlungen<sup>216</sup> noch die verlinkten verschiedenen Lohnrechner und Lohnvergleiche<sup>217</sup> etwas ändern. Insbesondere sind darin keine Angaben zu Banklernenden enthalten und die verschiedenen öffentlich zugänglichen Lohnrechner zeigen als Resultat eine Bandbreite an. Die Gewissheit, wie diese mit den ausgetauschten Tabellen erreicht wurde, kann also basierend auf die genannten Veröffentlichungen und Lohnrechner in keiner Weise erreicht werden. Die Resultate der Informationsaustausche waren nicht öffentlich zugänglich. 169. Bezüglich der auf den verschiedenen Bankenplätzen ausgetauschten Informationen bestehen gemäss vorstehenden Ausführungen (Rz 168) 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. 170. Im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB (Rz 42 und Rz 143 hiervor) wurden jährlich die geplanten Lohnerhöhungen und die geplanten Boni sowie deren Verteilung ausgetauscht. Die Informationen zu den Lohnentwicklungen betreffen die Preisentwicklung und somit einen Wettbewerbsparameter. Die ausgetauschten Informationen betrafen die Zukunft und waren nicht anonymisiert. Bei künftigen Lohnentwicklungen handelt es sich um nicht öffentliche Informationen und die ausgetauschten Informationen waren nicht öffentlich zugänglich. Ohne näher auf die Marktsituation einzugehen, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die ausgetauschten Informationen zu den künftigen Lohnentwicklungen 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. 171. Daneben wurden im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB (Rz 42 und Rz 143 hiervor) HR-spezifische Themen wie HR-Software, Rekrutierungstechniken und Arbeitsinstrumente, pensionskassenspezifische Themen, Zertifizierung von Beratern und Umsetzung von regulatorischen Vorgaben diskutiert. In den Akten finden sich wenige Anhaltspunkte dazu, was im Rahmen der Diskussionen zu HR-spezifischen Themen effektiv besprochen wurde. Die genannten Themenbereiche lassen nicht den Schluss zu, dass anlässlich dieser Diskussionen strategisch relevante, vertrauliche Informationen ausgetauscht worden sind, die Unsicherheiten zum Marktverhalten der involvierten Unternehmen beseitigen können. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diesbezüglich die Voraussetzungen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen. 172. Die Beteiligten der Personalleitersitzungen (Rz 43 und Rz 143) erstellten eine fortlaufende Tabelle von Salären von verschiedenen Angestelltenkategorien. Daneben tauschten sie sich zu Lohnnebenleistungen aus. Dabei wurden u.a. folgende Themen diskutiert: Kündigungsfristen, Zeiterfassung, Rekrutierung Mitarbeitende, Kinderzulagen, Lohnentwicklungen in den ersten Jahren nach Lehrabschluss, Goodies und Mutterschaftsurlaub. Wie bereits in Rz 168 ausgeführt, handelt es sich beim Lohn und den Lohnnebenleistungen um Wettbewerbsparameter. Die Informationen zu den Löhnen wurden nicht anonymisiert und betrafen aktuelle Informationen. Der Austausch erfolgte jährlich. Ob die bereits vorhandenen Informationen zu den Angestelltenkategorien aktualisiert wurden, oder lediglich die neuen Daten in die Tabelle eingefügt, geht aus den vorliegenden Akten nicht eindeutig hervor. Die Tabellen waren nicht öffentlich zugänglich und die ausgetauschten Informationen waren nicht öffentlich

216 <[https://www.berufsberatung.ch/web\\_file/get?id=4270](https://www.berufsberatung.ch/web_file/get?id=4270)> (2.4.2024). 217

<<https://www.berufsberatung.ch/dyn/show/160326>> (2.4.2024).

51

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 Salärtabellen 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

52

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

53

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. Zufolge 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

54

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 detailreich 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.<sup>218</sup> 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 [...]).

55

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.<sup>219</sup> 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.<sup>220</sup> 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.<sup>221</sup> 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.<sup>222</sup>

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](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.

56

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.<sup>223</sup> 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 Austausch 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.<sup>224</sup> Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht abzugrenzen.

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.

57

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.<sup>225</sup> 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<sup>226</sup> – zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls

zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>227</sup> 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.<sup>228</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts 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.<sup>229</sup> Ausgangspunkt bildet jeweils die konkret untersuchte Verhaltensweise.<sup>230</sup>

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 Fri-bourgeoises (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; BVGer, B- 4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, 5.4.3.8, Leasing/CA Auto Finance; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 5.3.1.3.2, ASCOPA.

58

a. Marktgegenseite 195. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung (sachlich, örtlich, zeitlich) kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an.<sup>231</sup> «Marktgegenseite» sind dabei die konkreten Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistungen bzw. Güter, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung sind.<sup>232</sup> 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.<sup>233</sup> 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.<sup>234</sup> 196. Im vorliegenden Fall geht es bei den Arbeitsmarktabreden 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 Berufserfahrung stellt sich die Frage, ob eine Verfeinerung der Marktgegenseite anhand der Fachspezialistenstelle, 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 Abteilungsleiterinnen und Abteilungsleitern oder Filialleiterinnen und Filialleitern oder gewissen Spezialistinnen 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 unterschiedlichen 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 Marktgegenseite 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 BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, ADSL II; so z.B. auch 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. 233 BVGer, 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.

59

substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>235</sup> 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.<sup>236</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Vorabklärung.<sup>237</sup> 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.<sup>238</sup> 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.<sup>239</sup> 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.<sup>240</sup> 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.

60

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).<sup>241</sup> 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.<sup>242</sup>

<sup>241</sup> 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; BVerfGE, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 302, ADSL II; BVerfGE, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9.2, Gaba. 242 NAIDU ET AL (Fn. 236), 575.

61

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.<sup>243</sup> 212. Von Relevanz kann die Abgrenzung eines zeitlich relevanten Marktes bspw. bei Arbeitssuchenden sein: Zeitlich gesehen geht die Literatur<sup>244</sup> 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.

62

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).<sup>245</sup> 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.<sup>246</sup> 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.<sup>247</sup> 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.

63

erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.<sup>248</sup> Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.<sup>249</sup> 221. Vorliegend haben die beteiligten Unternehmen Informationen zu Löhnen und Lohnnebenleistungen 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 solche «Lohnabsprachen» treffen, ihren kollektiven Gewinn, indem sie die Löhne auf ein Monopolniveau festsetzen, das die Nachfrage nach Arbeitskräften verringert. Dies hat den Nebeneffekt, 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 Lohnsetzung durch Monopolisten auf konzentrierten Arbeitsmärkten zu einem niedrigeren Lohnniveau und auch zu einem schwächeren BIP-Wachstum führt.<sup>250</sup> 222. Anhaltspunkte, dass es sich vorliegend um Bagatellfälle handeln würde, sind nicht ersichtlich. Die Sachverhalte zeigen nämlich, dass bspw. die verschiedenen Gefässe für Wettbewerbsabreden im Bankenbereich ganze Kantone oder ganze Regionen oder sogar das gesamte 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 vorbehaltlich 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 technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 224. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.<sup>251</sup> Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.<sup>252</sup> 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-Medikamente 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-markets.pdf&prefLang=de](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)> (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.

64

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.<sup>253</sup> 225. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss zur Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG notwendig sein.<sup>254</sup> 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).<sup>255</sup> 226. Erwähnenswert ist, dass andere Wettbewerbsbehörden in jüngster Zeit bestimmte Arten von Absprachen auf dem Arbeitsmarkt verboten haben. So sieht Kanada ein Verbot<sup>256</sup> 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).

65

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 Austausche 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.<sup>257</sup> 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.

66

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 Bonusmelderinnen 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 KG258 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<sup>259</sup> 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).

67

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.